UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES : ÉTUDE À PARTIR DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

DOCTORAT en DROIT

Soutenue par

Marie-Caroline CAILLET

Le 24 novembre 2014

Thèse dirigée par :

Madame Isabelle DAUGAREILH, Directrice de recherche CNRS à l'Université de Bordeaux

Membres du jury:

M. Gilles AUZERO,
Professeur à l'Université de Bordeaux

Mme Isabelle DESBARATS,
Maître de conférences à l'Université de Toulouse I Capitole

M. Charley HANNOUN,
Professeur à l'Université de Cergy Pontoise
Rapporteur

Mme Marie-Ange MOREAU,
Professeure à l'Université de Lyon 2 IETL
Rapporteur

La faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

RESUME en français

Les entreprises sont aujourd'hui au cœur des échanges économiques mondiaux. Ces échanges se traduisent par la mise en place de relations commerciales desquelles peuvent émerger des structures souvent complexes et difficilement saisissables par le droit : les entreprises transnationales. Aucune réponse juridique satisfaisante n'a encore été trouvée pour les encadrer, alors que paradoxalement, la RSE donne naissance à des normes, des outils et des instruments pour les responsabiliser. L'étude de la responsabilité sociétale des entreprises transnationales à travers le prisme du droit révèle en réalité l'émergence d'un cadre de régulation hybride : les normes de RSE s'immiscent dans le droit, conduisant celui-ci à s'emparer de ces normes à son tour. Cet échange permet d'aborder l'entreprise transnationale à travers une approche nouvelle, tirée des normes de RSE, c'est-à-dire à travers son organisation et ses fonctions. Les relations de l'entreprise avec ses partenaires commerciaux deviennent alors une assise potentielle pour le droit, davantage que son statut ou que sa structure juridique, à partir desquelles peuvent être imputées des obligations, aujourd'hui inexistantes. Une fois l'entreprise transnationale saisie, c'est un cadre juridique adapté à son organisation complexe qui peut être mis à jour. L'étude des normes de RSE dévoile un enrichissement des règles applicables à l'entreprise transnationale et un renforcement potentiel de sa responsabilité juridique, fondée sur une approche préventive mais également solidaire du droit de la responsabilité. Passant outre les problèmes posés par l'absence de statut juridique, la RSE permet de saisir les entreprises transnationales par le biais de leurs relations commerciales, et d'envisager la conception d'un nouveau standard juridique de conduite sociétale, générateur d'une responsabilité individuelle et collective fondée sur une obligation de vigilance.

MOTS-CLES

Accord-cadre international, Autonomie juridique, conflit de lois, code de conduite, conflits de juridiction, devoir de vigilance, diligence, droits de l'homme , droit du travail, entreprise, environnement, groupe de sociétés, gouvernement d'entreprise, normes, précaution, prévention, régulation, relations collectives de travail, réseaux, responsabilité, RSE, sous-traitance, voile de la personnalité juridique.

TITRE en anglais

The law tested by CSR: the case of transnational companies

RESUME en anglais

Companies are now at the heart of global trade. These economic exchanges result in the establishment of commercial relationships, from which may emerge structures that are often complex and difficult to grapple with under the law: transnational corporations. While no satisfactory legal framework has yet been established to frame their work, paradoxically CSR gives rise to standards, tools and instruments to ensure their accountability. The study of the social responsibility of transnational corporations through the prism of the law actually reveals the emergence of a hybrid framework of regulation: CSR standards influence the law, forcing the law in turn to take note of these standards. This exchange allows us to handle a transnational business through a new approach derived from CSR standards, essentially through its organisation and functions. The relationship between a company and its business partners then becomes a potential basis for the law, rather than its status or its legal structure, from which can be derived responsibilities. Once a transnational corporation is seized, a legal framework adapted to its complex structure can come to light. The study of CSR standards reveals an enrichment of the rules applicable to transnational corporations and a potential strengthening of their legal liability, based on a preventive and joint and several approach of the law of responsibility. Ignoring the problems posed by the lack of legal status, CSR allows for the regulation of transnational enterprises through their commercial relations and provides a basis for the development of a new legal standard of social conduct, giving rise to individual and collective liability based on a duty of care.

Keywords :

International framework agreement, Legal autonomy, conflict of laws, code of conduct, jurisdictional disputes, corporate governance, duty of care, diligence, human rights, due diligence, employment law, business, environment, group of companies, corporate governance, standards, precaution, prevention, regulation, collective labour relations, networks, responsibility, CSR, outsourcing, corporate veil of legal personality.

Intitulé et adresse de l'unité ou du laboratoire de rattachement :
COMPTRASEC UMR 51 14 CNRS/Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit 33608 Pessac Cedex – France

« Tout est changement,

non pour ne plus être mais pour devenir ce qui n'est pas encore. »

- Epictète -

Je tiens tout d'abord à remercier Isabelle Daugareilh qui a porté un projet de recherche financé par la Région Aquitaine, et qui a permis que je sois allocataire de recherche. Mais je tiens surtout à lui exprimer ma profonde gratitude pour nos nombreux échanges, sa très grande disponibilité, ses précieux conseils et sa patience. Ses remarques, son soutien et sa confiance ont permis à cette thèse de voir le jour.

Mes remerciements vont également à tous les membres du Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Bordeaux, et spécialement à Lucas Bento de Carvalho pour sa disponibilité.

Je tiens également à remercier toute l'équipe de l'association Sherpa, qui travaille sans relâche pour que le droit soit un outil au service du développement, et qui m'ont accordé leur confiance tout au long de cette thèse. Un remerciement particulier à William Bourdon et Yann Queinnec.

Je tiens à remercier spécialement toute l'équipe de l'association Zero Waste France, et notamment Delphine Lévi Alvarès, Laura Caniot, Pedro Maizière, Sébastien Lapeyre, Flore Berlingen, Manon Cuille et Emily Estienne, qui m'ont offert un cadre amical, enrichissant et bienveillant pour aboutir cette thèse dans les meilleures conditions qui soient (sdb).

Ma reconnaissance profonde va aussi à Eléonore Brenot et à Marie-Laure Guislain pour leur soutien sans faille, leurs conseils si précieux et leur patience, et à Gora Ngom, sans qui l'idée d'une thèse n'aurait certainement jamais germé. Comment surtout ne pas remercier Laurianne Leca, Elodie Bastat, Anne Caix, Maud Perdrielle Vaissière, Laurence Carles, Sémi Aouni, Chahid Jarmouni et Marc Scanlan. Au-delà de leur amitié sincère qui m'a portée durant toutes ces années, leurs conseils, leurs remarques, leur écoute ainsi que leurs encouragements m'ont été d'une aide inestimable. Toute ma gratitude s'adresse également à Florian Laruelle qui m'a su m'accompagner par ses encouragements dans l'achèvement de cette thèse.

Je remercie enfin profondément ma sœur, mon frère et bien évidemment ma mère et mon père pour leur soutien indéfectible qui m'a permis d'envisager cette thèse, d'y travailler sereinement, et surtout, de l'aboutir. Votre confiance m'a fait grandir et m'a appris une chose : « sois le changement que tu veux voir dans ce monde » (Ghandi). Merci.

A mes parents.

SOMMAIRE

PARTIE I. L'IMMIXTION DE LA RSE DANS LE DROIT 37

TITRE I. L'entreprise transnationale saisie dans ses fonctions par la RSE 41

CHAPITRE 1. Le paradigme de l'entreprise transnationale fragilisé par le droit 44

CHAPITRE 2. La RSE source d'un nouveau paradigme de l'entreprise transnationale 115

TITRE II. L'entreprise transnationale saisie dans son organisation par la RSE 181

CHAPITRE 1. Les relations internes de l'entreprise transnationale configurées par la RSE 182

CHAPITRE 2. Les relations externes de l'entreprise transnationale consolidées par la RSE 256

PARTIE II. L'EXTENSION DU DROIT À LA RSE 335

TITRE I. L'enrichissement par la RSE des règles applicables à l'entreprise transnationale 337

CHAPITRE 1. Des règles de droit absorbées par les normes de RSE 341

CHAPITRE 2. La RSE rattrapée par le droit 401

TITRE I. La responsabilité des entreprises transnationales renforcée par la RSE 462

CHAPITRE 1. Les difficultés de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales 465

CHAPITRE 2. La RSE, vers un nouveau principe de Responsabilité 516

ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. cassation	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
BSCI	Business Social Compliance Initiative
CDACI	Chaire de droit des affaires et du commerce international
D.	Recueil Dalloz
Dr. ouvrier	Le droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GRI	Global reporting initiative
JCL	Jurisclasseur
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale
JDI	Journal de droit international
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
RDT	Revue de droit du travail
RJ com	Revue de jurisprudence commerciale
Rép. Civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. Trav.	Répertoire Dalloz de droit du travail
Rev. Sociétés	Revue des sociétés

RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public
RDT	Revue de droit du travail
RDUE	Revue du droit de l'union européenne
RDUS	Revue de l'Université de Sherbrooke
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit des affaires
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJ com	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RSC	Revue de science criminelle
RGDIP	Revue générale de droit international public
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
SS Lamy	Semaine sociale Lamy

INTRODUCTION

INTRODUCTION

1. « Entreprise transnationale» et « responsabilité sociétale » : l'association de ces deux notions peut de prime abord surprendre. Ni l'une ni l'autre ne sont définies ni même utilisées par le droit positif. L'entreprise transnationale prend la forme d'une organisation complexe. Elle développe ses activités sur plusieurs Etats à travers de multiples sociétés liées entre elles par des contrats ou des relations capitalistiques. Dépourvue de personnalité juridique, elle n'entre dans aucune catégorie juridique préexistante. La notion de « responsabilité sociétale », également appelée « responsabilité sociétale des entreprises » (RSE), peut quant à elle se définir comme la responsabilisation des entreprises « vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société[1] ». Cette définition ne correspond à aucun principe de responsabilité connu en droit positif. Elle ne renvoie donc à aucun régime de responsabilité. La mise en perspective de ces deux notions offre pourtant l'occasion de s'interroger sur le processus d'encadrement juridique des entreprises transnationales dans un contexte de globalisation de l'économie, dont les activités économiques et commerciales sont d'ores et déjà encadrées par le droit, tandis que les conséquences de ces activités ne le sont pas.

2. La difficulté de qualifier juridiquement l'entreprise transnationale explique en partie ce constat. N'étant soumises à aucun statut ou régime juridique, les entreprises transnationales échappent au contrôle juridique des Etats. Leurs périmètres sont mouvants ce qui rend leur structure insaisissable. A défaut de saisir l'entreprise transnationale comme entité, le droit encadre pourtant les relations économiques et commerciales que tissent les sociétés entre elles à travers le droit international économique. Mais cet encadrement se limite aux échanges économiques et ne prend en compte ni la protection des droits de l'Homme, ni celle de l'environnement. Acteur principal de ces échanges économiques, l'entreprise transnationale n'est en effet soumise directement à aucune obligation internationale dans ces domaines, les Etats étant quant à eux limités par le principe de souveraineté qui empêche l'adoption de règles de portée

[1] Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014,* Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission Européenne, Bruxelles, COM(2011) 681 final, 25 oct. 2011.

extraterritoriale. Les textes et les pratiques adoptés au titre de la RSE pour responsabiliser les entreprises dans ces domaines sont en revanche élaborés en dehors du cadre juridique traditionnel, ce qui permet de cibler directement les entreprises transnationales.

3. Aujourd'hui plus qu'hier, les entreprises transnationales sont en effet invitées à se comporter de manière responsable dans la conduite de leurs affaires en prenant en compte les conséquences que peuvent avoir leurs activités sur les individus et sur l'environnement. De nombreux textes[2] ont vu le jour ces dernières années pour les accompagner dans cette voie. La notion de responsabilité qui y est discutée ne se limite d'ailleurs plus aux seules entreprises mais vise, depuis la publication en 2010 de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale[3], tout type d'organisation. En proposant des lignes directrices aux organisations ainsi qu'aux entreprises pour qu'elles opèrent de manière responsable, ces textes participent à l'élaboration d'un cadre général de responsabilisation des activités économiques. A travers eux, ce n'est plus la structure de l'entreprise transnationale qui est visée, mais les relations entretenues entre les sociétés, ou avec leurs parties prenantes. Les objectifs de comportement responsable qui sont inscrits dans ces textes, de même que les principes et les outils élaborés pour leur mise en œuvre, ciblent l'organisation interne de chaque société, prise individuellement, mais également l'organisation de leurs relations d'affaires. C'est donc une nouvelle manière d'aborder l'entreprise transnationale qui se dégage des textes élaborés au titre de la RSE : l'entreprise transnationale n'est pas appréhendée comme une entité - à l'image de la société commerciale par exemple -, mais à travers l'organisation de ses relations.

---

[2] Citons par exemple le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, A/HRC/17/31,21 mars 2011 ; OCDE, Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, OCDE, mai 2011 ; OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, OIT, BIT, 4° éd., Genève, 2006 ; Global reporting initiative, « Ligne directrices pour le reporting développement durable », versions 3.0 et G4 etc.

[3] ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO, 2010.

4. Cette nouvelle manière d'aborder l'entreprise transnationale permet de s'interroger sur son encadrement juridique. La nature ainsi que la portée juridique des textes de RSE font toutefois encore débat car ils sont élaborés en dehors du cadre juridique traditionnel. Ils ne sauraient donc à eux-seuls constituer ce cadre juridique. Leurs interactions avec les divers ordres juridiques méritent toutefois d'être analysées afin de vérifier l'hypothèse de l'émergence d'un système de régulation mixte. Sans remettre en cause la fonction première des entreprises de recherche de profit, la RSE vise en effet malgré tout à la conditionner au respect de certains principes et de certaines obligations. Or, un tel objectif ne saurait être atteint sans une réception par le droit positif de ces textes de RSE ou de leur contenu. Ce n'est d'ailleurs que récemment que les juristes ont commencé à s'intéresser à la RSE, cette notion étant longtemps restée cantonnée à une question d'éthique des affaires.

5. La question de la responsabilité des entreprises vis-à-vis de la Société[4] a pourtant émergé dès la fin du 19ème siècle[5] aux Etats-Unis, « dans un contexte de transformation du capitalisme américain [6]». C'est ensuite sous la plume de H. R. BOWEN, considéré comme l'un des pères fondateurs de la notion de RSE à travers son ouvrage S*ocial Responsability of the Business Man* paru en 1953 aux Etats-Unis, que la question d'une responsabilité sociale incombant aux entreprises a été intégrée par les milieux académiques. Le développement de grandes entreprises dans une époque d'après guerre a alors bouleversé les relations entre l'entreprise et la Société, ce qui explique sans nul doute le regain d'intérêt des milieux académiques pour cette problématique. Mais pour les sociologues aussi bien que pour les économistes, l'entreprise n'est devenue un objet d'étude à part entière que récemment. Il n'est dès lors pas étonnant de constater la difficulté avec laquelle le juriste tente encore d'en cerner les contours.

---

[4] Le terme « Société » sera utilisé tout le long de la thèse avec une majuscule lorsqu'il sera utilisé comme synonyme de sociétal, afin de ne pas le confondre avec la société, personne morale.

[5] E. M. EPSTEIN, « The field of business ethics in the United States: past, present and future », *Journal of general management*, vol. 28, n° 2, hiver 2002, pp.1-29; voir également P. VERLEY, *Entreprises et entrepreneurs du 18° au début du 20°*, Paris, Hachette Supérieur, Carré histoire, 1994, 255 p.

[6] A. ACQUIER, J-P. GOND, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : à la découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsabilities of the Businessman d'Howard Bowen », *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 10, n°2, juin 2007, p. 8.

6. Ces difficultés se sont accrues ces dernières années, l'entreprise ne cessant d'évoluer dans un environnement marqué par la libéralisation et l'internationalisation des échanges qui ont participé à la faire évoluer.[7] Loin d'être uniforme, l' « entreprise » désigne un artisan tout autant qu'un groupe formé de plusieurs centaines de sociétés. Si leur point commun est la « volonté d'entreprendre[8] », leurs effets sur la Société sont incomparables, ne serait-ce que par le pouvoir économique et la capacité d'influence sur un ou plusieurs pays dont disposent les grands groupes internationaux. La responsabilité sociétale d'une entreprise dépend donc dans une large mesure, de la place qu'elle occupe au sein de la Société. Le contenu et la nature de cette responsabilité restent toutefois difficiles à définir, les principes traditionnels du droit de la responsabilité n'apportant que peu de réponse aux questions que soulèvent la responsabilisation des entreprises transnationales. Surtout, la complexité de leur organisation a modifié les rapports avec leurs parties prenantes[9]. Les centres de décision se sont multipliés, et peuvent se situer sur plusieurs pays différents. Les relations entre les entreprises et la Société s'en trouvent donc modifiées.

7. Dans un contexte de mondialisation des échanges économiques, la RSE propose finalement au juriste une nouvelle manière d'aborder les relations des entreprises transnationales avec la Société (§1). Cette nouvelle approche conduit à envisager l'entreprise transnationale sous un angle nouveau, davantage axée sur son organisation et ses fonctions que sur sa structure juridique. La définition de la RSE ne serait ainsi pas sans influence sur la manière d'appréhender l'entreprise transnationale (§2). C'est alors le droit de la responsabilité et plus précisément la responsabilité des entreprises transnationales qui pourrait être influencé par la RSE (§3).

§ 1 . La RSE dans un contexte de mondialisation

[7] O. PASTRE, L. CHERUBIN GAVELLE, F. ACOSTA, *Economie de l'entreprise*, éd. Economica, 2008, p. 2.
[8] Ibidem.
[9] Pour une définition des « parties prenantes », voir *infra*, p. 107 et s.

8. La responsabilité sociétale des entreprises est devenue « un sujet à la mode[10] » qui soulève des questions variées du fait de sa transversalité[11]. Les recherches portant sur la RSE se concentrent tantôt sur les nouveaux modes de régulation qu'elle suscite, tantôt sur les normes qu'elle engendre. Elles peuvent également porter sur la gestion des entreprises, ou encore sur les relations entretenues par l'entreprise et ses diverses parties prenantes. Du côté des juristes, la RSE est surtout étudiée du point de vue des normes et des outils qui sont adoptés par les entreprises et par les autres acteurs intéressés aux enjeux que la RSE soulèvent ; d'autres auteurs ont tenté de conceptualiser la notion de RSE[12]. Il nous semble pourtant que loin d'être figée, la RSE est une notion vivante qui évolue en fonction des acteurs qui s'en emparent[13]. Les normes, les outils, les pratiques, les engagements, qui sont élaborés au titre de la RSE dépendent de la manière dont chacun de ces acteurs appréhende la relation entre l'entreprise et la Société[14]. De ce point de vue, la RSE permet d'apporter avant tout un nouvel éclairage sur ces relations qui se développent entre les entreprises et la Société, et de les prendre en compte (A),

---

[10] M-A. MOREAU, « Préface », *in* M-A. MOREAU, F. FRANCIONI (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale des l'entreprise*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 7.

[11] Comme le note un auteur, « ce concept s'intéresse au rôle de l'entreprise dans la société. Pour être opérationnel, et pas seulement critique, il doit donc refléter la complexité des relations entre ces deux entités. Il est ainsi par construction pluridisciplinaire »., J. PASQUERO, « La responsabilité sociale de l'entreprise : trajectoire d'un idée », *in* C. GENDRON, B. GIRARD, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal* , Arman Collin, coll. Recherches, 2013, p. 57.

[12] M. VIRONEAU parle quant à elle de « concept », en proposant dans sa thèse de l'organiser et d'en délimiter la portée. M. VIRONNEAU-GEORGES, *L'action de l'Union européenne en matière de responsabilité sociale des entreprises : recherche sur l'appropriation d'un concept*, Thèse, Université de Toulouse, 14 déc. 2009, p. 24.

[13] Sur la relativité à distinguer les notions de « Notion » et de « Concept », voir X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *in* G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques, n°31, 2009, pp. 21- 53; Plus spécialement, l'auteur se demande « pourquoi aller chercher des concepts là où les notions (souvent baptisés « concept ») suffisent à l'ingénierie ? » (p. 45). Il finit toutefois par relativiser son propos en reconnaissant une certaine utilité à les distinguer. Ainsi, le concept permettrait de théoriser le droit, il serait un instrument de clarification du droit permettant de « modeler une réalité juridique », alors que la notion serait plus une représentation du réel en permettant au juriste d'appréhender des faits. Voir également F-B. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur de Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp. 23-38.

[14] Voir par exemple E. MAZUYER, (dir.), Regards croisés sur le phénomène de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise, La Documentation Française, 2010.

dans un contexte où les tentatives d'encadrement juridique des entreprises transnationales ont jusqu'à présent échoué (B).

A. La RSE comme nouvel éclairage des relations entre l'entreprise et la Société

9. La définition de la RSE est largement dépendante de la manière dont se développent les relations entre les entreprises et la Société au sein de laquelle elles sont implantées. Or, ces relations sont en perpétuelle évolution. Bien loin de n'être qu'un acteur économique, l'entreprise est en effet devenue un véritable acteur social[15], ce qui nous conduit à la qualifier d'acteur socio-économique (1). En visant à la responsabiliser, la RSE invite à prendre en compte cette dimension sociale de l'entreprise, c'est-à-dire à encadrer ses relations avec la Société (2), ce qui est, pour le juriste, une nouvelle manière d'étudier l'entreprise.

1) *L'entreprise, acteur socio-économique des activités économiques*

10. Sans revenir sur un historique de la notion de RSE réalisé par de nombreux auteurs[16], il nous a semblé plus utile, pour les besoins de cette étude, de revenir sur l'évolution de la place de l'entreprise dans la Société à travers les travaux en sociologie (a) en sciences économique et en sciences de gestion (b). Cette approche permet de constater que l'entreprise n'a été étudiée que tardivement, tant par les sociologues, les économistes que par les gestionnaires. La nécessité récente d'étudier les rapports entre l'entreprise et la Société témoigne de l'évolution de la place de l'entreprise dans notre Société. Comprendre cette évolution permet de mieux cerner les changements intervenus ces dernières années dans la manière d'envisager la responsabilité des entreprises à

---

[15] Le terme « social » est ici synonyme de « sociétal ».

[16] Voir par exemple, J-P. GOND, J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 1ère éd., 2008 ; A. ACQUIER, J-P. GOND, J. IGALENS, « Des fondements religieux de la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité sociale de l'entreprise comme religion », Cahier de recherche, n° 2005-166, mai 2005 ; S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, La Découverte, coll. Repères, 2° éd., 2004 ; J. BALLET, F. DE BRY, *L'Entreprise et l'éthique,* Editions du Seuil, 2001 ; E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER, (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 20 et s.

travers la notion de RSE[17]. En incitant les entreprises à se responsabiliser dans leurs relations avec la Société, la RSE conduit à l'intégration de préoccupations sociétales dans les décisions managériales, la gestion des entreprises et les théories économiques. C'est alors la manière d'aborder, de définir et d'encadrer l'entreprise qui pourrait s'en trouver influencée, la fonction sociétale de l'entreprise n'étant pas prise en compte par le droit.

a) La naissance d'un objet d'étude sociologique : l'entreprise

[17] J. PASQUERO note à cet égard l'évolution du concept de RSE qui s'est mondialisé dans les années 1990, pour ressurgir « revitalisé » avec la publication du Livre Vert sur la RSE de la Commission européenne en 2001. Selon l'auteur, « l'extension de la démocratie et de la liberté d'entreprendre a créé comme corolaire un appel à la responsabilisation » ; « La responsabilité sociale de l'entreprise : trajectoire d'un idée », *op. cit.*, pp. 54-56 ; Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366, 18 juil. 2001.

11. Du point de vue des sociologues, ce n'est que très récemment que l'entreprise est devenue un objet d'étude autonome, du fait notamment de la place prépondérante qu'elle occupe dans la Société. Dans un contexte d'après-guerre, de régimes politiques totalitaires, de guerre froide et de reconstruction économique, l'analyse du « destin de la grande société industrielle [18] » avec les luttes de classes qu'elle engendrait, importait alors davantage que l'étude des entreprises à proprement parler. Les sociologues ont alors axé leurs recherches sur l'étude du travail qui permettait de comprendre les fondements des rapports sociaux de la société industrielle grandissante issue des structures de production[19], ce qui les conduisit à dénoncer les « mécanismes d'aliénation au travail pour explorer la formation des rapports sociaux de production [20]». Des auteurs comme Max WEBER avaient bien analysé l'entreprise, mais c'était alors davantage pour expliquer la place centrale qu'elle tenait dans la naissance du système capitaliste ; elle n'était pas un objet d'étude à part entière[21]. L'étude du monde patronal a ainsi été mise de côté, de même que l'étude des lieux de travail. L'entreprise n'était pas considérée comme un groupe social autonome, capable de créer ses propres règles[22]. Elle était réduite à un lieu sur lequel s'accomplissaient des relations de travail, et où s'affrontaient employeurs et salariés.

12. En 1962, Alain TOURAINE fut l'un des premiers à se demander si l'entreprise n'était pas en train de s'autonomiser en devenant un système social à part entière. A. TOURAINE constate alors les changements qui s'opèrent en matière de contrôle des sociétés, de direction, et d'organisation et cherche à comprendre ces évolutions. Mais

---

[18] R. SAINSAULIEU, « Changer l'entreprise, une affaire de société », *in* R. SAINSAULIEU (dir.), L'entreprise, une affaire de société, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 14.

[19] Selon FRIEDMANN et NAVILLE, « le travail est l'élément moteur qui explique l'évolution des structures sociale », cité par C. THUDEROZ, *Sociologie des entreprises*, La Découverte, 3ème éd., 2010, p. 9.

[20] Voir notamment M. CROZIER qui défendait le principe d'un système social autonome dans la vie des organisations – voir à cet égard R. SAINSAULIEU, « Changer l'entreprise, une affaire de société », *in* R. SAINSAULIEU (dir.), *L'entreprise, une affaire de société, op. cit.*, p. 21.

[21] P. BERNOUX, *La sociologie des entreprises*, Editions du Seuil, 6ème éd., 2009, p. 9.

[22] *Idem*, p.27.

« l'idée que l'entreprise puisse être source autonome de construction de rapports sociaux n'est pas encore apparue[23] ».

13. La mondialisation de l'économie libérale qui émergea dans les années 70 créa un bouleversement dans la compréhension sociologique des faits sociaux du travail[24]. Certains auteurs[25] remarquent ainsi un profond changement dans la nature du débat des sociologues sur l'entreprise. L'entreprise se voit attribuer un rôle de « stabilisateur social [26]». Les rapports humains dans l'entreprise changent du fait notamment de l'évolution technologique ; l'organisation du travail change de modèle ; de nouveaux modèles de production émergent, basés sur des communications entre services ; le recours à la sous-traitance s'accroît ; les relations inter-entreprises se développent. C'est finalement une organisation globale qu'il faut désormais étudier. En réponse à ces évolutions, la sociologie des organisations fait son apparition. L'analyse de ces nouvelles organisations doit permettre de meilleures stratégies, un meilleur fonctionnement de l'entreprise ; le travail est relégué au second plan. La compétitivité économique est devenue le maître mot et la sociologie des organisations semble alors permettre d'atteindre cet objectif mieux que la sociologie du travail qui se borne à l'étude des relations entre individus[27]. La sociologie des organisations tente de répondre à la question suivante : « comment expliquer les comportements des individus et/ou des groupes dans des organisations ? »[28]. L'analyse de l'organisation consiste donc à étudier « l'organisation comme jeux de pouvoirs et systèmes d'acteurs [29]». L'entreprise ne peut plus être réduite à une simple unité de production. Elle se crée une place centrale dans la Société. Elle devient « l'institution centrale d'une société, qui cherche encore son nom [30]». Peu à peu c'est sur l'entreprise que l'Etat compte pour créer de l'emploi et de la productivité, et plus particulièrement sur les entreprises privées. La sociologie des organisations ne semble plus correspondre à la réalité des entreprises auxquelles on applique des principes généraux alors que nombreux sont ceux qui constatent qu'elles ne

---

[23] Ibidem.
[24] R. SAINSAULIEU (dir.), L'entreprise, une affaire de société, op. cit., p. 14.
[25] Ibidem.
[26] *Idem*, p. 11.
[27] P. BERNOUX, La sociologie des entreprises, op. cit., p. 35.
[28] P. BERNOUX, La sociologie des organisations, op. cit., p. 24.
[29] *Idem*, p. 41.
[30] R. SAINSAULIEU, « Changer l'entreprise, une affaire de société », *in* R. SAINSAULIEU (dir.), *L'entreprise, une affaire de société*, *op. cit.* p.15.

sont pas des organisations comme les autres. C'est ainsi que peu à peu, l'entreprise est perçue dans sa fonction institutionnelle. Un auteur se demande même si, au regard de la place centrale jouée par les entreprises aujourd'hui, celles-ci ne seraient pas en passe d'exercer une domination aussi totale qu'ont pu dans le temps exercer l'armée ou les prêtres[31].

14. La mise en place, en 1985, d'un groupe de sociologues réuni en vue de mener une réflexion théorique sur l'entreprise, permet de mettre en évidence que ce qu'ils nomment « la réhabilitation[32] de l'entreprise », est devenu un phénomène mondial. Ils trouvent dans cette entreprise contemporaine la naissance « d'une institution fondatrice de lien social et de culture intéressant la société toute entière ». L'importance prise par les entreprises questionne alors certains sociologues : « la Société serait-elle devenue un produit de l'entreprise [33]? ». L'amplification des échanges mondiaux dans les années 1990 crée de nouveaux changements pour les entreprises[34]. Leur mobilité géographique s'accroît, les directions changent rapidement, les luttes de classes internes à l'entreprise disparaissent, l'intérim est de plus en plus utilisé, l'externalisation de la production devient une stratégie généralisée, « la qualité » fait son entrée dans les produits, les services : le modèle hiérarchique de l'entreprise change pour s'organiser en réseau[35]. L'entreprise n'est plus « le stabilisateur social [36] », mais est devenue un élément du désordre du fait du nombre de licenciements auxquels elle procède. Face à ces

---

[31] E. ENRIQUEZ, « L'entreprise comme lien social : « un colosse aux pieds d'argile » », *in* R. SAINSAULIEU (dir.), *L'entreprise, une affaire de société*, *op. cit.*, p. 222. Citons à cet égard R. SAINSAULIEU qui constate que « n*ous vivons aussi un phénomène de société : l'entreprise est en passe de prendre rang parmi les grandes institutions de notre époque, après l'Eglise, l'armée, la justice, l'école, la commune, l'Université. Mais ce qui se vit en entreprise est trop chargé de conséquences économiques, sociales et culturelles pour n'y voir qu'un pur appareil de production »*, p. 16.

[32] Le terme de réhabilitation évoque l'idée d'un retour ou de la place centrale désormais occupée par l'entreprise dans la société. R. SAINSAULIEU (dir.), *L'entreprise, une affaire de société, op. cit.*, p. 14 ; voir également la thèse de D. SEGRESTIN, *La réhabilitation de l'entreprise : un point de vue sociologique*, thèse, Sciences po. Paris, 1988.

[33] E. ENRIQUEZ, « L'entreprise comme lien social : « un colosse aux pieds d'argile », *op. cit.*, p. 203.

[34] Pour cette analyse, voir R. SAINSAULIEU, *Sociologie de l'entreprise : organisation, culture et développement*, Presses de sciences Po et Dalloz, 2ème éd., 1997.

[35] P. BERNOUX, La sociologie des entreprises, op. cit., p. 266.

[36] *Idem*, p. 11.

changements, la sociologie évolue. Certains sociologues perçoivent alors l'entreprise comme une institution, « c'est-à-dire dans son lien avec la société [37]» ; « un ensemble ayant une fonction d'orientation et de régulation sociale globale »[38]. L'idée s'affirme qu'une analyse de l'entreprise ne peut se départir d'une analyse de son environnement. De cette analyse, certains sociologues concluent que « les dirigeants pressentent qu'ils n'échapperont pas durablement à la nécessité dans laquelle ils se trouvent de faire de leurs entreprises des institutions sociales à part entière[39] ». C'est en des termes forts que certains sociologues constatent d'ailleurs l'importance de la place des entreprises dans la Société au début des années 1990[40]. Ce qui est nouveau alors, ce n'est pas tant que des entreprises soient devenues de véritables institutions politiques, que la multiplication de ces entreprises devenant des institutions politiques[41].

15. Mais les sociologues remarquent à juste titre que pour occuper cette place centrale, encore fallait-il que « l'entreprise soit capable d'apparaître comme seul élément de création de richesse (la valeur économique supplantant tout autre type de valeur tel que l'identité nationale, l'honneur, le prestige etc.) et comme pouvant assumer l'ordre et le consensus social, rôle jusque là dévolu à l'Etat »[42]. Il faut surtout que l'entreprise change la perception d'elle-même et soit capable de l'imposer aux citoyens. En tant qu'institution, une responsabilité sociale lui incombe[43]. La conséquence est, selon THUDEROZ, une « politisation des entreprises » qui se traduit par l'impossibilité pour les entreprises transnationales désormais, de se tenir à l'écart de la Cité[44]. En constatant la place prépondérante occupée aujourd'hui par les entreprises dans la Société, c'est

---

[37] *Id.*, p.66.
[38] E. ENRIQUEZ, *L'organisation, en analyse*, PUF, coll. « sociologie d'aujourd'hui », 1992, p. 77.
[39] D. SEGRESTIN, *Sociologie de l'entreprise*, Armand Collin, 2° éd., 1996, p. 195.
[40] « Un acteur social nouveau a surgi. Il se veut créateur de valeurs sociétales, il se pose comme le nouveau sacré transcendant, se substituant aux deux sacrés dominants depuis la Révolution française : l'Etat et l'argent, capable de mobiliser les énergies et de servir de pôle idéalisé. Cet acteur sacré développant une idéologie forte qui s'érige en fondateur de culture et de valeurs et qui veut prendre toute la place : c'est l'entreprise », E. ENRIQUEZ, « L'entreprise comme lien social : « un colosse aux pieds d'argile » », *op. cit.*, p. 203.
[41] *Ibidem*, les auteurs rappellent évidemment déjà le célèbre crédo de Général Motors : « ce qui est bon pour la Général Motors est bon pour les Etats Unis ».
[42] *Idem*, p. 204.
[43] C. THUDEROZ, Sociologie des entreprises, op. cit., p. 17.
[44] Ibidem.

alors la question du contrôle que la collectivité doit ou peut exercer qui se pose[45]. Ce n'est pourtant pas de cette manière que l'entreprise est saisie par le droit. Si l'approche sociologique de l'entreprise nous incite à nous interroger sur les relations entretenues entre l'entreprise et la Société, l'approche des économistes et des gestionnaires nous aide à cerner davantage les contours de l'entreprise, en dehors de son environnement.

b) L'entreprise entre sciences économiques et sciences de gestion

16. Aborder l'entreprise dans sa réalité économique n'est pas simple pour le juriste puisqu'il doit s'accommoder d'une approche économique de la « firme » (terme communément utilisé par les économistes pour désigner l'entreprise), et d'une approche gestionnaire de l'entreprise, chacune de ces approches répondant à des objectifs différents. Il est en tout cas intéressant de constater qu'au même titre que pour la sociologie, l'entreprise n'a pas toujours été un « objet d'analyse économique[46] ». Ignoré d'abord par les économistes et circonscrite dans leur approche par les gestionnaires[47], « aucune des grandes représentations disponibles n'est sans doute, pour l'heure, capable à elle seule de rendre compte de l'ensemble des déterminations fondamentales de cette institution centrale de nos économies qu'est la firme[48] ». L'entreprise souffre ainsi dans les sciences économiques, au même titre que l'analyse juridique, de l'absence d'une théorie uniforme[49].

17. Selon les sciences économiques, dans une économie de marché, l'entreprise est appréhendée comme « une organisation au sein de laquelle sont combinés des facteurs

---

[45] Ibid.
[46] O. PASTRE, L. CHERUBIN GAVELLE, F. ACOSTA, *Economie de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 2.
[47] Notons que le terme « entreprise » est plutôt utilisé par les sciences de gestion alors que celui de « firme » renvoie davantage aux analyses économiques. Les gestionnaires interrogent les fonctions de l'entreprise, son organisation interne et ses rapports avec son environnement, tandis que les économistes s'intéressent à la nature de la firme, à ses mécanismes de coordination et à leur efficacité, en un mot, à la fonction remplie par la firme pour son marché (voir à cet égard D. COLLE (coord.), *Un monde d'entreprises*, *Rapport Anteios 2009*, PUF, 2008, p. 1). Ces différentes approches expliquent les divergences que l'on peut rencontrer lorsque l'on est à la recherche d'une définition de l'entreprise.
[48] B. CORIAT, O. WEINSTEIN, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, le livre de poche, 1995, 218 p.
[49] Sur l'approche juridique de l'entreprise, voir *infra*, p. 21 et s.

de production, capital et travail, de manière à produire des biens et services susceptibles de satisfaire des besoins ou désirs, exprimés ou latents, d'individus, et ce, afin de réaliser un ou des objectifs au premier rang desquels le profit, condition de survie[50] ». L'entreprise peut aussi être perçue comme une simple modalité d'organisation des activités de production et d'échanges sur un marché[51] et n'être qu'un « mode d'organisation parmi d'autres des économies de marché.[52] ». De ce point de vue, le marché prime, l'entreprise ne tenant qu'une place secondaire. Mais la firme peut également être définie comme « une organisation économique qui rassemble et met en rapport des individus différents avec, en général, des intérêts et des objectifs différents [53]». Son but est alors une valorisation marchande de son activité. La théorie néoclassique de l'équilibre économique[54] n'a, de son côté, fait que très peu de place à l'entreprise, la réduisant à un rôle passif dans l'économie. Selon cette théorie, la fonction de l'entreprise est de produire et son but est de maximiser son profit. « Elle est ainsi réduite à une boîte noire » et « s'adapte mécaniquement à son environnement [55]». L'entreprise n'était donc pas, pour ces auteurs, un objet d'étude à part entière, et les questions de son éventuelle fonction sociale, de son fonctionnement interne ou de son périmètre, n'avait pas lieu de se poser. Cette position théorique ne tient pas longtemps face à la place prépondérante que va progressivement occuper l'entreprise dans la Société et qui conduit les économistes à élargir leurs études des conditions de production et de distribution à celles des comportements des producteurs[56].

18. Pour les sciences de gestion, au contraire, l'entreprise est d'abord identifiée à l'entrepreneur, qui peut évoluer en organisation s'il décide d'agir en groupe. L'entreprise a ainsi trois caractéristiques : « elle est une coalition avec un but commun, produire et vendre des biens et des services ; elle est un centre de décision distinct des

---

[50] D. COLLE, Un monde d'entreprises, op. cit., p. 2.
[51] C. MENARD, « La diversité des modes d'organisation dans une économie développée-dissolution ou recomposition de l'entreprise ? », *in* D. COLLE, *Un monde d'entreprises, op. cit.,* p. 372.
[52] *Idem,* p. 4.
[53] F. ULGEN, Théorie de la firme et stratégies anticoncurrentielles, L'Harmattan, 2002, p. 9.
[54] L. WALRAS est considéré comme l'un des pères fondateurs de cette théorie, voir par exemple A. REBEYROL, *La pensée économique de Walras*, Dunod, coll. Théories économiques, 1999.
[55] B. CORIAT, O. WEINSTEIN, Les nouvelles théories de l'entreprise, op. cit., p. 12.
[56] *Idem,* p. 13.

individus qui la composent ; elle est une somme de moyens d'actions humains, industriels, intellectuels et financiers [57]». L'entreprise est unitaire car son périmètre économique et financier est défini. Mais elle est ouverte car elle fonctionne avec un « réseau de relations[58] », défini comme des relations de pouvoir qui ont des conséquences financières sur l'entreprise. Ces relations sont qualifiées de « parties prenantes » dès lors qu'elles souhaitent participer à la structure du pouvoir de l'entreprise et qu'elles cherchent à s'approprier une fraction de la richesse créée[59].

19. Qu'il s'agisse des gestionnaires comme des économistes, l'entreprise est ainsi étudiée dans sa globalité, c'est-à-dire dans sa dimension organisationnelle complexe, et dans sa dimension internationale. Ses relations avec ses diverses parties prenantes et plus largement avec la Société, ne sont pas ignorées. En visant à responsabiliser les entreprises dans leur organisation globale, la RSE s'inscrit dans cette démarche de prise en compte des relations existant entre les entreprises et la Société.

2) *La RSE, une prise en compte des relations existantes entre l'entreprise et la Société*

20. La responsabilité sociétale est une notion qui invite les entreprises à se comporter en toute responsabilité dans le cadre de leurs activités et de leurs relations avec leurs parties prenantes. Une telle responsabilité peut prendre plusieurs formes. Cela dépend largement du rôle assigné aux entreprises ou au contraire de celui que ces dernières s'assignent. Aussi n'est-il pas surprenant de constater qu'aucune définition unique de la RSE ne peut aujourd'hui être retenue[60]. Chaque acteur intéressé par la RSE, qu'il s'agisse tant des entreprises, que des milieux académiques, des Etats ou de la société

---

[57] P. CONSO, F. HEMICI, L'entreprise en 20 leçons : stratégie, gestion, fonctionnement, 4° éd., DUNOD, 2006, p. 21.

[58] Ces relations pouvant être celles entretenues avec l'Etat, les associations, les syndicats, les banques, les clients, fournisseurs, associés etc., *ibidem.*

[59] Ibid.

[60] Pour une analyse de 37 définitions de la RSE, voir par exemple A. DAHLSRUD, « How corporate social responsability is defined : an analysis of 37 definitions », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Vol. 15, janv. / fév. 2008.

civile, propose sa propre définition, laquelle dépend finalement des intérêts défendus[61]. Rien d'étonnant dès lors à ce que la définition de la RSE puisse également évoluer, comme le démontrent d'ailleurs les définitions retenues de la RSE par la Commission européenne. Au départ entendue comme le fait de «satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes[62] », la Commission a ensuite proposé, dans sa communication de 2011, de la redéfinir comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société[63] ». La démarche et l'approche de la RSE changent à travers cette nouvelle définition. La RSE n'est plus seulement un moyen pour les entreprises de prendre en compte les attentes de leurs parties prenantes, elle devient surtout un outil pour inciter les entreprises à ne pas nuire. Le choix d'activités philanthropiques par certaines entreprises ne suffit plus à qualifier leur démarche de responsable si par ailleurs ces mêmes entreprises nuisent à l'environnement ou aux individus. On se rapproche alors davantage d'une ambition de régulation que d'une notion appelant au simple volontarisme des entreprises. Surtout, les entreprises sont appelées à prendre en compte leurs relations avec les diverses parties prenantes. Une démarche responsable ne saurait ainsi se passer d'une approche globale de leur organisation et d'une prise en compte des effets de leurs activités sur la Société.

---

[61] Pour certains, l'entreprise n'aurait d'ailleurs pour seule responsabilité sociale que celle de faire du profit. Telle a par exemple été la position de M. Friedman lorsqu'il écrivait que « peu d'évolutions pourraient miner aussi profondément les fondations mêmes de notre société libre que l'acception par les dirigeants d'entreprise d'une responsabilité sociale autre que celle de faire le plus d'argent possible pour leurs actionnaires » (M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté* (*Capitalism and Freedom)*, Paris, R. Laffont, 1971). Selon cet économiste, le rôle des entreprises n'est pas de décider seules, de l'intérêt de la Société. Il est intéressant de constater que telle qu'entendue aujourd'hui, il ne s'agit pas tant pour les entreprises de déterminer les attentes des parties prenantes que de ne pas porter atteinte à leurs intérêts, en tout cas de les prendre en compte, ce qui est une démarche différente.

[62] Commission des Communautés européennes, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, 18 juillet 2001, COM(2001) 366, p. 7.

[63] Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission Européenne, Bruxelles, COM(2011) 681 final, 25 oct. 2011, p. 7.

21. Les nombreuses définitions qui existent aujourd'hui de la RSE[64] démontrent qu'elle est surtout un objectif de responsabilisation à atteindre pour les entreprises. Elle est étudiée à travers les principes de comportement qui se dégagent des textes pris au titre de la RSE afin que les entreprises préviennent, limitent, et atténuent les effets potentiellement négatifs liés à leurs activités, dans les domaines extra-commerciaux ou extra-économiques principalement. Il s'agit pour les entreprises de prendre en considération des préoccupations autres que le profit que peuvent générer leurs activités. Mais de quelles « préoccupations » s'agit-il ? Cette question revient à s'interroger sur les domaines de cette responsabilisation. Une entreprise responsable devrait-elle choisir entre la protection de l'environnement et le respect des droits de l'Homme, ou entre les droits des consommateurs et ceux des travailleurs, ou encore entre la lutte contre la fraude fiscale et celle contre la corruption ? Présentée de cette manière, la question peut surprendre. Elle a pourtant fait l'objet d'un long débat, provenant initialement de la traduction du terme anglo-saxon de *corporate social responsability*. Parler de responsabilité sociale peut en effet revêtir un double sens en français. Selon une conception restrictive, il s'agirait d'une responsabilité qui incomberait à l'entreprise dans sa relation avec les travailleurs. De manière extensive, cette responsabilité concernerait les relations de l'entreprise avec toutes ses parties prenantes, qu'il s'agisse tant de l'environnement, que des travailleurs, des consommateurs, des citoyens etc. C'est cette seconde approche qui est aujourd'hui retenue majoritairement, et qui ressort des textes adoptés par les Etats comme par les entreprises elles-mêmes. C'est également cette acception large de la RSE que nous retiendrons tout au long de cette étude.

22. Rappelons en effet que la RSE donne avant tout naissance à de nombreux textes élaborés par les Etats et par les entreprises, mais également par des organisations de la société civile souvent actrices, victimes ou spectatrices des échanges économiques. Or, ce sont ces textes, leurs modes originaux d'élaboration ainsi que leur contenu, qui

---

[64] La définition retenue par la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations s'inscrit d'ailleurs dans cette droite ligne puisque la RSE y est défini comme « *la maîtrise par une organisation 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 cohérence avec les normes internationales de comportement et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* », ISO 26000, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, ISO, 2010.

nourrissent la notion de RSE. Ils sont devenus une source permettant d'éviter toute approche dogmatique de la forme que devrait revêtir les relations entre les entreprises et la Société. Il sera ainsi nécessaire au cours de cette étude de déterminer des critères d'identification de ces textes ou « normes » de RSE.

23. En visant à responsabiliser les entreprises dans leurs relations avec la Société, dans ses aspects économiques et extra-économiques, la RSE s'inscrit finalement dans cette recherche, qui est celle de la communauté internationale depuis plus de 40 ans, d'encadrer les activités des entreprises transnationales. S'interroger sur la place de l'entreprise dans notre Société et sur ses relations avec ses parties prenantes conduit à étudier le cadre juridique dans lequel ces entreprises évoluent. Or, un tel cadre n'existe pas, l'entreprise transnationale n'étant destinataire ni des règles de droit international, ni de droit interne[65].

B. Les tentatives d'encadrement des activités des entreprises transnationales

24. Le succès que rencontre la notion de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) depuis une quinzaine d'années auprès des entreprises, des pouvoirs publics, des organisations internationales, des ONG, et des milieux académiques, témoigne de l'évolution du rôle des entreprises dans la Société et des attentes qu'elles suscitent. Un tel succès peut malgré tout surprendre. La RSE traduit en effet une reconnaissance implicite du flou qui entoure l'encadrement des activités des entreprises transnationales, notamment lorsque celles-ci sont impliquées dans des violations des droits de l'Homme, des droits des travailleurs, des faits de pollution, ou dans des actes de corruption. Elle est également un aveu de l'irresponsabilité avec laquelle certaines entreprises conduisent leurs activités. Pourquoi en effet développer des normes de comportement responsable à l'attention des entreprises si ce n'est justement pour éviter que celles-ci ne se comportent de manière irresponsable ? L'élaboration de normes de comportement par les entreprises elles-mêmes, par les Etats, par des associations ou des institutions privées, démontrent en ce sens l'échec des Etats dans la mise en place d'un cadre juridique adapté à l'organisation transnationale des entreprises qui prenne en compte les effets extra-commerciaux et extra-économiques de leurs activités.

---

[65] Sur cette question, voir *infra*, p. 75 et s.

25. La question de la prise en compte des entreprises organisées sous forme de groupes internationaux a pourtant été posée dès les années 1970, raison pour laquelle un auteur[66] l'a appelé « l'ère de la dispersion à l'échelle mondiale ». Leur développement a alors soulevé deux problèmes bien différents. D'une part, les Etats accueillant les investisseurs étant en grande majorité des pays en développement, reprochaient aux entreprises transnationales, issues le plus souvent de pays développés, de ne pas tirer suffisamment de bénéfices économiques de leur présence sur leur territoire national. Il leur était également reproché leur influence sur les politiques locales des Etats d'accueil, leur montée en puissance mettant en échec la souveraineté de ces Etats. D'un autre coté, les entreprises transnationales souffraient de l'absence d'un cadre juridique général, propre aux investissements internationaux. Ceci les exposait aux risques de nationalisation et d'expropriation de la part des Etats d'accueil. Les pays développés souhaitaient donc qu'un cadre règlementaire permette de reconnaître des droits aux entreprises transnationales, tandis que les pays en développement défendaient au contraire que des obligations leur soient imposées en contrepartie de l'investissement sur leur territoire. De ces préoccupations antagonistes est né le droit international des investissements, qui a permis de sécuriser l'établissement des entreprises dans des Etats étrangers et de favoriser leur mobilité par le biais de conventions internationales[67]. D'abord construit autour de conventions bilatérales, la croissance des investissements internationaux a très vite nécessité le recours au multilatéralisme, favorisant la généralisation de certains principes tels que celui du traitement national ou le principe de non discrimination des investisseurs. Face à la mobilité des investissements, le droit international des investissements a su trouver son effectivité dans une construction à la fois internationale, mais d'application locale.

26. La construction de ce cadre juridique favorisa le développement des investissements internationaux en les sécurisant. Mais leur influence grandissante sur les Etats suscita parallèlement de nouvelles préoccupations concernant les acteurs de ces investissements : les entreprises transnationales. Pour y répondre, le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) adopta en 1972 une résolution visant à créer un

---

[66] A. GYORGY, « Les firmes multinationales dans les années 70 », *Revue économique*, Vol. 23, n°4, 1972, pp. 592-615.

[67] Pour une présentation plus complète voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 1ère éd., Dalloz, 2003, et notamment p. 373 et s.

groupe d'étude chargé d'étudier « le rôle et les effets des sociétés multinationales dans le processus de développement, en particulier des pays en voie de développement, et leurs incidences sur les relations internationales[68] ». Dans cette lignée, et sous l'influence de plusieurs Etats, regroupés au sein du « groupe des 77[69] », l'Assemblée générale des Nations Unies adopta en 1974 [70] le programme d'action sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international. Cette résolution comprenait entre autre, une section V intitulée « règlementation et contrôle des activités des sociétés transnationales ». Cette section répondait à l'un des principes définis par la résolution concernant la libre gestion des Etats, de leurs ressources naturelles et des activités économiques nécessaires à leur développement. Or, pour répondre à ce principe, les Etats devaient être en mesure de pouvoir contrôler les entreprises transnationales. La mise en œuvre de ce programme d'action s'est donc traduite par la création du Centre des Nations Unies des sociétés transnationales[71], et de la Commission intergouvernementale sur les sociétés transnationales, rattachée au Secrétariat des Nations Unies et composée de 48 membres. Cette dernière avait pour mission de définir les objectifs du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales[72]. L'ensemble du processus avait pour ambition de règlementer l'activité des entreprises transnationales[73] afin de donner aux Etats les moyens de contrôler effectivement leurs activités sur leurs territoires. Le Centre devait à ce titre élaborer un code de conduite sur les sociétés transnationales. Faute d'accord, notamment sur la nature juridique de ce texte, le code ne fut pas adopté.

---

[68] Résolution 1721 (LIII) du 28 juillet 1972 du Conseil Economique et Social des Nations Unies.

[69] Il s'agissait alors d'une coalition, fondée en 1964 et regroupant 77 pays en développement. Elle fut formée pour promouvoir leurs intérêts et faire entendre leurs voix au sein des différentes instances des Nations Unies.

[70] L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 1er mai 1974 la Déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international (Résolution 3201 (S-VI)) et le Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (Résolution 3202 (S-VI)).

[71] Résolution 1908 (LVII) du 2 août 1974 de l'ECOSOC.

[72] Création en décembre 1974, en application de la résolution 1913 (LVII) du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC). Rappelons que l'ECOSOC est l'un des cinq organes principaux des Nations Unies, à coté du secrétariat, de l'Assemblée Générale, du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de justice.

[73] Selon D. CARREAU et P. JUILLARD, certains pays développés souhaitaient que soit élaboré un véritable statut des sociétés transnationales. D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique, op. cit.*, p. 30.

27. En 1992, dans le cadre d'une restructuration du Secrétariat des Nations Unies[74], le mandat du centre fut dilué au sein du Département du développement économique et social et le Centre ferma. En 1994, la Commission fut transférée et rattachée à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)[75]. Ce changement marque un tournant fondamental dans l'orientation politique de la recherche de l'encadrement juridique des entreprises transnationales au niveau international. Il est le résultat du Sommet de la Terre qui s'est tenu en 1992 à Rio de Janeiro et à partir duquel est promue une participation active des sociétés transnationales dans le développement économique et social des pays, à travers le plan d'action de l'Agenda 21[76]. L'objet n'est plus la mise en place d'un cadre juridique permettant d'encadrer les entreprises transnationales et leurs investissements ; elles deviennent des partenaires de la croissance et du développement, auxquels les Etats les invitent à contribuer. Loin de se voir imposer des obligations, les sociétés transnationales sont depuis lors simplement *encouragées* à « établir un rapport annuel sur leurs résultats écologiques, ainsi que sur l'utilisation de l'énergie et des ressources naturelles » et à « adopter des codes de conduite préconisant les meilleures pratiques écologiques (…)[77] ». Afin de donner suite aux recommandations du Sommet de la Terre, le *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD)[78], coalition de 200 entreprises transnationales, est créé en 1995. Cela marque le début d'une participation active des entreprises dans les négociations internationales concernant la régulation de leurs activités[79]. Le Pacte mondial des Nations Unies a été la première étape de ce nouveau cadre de régulation. Lancé à l'initiative du Secrétaire général des Nations Unies en 1999, ce Pacte invite les entreprises à adopter, soutenir, et appliquer, dans leur sphère d'influence, dix principes dans le domaine des droits de l'Homme, de l'environnement, de la lutte contre la corruption et des droits fondamentaux du travail. Les entreprises sont donc libres d'y

[74] Restructuration du Secrétariat de l'Organisation, note du Secrétaire général (A/46/882 du 21 février 1992).
[75] Résolution 1994/1 du 14 juillet 1994 de l'ECOSOC.
[76] Chapitre 30 « renforcement du rôle du commerce et de l'industrie » de l'Agenda 21.
[77] Article 30.10 de l'Agenda 21.
[78] Conseil mondial des affaires pour le développement durable.
[79] A propos des débats portant sur la régulation ou sur la règlementation, voir *infra*, p. 307 et s.

adhérer pour s'engager à mettre en œuvre les dix principes. En cas de non respect, « le Bureau du Pacte mondial se réserve le droit de prendre toute mesure appropriée [80] ».

28. Les tentatives de la communauté internationale de prendre en compte les entreprises organisées internationalement en créant un cadre juridique adapté, ont donc échoué. A défaut d'avoir su saisir les acteurs privés du commerce dans leur organisation sous forme de groupement, les opérations du commerce international sont en revanche encadrées par diverses conventions internationales qui forment le droit du commerce international. Sa finalité est « *d'assurer la sécurité des relations d'affaires internationales en permettant de connaître avec certitude la règle de droit qui sera applicable en cas de litige, de garantir la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux, tout en préservant la sécurité des investissements*[81] ». Le contrat étant au cœur de ces échanges, il est apparu nécessaire de l'encadrer au niveau supranational. La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises[82] ou les conventions internationales relatives au transport international de marchandises[83] en sont deux illustrations. Directement applicables aux contrats conclus par des opérateurs privés, ces conventions internationales encadrent leurs opérations commerciales internationales. Il s'agit de règles matérielles et de règles de conflit internationales visant à règlementer les opérations du commerce international. L'équivalent se retrouve au niveau du droit interne où chaque Etat élabore ses propres règles matérielles applicables directement aux opérations du commerce international, ou à défaut, des règles de conflits de lois ou de juridictions, lesquelles apportent des solutions propres à résoudre les conflits inhérents aux opérations du commerce international. Les règles applicables aux opérateurs du commerce international se limitent quant à elles aux règles de conflit applicables en matière de droit des sociétés au sens strict, c'est-à-dire les règles de constitution, de fonctionnement et de liquidation des sociétés. Seul le droit interne permet donc aujourd'hui la constitution de sociétés, auquel elles restent soumises.

---

[80] Pacte mondial, Nations Unies, « Principes régissant l'utilisation du nom et des logos, du Pacte mondial ».
[81] S. CHATILLON, *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 4ème éd., 2011, p. 3.
[82] Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, 11 avril 1980.
[83] S. CHATILLON, Droit des affaires internationales, op. cit., p. 178 et s.

29. L'entreprise opérant sur la scène internationale à travers plusieurs sociétés (liées entre elles par un contrat ou par un lien sociétaire) n'est donc pas destinataire des règles de droit international. Les conventions en matière de droit de l'Homme, droit du travail, droit de l'environnement ou de corruption ne lui sont pas directement applicables. Les opérations commerciales de ses membres sont pourtant règlementées à la fois par des règles de droit international et des règles de droit interne. En revanche, les règles « extra-commerciales » restent de la compétence de chaque Etat. Les sociétés d'un même réseau ou d'un même groupe sont alors soumises à des législations différentes ne répondant à aucune recherche d'unification ou d'harmonisation au niveau du droit international. Quant aux conditions de leur création, de leur fonctionnement et de leur dissolution, elles sont soumises aux règles de droit international privé propres à chaque Etat[84]. Le droit international est donc inachevé dès lors qu'il se limite à encadrer le volet commercial des activités des entreprises afin de faciliter les échanges commerciaux, en omettant de règlementer le volet extra-commercial de ces mêmes activités. Le même constat peut d'ailleurs être dressé au niveau du droit européen. Les discussions actuellement en cours devant le Conseil des droits de l'Homme[85] concernant l'élaboration d'un traité international visant à protéger les victimes d'abus impliquant des entreprises, ré-ouvre donc les portes d'un long processus de tentative d'encadrement

---

[84] Selon le principe de la *lex societatis*, le droit français retient le lieu du siège social statutaire pour déterminer la loi applicable à la société. En cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel, l'article 1837 du code civil et l'article L. 210-3 du code de commerce prévoient que « les tiers ont une option entre le siège statutaire et le siège réel, mais que la société ne peut pas leur opposer le siège statutaire si le siège réel est situé dans un autre lieu. Ces dispositions ont donc notamment pour objet d'éviter que la société ne se prévale d'un siège fictif pour se voire appliquer une loi étrangère qui lui serait plus favorable. ». En revanche, le droit anglo-saxon retient la loi d'incorporation de la société, ce qui tend à favoriser l'application de la loi du pays ou la société aurait un siège fictif.

[85] Voir le document de travail préparé pour la 26° session du Conseil des droits de l'Homme, *Report of the working group on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, A/HRC/26/25, 5 mai 2014. Le Conseil des droits de l'Homme a adopté, au cours de sa 26° session, une Résolution visant à établir un groupe de travail intergouvernemental qui aura pour mandat d'élaborer un « instrument international juridiquement contraignant » pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises. A noter que la France a voté contre l'adoption de cette résolution. Des propositions devront être élaborées pour le début de la troisième session du groupe de travail (Résolution portant sur *l'Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 juin 2014).

des entreprises transnationales qui a jusqu'à présent échoué, faute de volonté politique suffisamment forte.

30. En incitant les entreprises à agir et à se comporter de manière responsable, la RSE s'inscrit-elle dans ce contexte de règlementation des activités des entreprises transnationales alors que les normes prises sur ce fondement n'ont en principe aucune force contraignante ? La prise en compte des préoccupations sociétale doit-elle être volontaire ? Doit-on seulement inciter les entreprises à limiter les impacts potentiellement négatifs de leurs activités ou doit-on les y contraindre ? Comment les responsabiliser ? Les réponses à apporter à ces questions sont devenues d'autant plus difficiles pour les juristes que l'entreprise transnationale n'est pas définie par le droit. L'entreprise transnationale n'est d'ailleurs visée expressément par aucun texte de droit interne. Les textes élaborés au titre de la RSE la visent en revanche expressément. La RSE pourrait bien à cet égard influencer la manière dont le droit pourrait la saisir et permettre ainsi une évolution du cadre juridique sur ce sujet[86].

§ 2 . La définition de l'entreprise transnationale subordonnée à la notion de RSE

31. L'entreprise transnationale n'est ni définie par le droit ni visée par une législation de droit interne. Acteur principal des échanges économiques internationaux, elle reste un objet approximatif du droit international (B). Leurs activités ainsi que leur organisation complexe soulèvent pourtant de nombreuses problématiques relatives au respect des droits sociaux, des droits de l'Homme ou de l'environnement (A). Cela explique que ce soit leur organisation globale qui soit visée par la RSE, alors que le droit n'appréhende en principe l'entreprise que dans sa dimension unitaire, à travers la « société ».

A. Les enjeux liés à l'organisation complexe des entreprises transnationales

32. L'internationalisation des échanges qui s'est accrue dès les années 1990 a favorisé le développement des activités des entreprises au niveau mondial. Si celui-ci s'est

[86] I. DESBARATS, G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *La semaine juridique*, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2012, n° 3, pp. 25-30.

accompagné d'un accroissement des richesses, il s'est surtout fait au détriment d'une prise en compte plus globale des effets potentiellement néfastes des activités économiques et commerciales sur les droits de l'Homme, l'environnement, et plus généralement, sur les générations futures[87]. L'importance d'une prise en compte de ces préoccupations extra-économiques dans les échanges industriels et commerciaux ne s'est faite que tardivement[88], à travers notamment la notion de « développement durable[89] », entériné par 187 Etats lors du Sommet de la Terre qui s'est tenu à Rio en 1992[90]. La mise en œuvre d'un tel objectif incombe en premier lieu aux pouvoirs publics. Elle ne peut toutefois se faire sans une participation active des entreprises, principaux acteurs du développement économique dans un système libéralisé des échanges. C'est cet objectif que traduit aujourd'hui la notion de Responsabilité sociétale des entreprises.

---

[87] Pour des exemples des nombreuses affaires mettant en cause des entreprises transnationales dans des cas de violations des droits de l'Homme, d'actes de pollution ou de corruption, voir par exemple P. LAGET, *La liste noire des multinationales,* L'Harmattan, Paris, 2013, 83 p.

[88] L'objectif de « développement durable » est aujourd'hui inscrit dans la Charte de l'environnement, qui a été intégrée au bloc de constitutionnalité par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, ainsi que dans plusieurs textes législatifs. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit par exemple que le rapport financier produit par certaines sociétés contient des informations sur la manière dont les sociétés prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leurs activités, ainsi que sur leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable. Le texte différencie ainsi la prise en compte des effets actuels, qu'ils soient positifs ou négatifs, des activités des entreprises sur la Société, et la manière dont elles participent plus largement à ne pas compromettre la capacité des génération futures et des autres peuples à satisfaire à leurs besoins. L'objectif de développement durable fait également partie des principes généraux du droit de l'environnement. Il est inscrit à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Les collectivités territoriales se voient imputer des obligations visant à garantir le respect de cet objectif (par exemple article L. 2311-1-1, et L. 4310-1 du Code des collectivités territoriales).

[89] Le développement durable est défini comme un développement qui répond « aux besoins du présent sans compromettre la possibilité, pour les générations à venir, de pouvoir répondre à leurs propres besoins », Commission des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, A/42/427 Annexe, 4 août 1987, également appelé « Rapport Brundtland », du nom de Gro Harlem Brundtland ayant présidé la Commission en charge de la rédaction de ce rapport.

[90] Le troisième sommet de la Terre de la terre qui s'est tenu en juin 1992, à Rio de Janeiro, a été l'occasion de consacrer le terme de « développement durable, notamment par l'adoption de la « Convention de Rio » relative à la diversité biologique et de l'Agenda 21. Cela a également été l'occasion de modifier la définition initialement proposée dans le Rapport Brundtland en faisant du développement durable un objectif non pas exclusivement centré sur la préservation de l'environnement, mais en y insérant également les objectifs de justice sociale et de progrès économique.

33. Or, les entreprises transnationales se trouvent de plus en plus impliquées dans des affaires mettant en cause des cas de violation des droits de l'Homme, des travailleurs ou des situations d'atteinte à l'environnement. C'est toute l'organisation des entreprises qui est mise en cause par les ONG et les associations de consommateurs, qui dénoncent régulièrement les effets néfastes de leurs activités sur la Société et les individus. La situation des « *sweatshot* »[91] dans l'industrie du textile illustre les difficultés liées à la détermination des responsabilités entre partenaires commerciaux du fait de l'organisation complexe des entreprises transnationales.

34. Ce secteur a fait l'objet de nombreuses campagnes de dénonciation par la société civile depuis les années 1990, du fait notamment des nombreux problèmes sociaux liés aux chaînes de sous-traitance en cascade. Ces « usines de la sueur » résultent de la multiplication du recours à la sous-traitance, suite aux vagues d'externalisation dans des pays ne garantissant pas la protection des droits des travailleurs et connus pour leurs prix très compétitifs. Ces pays sont d'ailleurs parfois qualifiés de *Low cost countries* ou *leading competitive countries*[92]. Face aux chaînes de sous-traitance internationales qui se sont développées dans le secteur du textile, syndicats, ONG[93], associations de consommateurs et d'étudiants se sont organisés collectivement à l'échelle internationale afin de dénoncer les conditions de travail dans les usines participant à ces chaînes de sous-traitance internationales. Disney, Esprit, Zara, Gap[94], H&M, Levis etc. ont fait

---

[91] Terme anglo-saxon désignant des usines au sein desquelles les conditions de travail sont extrêmement dures et dans lesquelles le respect des droits fondamentaux fait souvent défaut.

[92] O. LAVASTRE, A. SPLANZANI, « Responsabilité sociale des entreprises et management de la chaîne logistique : vers des *supply chain* pérennes ? », Proposition pour le colloque de l'ADERSE, janv. 2008, 6 p., disponible sur www.aderse.org, site visité le 10 avril 2013.

[93] Le collectif français « éthique sur l'étiquette », relais français de la *Clean clothes campaign* a par exemple vu le jour en 1990, voir www.ethique-sur-etiquette.org et la « Campagne vêtements propres », www.cleanclothes.org.

[94] Gap a par exemple fait l'objet d'une enquête du journal anglais *The observer* en octobre 2007, révélant que des vêtements de la marque étaient fabriqués chez l'un de ses fournisseur par des enfants, ce qui a conduit l'entreprise à rompre sa relation contractuelle avec ledit fournisseur. Déjà en 1990, l'entreprise avait été visée pour des cas de travail forcé, de travail de mineurs et de punitions corporelles dans sa chaîne de sous-traitance. L'entreprise a depuis été conduite à rompre ses relations contractuelles avec 136 de ses fournisseurs et à adopter un code de conduite, O. LAVASTRE, A. SPLANZANI, « Responsabilité sociale des entreprises et management de la chaîne logistique : vers des *supply chain* pérennes ? », *op. cit*.

l'objet de ces campagnes de dénonciation portant sur les horaires de travail excessif, le non respect des droits des syndicats, de la liberté d'association, du travail des enfants, de la sécurité des travailleurs etc. chez leurs sous-traitants étrangers, souvent situés en Asie. Les enseignes de la grande distribution telles que Lidle, Aldi, Carrefour, Tesco ou Walmart, ont également fait l'objet d'une enquête du collectif « éthique sur l'étiquette », donnant lieu à un rapport[95] dénonçant les conditions de travail chez leurs sous-traitants ; le secteur du sport n'a pas non plus été épargné. Adidas, Reebok, Puma ou New Balance pourtant engagés dans des démarches de RSE, se sont également vu reprocher par le collectif les pressions faites sur leurs sous-traitants asiatiques[96] qui avaient eu pour effet de contribuer à des violations alléguées des droits sociaux fondamentaux.

35. Le recours à la sous-traitance dans le secteur des matières premières soulève également de nombreux problèmes en termes de corruption, de pollution, de violations des droits de l'Homme ou des travailleurs. Prenons l'exemple de la société canadienne Nevsun Resources dont le comportement passif face à ses sous-traitants étrangers a été dénoncé par l'ONG anglaise *Human rights watch*. Il lui a notamment reproché de ne pas avoir pris les mesures nécessaires permettant d'éviter le recours au travail forcé lors de la construction d'une mine en Erythrée chez l'un de ses sous-traitants. Ces dénonciations ont par la suite conduit la société à mener des enquêtes chez ses sous-traitants afin de prévenir de telles violations[97]. La filière diamantifère a également été conduite à responsabiliser les acteurs du secteur. Rappelons en effet que le commerce illégal de

---

[95] Clean clothes campaign, éthique sur l'étiquette, « Clash ! Pratiques d'approvisionnement de la grande distribution et des conditions de travail dans l'industrie de l'habillement », 2009, 84 p., disponible sur : http://www.ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/1-2_Rapport_Cash.pdf, site visité le 10 avril 2013.

[96] Maquila Solidarity Network, « Surmonter les obstacles : mesures pour améliorer les salaires et les conditions de travail dans l'industrie mondiale des vêtements et des chaussures de sport », campagne Playfair 2008, avril 2008, 80 p., disponible sur : http://www.ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/1-2_Rapport_surmonter_les_obstacles.pdf, site visité le 10 avril 2013.

[97] Human rights watch, « Hear no evil : forced labor and corporate responsibility in Eritrea's mining sector », janv. 2013, 35 p., disponible sur: www.hrw.org, site visité le 11 avril 2013.

diamants a permis d'alimenter de nombreux conflits, notamment en Afrique, en permettant le financement des armes[98].

36. L'organisation des entreprises transnationales et de leurs relations d'affaire soulèvent de nombreuses difficultés liées notamment à la détermination des responsabilités lorsqu'un dommage survient ou qu'une violation est commise par l'une des sociétés appartenant à un groupe ou à un réseau. En droit positif, l'appartenance ou le lien à un groupe ou à un réseau est en effet sans incidence sur les responsabilités des autres sociétés. En appréhendant l'entreprise dans son organisation globale ainsi que dans sa fonction sociétale au-delà des structures juridiques, la RSE propose une nouvelle approche de l'entreprise transnationale.

B. Tentative de définition de l'entreprise transnationale

37. L'absence d'une définition légale de l'entreprise transnationale nous incite à analyser davantage son organisation pour tenter d'en appréhender les contours. Mais avant tout, il convient de s'arrêter sur la terminologie employée. Qualifiée d' « entreprise », de « société » ou de « firme », au caractère « transnational[99] », « mondial » ou « multinational », l'entreprise n'est définie ni par le droit interne, ni par le droit international[100]. Seule la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), à travers « l'Ensemble de principes et de règles sur les pratiques commerciales restrictives [101] », propose une définition suffisamment large pour écarter les critères liés à la forme juridique, à la détention de capital ou à l'identité des dirigeants, raison pour laquelle nous la retiendrons dans le cadre de cette étude.

---

[98] Suite à plusieurs rapports d'ONG et des Nations Unies démontrant les liens entre l'extraction des diamants et les conflits armés, le processus Kimberley a été mis en place en 2003, créant une procédure de certification des diamants. Il s'agit, par le biais de ce processus, d'éliminer la négociation sur le marché de diamants issus de zones de conflits. 47 Etats participent aujourd'hui à ce processus, en collaboration avec les industriels du secteur. Les groupes de sociétés sont confrontés aux mêmes problématiques.

[99] Voir par exemple M-A. MOREAU, « De la transnationalité de la relation de travail » *Dr. social,* 2011, pp. 1174-1186.

[100] Voir *infra,* p. 40**.**

[101] Conférence des Nations Unies sur les pratiques restrictives, L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Résolution du 22 avril 1980, Annexe, adopté par L'Assemblée générale des Nations Unies le 5 déc. 1980, Résolution 35/63.

L'entreprise désignera ainsi « *les firmes, sociétés de personnes, sociétés anonymes, compagnies, autres associations, personnes physiques et morales, ou toute combinaison de ces formules, quel que soit leur mode de création ou de contrôle ou de propriété, qu'elles soient privées ou d'État, qui exercent des activités commerciales; il englobe aussi leurs succursales, filiales, sociétés affiliées ou autres entités directement ou indirectement contrôlées par elles* ».

38. Bien que le qualificatif « multinational » soit le plus communément utilisé pour désigner la dispersion géographique de leurs activités à l'international, nous préfèrerons celui de « transnational », retenu par les Nations Unies[102]. Le premier renvoie à l'idée d'une multiplicité de nationalités, alors que le second renvoie davantage à l'idée de traverser plusieurs pays, ce qui permet d'envisager que l'action de ces entreprises soit dirigée depuis un ou plusieurs centres de décisions. En réalité, tant les Nations Unies que les auteurs eux-mêmes utilisent l'un ou l'autre de ces qualificatifs pour désigner « les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays [103] ».

39. Dans tous les cas, plus la structure de l'entreprise est vaste et complexe et plus la répartition et l'organisation du pouvoir entre ses membres est complexe. L'étendue du pouvoir varie en fonction du modèle organisationnel choisi. Or, ce modèle a évolué. Si les groupes de sociétés ont au départ été marqués par une forte intégration verticale et donc construits autour d'un modèle hiérarchique, la diversification des tâches des entreprises a dû laisser la place à une organisation plus horizontale, moins contraignante. Dans les deux cas, le pouvoir est éparpillé entre les diverses sociétés de l'organisation et son étendue varie selon le socle sur lequel il repose. L'exercice de ce pouvoir n'est pourtant assorti d'aucune responsabilité. Au sein d'un groupe de sociétés, la détention du pouvoir de décision est réparti entre les diverses filiales et la société-mère. Ce pouvoir peut trouver sa source dans la nature même de la société qui reste une personne morale

---

[102] Pour le choix du qualificatif de « multinational », voir par exemple P. MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 36 et s. ; pour celui de « transnational », voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 7ème éd., Paris, LGDJ, 2002p. 646 et s.

[103] Institut de Droit International, *Les entreprises multinationales*, 2ème Commission, Rapporteur B. GOLDMAN, Session d'Oslo, 1977.

autonome, mais elle peut également reposer sur une délégation de pouvoir[104]. L'étendue de ce pouvoir varie en fonction du degré de participation au capital. Cela entraîne soit une véritable prise de contrôle de la société dominante sur la gestion de la société dont les titres ont été acquis ou souscrits ; soit une « simple » participation dans cette société, permettant de créer des liens durables, mais sans exercer d'influence notable sur sa gestion[105]. L'organisation du groupe repose ainsi traditionnellement sur le contrôle et l'influence exercés par une société-mère sur ses sociétés filiales et sur les sociétés auprès desquelles elle détient des participations.

40. Au-delà d'une approche purement quantitative du contrôle, les participations et l'exercice du pouvoir qui en découle peuvent en réalité prendre plusieurs formes. La société-mère peut prendre part à la gestion de sa, ou de ses filiales, se contenter de fixer les grandes orientations stratégiques du groupe, ou encore se limiter à jouer un rôle exclusivement financier (cas des holdings par exemple) ; les sociétés du groupe peuvent elles-aussi détenir des participations dans d'autres sociétés, créant ainsi une filialisation en cascade, ou n'être liées que par des contrats ; des sociétés appartenant à des groupes différents peuvent également décider de créer une « filiale commune », aussi appelée « société de société » afin de créer un service commun ou développer des activités de recherche. Dans tous les cas, le pouvoir est réparti entre les différentes sociétés du groupe, ce qui rend la détermination de son détenteur plus difficile[106]. Cela est encore plus vrai lorsque l'entreprise est organisée autour du contrat.

---

[104] Sur la délégation de pouvoir au sein des groupes de sociétés, voir notamment C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés*, juillet 2000, pp. 453 et s.; M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Revue de science criminelle*, 2000 p. 525.

[105] C'est notamment le cas lorsqu'une société possède dans une autre, une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, cette participation ne lui conférant pas de droits de vote suffisant pour exercer une influence sur la stratégie de la société. En revanche, une société détenant directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droit de vote dans les assemblées générales de cette société peut être considérée comme contrôlante. Cela lui confère en effet le pouvoir de se prononcer sur les orientations stratégiques de ladite société (Article L. 233-2 du Code de commerce).

[106] Chaque groupe de sociétés adopte en réalité son propre modèle décisionnel. Certaines entreprises choisissent une concentration du pouvoir, tandis que d'autres préfèrent fonctionner en réseau. Les grands groupes de sociétés tendent néanmoins à fragmenter « les processus décisionnels », rendant la détermination de leurs contours floue. Sur cette question et la notion de centre de décision économique, voir C. GAUDIN, *La notion de*

41. Ces diverses formes de relations que peuvent entretenir des sociétés entre elles sont prises en compte par la RSE[107]. Les normes de RSE visent en effet les entreprises transnationales dans leur ensemble, sans aucune distinction des sociétés qui les composent. C'est toute l'organisation qui doit globalement agir de manière responsable, la prise en compte des partenaires commerciaux étant à cet égard particulièrement importante. Chaque société reste malgré tout responsable de ses propres décisions et de l'organisation de ses activités. La RSE invite ainsi à appréhender l'entreprise selon une approche systémique, c'est-à-dire par une prise en compte tant des sociétés prises individuellement, que de l'organisation qu'elles forment à travers leurs diverses relations commerciales. Cette approche répond aux problèmes sociétaux que peuvent soulever l'organisation complexe des entreprises transnationales et qui peut d'ailleurs impliquer l'entreprise toute entière.

42. Le principe d'autonomie juridique des personnes morales[108] s'oppose pourtant, en principe, à une telle démarche. Technique propre au droit des sociétés, ce principe ne se limite pas à favoriser l'organisation du patrimoine des sociétés, sa protection ainsi que son développement. Ses effets peuvent aller bien au-delà. Le maintien du principe d'autonomie juridique en présence de sociétés véritablement autonomes d'un point de vu décisionnel, organisationnel et financier, ne pose pas de difficultés. En revanche, en présence de sociétés dont les relations sont tellement imbriquées qu'elles en perdent cette autonomie, interroge les juristes depuis plusieurs années. Cette interrogation se pose avec acuité en présence d'un réseau d'entreprises dont les relations ne se limitent pas à de simples échanges commerciaux mais sont de véritables relations d'interdépendances[109]. Le recours à la technique de la personnalité morale a alors pour effet d'éclater l'entreprise et tous ses éléments constitutifs. Dans une relation de dépendance assortie d'un rapport de domination, le maintien de l'autonomie juridique de la société dominée n'a plus qu'une utilité : lui faire supporter seule, les risques

---

centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire nationale, Rapport d'information n°347, Tome 1, Sénat, juin 2007, p. 59 et s.

[107] Voir I. DESBARATS, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *Revue des sociétés*, Journal des sociétés, 2009, 69, pp. 15-22.

[108] Sur cette question, voir *infra*, p. 44 et S. et p. 137 et s.

[109] Voir *infra*, p. 55 et s.

financiers[110] liés à son activité, mais dont tire profit la société dominante. Le principe d'autonomie des sociétés devient ainsi un outil au service de l'éclatement de l'entreprise, ce qui explique que le droit ait encore du mal à définir l'entreprise tout autant que l'entreprise transnationale comme un ensemble, puisque cela aurait pour effet de nier l'existence des sociétés « membres » de cet ensemble.

43. La difficulté s'accroît lorsqu'il s'agit de prendre en compte le caractère transnational de leurs activités. L'entreprise transnationale se caractérise en effet avant tout par une internationalisation de ses centres de décisions et de production. Cette internationalisation peut prendre trois grandes formes[111]: il peut s'agir de relations entre fournisseurs et clients, dans un processus d'exportation qui participe au développement international d'une entreprise. Cette relation peut être indirecte, en ayant recours à des intermédiaires, et créer ainsi une chaîne de contrats, également appelée « chaîne de sous-traitance ». L'internationalisation de l'entreprise peut également être directe, via une relation entre une société-mère et sa filiale. Il s'agit alors d'un investissement direct étranger qui passe par exemple par une prise de participation dans une société locale ou par la création d'une filiale locale. Enfin, les systèmes contractuels de transfert de savoir-faire sont également un moyen d'internationaliser une entreprise, par la signature de contrats de franchise ou encore la création de joint-venture.

44. Cet éclatement territorial s'analyse à plusieurs niveaux de l'entreprise. Au niveau des centres de décision tout d'abord, ils peuvent fonctionner en réseaux, organisés autour d'un centre de décision « monde », de centres de décision régionaux, de centres de décision subrégionaux, de centres de décisions spécialisés par produit ou service et de centres de décision administratifs spécialisés servant d'appui à plusieurs filiales du groupe. Au niveau des centres de production, ces derniers se situent sur des territoires différents des lieux de consommation et souvent même des lieux de décision, créant un éparpillement géographique des fonctions de l'entreprise. Une même entreprise se retrouve dès lors composée d'une pluralité d'entités ayant chacune une nationalité

---

[110] G. J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance ; essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Paris, LGDJ, 1986.

[111] U. MAYRHOFER, *Les rapprochements d'entreprises, une nouvelle logique stratégique ?,* Peter Lang, coll. Presses Universitaires européennes, Berne, 2001, pp. 83 et s.

différente, ce qui lui confère son caractère mondial. La question de la dispersion géographique de l'actionnariat accentue le caractère international de ces entreprises et crée une « déconnexion entre d'une part, la nationalité de la cotation d'une grande entreprise et, d'autre part, son comportement sur le territoire correspondant »[112]. Ainsi en 2009, le taux de détention des entreprises du CAC 40 par des non-résidents s'élevait par exemple à 42,3%[113] et a depuis encore augmenté[114].

45. La particularité de ces entreprises tient finalement « à une multi localisation des activités transnationales et à l'existence d'un système unique de prise de décision permettant des politiques cohérentes et une stratégie commune arrêtées par un ou plusieurs centres de décision, système dans lequel les entités sont liées les unes aux autres, en raison d'un rapport de propriété ou d'une autre manière, de telle sorte qu'une ou plusieurs d'entre elles soient en mesure d'exercer une influence significative sur les activités des autres entités »[115]. La dispersion géographique de ces entreprises ne les empêche donc pas de s'organiser, laissant émerger des entreprises à structure complexe. Les décisions prises au niveau de la maison-mère peuvent avoir des effets au niveau du lieu d'implantation de la filiale et vice et versa ; de même, les décisions prises au sein d'une relation commerciale, qu'il s'agisse d'une relation fondée sur le contrat ou sur la détention de parts sociales, peuvent produire des effets au-delà de la société elle-même, ce que la RSE invite à prendre en compte.

---

[112] C. GAUDIN, La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national, op. cit., p.68. Selon certains auteurs, le problème de la nationalité des sociétés d'une même entreprise multinationale soulève la question de « l'allégeance » de chaque société de l'entreprise, à son Etat d'accueil. Comme le note ainsi M. LIZEE : « Ce lien d'allégeance place chaque filiale dans une situation conflictuelle, tiraillée qu'elle est entre deux fidélités. Comment les filiales prendraient-elles pour de bon en considération l'intérêt local, alors que leurs propres avantages sont sacrifiés à ceux de la société-mère, qui décide en dernier ressort en tenant généralement peu compte à la fois de l'intérêt social de ses filiales et de l'intérêt national des Etats d'accueil, intérêts qui, sans coïncider nécessairement, sont étroitement unis », M. LIZEE, « Droit des multinationales: une impasse juridique? », Revue québécoise de droit international, 1985, p. 275.

[113] J. LEROUX, « La détention par les non-résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2009 », Bulletin de la Banque de France, n° 180, 2ème trimestre 2010, pp.19-26.

[114] « Statistiques », Bulletin de la Banque de France, n° 195, 1er trim. 2014, S12.

[115] F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international public, Recueil des Cours La Haye, vol. 213, 1989, p. 337.

46. Les textes élaborés au titre de la RSE proposent en effet aux entreprises le respect de principes organisationnels, de gestion et de transparence. Leur contenu n'est à cet égard pas nouveau. Ce qui l'est en revanche, c'est la prise en compte de facteurs sociétaux dans les processus décisionnels des entreprises[116] à l'échelle de leur organisation et dans leurs diverses relations, surtout lorsque celles-ci sont internationales et échappent alors au contrôle étatique. En proposant une nouvelle manière de saisir les entreprises transnationales, la RSE pourrait bien influencer le droit sur la manière de les rendre responsables.

§ 3 . Les entreprises transnationales, leur responsabilité et le droit

47. Il incombe en premier lieu aux Etats de protéger, de promouvoir et de garantir le respect des droits de l'Homme, comme le rappellent les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme[117]. Ce sont également les Etats qui définissent traditionnellement le cadre juridique des échanges économiques et commerciaux. La libéralisation de ce cadre leur a pourtant fait perdre le pouvoir de maîtriser et de sécuriser ces échanges, laissant dans une large mesure, les entreprises

---

[116] Les éléments à prendre en compte dans leurs décisions d'investissement, leurs choix stratégiques ou encore la sélection de leurs partenaires, ne doivent plus se fonder uniquement sur des critères économiques mais doivent intégrer également des préoccupations sociétales. S'inscrire dans une démarche de RSE commande donc, pour les entreprises, de prendre en compte, dans leurs décisions économiques, les attentes environnementales et sociales de leurs parties prenantes, mais également et surtout de ne pas nuire et de ne pas porter atteinte aux intérêts de ces mêmes parties prenantes (Sur la notion de « partie prenante », voir *infra*, p. 106). H. BOWEN définit à cet égard la responsabilité sociale des managers comme le fait de « poursuivre les politiques, prendre les décisions ou suivre les orientations désirables en termes d'objectifs et de valeurs de notre société », H. BOWEN, *Social Responsabilities of the Businessman*, Harper, 1953, p. 6, cité par A. ACQUIER, J-P. GOND, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : à la découverte d'un ouvrage fondateur, *Social Responsabilities of the Businessman* d'Howard Bowen », Finance *Contrôle Stratégie*, Vol. 10, n°2, juin 2007, p. 7. Voir également I. DAUGAREILH, « Introduction », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. IX

[117] Conseil des droits de l'hommes des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

transnationales s'autoréguler[118]. Aussi, alors que les individus s'en référaient initialement aux Etats, garants de l'intérêt général et de l'ordre public, pour régler leurs différends, c'est aujourd'hui aux entreprises qu'il est demandé directement des comptes.

48. Dans un contexte d'économie mondiale libéralisée, la RSE affirme et assoit finalement la place et le rôle des entreprises dans notre Société[119]. Qu'elles se comportent ou non en acteur économique responsable et qu'elles soient ou non responsables de leurs actes, de leurs décisions et de leur organisation complexe, la RSE modifie avant tout le paradigme de l'entreprise. Elle encourage à appréhender l'entreprise non comme un acteur isolé dont le seul but serait la recherche de profits, mais à la saisir à travers son environnement et dans toute son organisation, démarche qui n'est nullement retenue aujourd'hui par le droit.

49. L'approche est loin de n'être que politique ou même philosophique. La manière d'aborder l'entreprise conditionne en effet le cadre juridique au sein duquel elle évolue. Or, celle-ci est, à l'image de l'organisation de notre système juridique et même de la discipline juridique : fragmentée. La société, seul « être » juridique, reste le dénominateur commun aux diverses disciplines juridiques. L'entreprise quant à elle, loin d'être définie, est abordée différemment selon les objectifs que poursuivent chacune des branches de droit. Autant dire qu'elle reste imperméable à toute tentative d'encadrement uniforme et cohérent. De manière générale, l'entreprise n'est donc pas pensée, étudiée, ni abordée par le juriste, dans sa relation à la Société. La RSE appelle en revanche à le faire. Dans cette perspective, la société, personne morale, n'est plus l'unique point d'ancrage des règles juridiques applicables à l'entreprise. C'est toute l'organisation des relations commerciales de chaque société qui doit être prise en compte, peu importe que ce soit à travers le prisme du droit social, du droit de la concurrence ou du droit fiscal. Cette figure floue que constitue pour le juriste l'entreprise transnationale prend ainsi forme sous l'impulsion de la RSE qui concourt à dessiner les contours de son organisation. Afin d'exercer son activité de manière responsable, l'entreprise doit en effet modifier son fonctionnement, son organisation. Elle doit affiner ses modèles de

---

[118] Pensons par exemple à la lex mercatoria (sur cette question, voir *infra*, p. 307 et s) ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992.

[119] Voir par exemple D. COLLE, *Un monde d'entreprises*, *op. cit.*, p. 305 et s.

gestion, faire participer les travailleurs à cette nouvelle politique, organiser les relations contractuelles afin que celles-ci ne contredisent pas ses propres engagements, mettre en place des systèmes de contrôle dans toute l'organisation, ce qui implique de consolider ses relations avec ses partenaires, maîtriser sa chaîne de production etc.

50. Le droit s'en trouve bouleversé, car loin de n'être qu'une théorie, la RSE engendre la production de normes et d'outils qui concrétisent une évolution des règles et de leur contenu. Qu'il s'agisse tant de la manière d'appréhender l'organisation de ces relations et donc de l'entreprise, que des règles qui lui sont applicables, la RSE pourrait bien ainsi bousculer les cloisons posées par des années de théorie juridique. Les séparations entre les matières de droit et les incohérences dans leur manière d'aborder l'entreprise sont interrogées ; le droit de la responsabilité et les schémas traditionnels de l'imputation sont remis en cause ; la manière même de construire le droit de la responsabilité sur une logique réparatrice plutôt que préventive est largement questionnée par la RSE. Les normes prises au titre de la RSE interrogent les théories classiques du droit portant sur la hiérarchie des normes notamment; elles renforcent la régulation, sorte de système parallèle à la règlementation, encore peu connue des juristes, lesquels restent formés à l'existence de règles de droit « dur ». Toutes les branches du droit sont finalement appelées à être influencée par la RSE. Qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit du travail, du droit de la concurrence, du droit fiscal, du droit de l'environnement, du droit de la consommation, du droit des contrats, mais également du droit international public, du droit international économique, et du droit européen, ou encore du droit privé et du droit public, la manière de saisir l'entreprise et de l'encadrer sont appelées à évoluer au contact de la RSE.

51. Aussi nous faut-il dès à présent préciser l'objet de cette recherche qui ne portera pas sur la notion de RSE, qui a déjà fait l'objet de nombreux travaux[120], mais sur ses effets sur notre droit. C'est donc une méthode systémique qui a été choisie pour aborder ce sujet. Il s'agit en effet d'étudier un phénomène dans sa globalité et sa complexité,

[120] Voir par exemple F. MORIN, *La régulation sociale des sociétés transnationales*, Université Aix-Marseille III, 14 déc. 2007; E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Université des sciences sociales Toulouse I, janv. 2004.

sans se limiter à un angle d'approche en particulier[121], la RSE, s'introduisant dans toutes les branches de droit. Une telle méthode n'est envisageable qu'en acceptant le changement de paradigme que plusieurs auteurs ont déjà pu observer et expliquer à propos de « la crise du modèle pyramidal [122]». Loin de disparaître sous les effets de cette crise, le système juridique classique subit toutefois ses effets[123]. La RSE s'inscrit dans ce phénomène de changement paradigmatique du droit, et entraîne avec elle plus spécifiquement encore, une évolution du paradigme de l'entreprise.

52. Cette manière d'étudier la RSE devrait permettre de constater l'émergence d'un cadre juridique mixte au sein duquel la régulation se mêle à la règlementation, mais surtout duquel ressort une nouvelle manière de saisir l'entreprise pour le juriste. C'est peut être finalement la notion même de RSE qui s'en trouvera précisée, et la responsabilité de l'entreprise transnationale renforcée par la même occasion[124].

53. La vérification d'une telle hypothèse suppose que la RSE et le droit entrent en contact. Ce sont ces « contacts » et leurs effets que nous allons être amenés à étudier. Nous verrons qu'à l'image des vases communicants, la RSE s'immisce dans le droit, en proposant une nouvelle manière d'étudier l'entreprise transnationale (*première partie*) ; or, en recevant la RSE, le droit ouvre à son tour de nouvelles perspectives d'encadrement juridique des entreprises transnationales (*seconde partie*).

Première partie : L'immixtion de la RSE dans le droit

Seconde partie : L'extension du droit à la RSE

---

[121] Voir C. SAMPER, « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 330.

[122] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint louis, Bruxelles, 2002, p. 14.

[123] *Idem*, p. 15 et s.

[124] Voir par exemple le projet de loi d'orientation et de programmation n°122 tel que modifié en 1ère lecture par le Sénat au cours de la session ordinaire du 2013-2014 le 26 mai 2014, portant sur *la politique de développement et de solidarité internationale*, et qui vise à intégrer la RSE à plusieurs égards dans la législation.

PARTIE I.

L'IMMIXTION DE LA RSE

DANS LE DROIT

54. La société est devenue le support de structures entrepreneuriales complexes que le droit ne saisit que partiellement. Le groupe de sociétés en est la figure représentative. Organisés sous forme pyramidale, les groupes de sociétés se constituent en dehors de tout cadre juridique. Le droit des sociétés, initialement conçu pour des sociétés « simples », se contente en effet d'adapter ses règles à ces formes complexes d'entreprise. Cette démarche entraîne une inadéquation du droit aux faits, laquelle est aujourd'hui d'autant plus criante que les structures et l'organisation des relations entre sociétés évoluent rapidement. L'organisation verticale des groupes de sociétés laisse en effet place à de nouvelles formes d'organisation horizontale[125] qui donnent naissance à des réseaux d'entreprises[126]. Leur fonctionnement réticulaire remet en cause les fondements juridiques sur lesquels reposaient les quelques règles qui avaient su s'adapter aux structures pyramidales. Le pouvoir s'y exprime différemment ; le contrat y tient une place centrale ; le contrôle n'est plus lié à la détention du capital. Groupe d'un côté, réseau de l'autre, une telle dichotomie ne saurait néanmoins refléter la réalité de l'entreprise qui se développe à l'international. Ces deux modèles d'organisation se mêlent en effet pour former à leur tour des structures « hybrides[127] ». Le groupe interagit avec des réseaux de sociétés. Il peut ainsi être organisé tant de manière verticale

---

[125] Du point de vue des sciences de gestion, une organisation horizontale « vise à minimiser le nombre d'échelons hiérarchiques en responsabilisant d'avantage les échelons inférieurs pour rendre les circuits de décision plus courts. (…) A chaque niveau, que ce soit par fonction, par division, par produit, par pays, on multiplie alors sans réelle valeur ajoutée les niveaux de contrôle et les tâches de *reporting*. Cette refonte d'organisation s'accompagne d'un accroissement des responsabilités du middle management qui se voit confier des tâches habituellement dévolues à des niveaux directement supérieurs ou inférieurs », D. ROUX, *Les 100 mots de la gestion*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 3ème éd., 2007, p. 23.

[126] Le réseau est conçu « comme un ensemble de cellules qui dialogues entre elles dans la perspective commune de satisfaire une clientèle de plus en plus exigeante. Ainsi, la conception de l'entreprise réseau va reposer sur des éléments comme l'autonomie et la responsabilité, afin qu'elles puissent réagir aux évènements plutôt qu'à des règles préétablies. Ces entreprises sont très proches du marché, ce qui leur permet d'une part d'être gouvernées dans un esprit « entrepreneurial », d'autre part de pouvoir s'adapter rapidement à toutes les évolutions de leur environnement. Il s'agit d'une situation dans laquelle plusieurs entreprises entretiennent des relations à long terme, c'est en quelque sort un niveau intermédiaire entre la firme et le marché. (…) L'entreprise devient ainsi un centre qui anime un réseau de firmes sous-traitantes et, de ce fait, les frontières de l'entreprise se diluent ». *Idem*, p. 24.

[127] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov./déc. 1993, pp. 50-68.

qu'horizontale. Ces nouvelles formes d'organisation font dire à certains auteurs que l'entreprise est éclatée, morcelée. Parler « d'éclatement » induit la préexistence d'une unité, d'un ensemble organisé. Or, cette unité n'est autre que la société, personne morale aux frontières bien définies. Cet éclatement induit donc une extension de ces frontières, laquelle peut par exemple découler d'une externalisation de ses activités vers d'autres sociétés. De ces nouvelles relations commerciales émergent de nouvelles formes d'organisation, formées de sociétés juridiquement autonomes. Or, en cherchant à saisir ces organisations complexes à travers leurs structures juridiques, le droit se trouve incapable de proposer un cadre adapté à leur réalité organisationnelle. Face à ces transformations, le droit peine à s'adapter, si bien que l'entreprise transnationale évolue dans un environnement juridique flou.

55. En s'immisçant dans le droit, les normes prises en matière de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) invite à dépasser cet apparent morcellement en étudiant les relations qui se créent au sein de l'entreprise, entre les diverses structures juridiques que sont les sociétés qui la composent. Ce faisant, bien loin de démontrer un tel éclatement, ces relations peuvent au contraire révéler l'existence d'une organisation reposant sur des bases juridiques solides. Rejetant tout cadre juridique qui les enfermerait dans un modèle ou une catégorie juridique dépourvue de flexibilité, ces entreprises délimitent en effet elles-mêmes leur pouvoir, gèrent seules leurs relations internes mais également externes, en dehors de tout cadre juridique global. Le contrat devient un outil indispensable, gage de flexibilité, permettant d'intensifier des relations commerciales. Il est un moyen d'intégrer des partenaires commerciaux à une entreprise transnationale et d'en coordonner les relations internes. L'essor des engagements en faveur d'une responsabilité sociétale des entreprises consolide cette intégration. En faisant le choix d'exercer leurs activités de manière responsable, ce ne sont plus seulement les relations commerciales qui sont coordonnées par le contrat. Laissées à la liberté contractuelle, leur rapport à l'environnement, leurs relations avec les travailleurs de toute l'entreprise, mais également leurs rapports aux tiers deviennent des préoccupations communes aux sociétés intégrées. Sous l'impulsion de la responsabilité sociétale, sont mis en place des politiques responsables, des stratégies, des outils de gestion, des normes, des systèmes de management. C'est ainsi l'organisation de la structure complexe de l'entreprise qui prend forme. Les mesures prises au nom de la RSE permettent la création d'un modèle d'organisation flexible, capable de prendre en

compte l'entreprise transnationale dans sa complexité. En se détachant d'une approche fondée sur la structure juridique, la RSE s'immisce de ce fait dans le droit de l'entreprise, invitant à appréhender l'entreprise transnationale dans ses fonctions (Titre 1) ainsi que dans son organisation (Titre 2), laissant apparaître une organisation certes, complexe, mais non moins saisissable.

TITRE I. L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE SAISIE DANS SES FONCTIONS PAR LA RSE

56. La structure juridique de base du droit des affaires est la société. Celle-ci peut revêtir plusieurs formes et être organisée de diverses manières, conformément aux dispositions législatives et statutaires. Sa personnalité juridique permet au droit de la saisir, c'est-à-dire de lui imposer des droits et des obligations, desquels peuvent découler une responsabilité. A cette structure traditionnelle de la société correspond une identité de frontières et de pouvoir, si bien que la société et l'entreprise ne font qu'un. Le pouvoir, détenu par le dirigeant, qui est également l'employeur, ne s'exerce qu'en direction de salariés localisés sur un site de production donné, en vue de faire fructifier le capital de ladite société. Si ce modèle d'organisation reflète encore la réalité de nombreuses petites et moyennes entreprises, le développement d'entreprises plus vastes a vu le jour, donnant naissance à de véritables organisations au cœur desquelles se trouve la société. L'entreprise devient alors un vaste ensemble de sociétés, liées entre elles par le capital ou le contrat, ce qui participe à une transformation de l'entreprise traditionnelle. Ces organisations se caractérisent aujourd'hui par un éparpillement de leur structure juridique et donc du pouvoir, rendu d'autant plus difficile à saisir que cet éclatement est également géographique.

57. L'organisation économique et managériale de ces entreprises transnationales apparaît pourtant sous une forme coordonnée, laissant apparaître un ensemble unifié. On évoque ainsi indifféremment l'entreprise X ou la marque Y. Leur réalité juridique est néanmoins toute autre puisqu'elles sont composées de multiples sociétés. Cette dualité transparait dans les sciences sociales puisque les sciences économiques ou de gestion les appréhende comme un ensemble unique, alors que le droit les aborde dans leur dimension multiple, chaque société de l'ensemble étant indépendante les unes des autres. En application stricte des principes juridiques du droit des sociétés, l'entreprise

transnationale n'existe donc pas pour le juriste alors qu'elle est, pour le gestionnaire ou l'économiste, une réalité et même, un objet d'étude.

58. Cette situation s'explique par la technique de qualification juridique propre au droit, laquelle commande de procéder à une opération de simplification des faits afin de les faire entrer dans une catégorie juridique préexistante. Cette opération fait appel à des modèles connus du droit. Or, ces modèles, ou catégories juridiques, ne peuvent réceptionner un fait que dans sa dimension unitaire ou multiple. La double dimension, à la fois unitaire et multiple d'une entité, restant rétive à toute réception par le droit. De ce point de vue, on comprend que l'entreprise transnationale soit difficile à appréhender juridiquement. La qualification de sa dimension multiple aurait en effet pour conséquence de la réduire à la catégorie juridique de « société », ne prenant pas en compte l'unité formée par l'ensemble des sociétés. A l'inverse, il n'existe pas de catégorie juridique permettant de réceptionner la dimension d'ensemble que constitue l'entreprise transnationale. Une telle catégorie juridique pourrait en théorie être créée, mais elle aurait pour effet inévitable de ne prendre en compte que la réalité unitaire de l'entreprise transnationale, niant alors sa dimension multiple. Cela aurait également pour conséquence de superposer une catégorie juridique sur une autre puisqu'à la société correspondrait également une entreprise transnationale. C'est notamment pour cette raison que la catégorie juridique de « groupe de société » n'a toujours pas vu le jour, certains auteurs ayant notamment relevé qu'il serait difficilement envisageable de superposer une personne morale à une autre.

59. Confronté à un objet multiple organisé en système, le droit ne propose donc que des catégories juridiques figées. Les limites d'une telle méthode cartésienne apparaissent alors pour permettre d'encadrer l'organisation de ces entreprises transnationales, aussi bien que leurs activités, d'une manière qui soit adaptée à leur réalité complexe. Les méthodes d'analyse systémique, telle que la pensée complexe développée par Edgar MORIN[128], invitent en revanche à appréhender l'entreprise transnationale dans sa double dimension, unitaire et multiple. Les limites posées par le droit disparaissent alors, invitant le juriste à appréhender l'entreprise transnationale à travers un nouveau prisme.

[128] E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005. Pour une application de la pensée complexe à l'entreprise, voir M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010.

L'objet même de la RSE, qui est de responsabiliser les entreprises transnationales, offre à cet égard des outils permettant d'aborder l'entreprise transnationale dans sa réalité fonctionnelle. De part l'essence même de la RSE, l'entreprise y est en effet réceptionnée à travers son objet et ses frontières, ce qui permet de la saisir dans ses diverses formes, à l'image de la pensée complexe.

60. Dépourvue de catégorie juridique permettant de réceptionner cette diversité tout en saisissant son ensemble unifié, l'entreprise transnationale existe malgré tout. A l'image de l'entreprise[129], elle peut être qualifiée de paradigme, c'est-à-dire « un mot type qui est donné comme modèle pour une déclinaison, une conjugaison[130] ». En tant que paradigme, l'entreprise transnationale est un instrument de référence[131]. Le paradigme de l'entreprise transnationale se trouve ainsi fragilisé par le droit (Chapitre 1). Affranchie de toute catégorie juridique, la RSE permet en revanche de saisir l'entreprise dans ses diverses dimensions, proposant un nouveau paradigme de l'entreprise transnationale (Chapitre 2).

---

[129] A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD civ.*, 1985, pp. 621-644.

[130] G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales Economies, Sociétés, Civilisations*, 48° année, N.2, 1993, p. 331.

[131] Selon T. S. KUHN, le paradigme est un objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes », T. S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, 1re éd. 1962, 2ème éd. 1970, trad. Franç. *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, 284 p., cité par A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit*., p. 627.

CHAPITRE 1. LE PARADIGME DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE FRAGILISÉ PAR LE DROIT

61. L'entreprise revêt des formes d'organisation[132] tellement variées, qu'il est difficile de la saisir à l'aide exclusive des méthodes et outils classiques du droit. Ce constat est encore plus vrai s'agissant d'une entreprise transnationale : la complexité de son organisation nécessitant alors de nouvelles méthodes. La pensée complexe comme méthode, développée par E.MORIN[133], offre à cet égard des pistes intéressantes puisqu'elle autorise l'appréhension d'un fait ou d'un objet dans ses dimensions contradictoires. Sans revenir sur l'ensemble des principes sous-jacents à cette méthode[134], retenons, pour les besoins de la présente étude, le principe dialogique qui permet d'aborder des antagonismes et notamment l'opposition entre diversité et unité. Appliqué à l'entreprise transnationale, il suggère de l'aborder comme ensemble, c'est-à-dire comme *Unitas multiplex*[135]. La pensée juridique s'oppose *a priori* à l'utilisation d'une telle méthode. Le travail de qualification juridique suppose en effet de faire entrer un fait dans une catégorie juridique prédéterminée. Ce processus est rendu possible par le choix de critères plus ou moins précis qui délimitent la catégorie. Mais par définition, une catégorie reste une unité simple, tandis que la méthode complexe nécessite d'appréhender un fait à la fois dans sa dimension unitaire et multiple. Le droit n'appréhendant pas le groupe ou le réseau de sociétés dans cette double dimension, ne crée donc pas de catégorie juridique appropriée, la « société » étant la seule catégorie juridique proposée pour les appréhender. Or, la société ne couvre pas la réalité de

[132] Sur l'étude de ces diverses formes d'organisation, voir notamment G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov./déc. 1993, p. 50-68 ; E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J., 2008 ; M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail*, thèse, Université de Strasbourg, 2010, p. 300 et s.

[133] E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, éd. du Seuil, 2005.

[134] Pour une application de cette pensée à l'entreprise, voir la thèse de M. KOCHER, *ibidem*.

[135] Voir à cet égard M. KOCHER qui applique la méthode de la pensée complexe au groupe de sociétés, ce qui lui permet de se concentrer sur les relations entre les diverses sociétés du groupe. Elle en déduit que le groupe et ces relations forment ensemble une *unitas multiplex*. *Ibidem*.

l'organisation d'un groupe ou d'un réseau, lesquels, par essence, sont constitués de multiples sociétés. Ce constat a d'ailleurs conduit certains auteurs à suggérer que « le groupe » soit une catégorie juridique nouvelle. Si une telle suggestion peut de prime abord séduire, elle est en réalité insatisfaisante. En proposant de substituer le groupe à la société, le groupe ne deviendrait qu'une unité de plus se superposant aux sociétés le composant. Cela aurait pour conséquence de nier une des caractéristiques principales du groupe : sa dimension multiple.

62. Ce constat empêche-t-il toutefois de saisir juridiquement le groupe et le réseau dans leur double dimension, à la fois unitaire et multiple ? Le droit positif ne permet pas encore de le faire, niant ainsi la réalité complexe de l'entreprise transnationale. Le juriste en est réduit à tenter de saisir ces ensembles complexes à travers les catégories juridiques classiques existantes. Une telle démarche le mène dans une impasse, ces catégories juridiques ne permettant pas de capturer la diversité de formes que revêt l'entreprise transnationale. Paradoxalement pourtant, ce sont le droit des contrats et le droit des sociétés qui permettent aux entreprises transnationales de se former et d'organiser leurs structures de manière flexible. Cette situation conduit TEUBNER à constater que « ce que les économistes appellent du doux euphémisme de « flexibilité » devient, avec la sobriété de langage des juristes, une fraude à la loi »[136]. La non prise en compte de ces organisations à structure complexes par le droit positif ne permet pas en effet d'imposer d'obligations aux entreprises transnationales. Il semble difficile dans ce contexte de responsabiliser leurs comportements ainsi que leurs activités en s'appuyant sur le droit positif.

63. Les tentatives d'encadrement juridique des entreprises transnationales se sont pourtant multipliées, tant au niveau du droit international que du droit européen[137]. Mais faute de solutions permettant d'allier des exigences paradoxales, les entreprises transnationales à structure complexe ne sont aujourd'hui pas réceptionnées par le droit positif. Les raisons de cet échec se trouvent dans les outils juridiques qui favorisent et maintiennent l'éclatement de l'entreprise transnationale (Section 1) et qui conduisent le droit positif à ignorer l'entreprise transnationale (Section 2).

---

[136] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit.*, p. 55.
[137] Voir *supra*, p. 15 et s.

SECTION I - L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE ÉCLATÉE PAR LE DROIT

64. La globalisation a favorisé la déconcentration des tâches de l'entreprise, qui s'est accompagnée d'un éclatement territorial de ses activités et de son organisation. Le recours au groupe ou à la sous-traitance, comme technique d'organisation de la production, entraîne aujourd'hui une rupture entre les lieux de production et de vente, entre les lieux de prise de décision et de travail. La conquête de certains marchés justifie toujours l'implantation de filiales ou le rapprochement vers certains partenaires commerciaux situés sur différents territoires nationaux. La maîtrise de la rentabilité, la recherche d'une meilleure organisation ainsi que la nécessité permanente d'innover sont aujourd'hui privilégiés par les entreprises[138]. Ces facteurs les poussent à choisir un modèle global qui entraîne une déconnexion géographique de leurs fonctions[139]. Ce phénomène concerne essentiellement les entreprises dont le secteur d'activité est touché par une concurrence internationale forte, ou requiert par exemple un niveau d'investissement élevé[140]. Cette composante internationale détermine toute l'organisation de l'entreprise, alors que le droit peine encore à s'adapter à ces stratégies. La première conséquence juridique de cette dispersion territoriale des activités a trait à la forme de l'entreprise qui devient transnationale. Elle se caractérise par sa capacité à organiser sa production au-delà des frontières et indépendamment de l'action des États.[141]

65. Parler d'entreprise transnationale renvoie généralement au groupe de sociétés. Pourtant, comme nous allons le voir, ces formes d'organisation ne se limitent plus au groupe. D'un modèle pyramidal traditionnel, l'entreprise se transforme en effet pour

---

[138] J-P. LEMAIRE (dir.), Développement international de l'entreprise : stratégies d'internationalisation, DUNOD, 1997, p. 49 et s.

[139] C. GAUDIN, La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national, Rapport d'information n°347, Sénat, Tome 1, juin 2007, p.56.

[140] *Idem*, p. 117 et s.

[141] F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international public, Recueil, Cours La Haye, vol. 213, p. 337.

épouser une forme d'organisation réticulaire[142]. Ce modèle ne se résume pas à une somme de contrats, ni à une organisation hiérarchique, mais emprunte à l'un, son outil contractuel et à l'autre, sa forme de groupement, pour devenir une organisation « hybride[143] ». Or, c'est cette hybridité qui est prise en compte par les instruments de RSE, alors que le droit positif reste en retrait. D'un point de vue juridique en effet, ces transformations organisationnelles ne produisent aucune conséquence, l'entreprise transnationale reste morcelée par l'application du principe d'autonomie juridique. Même si en les qualifiant de « groupe », d' « entreprise » ou d' « unité économique et sociale », la loi ou la jurisprudence tentent parfois de reconstituer cet apparent éclatement, cela reste malgré tout relativement exceptionnel. En l'état du droit positif, l'entreprise n'est donc pas appréhendée dans sa complexité organisationnelle, ce qui conduit à une absence d'obligations et de responsabilités adaptées à ces formes d'organisation complexe et au maintien d'un décalage entre leur organisation juridique et leur organisation économique[144]. Le droit apparaît ainsi inadapté à l'entreprise transnationale

---

[142] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit., p. 12 et s.

[143] G. TEUBNER note l'apparition de nouvelles entités juridiques, des « quasi-entreprises », qu'il nomme les « hybrides », G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit.*

[144] La notion d'organisation économique peut être définie à partir de l'article L. 432-1 du Code du travail. Aux termes de cet article : « le comité est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise (…) ». Selon Gilles AUZERO, « si ces modifications constituent des restructurations, il est pour le moins difficile d'en établir une liste exhaustive dans la mesure où elles ne sont pas nécessairement assimilables à des opérations juridiques. Ainsi, les modifications dans l'organisation économique de l'entreprise correspondent à « la création, la transformation, la fermeture d'un département, d'un service, d'une agence ou d'un établissement », à « une modification importante dans l'organisation interne des différents départements ou services de l'entreprise » ou encore à des « projets de recourir à la sous-traitance ou de constituer un groupement d'intérêt économique » S'agissant des modifications de l'organisation juridique de l'entreprise , elles recouvrent, elles aussi, des situations très variées. L'article L. 432-1, alinéa 3 du Code du travail en livre un certain nombre d'exemples puisque sont « notamment » visées les opérations de fusion, de cession de l'entreprise, d'acquisition ou cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou encore de prise de participation. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive et pourrait lui être ajoutées des opérations telles que la dissolution ou la transformation de la société ». L'auteur relève à cet égard que la dissociation, par la loi, des situations d'organisation économique et juridique est confuse. Voir G. AUZERO, «Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly*, 1er juil. 2006, n° 7, p. 867 et s. Comme nous le verrons, l'entreprise n'est organisée juridiquement que par les sociétés qui la composent. Aussi, nous retiendrons une approche large de la notion « d'organisation économique »,

(§1), même si la nécessité de l'aborder dans son ensemble ou de rapprocher certaines sociétés d'un même groupe commande parfois des entorses au principe d'autonomie juridique (§2). Ces exceptions se révèlent malgré tout insuffisantes pour saisir l'entreprise transnationale dans sa complexité organisationnelle.

§ 1 . L'inadaptation du droit à l'entreprise transnationale

66. Le recours au groupe de sociétés ou à la sous-traitance sont des techniques de plus en plus utilisées par les entreprises transnationales pour organiser leurs activités. Dans les deux cas, l'entreprise transnationale apparaît juridiquement comme morcelée, chaque société du groupe ou de la « chaîne » de sous-traitants et de fournisseurs étant juridiquement autonome des autres sociétés, le principe d'autonomie juridique ou le contrat faisant « écran » entre chacune d'elles. Le droit facilite ainsi le morcellement juridique de leur structure (A). L'entreprise transnationale apparaît pourtant, d'un point de vue économique et managérial, organisé comme un ensemble unitaire. Le choix d'un modèle d'organisation de type pyramidal et/ou réticulaire permet en effet aux entreprises transnationales d'organiser les relations de pouvoir et d'influence de l'ensemble des sociétés, favorisant leur organisation économique de manière unifiée (B).

A. Une structure juridique morcelée

67. La prééminence de certains principes et techniques juridiques tels que le principe d'autonomie juridique (1), le contrat (2), ou la souveraineté des Etats (3), permettent aux entreprises transnationales d'échapper à tout contrôle étatique. De la sorte, le droit participe à l'éclatement structurel de l'entreprise et empêche de saisir ses nouvelles formes organisationnelles. Paradoxalement, le droit devient donc un obstacle à l'encadrement juridique de l'entreprise complexe organisée internationalement.

1) *Un éclatement favorisé par le principe d'autonomie juridique*

---

correspondant à l'ensemble des opérations permettant à une entreprise d'organiser ses relations commerciales.

68. Le droit des sociétés offre à l'entreprise les outils de sa transformation. Au cœur des diverses formes d'organisation de l'entreprise, rappelons que se trouve la société. Consacrée par la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales, et celle du 4 janvier 1978 pour les sociétés civiles, la personnalité juridique est accordée par la loi aux sociétés immatriculées. C'est donc une approche fictive de la personnalité juridique qui a été choisie par le législateur, contre l'approche réaliste adoptée par le juge quelques années plus tôt[145].

69. En tant que personne morale, la société détient un patrimoine propre, distinct de celui de ses membres, ce qui lui confère une existence juridique autonome. Dès son immatriculation, la société devient donc une personne autonome. Son patrimoine est protégé de celui de ses membres, personnes physiques ou morales, qui ne peuvent utiliser les biens de la société à des fins personnelles sous peine d'être poursuivis pour abus de biens sociaux ; mais il est également protégé des éventuelles pertes financières dont peuvent être affectés le patrimoine de ses membres, qui ne peuvent atteindre le patrimoine de la société. L'acquisition de la personnalité juridique a ainsi pour principal objet de protéger le patrimoine d'une personne morale. Cette technique juridique permet à une société de prendre les risques nécessaires au développement de son activité puisque la responsabilité personnelle de l'entrepreneur est limitée à ses apports. Une fois la personnalité juridique accordée à la société, on parle indifféremment de société autonome juridiquement, d'indépendance de la société à l'égard de ses membres, de personnalité juridique autonome ou de patrimoine distinct de celui de ses membres. Toutes ces expressions tendent à exprimer une même idée : l'existence d'un patrimoine propre à la société, distinct de celui de ses membres. L'autonomie ainsi acquise par la société, est totale.

---

[145] Dans un arrêt de 1954, la Cour avait en effet consacré la théorie de la réalité de la personnalité morale en considérant que : « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (…) elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; (…) si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice. », Cass. civ. 28 janv. 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

70. Appliquée à un groupement constitué de plusieurs personnes morales, la personnalité juridique offre une double protection à la société. Une protection interne d'abord, traditionnelle, le patrimoine de la société étant protégé de celui de ses membres. Une protection externe[146] ensuite, son patrimoine étant également protégé de celui des sociétés membres du groupement. Cette seconde protection nous intéresse tout particulièrement. Elle permet de protéger le patrimoine d'une société des pertes financières ou des dettes d'une autre société avec laquelle des relations étroites seraient entretenues par ailleurs du fait de l'appartenance à un même groupement. Cette séparation des patrimoines maintient le principe d'une responsabilité personnelle de chaque société, l'une ne pouvant être responsable des fautes ni des dettes de l'autre. Interprétée formellement, la personnalité morale remplit à nouveau sa fonction protectrice et le raisonnement juridique s'arrête ici.

71. Pourtant, au sein d'une entreprise à structure complexe, des relations particulières se nouent, mêlant coopération, dépendance ou subordination. Que celles-ci soient fondées sur le capital ou le contrat, elles font intervenir un élément qui n'est pas pris en compte par la notion de personnalité juridique : le pouvoir. Les liens de coopération qui devraient naître de relations entre sociétés autonomes du fait de l'appartenance à une même entreprise, laissent place en réalité à des relations de contrôle ou de dépendance qui ne sont prises en compte par le droit que de manière partielle. Or, de la détention de ce pouvoir ne découle aucune responsabilité, du fait d'une interprétation formelle de la notion de personnalité juridique. En combinant la technique de la personnalité morale à celle des contrats, des formes d'organisation hybrides peuvent donc être créées. La dispersion des risques entre différentes sociétés au sein d'un même groupement permet alors d'autant la dissémination des responsabilités. De même que le groupe est devenu « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance

---

[146] En application d'une interprétation stricte du principe d'autonomie juridique, la société, même membre d'un groupement, est isolée juridiquement du groupement, raison pour laquelle nous pouvons parler de protection vis-à-vis de l'extérieur. En revanche, selon une conception réelle de ce même principe, le groupement peut être reconnu et former une unité. La frontière externe n'est alors plus celle de la société prise isolément mais celle du groupement. A l'intérieur du groupement, l'intensité des relations entretenues entre les différentes sociétés peut en effet remettre en cause, non pas leur existence juridique propre, mais une partie de leur autonomie. Sur une distinction entre l'autonomie réelle et l'autonomie formelle, voir *infra*, p. 137.

des sociétés »[147], le réseau, construit à partir des mêmes outils, peut également prétendre aux mêmes avantages. L'entreprise à structure complexe pouvant revêtir ces deux formes simultanément, le principe d'autonomie juridique a alors pour effet de scinder artificiellement les relations nouées en son sein.

72. Cette relation de pouvoir qui s'introduit entre deux personnes morales « autonomes » et qui permet la constitution d'une entreprise transnationale marque une différence fondamentale avec une société dotée de la personnalité juridique mais agissant de manière isolée sur le marché. Parler d'autonomie juridique des sociétés, de leur indépendance juridique, de séparation juridique, tout en gardant à l'esprit les relations de contrôle et de dépendance dans lesquelles certaines sociétés se trouvent les unes à l'égard des autres, interroge. Les relations qu'entretiennent des sociétés membres d'un même groupement peuvent varier en intensité. Le degré de cette autonomie varie selon que la société principale est liée avec les autres sociétés de l'organisation par un contrat ou par une participation au capital. Dans ce dernier cas, le contrôle de la société principale sur la société filiale pourra par exemple être plus étroit que sur une société satellite avec laquelle le lien est contractuel[148]. Dans tous les cas, qu'il s'agisse de relations de dépendance, de subordination ou d'étroite collaboration, elles ne peuvent à elles-seules remettre en cause l'indépendance juridique des sociétés, l'application du principe d'autonomie juridique étant régulièrement réaffirmée par les juges[149]. Ceci est vrai tant en matière de relation capitalistiques[150], qu'en matière de relations contractuelles.

---

[147] C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés*, coll. "bibliothèque de droit privé", T. 216, LGDJ, 1991, p. 158.

[148] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, L.G.D.J., 2002, p. 36.

[149] G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T.1, L.G.D.J., 1989, pp. 550 et s.; Cass. com., 4 novembre 1987, *Rev. Soc*. 1988, p.393, note P. LE CANNU; Cass. com., 24 mai 1982, *Rev. Soc*. 1983, p.361, note J. BEGUIN; Cass. civ. 21 novembre 1934, *S.* 1936, I, p.289, note H. ROUSSEAU; B. BOULOC, « Droit pénal et groupes d'entreprises », *Rev. Sociétés*, 1988, p.181.

[150] Le contrôle exercé par une société du fait de la détention de capital ne peut avoir en lui-même, de conséquences juridiques sur l'autonomie des sociétés. Si le droit en tire des effets pour organiser les relations au sein d'un groupe, ce n'est jamais pour nier l'existence juridique des sociétés membres du groupe. Le droit utilise la notion de contrôle pour finalement imputer « à la société-mère des obligations incombant

73. Dans le premier cas, l'existence d'un groupe ne peut pas à lui seul remettre en cause le principe formel d'autonomie juridique. Depuis l'arrêt Rozenblum[151], la tendance jurisprudentielle[152] est à la reconnaissance du groupe afin de lui appliquer des règles initialement conçues pour des sociétés autonomes[153]. De cette reconnaissance, les juges en ont tiré une exception au principe d'autonomie juridique des sociétés permettant, par exemple, que les opérations de trésorerie intra-groupes soient reconnues sans que les sociétés ne soient sanctionnées d'abus de biens sociaux, alors qu'en présence de sociétés n'appartenant pas à un groupe au titre des conditions révélées par le juge, une telle sanction aurait été prononcée. Les limites[154] néanmoins apportées par le juge à la reconnaissance d'une telle exception, si elles trouvent une certaine justification dans le besoin des groupes d'organiser leurs relations, n'en apporte aucune sur le plan de la justice. En effet, depuis lors, le droit n'a attaché aucune conséquence juridique en termes de responsabilité, à cette reconnaissance[155]. C'est dire la portée considérable de cet arrêt sur l'état actuel du droit des groupes. Les juges rappellent régulièrement que la reconnaissance d'un groupe ne peut en soi, remettre en cause le principe d'autonomie juridique[156]. Pour autant, ils sont régulièrement amenés à constater le non respect de cette autonomie juridique par les sociétés elles-mêmes et donc à en tirer les

---

formellement à sa filiale ». Revenant sur la valeur explicative de la notion de contrôle, que lui ont attribué C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, y voyant le fondement de la responsabilité de la société-mère, C. HANNOUN démontre que le contrôle n'explique que partiellement les limites posées aux effets de la personnalité juridique au sein des groupes ; voir C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés, op. cit.,* p. 115 et s.

[151] Dans cet arrêt, la Cour propose des critères permettant de déterminer le caractère exonératoire de l'existence d'un groupe et plus particulièrement, de l'intérêt du groupe, au regard du délit d'abus de biens sociaux ; Cass. crim., 4 fév. 1985, *JCP G* II, 1986, p. 20585, note J. DIDIER.

[152] Alors qu'en 1946, l'arrêt LAMBORN, et les arrêts qui ont suivi, ont au contraire jugé de l'inopposabilité de la personnalité morale de la filiale, la condamnant ainsi solidairement aux côtés de la société-mère, du fait de l'unité de fait qui ressortait entre elles, tirant ainsi les conséquences juridiques de l'appartenance au groupe sur leur autonomie juridique. Sur cette question, voir C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p. 53.

[153] *Idem*, p. 89.

[154] Ibidem.

[155] Sur cette question voir, J-N. DRUEY, « Pour la protection des mères, à quoi bon un droit sur les groupes de sociétés », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, spéc. p. 354 et s.

[156] Le fait d'appartenir à un même groupe ne suffit pas à établir la confusion des sociétés (Cass. com., 28 mai 1991, Bull. IV, n° 182, p. 129).

conséquences[157]. De son côté, le législateur, bien loin de remettre en cause ce principe, l'organise parfois, en encadrant les relations de contrôle et de coopération qui se nouent entre sociétés d'un même groupe. Nous verrons que de nombreux auteurs ont proposé des justifications à ces solutions exceptionnelles dans lesquelles « le voile de la personnalité » est levé[158]. Faute pourtant de faire l'unanimité, aucune d'entre elles n'a encore permis d'en révéler un principe général permettant d'adapter le droit à l'organisation complexe des entreprises. Cette situation est encore plus patente concernant les réseaux contractuels de sociétés, appelés, dans le langage commun, les « chaînes de sous-traitance ».

74. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion à plusieurs reprises, de rappeler que l'interdépendance économique entre sociétés d'un même réseau, même de distribution, n'écarte pas le principe d'indépendance juridique des sociétés membres[159]. Ce qui fait dire à J. MESTRE que « même économiquement ou familièrement imbriquées, (les sociétés) restent des personnes juridiques indépendantes, de sorte que l'inexécution contractuelle commise par l'une ne peut servir de base à une sanction prononcée contre l'autre[160] ». D'ailleurs, les relations de franchise ne font pas exception au principe, aussi étroite soit leur collaboration. C'est peut-être pour réaffirmer un tel principe que les franchisés doivent indiquer aux consommateurs leur qualité de commerçant indépendant depuis 1991[161]. Une note de service venant préciser les conditions d'application de

---

[157] C'est notamment le cas dans une situation d'abus de la personnalité, lorsque la technique de la personnalité juridique ne répond pas à sa finalité. C'est ce qu'illustrent l'application de la théorie de l'apparence, de la fictivité, ou encore celle de la confusion des patrimoines ; sur cette question, voir *infra*, p. 67 et s.

[158] Les expressions « lever le voile de la personnalité » ou « percer le voile de la personnalité », sont traduites du droit américain et anglo-saxon. Pour une étude empirique des situations dans lesquelles les juridictions américaines et anglo-saxones décident de « percer le voile », voir R. THOMPSON, « Piercing the corporate veil : an empirical study », *Cornell Law Review*, 1991, 76, p. 1036 ; C. MITCHELL, « Lifting the corporate veil in the english courts : an empirical study, *Company Financial and Insolvency Law Review*, 1999, 3, p. 15.

[159] L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, t. 256, 1995, p. 198.

[160] SA Sep Liza et SARL The gift shop c/ SA Chanel, inédit, cité par J. MESTRE, « Regain de faveur pour l'article 1165 du Code civil », *RTDC*, 1993, p. 122, cité par L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution, op. cit.*, p. 197.

[161] Arrêté du 21 février *1991relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise*, JORF n°52, 1er mars 1991 p. 2963, abrogé par l'Arrêté du 14 janvier 2009 et devenu l'article L. 113-3 du Code de la consommation depuis la loi n°2012-1270 du 20 nov. 2012.

l'arrêté ajoute que « cette indication ne doit cependant pas interférer avec l'identité commune du réseau franchisé[162] ». C'est ici la démonstration qu'une reconnaissance de l'existence d'un réseau entre sociétés étroitement liées ne peut avoir *per se*, aucune incidence sur leur indépendance juridique.

2) *Un éclatement facilité par le contrat*

75. L'organisation de l'entreprise autour du contrat est née d'un besoin de flexibilité dans un contexte économique en récession, mais également d'un constat que l'entreprise ne peut « *tout faire toute seule* ou, en tout cas, *tout bien faire* »[163]. Face à la rigidité des formes juridiques d'organisation proposées par le droit, le contrat favorise alors la restructuration de l'entreprise. Mais derrière « des déguisements contractuels »[164] se camouflent en réalité des ensembles organisés. Ce système d'organisation se caractérise par une décentralisation des fonctions de l'entreprise, créant des relations de dépendance et d'interdépendance variables, aux effets juridiques divers. L'externalisation ou la sous-traitance sont l'une des techniques d'organisation utilisées par les entreprises et qui peuvent être à l'origine de chaînes de contrats. L'entreprise est alors dite « éclatée » : chaque entité restant juridiquement autonome tout en étant intégrée à une même organisation. Le pouvoir peut y être décentralisé ou simplement déconcentré. Dans tous les cas, il est diffus et difficilement saisissable de l'extérieur. Il l'est d'ailleurs d'autant moins qu'à une dispersion du pouvoir se mêle un éclatement territorial de l'entreprise.

76. Ainsi, la technique contractuelle ne se limite plus à fixer le cadre d'une simple relation commerciale. Elle devient un outil permettant d'intégrer une société à un groupement plus vaste. Cette intégration se traduit par des échanges de salariés, des techniques de savoir-faire, et commande d'œuvrer dans le même intérêt. Le recours au contrat s'explique par un besoin de flexibilité auquel s'opposerait le maintien d'une hiérarchie rigide[165], en permettant de changer rapidement et facilement l'organisation du

---

[162] Cité dans L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution, op. cit*., § 220.
[163] P-A. JULIEN, L. RAYMOND, R. JACOB, G. ABDUL-NOUR (dir.), *L'entreprise-réseau: Dix ans d'expérience de la Chaire Bombardier*, Presses de l'université du Québec, Québec, 2003, p. 9.
[164] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit*. p. 51.
[165] Voir en ce sens G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit*., p. 53.

réseau[166]. Les avantages tirés d'une organisation contractuelle des relations sont particulièrement criant en droit du travail. Confronté à ces réseaux contractuels, le droit du travail n'intervient qu'en aval, pour « atténuer les conséquences sociales de la décision prise par l'employeur de réorganiser l'entreprise[167] ». Le recours à des sociétés extérieures pour accomplir une tâche autrefois réalisée en interne par ses salariés, soulève pourtant de nombreuses questions, comme celle de la détermination du véritable employeur[168]. En externalisant tout ou partie de sa production ou de ses services, l'employeur mobilise une force de travail qui ne se trouve plus sous sa subordination, ce qui ne justifie plus l'application des dispositions du droit du travail. Pourtant, selon le type de relations qu'entretient l'employeur avec ses nouveaux partenaires commerciaux[169], ce dernier peut continuer à exercer un contrôle indirect sur les conditions de travail chez ses partenaires. Cette situation permet finalement à l'entreprise de « remplacer les contrats de travail par des contrats de droit commercial, qui lui permettent de continuer à exercer un contrôle sur l'activité économique sans que cela se traduise par une responsabilité juridique[170] ». L'organisation en réseau de sous-traitance facilite ainsi la mobilisation des travailleurs par le recours non pas au contrat de travail en interne mais à un contrat commercial. Cette substitution a, par exemple, pour conséquence de faire baisser le seuil des effectifs en deçà desquels certaines dispositions

---

[166] A. SOBCZAK rappelle d'ailleurs les théories économiques de l'économie des transactions qui prône cette flexibilité (A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes*, *op. cit.*) ; TEUBNER va plus loin en expliquant qu'appliquer cette théorie revient pour les sociétés à rechercher avant tout l'efficacité économique et que dans cette optique, le droit des contrats ne servirait qu'à permettre cette recherche d'efficacité, quitte à permettre la création d'organisations dépourvues de responsabilité. Il rappelle en outre que cette flexibilité est devenue une fin en soi pour permettre une réponse rapide et « adaptée aux fluctuations de leur environnement » (G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit*, p. 58).

[167] Ibidem.

[168] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, op. cit., p. 28.

[169] Sur les différentes relations qui peuvent se nouer entre sociétés donneurs d'ordres et sous-traitants, voir D. CASIN, « Sous-traitance responsable er création de valeur », communication lors de la 1ère Journée de Recherche sur le Développement Durable, ADERSE, IAE de Poitiers – Sup de Co La Rochelle, La Rochelle, 27 mars 2009, p.4, disponible sur http://www.strategie-aims.com/events/conferences/2-xixeme-conference-de-l-aims/communications/149-sous-traitance-responsable-et-creation-de-valeur/download, site visité le 19 août 2011.

[170] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, op. cit., pp. 30-31.

protectrices du droit du travail ne sont plus applicables[171]. Les dispositions favorables aux salariés travaillant dans des entreprises de plus de cinquante salariés peuvent également ne plus être applicables. De plus, cette organisation entraîne inévitablement une dispersion de la collectivité des travailleurs à travers la mise à disposition de certains salariés par la société donneuse d'ordre à ses sous-traitants, le transfert ou encore le détachement de salariés entre sociétés d'un même groupe. Cette dispersion n'est pas sans conséquence sur la représentation de ces salariés. Le caractère temporaire de ces mises à disposition ou la petite taille de l'entreprise peuvent en effet priver l'application des règles applicables en matière de représentation. Cette organisation n'est pas non plus sans conséquence sur la précarité des contrats de travail, notamment dans les réseaux de sous-traitance, puisque c'est bien la commande passée par la société donneuse d'ordre qui conditionne la mobilisation de la main-d'œuvre. Ce recours au contrat commercial permet ainsi à la société donneuse d'ordre d'échapper au respect de la législation applicable en matière de licenciement en cas de période d'inactivité puisque ce sont les salariés de ses sous-traitants qui sont mobilisés et embauchés selon les besoins.

77. Le principe d'autonomie des personnes morales ainsi que le recours au contrat sont ainsi deux outils qui favorisent la construction d'entreprises à structure complexe et qui, paradoxalement, empêchent toute réception par le droit de ces nouvelles formes d'organisation. Le principe de souveraineté des Etats renforce pour sa part cet éclatement, en limitant la possibilité pour les Etats d'appréhender l'entreprise dans sa dimension transnationale.

3) *Un éclatement renforcé par le principe de souveraineté des Etats*

78. En présence d'entreprises à structure complexe transnationales, la combinaison du principe de souveraineté des Etats aux techniques juridiques précédemment décrites est un facteur supplémentaire favorisant le développement de ce type de groupement. Chaque société d'un même réseau possède la nationalité de l'Etat sur lequel est situé son siège social ou de celui dans lequel elle est incorporée. Chacune est donc soumise à la législation de cet Etat, laquelle détermine tant les règles de constitution et de

[171] C. PERRAUDIN, N. THEVENOT, B. TINEL, J. VALENTIN, « Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique », *Economie et institutions*, 2ème semestre, 9, 2006, pp. 35-56.

fonctionnement des sociétés, que celles applicables au statut des salariés, ou encore celles relatives aux prescriptions environnementales à respecter dans le cadre de leurs activités industrielles et commerciales. Un même réseau se retrouve donc soumis à une multitude de législations nationales en fonction de ses diverses localisations. En outre, rares sont les Etats qui prévoient une législation adaptée à ces organisations transnationales. Or, appliquer aussi strictement le principe de souveraineté revient à nier leur caractère transnational dès lors que l'application du droit national ne permet pas d'encadrer efficacement les activités de ces entreprises soumises à des législations différentes[172]. Cela est d'autant plus regrettable que « cette situation a créé un véritable marché des droits nationaux qui sont devenus des critères de décisions stratégiques pour le développement[173] » de ces mêmes entreprises. Le droit facilite ainsi la constitution d'entreprises à structure complexe transnationales, autorisant donc la création d'organisations économiques unifiées.

B. Une organisation économique unifiée

79. Les entreprises transnationales peuvent choisir entre un modèle d'organisation pyramidale et un modèle d'organisation réticulaire. Cette dernière figure étant plus récente, elle méritera qu'on s'y attarde. Il est de prime abord tentant de vouloir réduire le premier aux groupes de sociétés et le second aux chaînes de contrats. Nous verrons pourtant qu'il n'en est rien, les entreprises transnationales pouvant utiliser l'un comme l'autre. Dans les deux cas, le capital et le contrat fournissent aux entreprises transnationales des techniques d'organisation permettant de choisir l'un ou l'autre de ces modèles qui confèrent à l'une ou à l'autre de ces organisations, une certaine unité. La décentralisation des activités des entreprises crée dans les deux cas une organisation marquée par l'influence de sociétés pivots sur des sociétés satellites. Ce phénomène de transformation de l'entreprise dans le contexte de mondialisation est constaté, décrit et analysé par des auteurs de diverses disciplines des sciences sociales. Ces différentes études font apparaître la construction de *réseaux d'entreprises* qui réorganisent les

---

[172] P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7ème éd., 2002, p. 647.
[173] M-C. CAILLET, Y. QUEINNEC, « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », in I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 637.

rapports entre sociétés. Associé au phénomène des groupes de sociétés, ce sont des entreprises à structure complexe qui apparaissent, appelées également par certains auteurs « *entreprises-réseau* »[174], véritable « acteur collectif »[175]. Si le modèle pyramidal, représenté traditionnellement par les groupes de sociétés, favorise ainsi une apparente unité (1), les entreprises choisissent également aujourd'hui une organisation de type réticulaire, plus difficile à saisir du fait de la dispersion des centres de pouvoir et de décision qui la caractérise, mais qui ne reste pas moins marquée par une certaine unité (2). L'entreprise transnationale apparait alors dans toute sa complexité organisationnelle, sous une forme unifiée.

1) *L'unité recherchée par le modèle pyramidal*

80. La constitution de groupes de sociétés répond à un besoin de développement et de diversification des entreprises, nécessitant une certaine flexibilité financière et fonctionnelle, tout en conservant un contrôle sur ses membres. La détention, par une société, de parts sociales dans une ou plusieurs autres sociétés, répond à ce besoin. Cette opération permet la création « d'un ensemble constitué par plusieurs sociétés ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société-mère, qui détient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision »[176]. Cette organisation peut se constituer par le haut, en créant une holding qui deviendra l'entité « chef de file » du groupe, ou « par le bas » par la filialisation de départements[177]. Le droit des sociétés favorise ce type d'organisation qui peut se constituer par la création de sociétés nouvelles, par un apport d'actif, par la souscription à une augmentation de capital social en numéraire ou par l'achat d'actions ou de parts sociales. Ces divers outils juridiques favorisent l'éclatement structurel de l'entreprise, composée alors de diverses

---

[174] En ce sens, voir P. VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *Les Cahiers de droit*, Vol. 52, n°2, juin 2011, p. 139.

[175] Nous reprenons ici la terminologie employée par G. TEUBNER, dans *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, L.G.D.J., 1994.

[176] *Sociétés commerciales*, Francis Lefèvre, Mémento pratique, 44ème éd., 2013, p. 1277.

[177] *Idem*, p. 1289.

sociétés appartenant toutes pourtant à la même organisation[178]. Ces entreprises naissent principalement d'opérations de croissance interne ou intra-groupe[179]. Il s'agit notamment de mouvements de concentration, organisés autour du capital. La création de la société par action a encouragé la concentration des capitaux et celle de l'autorité[180], permettant le développement des premiers groupes industriels, dès la première moitié du XIXe siècle. La concentration de sociétés a permis la formation de vastes unités économiques dont l'utilité n'a pas échappé au secteur industriel ou à celui des matières premières qui ont été les premiers à utiliser cette forme d'organisation[181], qui n'a cessé depuis lors de se généraliser et de s'universaliser[182].

81. Selon C. CHAMPAUD, deux phénomènes doivent être distingués : les concentrations de type primaire, qui accroissent la taille de l'entreprise et donc la puissance économique et qui diminue le nombre d'entités via, par exemple, des opérations de fusion ou de succursalisme ; et les concentrations de type secondaire, qui se caractérisent par la création de filiales ou la prise de contrôle de sociétés, ce qui entraîne un maintien des entreprises originelles qui sont intégrées dans des ensembles plus vastes. Ce phénomène conduit à une multiplication des entités, toutes soumises à une direction unique. Ces deux types de concentration prennent la forme d'une intégration verticale, se caractérisant par une organisation hiérarchique du contrôle. La palette d'outils juridiques ainsi utilisés par les sociétés pour créer cette forme d'organisation entraîne une grande diversité dans l'architecture de ces groupes, souvent très complexes, mais surtout difficilement saisissables du fait de leur opacité, malgré l'obligation d'information à laquelle elles sont soumises lorsque la participation atteint un certain seuil[183]. Ce mouvement de concentration a été le point de départ d'une dissociation entre le droit et la réalité économique des entreprises, qui n'a depuis lors cessé de s'accroître. De manière générale, la structure de l'entreprise reste en effet

---

[178] Sur la notion d'organisation, voir M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail, op. cit.*, p. 300 et s.
[179] U. MAYRHOFER, *Les rapprochements d'entreprises, une nouvelle logique stratégique ?,* Peter Lang, coll. Presses Universitaires européennes, Berne, 2001, p. 79.
[180] Voir sur cette question les développements de C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey, 1962.
[181] *Idem*, p.4-5.
[182] Ibidem.
[183] Articles L. 233-6 et s. du Code de commerce.

éclatée[184], car organisée économiquement comme un ensemble, mais divisée dans sa structure juridique, du fait de sa composition en plusieurs sociétés. Cet éparpillement de la structure de l'entreprise est d'autant plus complexe qu'il s'accompagne généralement d'un éclatement du pouvoir.

82. Les opérations de croissance externe, qui se sont surtout développées dès les années 1980[185], sont issues d'un mouvement plus large de rapprochement d'entreprises. Elles peuvent prendre la forme d'alliances coopératives ou de fusions-acquisitions[186]. En cas d'alliances, des sociétés décident de mettre en commun des ressources pour atteindre un objectif, tout en maintenant leur autonomie juridique. Ce type de relation est généralement limité dans le temps. Il peut concerner une mise en commun des savoir-faire dans la recherche, des accords de fabrication groupée, ou encore des services de communication en commun. La mise en œuvre de ces partenariats peut se faire par le contrat ou par le capital[187]. Le recours au contrat marque l'externalisation d'une partie des fonctions de l'entreprise pour se recentrer sur certains de ses métiers afin de créer de la valeur ajoutée. Ces opérations se traduisent par une déconcentration des tâches et peuvent entraîner une décentralisation du pouvoir. Ce transfert de tout ou partie d'une fonction ou d'un service conduit à une multiplication des contrats de sous-traitance. L'alliance peut également se traduire par une relation sur le long terme, nécessitant une fusion ou une acquisition. Une société intègre alors la structure d'une autre société en vue d'un partage des ressources. L'opération de fusion « réalise une unité de structure, de patrimoine et de direction[188] ». Elle peut prendre plusieurs formes. La fusion par création d'une société nouvelle permet par exemple de mettre en commun un patrimoine et d'être rémunéré sur les parts sociales de cette nouvelle société alors que la fusion absorption entraîne la dissolution d'une société dont la société absorbante récupère le capital et crée une communauté d'associés ou d'actionnaires au sein d'une seule société. Dans les deux cas, cette méthode de rapprochement permet à l'entreprise de se réorganiser financièrement et stratégiquement pour s'adapter au marché. Mais le modèle

---

[184] M. JEANTIN, « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *Dr. ouvrier*, 1981, p. 118 et s.
[185] Pour une présentation de ce développement depuis les années 1980, voir *idem*, pp. 73-82.
[186] Ibidem.
[187] *Idem*, pp. 51-53.
[188] M. KOCHER, La notion de groupe en droit du travail, op. cit., p. 39.

pyramidal, illustré par le groupe, n'est plus aujourd'hui le seul emprunté par les entreprises, qui s'organisent également de manière réticulaire.

2) *L'unité retrouvée dans le modèle réticulaire*

83. Les différences de techniques et de modèles entre le réseau et le groupe ont très justement été démontrées[189]. La principale justification d'une nécessaire distinction s'explique avant tout par l'amalgame qui peut être fait entre d'une part le groupe, comme forme d'organisation hiérarchique et d'autre part le réseau, qui se limiterait à une somme de contrats. La réalité est bien plus complexe. Les transformations organisationnelles des entreprises ne se limitent pas aux réseaux contractuels mais concernent plus globalement les diverses formes d'organisation de l'entreprise, qu'il s'agisse des relations capitalistiques ou contractuelles, hiérarchiques ou réticulaires. Or, si l'on considère que le réseau se caractérise par « l'exercice d'un contrôle de ses membres soit par une société dominante, soit par plusieurs ou même par l'ensemble des membres collectivement »[190], cette figure peut alors permettre de saisir la complexité organisationnelle de l'entreprises. Et c'est en ce sens qu'il faut comprendre les diverses études doctrinales portant sur le réseau, même si pour la simplicité de la démonstration, le recours à la figure au réseau peut parfois être mise en opposition par rapport au groupe. L'étude des diverses approches du réseau proposées par la doctrine prévient en réalité de toute approche dichotomique de ce genre. Bien au contraire, il en ressort une réalité bien plus complexe, mêlant plusieurs modèles d'organisation. Associé au phénomène des groupes de sociétés, c'est l'*entreprise-réseau*[191] qui apparaît, véritable « acteur collectif »[192], que nous pouvons qualifier d'entreprise à structure complexe. De ce point de vue, le recours à la figure du réseau devrait permettre de présenter un modèle d'organisation des entreprises que le droit a encore du mal à cerner.

---

[189] E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 145 et s. ou encore G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit.*

[190] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit.*, p. 41.

[191] En ce sens, voir P. VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *Les Cahiers de droit*, Vol. 52, n°2, juin 2011, p. 139.

[192] Nous reprenons ici la terminologie employée par G. TEUBNER dans *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, L.G.D.J., 1994.

84. C'est que l'organisation réticulaire modifie les points d'encrages juridiques traditionnels. La notion de contrôle, développée pour les groupes de sociétés, n'a plus d'utilité ; celle de « dépendance économique » fait en revanche son apparition, ainsi que celle d' « influence ». Le contrat n'est plus gage d'autonomie, mais d'intégration dans un ensemble plus vaste. La temporalité est également modifiée: alors que le groupe de sociétés se constitue pour une certaine durée, le réseau peut exister pour le temps d'un projet. Le réseau est-il alors une nouvelle forme d'organisation en marge des groupes de sociétés et des chaînes de contrats ? Est-ce un modèle qui se limite à expliquer des relations contractuelles particulières ? Ou peut-il englober également des relations capitalistiques, ou, en d'autres termes, expliquer un schéma d'organisation au sein duquel se nouent parallèlement des relations capitalistiques et contractuelles ?

85. Selon G. TEUBNER, qui constate dès 1993 l'apparition de nouvelles formes d'organisations hybrides « à la frontières entre contrats et sociétés [193]», certaines relations contractuelles laissent apparaître de véritables organisations que l'utilisation du contrat permet de dissimuler[194]. Ces organisations, identifiées comme des réseaux contractuels[195], sont qualifiés par l'auteur de « bêtes qui constituent des quasi-sociétés[196] », leur structure présentant les particularités d'un groupe d'entreprises, alors que les relations de dépendance qui les caractérisent trouvent leur origine dans le contrat. Ces organisations hybrides forment bien un groupement, composé de sociétés juridiquement autonomes, liées entre elles par des contrats, mais « fédérées[197] » par une entreprise dominante. Pour son étude, G. TEUBNER semble utiliser indifféremment les termes de « société » ou d'« entreprise ». Il distingue en revanche le groupe, du réseau contractuel. Le réseau n'est pas selon lui, une entité qui se superposerait aux groupes et aux réseaux contractuels pour les englober, mais bien une troisième forme d'organisation. Au contraire, A. SOBCZAK appréhende le réseau comme une figure juridique se superposant à celles existantes. Il considère que le réseau de sociétés peut être formé soit par un lien capitalistique, soit par un lien contractuel. S'il différencie tout de même ces deux types de relations par le fait que dans le premier cas, la société

[193] *Idem*, p. 52.
[194] *Id.*, p. 51.
[195] *Id.*, p. 53.
[196] *Id.*, p. 52.
[197] *Id.*, p. 53.

« possède » les compétences nécessaires à son activité économique et que dans le second, elle les « mobilise », il considère tout de même qu'elles se rapprochent à plusieurs égards[198]. Dans les deux situations en effet, l'organisation se fonde sur la coopération et la coordination des activités. D'un côté, les groupes ont décentralisé leur organisation et de l'autre, les réseaux de sous-traitance ont renforcé leur organisation[199]. Cette analyse a le mérite d'englober sous une même forme, les groupes de sociétés et les réseaux contractuels, pour appréhender ces organisations hybrides dans toute leur complexité[200].

86. De manière générale, la théorie du réseau d'entreprises permet de faire ressortir la réalité d'une forme d'organisation complexe de l'entreprise, laquelle n'est plus construite sur un modèle exclusif de rapport hiérarchique ni sur celui d'une totale indépendance des partenaires commerciaux. L'idée du réseau s'oppose ainsi à l'idée de hiérarchie rigide[201]. A un modèle de société organisée hiérarchiquement, au pouvoir de direction et de contrôle attribué à une personne ou à une entité déterminable, se substitue un modèle d'organisation en réseau, caractérisée par des relations d'interdépendance entre plusieurs entités et dépourvue d'un unique centre hiérarchique. Le pouvoir dans le

---

[198] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, op. cit., p. 45 et s.

[199] *Idem*, p. 46.

[200] Ces différences de point de vue s'expliquent notamment pas les termes utilisés. G. TEUBNER se concentre sur les *réseaux contractuels* et E. PESKINE sur les *réseaux d'entreprises*, en mettant l'accent surtout, sur les relations contractuelles. De son côté, A. SOBCZAK analyse les *réseaux de sociétés*. Dans tous les cas, le constat est le même : l'entreprise utilise les outils fournis tant par le droit des sociétés que par le droit des contrats, pour multiplier les entités qui travailleront toutes sur un même projet, sous la direction d'une société dominante, mais dont les responsabilités seront séquencées en autant d'entités membres de l'organisation, chacune étant juridiquement autonome. Des interdépendances sont ainsi crées entre les entreprises du réseau. Mais les branches du réseau, organisées autour du contrat, évoluent dans un environnement plus libre que celles organisées autour du capital. Si, comme le note un auteur, « on avait cru avec la loi du 24 juillet 1966 que le caractère impératif du droit des sociétés allait l'emporter sur la liberté contractuelle, et que le droit des sociétés serait un droit d'ordre public » (D. VIDAL, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 5ème éd., 2006, p. 21), force est de constater que tel n'est pas le cas. Le contrat favorisant la construction de nouveaux modèles d'organisation de part la liberté qu'il procure, le droit des sociétés n'ayant toujours pas réussi à les réceptionner. La construction de ces organisations, appréhendées sous l'angle de l'entreprise-réseau, ne peut toutefois pas être réduite à des relations contractuelles.

[201] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit., p. 17.

réseau est décentralisé, voir parfois déconcentré. Néanmoins, les relations de pouvoir et de contrôle qui se maintiennent entre les membres d'un même groupement justifient de préférer l'expression « entreprise-réseau », notamment lorsque c'est l'entreprise qui se transforme en s'organisant sous forme de réseau, et non ses relations contractuelles qui évoluent en organisation réticulaire. Cette image de l'entreprise-réseau semble en effet plus adaptée à certaines organisations au sein desquelles une société dominante se maintient, malgré la multiplication des pôles de pouvoirs[202].

87. L'une des caractéristiques de ces organisations hybrides réside dans la détention du pouvoir de direction par une société dominante dans la mesure où cette dernière décide des grandes lignes stratégiques et organise, directement ou non, le réseau. Mais ce pouvoir de direction est dilué au sein des diverses sociétés membres du réseau. La société dominante définit les grandes lignes stratégiques et les sociétés pivots les mettent en œuvre. C'est cet « hydre à plusieurs têtes[203] » ou cette organisation « polycéphale [204]», qui permet d'affirmer que ces organisations ne sont plus marquées exclusivement par un modèle hiérarchique vertical mais bien par un réseau organisé horizontalement, marqué par un polycentrisme[205]. Remarquons malgré tout que s'il est difficile de généraliser sous un seul modèle les multiples formes que peuvent revêtir ces organisations[206], il semble tout autant peu réaliste de considérer que ces organisations ne sont plus gouvernées par une entité hiérarchique, au sens de « dominante »,

---

[202] C'est d'ailleurs en ce sens que G. TEUBNER se demande s'il faut parler de réseaux entre acteurs corporatifs ou de réseaux comme acteurs corporatifs, l'un ne se substituant pas à l'autre, mais venant marquer l'émergence d'un nouveau modèle de groupement. G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op. cit.*, p. 268.

[203] *Idem.* p. 267.

[204] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit, p. 159.

[205] G. TEUBNER, Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation, op. cit., p. 279.

206 Plusieurs études ont été faites en droit, sociologie, management ou économie sur les diverses formes que peuvent revêtir ces organisations. Voir en ce sens P. VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *op. cit.* ; F. MARIOTTI, Qui gouverne l'entreprise en réseau ?, Les presses de Sciences Po, 2005 ; C. VERCHER, F. PALPACUER, S. CHARREIRE PETIT, « Codes de conduite et systèmes d'alerte éthique : La RSE au sein des chaînes globales de valeur », *Revue de la régulation* [En ligne], n°9, 1er semestre 2011, http://regulation.revues.org/index9259.html; M-M. LEITAO MARQUES, « Du commerce international aux échanges intra-groupes et entre membres d'associations de coopération. L'entreprise Poly-locale et les réseaux », *RIDE*, 2003, pp. 411-441.

« influente ». Tout système décentralisé conserve un chef de file. A cet égard, G. TEUBNER note que « la réalité économique de ces groupes recouvre généralement une organisation étroitement coordonnée, et hautement intégrée dans sa structure d'information de production, de distribution et de direction hiérarchique[207] ». D'autres auteurs parlent quant à eux « d'autonomie contrôlée[208] » pour caractériser par exemple, les relations de travail au sein de ces réseaux. Les relations de travail n'y seraient plus déterminées par la subordination mais par une certaine autonomie contrôlée. Dans tous les cas, le contrôle s'affirme au détriment d'une apparente relation de coopération entre cocontractants. Cette situation d'autonomie contrôlée caractérise ainsi les relations qui s'établissent entre les sociétés du réseau, et c'est bien ce qui les différencient d'une simple relation contractuelle. Au sein du réseau, le contrat sert alors de « vecteur[209] » à l'organisation du pouvoir[210].

88. Les contours de l'organisation complexe de ces entreprises se dessinent alors. Alliant à la fois les critères du réseau mais également ceux du groupe, l'entreprise transnationale ne se caractérise pas nécessairement par une organisation durable. Un projet délimité dans le temps, mais alliant ce type d'organisation complexe, peut être qualifié d'entreprise. De plus, l'entreprise complexe se distingue de la notion de groupe de sociétés par ses frontières, qui sont plus flexibles et donc plus difficilement saisissables. Cette flexibilité la différencie également du simple réseau contractuel ou du groupe de sociétés. La structure du groupe de sociétés est issue de choix stratégiques, les frontières de l'entreprise étant alors choisies par la société-mère dans sa stratégie d'expansion. En revanche, si l'organisation de l'entreprise complexe est certainement déterminée par la société dominante, laquelle décide, à un moment donné, de se séparer de certaines de ses sociétés filiales pour externaliser ses activités, elle perd la maîtrise des frontières du réseau, en déléguant aux sociétés pivot, une partie de son pouvoir de

---

[207] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *op. cit.*, p. 55.
[208] E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 160 ; M-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales, aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, 1994, n° 60, p. 27 ; M-L. MORIN, « Le droit face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du Travail*, 2005, vol. 144, n°1, p. 10.
[209] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit., p. 163.
[210] Comme le démontre E. PESKINE, deux types de relations contractuelles ressortent de ces réseaux : des contrats de collaborations qui prennent en compte ce pouvoir mais ne le consacrent pas, contre d'autres relations contractuelles fondées au contraire sur une relation de pouvoir, *idem*, p. 164 et s.

direction. Ces dernières restant, en principe, autonomes dans le choix de leurs sous-traitants et fournisseurs, comme dans celui de s'en séparer. Ainsi, le réseau peut être constitué d'un centre relativement rigide, composé des sociétés piliers du groupe ou parfois de partenaires commerciaux stratégiques, liés par des contrats de longue durée ou des partenariats. Pour autant, ses frontières extérieures peuvent rester flexibles, les partenaires commerciaux pouvant entrer ou sortir du réseau selon les besoins de l'entreprise. C'est alors parce que la formation d'une entreprise à structure complexe, sous forme de groupe ou de réseau limite inévitablement l'autonomie de chacune des sociétés la composant, ainsi que l'indépendance de leur personnalité juridique[211], que des tentatives de « réunification » de l'entreprise sont parfois proposées par le juge ou le législateur.

§ 2 . Les tentatives de réunification de l'entreprise transnationale

89. Le juge ou le législateur sont parfois amenés à dépasser le principe d'autonomie juridique pour prendre en compte la réalité organisationnelle de l'ensemble formé par plusieurs sociétés. Le juge intervient notamment lorsque ces formes d'organisation engendrent une inadéquation entre leur « réalité » juridique et leur « réalité » économique. Autrement dit, la relation entre deux sociétés, d'apparence indépendantes, peut en réalité révéler un état de dépendance économique d'une société vis-à-vis de l'autre, justifiant de passer outre le principe d'autonomie juridique ou le contrat. Cette opération permet de « lever le voile » de la personnalité ou du contrat, pour faire apparaitre, derrière les apparences, les véritables relations existant entre sociétés. De cette manière le juge reconstitue l'entreprise. C'est principalement pour faire face aux groupes de sociétés que des solutions prétoriennes ont vu le jour, en « niant »[212] les séparations juridiques des sociétés membres, permettant ainsi d'aboutir à la transparence de l'unité économique. Mais ces solutions restent casuistiques et en ce sens, ne favorisent pas la sécurité juridique qui commanderait de déterminer des critères à la fois

[211] Nous verrons dans le chapitre suivant que les limitations à cette autonomie et à cette indépendance ne sont sanctionnées que lorsqu'elles atteignent un certain degré en-deçà duquel le droit se contente de l'organiser, voir *infra*, p. 137 et s.

[212] Nous reprenons ici le terme de *négation* des séparations juridiques utilisé par A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD civ.*, 1985, p. 627 et s.

souples mais stables de l'entreprise. Elles sont surtout appliquées par exception au principe d'autonomie, qui est régulièrement réaffirmé par la jurisprudence et qui ne permet dès lors pas de préjuger de la position du juge dans une affaire. Surtout, comme le remarque, C. HANNOUN, « paradoxalement, la théorie des groupes a renforcé la force juridique de ce principe au lieu de l'affaiblir[213] ». Ces exceptions restent donc limitées et la recherche d'une cohérence par les solutions jurisprudentielles ou législatives reste bien complexe. Il est toutefois possible de considérer que le voile de la personnalité peut être levé lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'unité économique créée par plusieurs sociétés pour organiser leurs relations, comme l'illustre les solutions trouvées en droit du travail (A), mais il peut également l'être pour sanctionner un abus, comme l'illustre le droit des procédures collectives (B). Ces exceptions se limitent à des domaines de droit et créent des incohérences entre les diverses branches de droit. Elles aboutissent à un droit des groupements totalement disparate et difficilement saisissable dans son ensemble, l'organisation en réseau étant d'ailleurs exclue de ces solutions, largement jurisprudentielles.

A. L'organisation des relations du groupement : l'exemple du droit du travail

90. L'unité économique et sociale (UES) permet d'aller au-delà des séparations juridiques existantes entre sociétés[214]. Elle ne se confond pas avec le groupe de sociétés dont elle peut constituer un « sous-groupe ». Elle reste néanmoins une notion propre au droit du travail, et ne peut donc produire d'effets dans d'autres branches du droit. L'étude de sa fonction (1) et des critères de sa reconnaissance (2) permettent de mieux comprendre ce qui justifie la prise en compte de l'unité de l'entreprise, au détriment du principe d'autonomie juridique.

1) *Les critères propres à la reconnaissance de l'UES*

---

[213] C. HANNOUN, « La réalité juridique de l'entreprise, réflexion sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *ESKA, Entreprise et histoire*, 2009/4, n°57, p. 188.

[214] Notons qu'une UES peut être reconnue entre diverses personnes juridiques et ne se limite pas à regrouper des sociétés commerciales. Sur cette question voir notamment G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Droit social*, n°1, janv. 2005, p. 74 et s.

91. Les critères qui permettent de reconnaitre l'existence d'une UES révèlent les liens qui unissent plusieurs sociétés. Reconnaître que plusieurs sociétés forment une UES ne les prive pas formellement de leur personnalité juridique. L'UES ne constitue pas une personne morale et n'a donc pas d'existence juridique propre. Dépourvue de personnalité juridique, elle ne peut dès lors pas revêtir le statut d'employeur. Néanmoins, la reconnaissance d'une UES porte atteinte à l'autonomie réelle des entités la constituant, dès lors qu'elle impose certaines obligations aux sociétés situées dans son périmètre. En consacrant l'existence d'une communauté de travailleurs au-delà des frontières des entités qui la composent, la reconnaissance d'une UES revient à admettre indirectement l'absence d'autonomie de ses membres[215]dans leur gestion du personnel.

92. C'est d'ailleurs cette idée qui sous-tend les critères retenus par la jurisprudence pour admettre l'existence d'une UES. En effet, une UES se caractérise par la reconnaissance cumulative d'une unité économique et d'une unité sociale[216]. Or, si dans le cas de l'UES, le point de départ du raisonnement ne part pas d'une démonstration positive de l'absence d'autonomie des sociétés la constituant, mais de l'unité entre elles, *a contrario*, on peut en déduire qu'il s'agit là d'une reconnaissance implicite de leur absence d'autonomie. Cette absence d'autonomie se révèle par exemple à travers la question de la gestion du personnel. Ainsi, les sociétés peuvent conserver leur autonomie en matière de gestion financière, mais perdre leur autonomie relative à la gestion du personnel. Cela ressort des indices retenus par le juge pour constater l'existence d'une entité économique : si de l'interdépendance économique entre sociétés peut découler l'interdépendance sociale, cela n'est pas le critère principal.

---

[215] En ce sens, voir G. BLANC-JOUVAN, qui rappelle que dans le cadre d'une demande judiciaire de reconnaissance d'une UES, toutes les sociétés concernées doivent être appelées à la cause, car cette reconnaissance peut porter atteinte à leur autonomie (G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *ibidem*). Voir également Cass. soc. 17 déc. 1976, n° 76-60142 76-60143, cassant un jugement du Tribunal de première instance, au motif que toutes les personnes morales n'avaient pas été appelées à la cause alors que « leur autonomie était en discussion ».

[216] V. aussi J. SAVATIER, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Dr. soc.* 2002, p. 715 ; Rappelons que ces critères s'appliquent quelle que soit l'institution représentative à mettre en place, Cass. soc. 5 mai 1988, n°87-60215, Bulletin, 1988, n° 273 p. 180.

93. En effet, pour que l'entité économique soit constituée, une concentration des pouvoirs doit être caractérisée entre les diverses sociétés de l'UES. Celles-ci doivent en plus exercer des activités similaires ou complémentaires[217]. Le critère de la concentration des pouvoirs de direction nécessite la recherche du pouvoir effectif. Ce pouvoir doit être détenu par une personne ou des personnes situées dans le périmètre de l'UES. Cette précision permet donc de comprendre que le juge saisi ne se limite pas à constater l'existence d'un contrôle entre sociétés, auquel cas les critères retenus par le droit des sociétés auraient pu suffire. La concentration financière entre sociétés pourra néanmoins renforcer la preuve de la concentration du pouvoir, mais ce ne sera là qu'un critère secondaire[218]. De même, « la dépendance administrative et financière à l'égard d'une autorité de tutelle et la participation de mêmes personnes *ès* qualités aux conseils d'administration » ne caractérisent pas en soi, une UES[219]. De même, le fait que des sociétés aient leur siège social à la même adresse et que deux sociétés aient des dirigeants communs et qu'ils participaient au comité de direction du groupe ne suffit pas à caractériser la concentration du pouvoir[220]. En effet, le juge recherche avant tout un interlocuteur aux mandataires sociaux afin qu'ils puissent exercer pleinement leurs droits de représentation, ce qui nécessite la désignation claire d'un dirigeant ou d'une entité dirigeante qui concentre ce pouvoir de direction. Or, admettre l'existence d'un pouvoir unique, c'est *a contrario* reconnaître l'absence d'autonomie des sociétés qui subissent ce pouvoir et dont les décisions ne pourront qu'en être affectées. Le juge saisi doit donc rechercher avant tout le centre de décision effectif qui s'exerce sur les personnes morales ayant vocation à constituer une UES.

94. Concernant le critère de l'unité sociale, la Cour de cassation exige du juge d'instance qu'il caractérise, en plus d'une unité économique, l'existence d'une unité sociale[221]. Celle-ci se déduit de l'existence d'une communauté de travailleurs. Plus

---

[217] Depuis un arrêt de la Chambre sociale, les activités des sociétés concernées par l'UES n'ont plus à être identiques, elles peuvent être complémentaires, ce qui doit être constaté par le juge d'instance. Voir Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n°164, D. 1988, IR 111.

[218] Voir en ce sens R. DE QUENAUDON, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *Répertoire droit du travail*, Dalloz, janv. 2004.

[219] Cass. soc. 24 nov. 1992, Bull. Civ. V, n° 569, cité par R. DE QUENAUDON, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *op. cit*.

[220] Voir en ce sens Cass. soc., 29 avril 2009, n° 08-60465, inédit.

[221] Cass. soc. 5 juillet 1977, Bull. civ. V, n° 458.

précisément, elle traduit « les liens particuliers pouvant exister entre les travailleurs employés par les diverses personnes morales composant l'UES[222] ». Cette communauté de travailleurs doit être relevée par le juge d'instance, mais ils n'ont à leur disposition qu'un faisceau d'indices. Ainsi, la permutabilité du personnel entre les entités de l'UES peut-elle être un élément de cette communauté, de même que l'application d'un même règlement intérieur ou encore des conditions de travail identiques. Ces indices marquent inévitablement l'interdépendance des sociétés appartenant à l'UES et par voie de conséquence leur absence d'autonomie complète dans leur rapport avec leurs travailleurs. Pour autant, l'interdépendance et l'altération de leur autonomie ne sont pas des critères utilisés par le juge pour se déterminer sur la reconnaissance d'une UES, même si les indices retenus démontrent que c'est cela dont il est question. D'ailleurs, comme le relève R. DE QUENAUDON, ces mêmes éléments peuvent ne pas être retenus dans une autre espèce[223]. Cela s'explique par le degré d'hétéronomie et d'interdépendance que peuvent révéler les divers critères, selon les espèces. Ainsi, la Cour de cassation a-elle refusé par exemple la reconnaissance d'une UES entre sociétés qui avaient procédé à l'harmonisation et au regroupement des équipes commerciales, organisé la mobilité de certains salariés, centralisé la gestion des ressources humaines, signé un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et mis en place une formation commune. En l'espèce, la Cour a considéré que « la reconnaissance d'une unité économique et sociale suppose que soit établie l'existence d'une communauté de travail caractérisée notamment par un statut collectif commun à tous les salariés de l'unité économique et sociale, la permutabilité du personnel et des conditions de travail communes[224] ». En se plaçant sur le terrain de l'autonomie, il est possible de comprendre la position de la Cour, les éléments retenus par le juge d'instance ne permettant pas de démontrer un degré suffisant d'hétéronomie entre les sociétés en cause. Dans tous les cas, exiger que soit constituée une communauté de travailleurs, c'est reconnaître implicitement l'interdépendance et l'hétéronomie entre sociétés d'un même ensemble. Le degré d'autonomie des sociétés appartenant à l'unité varie d'une UES à une autre, mais cela n'est pas pris en compte explicitement par le juge, dès lors que les critères de l'UES sont caractérisés. Or, c'est bien cela qui permet d'expliquer que soit reconnue une

---

[222] R. DE QUENAUDON, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *op. cit.*

[223] *Ibidem.*

[224] Cass. soc. 9 novembre 2011, n° 10-23437, inédit.

unité en lieu et place d'entités juridiquement distinctes. D'ailleurs, la mise en place d'un comité d'entreprise, commun aux sociétés de l'UES, qui est l'une des conséquences de sa reconnaissance, consacre également indirectement l'absence d'autonomie des entités appartenant à l'UES en matière de représentation collective. Si la technique juridique de l'UES répond à une finalité propre au droit du travail, elle s'inscrit malgré tout dans une tendance qui se retrouve dans d'autres branches du droit et qui vise à faire apparaitre la réalité organisationnelle de l'entreprise, derrière les divisions juridiques des entités qui la compose.

2) *Les effets limités de l'UES*

95. La notion d'UES a été créée par le juge[225] puis consacrée par le législateur pour lutter contre la fraude de certaines entreprises qui organisaient leur structure juridique afin de ne pas dépasser certains seuils d'effectifs susceptibles d'entraîner l'application des règles en matière de désignation de délégués du personnel par exemple[226]. L'UES a finalement très vite été reconnue en dehors des cas de fraude, dès lors que ses critères constitutifs étaient réunis. Comme l'explique le Président SARGOS, il s'agit aujourd'hui « de découvrir la réalité et la vérité de la communauté de travail à travers sa dimension économique et sociale effective[227] », en dehors de toute manœuvre ou même de fraude. Consacrée par la loi, son existence doit aujourd'hui être reconnue par convention ou par le juge[228]. Elle ne produit donc pas d'effet par elle-même. Surtout, si elle permet de rendre inefficace les effets de montages juridiques en droit du travail, l'application du principe de séparation juridique reste stricte et sa reconnaissance n'a pas d'effet sur l'application d'autres règles de droit[229]. Les créanciers d'une société, membre par ailleurs d'une unité économique et sociale, ne peuvent dès lors pas se prévaloir de son existence pour recouvrer leur créance. L'UES ne crée donc pas non plus de responsabilité solidaire entre ses membres et n'a pas d'effet autre que celui de constituer une institution représentative du personnel.

---

[225] Cass. crim. 23 avril 1970, n°68-91333, *Bull. crim.* n°144, p. 335.
[226] Cass. soc. 8 juin 1972, Bull. 1972, V, n° 418.
[227] P. SARGOS, « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », Rapport annuel Cour de cassation, 2004, p. 99.
[228] Art. L. 2322-4 du Code du travail.
[229] Voir en ce sens G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *op. cit.*, p.69.

96. L'UES répond donc à une finalité propre, critère que vérifie la Cour de cassation. Il s'agit avant tout « de corriger, au point de vue du droit social, les effets de la division juridique d'une entreprise socialement et économiquement unique[230] ». Il s'agit surtout d'empêcher que la division d'une entreprise n'empêche l'exercice du droit de représentation[231]. Pour reprendre l'expression d'A. LYON-CAEN, l'UES « fixe l'unité de représentation [232]». En principe donc, la reconnaissance d'une UES n'a pas d'effet sur un litige mettant en cause le transfert d'un salarié entre deux entités juridiquement distinctes, appartenant à une même unité économique et sociale. Une UES peut être reconnue comme cadre des relations collectives de travail, mais n'a aucun effet sur les relations individuelles[233].

97. Si pour l'heure, l'UES n'est pas le cadre d'exécution des relations individuelles, sa vocation s'étend néanmoins au-delà de la représentation du personnel. Ainsi l'illustre le droit qui est reconnu aux salariés de participer aux résultats de l'entreprise « constituée en unité économique et sociale [234]» ou encore en matière de licenciement économique, où la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée « au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe[235] ». Selon certains auteurs, les critères retenus pour reconnaitre l'existence d'une UES devraient

---

[230] R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. Soc.* 1979, p. 6.

[231] Sans revenir sur un débat aujourd'hui clos par la Cour de Cassation, l'UES a d'abord été considérée comme une notion relative en ce qu'elle prenait en compte la finalité de chaque institution. Un arrêt de la chambre sociale du 23 mai 2000 a mis fin à la controverse, comme l'a affirmé Alain Coeuret dans son rapport sur l'arrêt de la Cour. L'UES serait devenue une notion stable, applicable aux différentes instances de représentation du personnel. Voir, A. COEURET, rapport sur Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-60.212, 98-60.217, *RJS* 7-8/00 p. 529 et s ; également en ce sens B. BOUBLI, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme», *SS Lamy*, 2004, n°1156 et 1157 ; R. DE QUENAUDON, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *op. cit.* ; Rapport de Mme Farthouat-Danon, Conseiller rapporteur, Avis n° 0070005P du 19 mars 2007.

[232] A. LYON-CAEN, « L'UES sauvée de ses excès », *SS Lamy*, 3 sept. 2007, n°13-18, p. 9.

[233] Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43875 ; confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 2007.

[234] Art. L. 3322-2 Code du travail.

[235] Art. L.1235-10 Code du travail.

également permettre d'en faire un cadre de négociation collective[236]. Pour Bernard BOUBLI[237], ces textes marquent un pas de plus vers une émancipation de la fonction de l'UES. Pourtant, le même auteur constate la prudence de cette émancipation qui, si elle peut se constater en matière de droits issus de l'UES, ne l'est toujours pas en matière de droit de la reconnaissance de l'UES, alors qu'il s'agit de la question fondamentale à régler. En effet, en toute logique, l'exercice des droits issus de l'UES dépendent de sa reconnaissance. Cette question centrale fait débat au sein de la doctrine, entre les partisans d'une extension de la fonction de l'UES au-delà de la représentation du personnel[238]afin qu'elle devienne « l'entreprise en droit social[239] », et ses opposants, pour lesquels une telle extension mettrait en péril les droits individuels des salariés[240]. Retenons qu'en l'état du droit positif, si l'UES ne se limite plus à assurer l'exercice du droit de représentation, elle ne saurait pour autant être assimilée à l'employeur.

98. L'UES porte malgré tout en elle la reconnaissance d'une entreprise unique au sens du droit du travail[241] et ce, indifféremment des statuts juridiques de ses membres, même si elle n'est « pas encore l'entreprise à part entière, dans tous les domaines du droit du

---

[236] Voir en ce sens G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *op. cit.*, p. 78 et s.

[237] B. BOUBLI, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme», *op. cit.*

[238] Ibidem.

[239] Selon B. BOUBLI, la prudence du juge à abandonner le critère fonctionnel de l'UES tient aux limites de la loi en matière de reconnaissance de l'UES. Il distingue donc les droits de l'UES, qui tendent à s'étendre au-delà du droit de représentation, et le droit de la reconnaissance de l'UES ; *ibid*.

[240] Voir en ce sens Antoine LYON-CAEN, pour qui toute assimilation de l'UES à l'employeur serait « un projet dangereux », qui favoriserait des transferts de salariés sans que leurs droits en la matière ne soient plus respectés. Pourtant, rien ne retient le législateur d'intervenir en la matière afin de garantir ce respect ; A. LYON-CAEN, « L'UES sauvée de ses excès », *op. cit.*

[241] C'est d'ailleurs en ces termes que certains juges qualifient l'UES. Voir Tribunal d'Instance de Paris, 13 avril 2005, non publié, cité dans A. COEURET, « L'avenir de l'UES conventionnelle », *SS Lamy* ,2005, n°1220: la reconnaissance de l'UES « aboutit à l'assimilation d'entreprises juridiquement distinctes à une entreprise unique en fonction d'un certain nombre de critères peut intervenir en dehors de tout contexte d'élections professionnelles ».

travail[242] ». Sa finalité reste toutefois une limite à une possible généralisation des tempéraments qu'elle apporte au principe d'autonomie juridique des sociétés.

B. La sanction d'un abus : l'exemple du droit des procédures collectives

99. L'existence d'un groupe de sociétés n'a en principe aucune incidence en matière de procédure collective[243]. N'ayant pas d'existence juridique propre, il ne peut y avoir l'ouverture de procédure collective à l'encontre du groupe, même en cas de cessation de paiements de plusieurs sociétés du même groupe. De la même manière, l'appartenance à un groupe n'a pas plus d'effet, puisque chaque société est traitée isolément. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société du groupe n'a donc pas d'incidence sur les autres sociétés du groupe. Les créanciers d'une société du groupe ne peuvent donc pas en principe demander l'extension de la procédure à d'autres sociétés sur le fondement du groupe. Pourtant, le droit des procédures collectives a très tôt été confronté à l'obstacle posé par une application trop stricte du principe de séparation juridique des sociétés. Confronté dans un premier temps à des situations d'abus de la personnalité juridique[244], des entorses au principe de séparation juridique ont dû être réalisées pour sanctionner la fraude. Au-delà d'une telle sanction, d'autres fondements trouvent aujourd'hui à s'appliquer pour passer outre une application trop stricte du principe de séparation juridique, mais surtout, pour prendre en compte l'entreprise à structure complexe, à travers des critères variés. La loi permet ainsi aujourd'hui

---

[242] Rapport de Mme Farthouat-Danon, Conseiller rapporteur, Avis n° 0070005P du 19 mars 2007.

[243] Ainsi, le constat de l'unicité et d'une imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance économique entre deux sociétés ne suffit-il pas à étendre une procédure collective, Com. 20 octobre 1992, Rev. Soc. 1993, p.449. Voir également en ce sens : F. DERRIDA, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », *Etude de jurisprudence : Mélanges Derrupé*, GLN Joly et Litec, 1991, p.29.

[244] « L'organisation du pouvoir joue uniquement un rôle de stimulateur pour l'abus de la personnalité morale L'abus de la personnalité morale exprime l'idée que l'esprit du concept de personne morale a été remis en cause dans son utilisation ». Sur une distinction entre abus de la personnalité et abus de pouvoir, voir N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, L.G.D.J., T. 214, 1991, Paris, p. 4.

d'étendre une procédure collective à une autre société en cas de confusion de patrimoine (1) ou de fictivité (2)[245].

1) *La confusion des patrimoines*

100. La confusion des patrimoines comme cause autonome d'extension de procédure en redressement judiciaire implique que deux ou plusieurs sociétés se soient comportées comme si elles avaient un patrimoine commun. Si la confusion est constatée par le juge, elle permet de reconstituer le patrimoine de la société défaillante, appauvri artificiellement. Cette technique d'extension de la procédure en redressement vers la société *in bonis,* intéresse évidemment les créanciers des sociétés membres d'un groupe, bien que cette procédure n'ait pas été appliquée au départ pour les groupes. Elle y trouve en tout cas un terrain d'application particulièrement favorable étant donné les relations financières qui lient les sociétés d'un même groupe.

101. A la différence de la fictivité, leur existence juridique n'est donc pas remise en cause. En revanche, la séparation de leur patrimoine n'est que virtuelle[246]. Lorsque deux patrimoines sont tellement imbriqués qu'il devient impossible de les traiter séparément, alors une telle confusion se justifie en dehors de toute fictivité. Cette confusion peut également résulter de flux financier anormaux[247]. Il s'agit finalement de sanctionner l'atteinte portée à l'autonomie patrimoniale de la personne morale, alors même que leur autonomie juridique n'est pas remise en cause. La remettre en cause aurait pour effet de

---

[245] La distinction entre ces deux techniques juridiques a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux pour savoir s'il s'agissait de deux fondements différents ou similaires (voir J-J. DAIGRE, « société fictive », *rép. Sociétés Dalloz*, oct. 1999, p.5). Des auteurs ont même cherché à distinguer les conséquences qui devraient découler de chacune de ces deux techniques. (J-F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *Petites affiches,* 25 oct. 1996, p. 9 et s.). En citant ces deux techniques comme cause d'extension d'une procédure collective, la loi a mis fin au débat, même si la confusion des patrimoines peut toujours être un indice de fictivité.

[246] « Personnes morales ou physiques qui, tout en étant des sujets de droit autonomes et indépendants ayant des patrimoines distincts, les ont confondus », CA Paris, 3° ch. A, 17 déc. 1986 : Gaz. Pal. 1987, 1, p. 256.

[247] « Sous ce terme de flux financiers étaient pris en compte des mouvements de fonds ou des engagements financiers sans aucune contrepartie ne trouvant pas leur origine dans les engagements réciproques des parties et résultant du détournement des ressources d'une entité vers l'autre. », B. GRELON, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Revue des sociétés,* 2006, p. 281.

nier l'existence juridique de l'une des sociétés ; or il deviendrait impossible de confondre deux patrimoines si une seule personne morale existe.

102. Pour établir une telle confusion, le juge doit identifier des transferts d'actifs et de passifs sans contrepartie, l'absence d'une activité indépendante, et un flux financier anormal entre les sociétés. C'est ce qu'il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation de 1993[248]. Ainsi, l'existence de liens privilégiés entre deux sociétés, la présence de dirigeants communs, la centralisation de la gestion, l'interdépendance entre deux sociétés et l'imbrication d'intérêts communs ne sont pas des éléments suffisants qui permettent de caractériser la confusion de patrimoine[249]. En revanche, la présence de flux financiers anormaux[250] est un critère déterminant. La Cour a néanmoins durci sa position dans l'affaire « Metaleurop » en 2005.

103. Dans cette affaire, elle a en effet considéré que la Cour d'appel de Douai n'avait pas caractérisé « les relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines de la société mère avec celui de sa filiale ». Ce n'est donc plus seulement les flux financiers anormaux qui doivent être démontrés, mais également leurs relations financières anormales. Comme le constate des auteurs, « en premier lieu, cette notion permet de caractériser une confusion des patrimoines là où il n'existe pas de flux financiers (notamment en cas de prêt de main-d'œuvre). En second lieu, et là est peut-être l'explication essentielle, le terme de relations financières peut aussi, à l'opposé, faciliter la justification des opérations entre sociétés, au sein d'un groupe notamment[251] ». En retenant un tel critère, la Cour tire les conséquences de l'existence des groupes pour juger de la normalité ou non des relations financières intra-groupes. L'appartenance à un groupe justifie dès lors des relations financières particulières, qui ne

---

[248] Cass. com. 11 mai 1993, Bull. Joly 1993, 1050, note Ph. PETEL.

[249] Voir C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires - groupes de sociétés », *JCL com.*, Fasc. 3190.

[250] CA Versailles, 15 déc. 1994, Bull. Joly, 1995, p. 272, note Ph. PETEL.

[251] Les auteurs ajoutent : « Le terme, en effet, est plus large et plus général que celui de flux financiers, qui renvoie nécessairement à une situation d'espèce et à des opérations particulières. Le terme de relations financières, au contraire, renvoie à l'idée d'une structure préétablie dans laquelle se déroulent et se développent des flux financiers. Ainsi, l'existence d'une structure financière conforme à l'usage est de nature à justifier l'existence de flux financiers non réciproques qui, en l'absence de cette structure, auraient été jugés anormaux », B. GRELON, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *op. cit*.

peuvent être sanctionnées que par leur anormalité. En d'autres termes, l'existence d'un groupe justifie, au regard de la Cour, une certaine indulgence à l'égard des relations financières entretenues entre les sociétés, qui seraient sanctionnées en présence de sociétés isolées. Un tel raisonnement n'est pas sans conséquence sur le principe d'autonomie patrimoniale des sociétés du groupe, puisque le degré au-delà duquel celui-ci doit être considéré comme altéré, augmente. Pour autant, c'est bien une appréciation *in concreto* qui est maintenue par le juge et donc une approche réaliste de l'autonomie.

2) *La fictivité*

104. La théorie de la fictivité a permis en droit des sociétés, d'aller au-delà des apparences créées par certaines sociétés qui n'ont en réalité aucune existence. Parfois confondue avec d'autres notions[252], elle est notamment utile en matière de procédure collective, puisqu'elle permet d'étendre la procédure ouverte à l'encontre de la société fictive, aux personnes qui se dissimulent en réalité derrière elle[253]. Cette théorie de la fictivité est évidemment particulièrement utilisée en présence d'un groupe de sociétés, dont les relations peuvent être tellement imbriquées qu'une d'entre elles se révèle en réalité inexistante[254]. La constatation, par le juge, de la fictivité, aura pour conséquence de permettre l'extension d'une procédure collective d'une société vers une autre. Mais elle aura surtout pour effet de nier les séparations juridiques entre sociétés, dès lors que la société fictive est considérée comme inexistante.

105. La fictivité de la société peut toucher le contrat de société lui-même, ou l'un de ses éléments. L'absence d'*affectio societatis* est à ce titre un élément probant permettant de

---

[252] Appliquée à une procédure collective, la notion de confusion des patrimoines est ainsi souvent confondue avec celle de fictivité.

[253] Certains auteurs relèvent l'utilisation distincte qui est faite de la fictivité selon qu'il s'agit d'appliquer une seule procédure contre le maître d'affaire et la société fictive ou qu'une procédure, ouverte à l'encontre d'une société fictive, soit étendue au maître d'affaire ; voir en ce sens C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires - groupes de sociétés », *op. cit.*, et surtout J-J. DAIGRE, « société fictive », *op. cit.*, p. 12.

[254] Le terme d' « inexistence » est ici utilisé dans son sens commun. En effet, la reconnaissance de la fictivité n'a pas pour effet de rendre inexistante la société mise en cause, ce qui aurait un effet rétroactif dommageable pour les créanciers. La sanction de cette fictivité est donc la nullité, qui n'a pas d'effet rétroactif. Cette solution a été affirmée par un arrêt de la Cour de cassation de 1992. V. Cass. Com. 16 juin 1992, *Bull. Joly* 1992.960, *D.* 1993.108, note COLLET, *Dr. Sociétés* 1992, n° 178, cité dans J-J. DAIGRE, « société fictive », *op. cit.*, p. 10.

démontrer la fictivité de la société. Mais comme le souligne JJ. DAIGRE, la fictivité peut également tenir à un abus de la personnalité morale. Cet abus se révèle en cas d'atteinte au principe d'autonomie de la personnalité morale. Comme le précise l'auteur, l'atteinte portée au contrat de société apparaît à la constitution de la société alors que la seconde naît en cours de vie sociale[255]. C'est cette atteinte à l'autonomie qui retiendra plus particulièrement notre attention dans le cadre de cette étude[256]. Aujourd'hui visée mais non définie par la loi, elle laisse donc au juge le soin d'en délimiter les contours et le contenu.

106. A la différence de la confusion des patrimoines, l'atteinte portée à l'autonomie doit être totale. Une simple atteinte portée à l'un des éléments de cette autonomie ne pouvant remettre en cause l'existence même d'une société. En toute logique, la première question à se poser porte sur le contenu de l'autonomie : de quelle autonomie s'agit-il ? C'est bien l'autonomie juridique qui est ici remise en cause par la fictivité ; son existence juridique[257]. Pour autant, la preuve de l'absence d'autonomie réelle est un élément qui participe à démontrer l'absence d'existence réelle d'une société. C'est en tout cas ce qu'il ressort des indices retenus par les juges pour constater qu'une société est privée de toute autonomie juridique.

107. Ainsi, l'absence d'une activité économique réelle, qui aurait dû se caractériser par une activité autonome est de nature à entrainer la fictivité[258]. La réunion de plusieurs éléments est généralement nécessaire pour aboutir à une telle qualification, tels que la présence des mêmes dirigeants et des mêmes associés entre deux sociétés, l'identité des

---

[255] J-J. DAIGRE, « société fictive », *op. cit.*, p. 3.

[256] Pour plus de détails sur ce que J-J. DAIGRE nomme la « fictivité juridique », c'est-à-dire l'absence d'élément constitutif du contrat de société, voir *ibidem*.

[257] Pour être qualifiée de fictive, la société doit être privée totalement de son autonomie, au point que son existence même est remise en cause. Il s'agit finalement d'une application de la théorie de la simulation, qui constate qu'une société n'est pas réelle ; H. PAERELS, *Le dépassement de la personnalité morale. contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, thèse, Université Lille 2, 2008, p. 80, note 319.

[258] « (…) la cour d'appel a constaté que cette société n'avait pas d'activité économique réelle, l'acquisition d'un patrimoine immobilier n'étant pas de nature, à elle seule, à établir l'existence d'une activité autonome, et aucune exploitation effective de ces biens n'étant démontrée », Cass. Com., 21 nov. 1995, JCP, éd. E, 1996, II. 852, note J-J. DAIGRE.

locaux et de la clientèle etc.[259] La confusion des patrimoines peut également être un critère de fictivité[260]. Sera ainsi considérée comme fictive une société « créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morale avec leurs capitaux et le concours de comparses et que le patrimoine social est la propriété de cette ou de ces personnes qui l'exploitent sous le nom de la société de façade, de telle sorte qu'il n'existe en définitive qu'une seule et même personne morale[261] ». En dehors des cas où une société est, selon une appréciation *in abstracto,* fictive, c'est-à-dire qu'elle n'exerce aucune activité[262], le juge recourt à une appréciation *in concreto* du caractère fictif. On peut en effet noter que les juges fondent leurs décisions sur un faisceau d'indices, sans toujours caractériser expressément l'absence totale d'autonomie. Néanmoins, en reconnaissant la fictivité d'une personne morale, c'est en réalité une absence d'autonomie décisionnelle, d'autonomie patrimoniale[263] ou de gestion, une absence d'autonomie comptable, d'autonomie dans la relation avec les salariés qui est en réalité reconnue.

---

[259] Voir à et égard M. J-J. HYEST, *Projet de loi de sauvegarde des entreprises,* Rapport n° 335 (2004-2005), fait au nom de la commission des lois, 11 mai 2005; La Cour a par exemple retenue que l'identité d'actionnaires entre deux sociétés, de même que l'identité d'administrateurs, de représentants légaux, et de siège social, et que la filiale ait été constituée dans le seul but de dissocier différentes opérations d'exploitation, était une société fictive : Cass. Com. 28 nov. 1989, Bull. Joly. 1990.179 ; pour une présentation générale des critères, voir C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires - groupes de sociétés », *op. cit.*

[260] La question a pu se poser de savoir si la confusion des patrimoines était ou non devenue une source autonome d'extension de la faillite. Il semble qu'au vu des développements de la jurisprudence et de la doctrine, cette question ne fasse plus débat. V. F. GISSEROT, « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?, » *RTD Com,* 1979, p.48 ; J-F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *Petites affiches*, 25 oct. 1996, p.9.

[261] CA Paris, 3° ch. A, 17 déc. 1986 : Gaz. Pal. 1987, 1, p. 256, cité dans C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires - groupes de sociétés », *op. cit.*, § 131.

[262] Par exemple, absence de toute activité propre de la société, celle-ci jouant uniquement le rôle de personne morale interposée pour les besoins d'un montage juridique, CA Paris, 3° ch. C., 7 juill. 1995, *JCP éd.* E 1996, I, p. 117, n° 541, obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

[263] Par exemple, une filiale créée dans l'unique but de supporter aux lieux et place de la société-mère, les risques de commercialisation d'un projet scientifique, à qui la société-mère apportait une assistance dépassant le degré d'organisation inhérent à tout groupe de sociétés, la maintenant sous sa dépendance et la privant de toute autonomie, CA Paris, 3° ch., 28 sept. 1993, Pierre ès qual. c/ Pudet et autres, *Bull. Joly* 1994, p. 68.

108. C'est en tout cas ce qu'a retenu la Cour d'appel de Douai dans la célèbre affaire « Métaleurop », en considérant « qu'une société apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider, dans le cadre des dispositions légales et statutaires, de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au véritable maître d'affaires[264] ». Il semble en outre qu'en l'espèce, la Cour ait pris en compte le groupe auquel appartenait la société mise en cause pour procéder à une appréciation *in concreto*, tout en relevant au préalable « que la création d'un groupe économique laisse subsister la personnalité juridique de chacune des sociétés le composant ». En procédant ainsi, le juge prend donc en compte « les spécificités de l'activité et de l'objet social » et identifie « les fonctions de l'entité ». Raisonnant sur le terrain de la fictivité, la Cour se devait de rechercher les éléments permettant de déterminer la réalité ou non de cette société. Une appréciation *in concreto* lui permet au contraire de faire de l'appartenance au groupe, une excuse, un fait justifiant des éventuelles entorses au principe d'autonomie. Prenant acte de l'appartenance de la société à un groupe, les juges isolent la fonction de cette société au sein du groupe, et recherchent les éléments de sa fictivité à travers l'autonomie réelle qu'elle aurait du avoir. Les juges recherchent « si les besoins de financement externe de la filiale étaient compatibles avec le minimum d'indépendance nécessaire », car selon la Cour d'appel, « la mise en commun des moyens et la subordination à celui du groupe des intérêts des sociétés le composant ne doit pas dépasser le degré d'organisation inhérent à un tel ensemble économique, et que les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise des fonctions essentielles à leur autonomie ». En d'autres termes, l'appartenance au groupe ne doit pas ôter toute son autonomie à une filiale, entendue comme la capacité de se gérer soi-même. Si celle-ci n'a pas été retenue en l'espèce, notamment parce qu'elle « conservait un patrimoine et une activité réelle[265] », ce jugement n'en reste pas moins riche d'enseignements sur la place accordée au groupe dans l'appréciation de la perte d'autonomie d'une société membre[266]. Elle rappelle en

---

[264] B. ROLLAND, « Considérations sur la fictivité d'une filiale dans le cadre d'une action en extension de procédure de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 28 janvier 2005 n° 20, p. 13, note sous CA DOUAI, 2 oct. 2003, Procureur de la République c/ SA Metaleurop et autres.

[265] CA Douai 2e ch. 1re sect., Me T. et autres c/ SA Metaleurop et autres, 16 déc. 2004, n° 03/02333.

[266] Note B. ROLLAND sous CA DOUAI, 2 oct. 2003, Procureur de la République c/ SA Metaleurop et autres, *Petites affiches*, 28 janv. 2005, n° 20, p. 13.

outre que les critères retenus pour l'appréciation de la perte d'autonomie varie d'un fondement à un autre. Elle laisse suggérer que si l'influence exercée sur ces décisions par les dirigeants de la société-mère pourraient permettre de fonder une action en responsabilité fondée sur une direction de fait ou une ingérence dans la gestion, elle ne permet pas en revanche de caractériser la fictivité. En l'espèce, la fictivité n'a pas été retenue, la fraude n'ayant pu être caractérisée[267].

[267] CA DOUAI, 16 déc. 2004, D. 2005, p. 216, obs. A. LIENHARD.

CONCLUSION

SECTION 1

109. L'entreprise s'est adaptée dans les années 1990 à un environnement de libéralisation des échanges, dans un contexte de mondialisation, qu'elle a par ailleurs largement participé à construire. Cette adaptation s'est faite grâce aux nombreuses transformations qu'elle a subies, et rendues possibles grâce aux outils juridiques mis à sa disposition. Alors que les théories économiques cherchent à optimiser son modèle d'organisation, le droit tente de suivre toutes ces transformations. Celles-ci ont pris deux directions : d'une part le développement de groupes de sociétés, liés par un lien capitalistique ; et d'autre part le développement de chaînes de contrats, illustré principalement par le recours à la sous-traitance. Ces deux phénomènes, en général étudiés isolément par les auteurs, répondent chacun de prime abord à des problématiques distinctes. Or, l'organisation de l'entreprise en réseau démontre un paradoxe identique à celui tiré des groupes de sociétés : celui d'un rapprochement économique entre sociétés et d'un éclatement juridique de leur structure globale. L'utilisation simultanée des techniques du groupe de sociétés et de chaînes de contrat rend d'autant plus difficile leur réception par le droit que celui-ci ne connaît que des catégories juridiques figées inappropriées à ces phénomènes. Le droit tente néanmoins d'élaborer des solutions afin de saisir l'organisation unifiée de ces entreprises. L'une d'elle revient à « lever le voile » de la personnalité juridique afin de révéler l'entreprise comme un ensemble intégré. Mais les multiples formes que prennent aujourd'hui les entreprises rend souvent difficile l'application d'une telle solution. Surtout, une telle technique conduit à choisir entre l'unité ou le multiple, ce qui limite considérablement la prise en compte de l'entreprise dans sa complexité. De plus, les solutions ainsi trouvées ne s'appliquent que limitativement à certaines branches de droit voire même, à certaines situations. Enfin, certaines solutions visent avant tout à sanctionner un comportement, alors que l'organisation complexe des sociétés ne reflète pas nécessairement un abus. Si les techniques juridiques permettant de diversifier juridiquement l'entreprise ont été dans un premier temps saluées, il est peut-être temps que l'unité économique retrouve un « appui d'unité juridique ». Or, l'entreprise transnationale reste encore ignorée par le droit positif.

SECTION II - L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE IGNORÉE PAR LE DROIT

110. La société reste la figure centrale de notre système juridique, seule capable de réceptionner juridiquement les diverses formes d'organisation des entreprises transnationales. Les formes d'activités commerciales ne peuvent donc s'incarner qu'à travers la société, seul sujet de droit. La loi ou la jurisprudence ne cessent pourtant de se référer à l'entreprise ou au groupe de sociétés pour englober des ensembles formés par plusieurs entités. L'aspect unitaire de la notion d'entreprise est ainsi ébranlé par le phénomène des groupes. Le développement des groupes de sociétés a en effet réveillé les questions relatives à la nature et à la finalité de l'entreprise. Ce sont alors les questions portant sur sa nature juridique[268], puis sur celle du groupe, qui ont été soulevées par les auteurs. La découverte d'un sujet de droit « incarné » par la figure du groupe[269] ou de l'entreprise aurait permis de consacrer l'existence d'une unité. Cela aurait eu l'avantage d'appréhender l'entreprise transnationale dans sa globalité et sa réalité organisationnelle, en faisant abstraction des séparations juridiques existantes, afin notamment, de faciliter l'identification des responsabilités. Les thèses de la personnification des groupes n'ont pourtant jamais fait l'objet de consécration par le droit positif. Elles ont suivi le même sort que celles portant sur la personnification de l'entreprise. Ces deux figures n'en sont pas moins capables de réceptionner l'entreprise transnationale dans l'ordre juridique, mais de manière partielle uniquement, le groupe étant un objet hétéroclite du droit (§1) et l'entreprise restant un objet approximatif (§2).

§ 1 . Le groupe de sociétés, un objet hétéroclite du droit

111. Le groupe de sociétés n'a jamais été reconnu comme un sujet de droit (A). Dépourvu de personnalité juridique, il est malgré tout abordé par le droit en étant visé

[268] Voir en ce sens M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956.

[269] Des auteurs comme COULOMBEL ont en effet tenté d'aborder le groupe de sociétés comme un sujet de droit réel, par opposition au sujet de droit formel, en faisant ressortir comme critère d'identification de la personne morale la présence d'un intérêt commun Dans sa thèse sur les groupes de sociétés, C. HANNOUN décrit les limites des différentes approches proposées par la doctrine ; C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés*, coll. "bibliothèque de droit privé", T. 216, LGDJ, 1991, p. 99 et s.

par certains textes (B). Le groupe reste ainsi un objet hétéroclite du droit, permettant, partiellement, de réceptionner l'entreprise transnationale.

A. Le groupe de sociétés non reconnu par le droit

112. Le groupe est empreint d'une dualité à laquelle la doctrine et le juge n'ont de cesse d'être confrontés. Figure unitaire d'une part, mais composée d'entités juridiques autonomes d'autre part, les catégories juridiques existantes ont bien du mal à appréhender ces deux caractéristiques d'apparence antinomiques. La personnification du groupe a pendant un temps été la voie étudiée. Reconnaître la personnalité juridique à un groupe de sociétés reviendrait en effet à lui conférer la qualité de sujet de droit. Cela aurait eu pour conséquence de doter le groupe de droits et d'obligations indépendants de ceux de ses membres, de lui conférer la capacité d'ester en justice pour défendre les intérêts du groupe, de passer des contrats au nom du groupe, de lui reconnaitre l'existence d'un patrimoine propre, de le rendre responsable juridiquement dans son ensemble, sans que la personnalité juridique des sociétés le composant ne fasse obstacle à une telle responsabilité. Pourtant, que ce soit en droit interne (1) comme en droit international (2), la personnalité juridique n'est pas reconnue au groupe.

1) *Le groupe n'est pas un sujet de droit interne*

113. C'est le célèbre arrêt Lamborn, rendu par la chambre des requêtes le 20 novembre 1922[270] qui marque le point de départ, selon certains auteurs[271], du débat portant sur la personnification des groupes. Dans cet arrêt, les juges ont en effet admis la responsabilité solidaire de la filiale française aux côtés de la société-mère située aux Etats-Unis, à payer les dettes de cette dernière, alors même que la filiale avait été constituée postérieurement à la signature du contrat litigieux. En l'espèce, la personnalité juridique de la filiale n'a pas été remise en cause puisque sa responsabilité a été retenue. En revanche, en tirant les conséquences de l'existence du groupe, la

[270] Req., 20 nov. 102, S. 1926.1.305, note H. ROUSSEAU.
[271] Pour une analyse de cet arrêt, voir C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés*, *op cit.*, p. 49 et s.

Chambre des requêtes a retenu que la filiale était une « émanation »[272] de la société américaine et qu'elle devait à ce titre, être tenue solidairement responsable des dettes de la société-mère[273]. Cet arrêt a notamment donné naissance à la théorie du sujet de droit réel, développée par H. ROUSSEAU, puis reprise par P. COULOMBEL[274] ou encore M. DESPAX[275], en faveur des groupes de sociétés. Comme son nom l'indique, cette théorie fait prévaloir l'intérêt du groupement sur celui de ses membres, si bien que chacune des sociétés du groupe conserve sa personnalité juridique propre. Superposé aux sujets de droit formels constituant le groupe, ce dernier deviendrait un sujet de droit réel dès lors qu'apparaitrait un « intérêt collectif organisé »[276]. La conséquence étant notamment, pour les sociétés membres du groupe, de ne pas pouvoir opposer leur autonomie formelle[277] pour échapper à leur responsabilité juridique découlant de leur appartenance au groupe[278].

114. Comme l'explique C. HANNOUN, ces différentes approches de la personnification des groupes ont eu pour finalité de comprendre « le principe de

[272] Cette position étant notamment fondée sur l'envoi d'une circulaire par la société-mère à ses cocontractants, les informant de la constitution à venir d'une filiale, chargée de traiter en France les affaires de la société. Cette approche de la Chambre des requêtes n'est pas sans rappeler la notion anglo-saxone de l'*instrumentality*. Voir par exemple T. K. CHENG, « The corporate veil doctrine revisited: a comparative study of the English and the U.S. corporate veil doctrines », *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34, issue 2, 2011, pp. 329-412.

[273] Plusieurs auteurs ont tenté d'expliquer cet arrêt au regard des notions juridiques traditionnelles de délégation, d'apparence, de sociétés fictives etc. A défaut de pouvoir la justifier, tous semblent s'accorder, comme le note C. HANNOUN, sur l'importance du terme d' « émanation », employé par la Cour, qui démontre l'approche factuelle préférée par la Cour à l'approche juridique, l'unité économique prévalant ici sur les séparations juridiques ; C. HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 52 et s., M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit*., p. 128 et s., M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail*, Thèse, Université de Strasbourg, 26 nov. 2010, p. 92.

[274] P. COULOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse, Nancy, 1950.

[275] P. COULOMBEL distingue la personnalité morale de la personnalité juridique afin de faire apparaître le groupe comme une personne morale, composée d'entités diverses aux personnalités juridiques distinctes. M. DESPAX maintient cette distinction mais l'applique à l'entreprise. Le groupe est en effet, pour M. DESPAX, assimilé à l'entreprise. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit*., pp. 383-387.

[276] C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, cité par M. KOCHER, La notion de groupe en droit du travail, op.cit., p. 93.

[277] Voir *infra*, p. 139.

[278] Ibidem.

cohérence du droit des groupes[279] ». Visé par des règles disparates, qui tantôt organisent le groupe, tantôt le nient, pris en compte par le juge, mais n'ayant pas d'existence juridique propre, la personnification du groupe aurait en effet l'avantage de la cohérence dans un droit ne reflétant plus leur réalité. Cette approche aurait le mérite de cibler le groupe dans son ensemble, sans avoir à dénouer les relations qui se tissent en son sein, ni à se voir opposer le principe de séparation juridique entre les entités le composant. Et c'est d'ailleurs cette voie que les auteurs ont cru voir empruntée par la Cour dans l'arrêt Lamborn. Elle n'a pourtant jamais été retenue par la jurisprudence qui n'a jamais reconnu formellement la qualité de sujet de droit au groupe de sociétés[280]. Selon J. PAILLUSSEAU[281], cela s'explique notamment par la finalité même de la personnalité juridique qui confère aux groupes un avantage en termes de flexibilité mais surtout en termes de responsabilité dès lors que chaque société du groupe reste protégée des agissements des autres sociétés.

115. Ceci n'explique pourtant pas les raisons pour lesquelles la Cour de Cassation refuse une telle reconnaissance. D'ailleurs, M. KOCHER constate que la Cour de cassation n'a jamais fondé son refus sur l'absence des critères jurisprudentiels permettant la reconnaissance de la personnalité morale. En tout état de cause, elle se contente d'affirmer qu'un groupe de sociétés est « dépourvu de la personnalité morale et

---

[279] C. HANNOUN, Le Droit et les groupes de sociétés, op. cit, p. 99.

[280] Notons pourtant que depuis un arrêt de la Cour de Cassation de 1954, le législateur n'a plus le monopole de l'attribution de la personnalité juridique à un groupement. Elle affirme dans cet arrêt que « la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par la suite, d'être protégés ». Elle a en l'espèce reconnu la personnalité juridique aux comités d'établissement. Ainsi, en dehors d'intervention législative refusant la personnalité juridique à un groupement, le juge peut reconnaître la personnalité juridique à un groupement en appliquant la théorie de la réalité. Par opposition, les partisans de la théorie de la fiction considèrent que la personnalité juridique ne peut être attribuée que par le législateur afin de limiter la personnification des personnes morales. Voir C. Cass. 2° civ., 28 janv. 1954, n° 54-07081, *JCP G*, 1954, II, 7958, concl. LEMOINE, *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR, *Dr. Soc.* 1954, p. 191, note P. DURAND ; M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail, op. cit.,* p. 86 et s.

[281] J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD. Civ.*, 1993, p. 710.

de la capacité de contracter », sans autre justification[282]. Peut-être tout simplement est-ce celle de la simplicité, car une reconnaissance jurisprudentielle de la personnalité juridique au groupe ne serait pas sans conséquence sur la répartition des droits et obligations ainsi que des responsabilités entre d'une part, le groupe et d'autre part, les sociétés le composant. Une telle superposition de personnalités juridiques nécessiterait inévitablement une intervention législative pour organiser les relations intra-groupes soumises au principe d'autonomie juridique, mais surtout celles avec les tiers. Ainsi, même s'il est aujourd'hui de plus en plus admis que le groupe dévoile un intérêt collectif organisé[283] qui pourrait fonder la reconnaissance d'une personnalité juridique, la Cour ne peut que difficilement procéder seule, à une telle reconnaissance. Non reconnu comme sujet de l'ordre juridique interne, le groupe ne l'est pas non plus dans l'ordre juridique international.

2) *Le groupe n'est pas un sujet de droit international*

116. La dimension internationale de nombreuses entreprises à structure complexe les soumet à des législations totalement différentes, dont elles peuvent tirer profit[284]. Soumettre ces entreprises transnationales à des règles internationales permettrait donc aux Etats d'encadrer ces entreprises dans leur ensemble. Or, appliquer directement les règles de droit international aux entreprises nécessite de leur reconnaître la personnalité juridique internationale. Rien en théorie ne s'oppose à une telle reconnaissance comme le notent certains auteurs[285] , à condition toutefois de leur reconnaitre une personnalité juridique dérivée et non souveraine[286].

---

[282] Cass. com., 2 avril 1996, n° 94-16380, Bull. civ. IV, n°113, *JCP* G, 1997, II, 2803, note J-P. CHAZAL, *D.* 1996, IR, 123, *Gaz. Pal.* 1996, pan., p. 299, *Bull. Joly*, 1996, p. 510, note P. LE CANNU.

[283] Raison pour laquelle sans doute, elle ne fonde pas son refus de reconnaissance sur ce fondement, car elle l'admet implicitement.

[284] Pensons par exemple au *dumping social* ou à la mise en concurrence des règles fiscales.

[285] P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7ème éd., 2002, p. 647 ; voir à cet égard l'avis de la CIJ rendu le 11 avril 1949 concernant la question de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, dans lequel la Cour déclare que « les sujets de droit dans un système juridique ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou quant à l'étendue de leur droit et leur nature dépend des

117. C'est avant tout sur la question de la personnalité juridique internationale des personnes physiques que la doctrine et les juges ont eu à s'interroger. Cette question est source d'oppositions permanentes. Le droit international doit-il s'appliquer directement aux individus ? Ou au contraire l'Etat doit-il faire écran, à charge pour ce dernier de faire respecter aux personnes physiques les obligations internationales, mais également de leur garantir les droits que leur reconnait le droit international ? La réalité diffère selon les règles applicables. L'écran de la personnalité de l'Etat pouvant en tout état de cause être percé si les Etats eux-mêmes ont eu l'intention de conférer des droits ou d'imposer des obligations aux personnes physiques dans l'ordre juridique international[287]. Pour autant, on ne peut déduire de cette volonté l'émergence de sujets de droits dérivés[288]. De même, certaines normes internationales visent directement les personnes privées, comme les droits de l'Homme ou le droit des investissements. Certaines normes suffisamment précises peuvent alors s'appliquer directement aux individus sans passer par le filtre de l'Etat[289]. Remarquons surtout que certaines d'entre elles ne cantonnent plus le droit international à des relations interétatiques. Le droit pénal international en est l'exemple le plus probant, les personnes physiques pouvant être attraites devant une juridiction internationale, car soumises à des normes internationales. D'ailleurs, certains pays, dont la France[290], ont proposé, au cours de la conférence de Rome, de soumettre les personnes morales à la compétence de la Cour Pénale Internationale (CPI)[291]. Mais face à l'opposition de certains Etats, dont les Etats-

---

besoins de la communauté », « Réparation des dommages subis au service des Nations unies », avis consultatif, *C.I.J., recueil*, 1949, p. 174.

[286] Les caractéristiques de la personnalité juridique internationale sont différentes de celles en droit interne et sont à cet égard difficilement transposables ni même comparables. Les Etats et les organisations internationales sont les sujets primaires du droit international. En tant que sujet « souverain », ils sont soumis aux règles qu'ils édictent eux-mêmes. Ils ont à ce titre la capacité juridique pour conclure un traité, capacité reconnue à l'article 6 de la Convention de Vienne.

[287] C'est ce qu'il ressort de l'avis rendu par la C.P.J.I., le 3 mars 1928, « *Juridiction des tribunaux de Dantzig* », série B n°15, cité par P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 649.

[288] Ibidem.

[289] Les personnes physiques peuvent, dans certaines circonstances, directement invoquer ou opposer des dispositions issues de conventions internationales aux Etats.

[290] Sur le déroulement des négociations et la signature de la convention de Rome, voir J-F. DOBELLE « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *in AFDI*, volume 44, 1998, pp. 356-369.

[291] L'article 23 § 5 du projet de statut prévoyait ainsi la compétence de la CPI envers les personnes morales en cas de crime commis pour son compte ou par ses agences

Unis, la compétence personnelle de la CPI se limite aujourd'hui aux personnes physiques[292]. Le droit des investissements est également un exemple de la spécificité du droit international, qui « côté cour », ne reconnaît pas expressément la personnalité juridique internationale aux entreprises multinationales mais « côté jardin », soumet les relations contractuelles entre Etats et sociétés, au droit international[293].

118. Si, en l'état du droit positif, une majorité d'auteurs s'accordent à reconnaître une prise en compte grandissante des personnes privées par le droit international, leur personnalité juridique ne leur est toutefois pas encore expressément reconnue. Leur statut international est néanmoins renforcé, comme le démontre la multiplication des normes internationales applicables aux individus ainsi que leur possibilité d'action qui s'élargissent[294]. Mais à défaut de personnalité juridique à part entière, ce sont les Etats qui restent garants du respect et de la mise en œuvre des droits et obligations prévues

---

(*agencies*) ou représentants. UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, p. 49 et p. 121 pour les sanctions applicables aux personnes morales. D'ailleurs, rappelons que les statuts du Tribunal militaire international de Nuremberg prévoyaient à l'article 9 la possibilité de retenir comme criminelle, une organisation ; D. MAYER, « Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux », *Recueil Dalloz*, 1999, n° 20, pp. 215-217; N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *R.T.D. Civ*., 2008, pp. 205-228 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, L.G.D.J. 2004.

[292] Article 25§1 du statut de la Cour Pénale internationale.

[293] La convention de Washington du 18 mars 1965 sur *le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* met en place un mécanisme de règlement des différends propres aux investissements internationaux. Le droit applicable à ces litiges est prévu à l'article 42§1 qui stipule que: « le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière », soumettant ainsi les contrats signés entre Etats et investisseurs privés au contrôle du droit international, quand ce n'est pas à l'application directe du droit international qui est réalisée par le CIRDI lui-même. Comme le note C. LEBEN, ce n'est plus seulement les litiges portant sur les contrats internationaux qui sont aujourd'hui soumis au CIRDI, mais également ceux portant sur l'application d'un traité international, un investisseur privé pouvant attraire devant le CIRDI un Etat pour non respect de ses engagements internationaux ou de ses obligations internationales en matière d'égalité de traitement par exemple, ou de non discrimination, C. LEBEN, « Une tentative de perception globale: le recours à la nationalité des sociétés », *in* C. Lazaurus *et al. (dir.), L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, p.220.

[294] Voir « Le sujet en droit international », Colloque du Mans, S.F.D.I., Pedone, 2005, 170 p.

dans les conventions internationales. Confrontés depuis plus de quarante ans à la problématique que soulève le caractère transnational des entreprises, il incombe donc aux Etats et aux Organisations internationales, en leur qualité de sujet de droit primaire, de veiller à ce que les entreprises transnationales respectent le droit international. Les démarches jusqu'alors empruntées démontrent néanmoins l'échec des Etats à prendre en compte ces entreprises dans leur organisation complexe, ce qui conduit à se tourner vers le droit interne.

B. Le groupe de sociétés abordé par le droit

119. Le droit favorise la constitution d'entreprises à structure complexe, mais ne tire les conséquences de leur existence qu'*a posteriori*, pour en limiter certains effets indésirables que ne commanderait pas une solution d'équité. Pourtant, plusieurs tentatives d'encadrement juridique *a priori* ont été proposées. Les groupes de sociétés ayant été les premières formes de groupement empruntées par les entreprises, les efforts se sont concentrés sur ces derniers. Mais aucune de ces tentatives n'a abouti. Le droit interne n'aborde ainsi le groupe de sociétés que de manière segmenté (1), se refusant à toute approche générale. Face au développement de groupes de sociétés au-delà des frontières nationales, le droit européen aurait pu choisir la voie d'un régime propre au groupe de sociétés. Ce n'est pourtant pas la solution qui a été retenue (2).

1) *L'approche segmentée du droit interne*

120. L'entreprise à structure complexe peut prendre plusieurs formes. Elle peut être organisée sous forme de groupe de sociétés, mais également comme nous l'avons vu[295], à travers des contrats. Elle peut revêtir une forme pyramidale ou réticulaire. Le groupe de sociétés étant une forme d'organisation plus ancienne que le réseau, c'est donc tout naturellement celle-ci que le droit interne a d'abord tenté d'appréhender. Des propositions législatives ont été faites pour prendre en compte le groupe en tant que figure juridique mais aucune n'a jamais été adoptée[296]. A défaut, ce n'est que de manière

[295] Voir *supra*, p. 49 et s.
[296] Proposition de loi n° 1055 déposée le 9 avril 1970 *sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel* par le député COUSTE, proposition n°52 redéposée le 12 avril 1973 et proposition n°25 à nouveau déposée le 2 avril 1981.

parcellaire que le droit français reconnaît parfois l'existence de ces structures, en organisant la séparation juridique de leurs entités. Il s'agit alors de limiter les effets juridiques attachés à une application trop stricte du principe d'autonomie des personnes morales sur lequel est construit le droit des sociétés. C'est donc par dérogation au principe d'autonomie que le droit encadre sporadiquement le groupe. La reconnaissance de son existence par certains textes ne lui confère toutefois pas la personnalité morale comme nous l'avons vu précédemment[297].

121. Ainsi, le *groupe* est-il soumis à certaines obligations d'informations dans le but de protéger les associés des conséquences de son existence. Ces informations concernent tant la formation du groupe que sa gestion. La prise de participation dans une société entraine également une obligation d'information tant à l'égard des associés de la société participante que de la société ciblée, lorsque certains seuils de détention du capital sont franchis[298]. De même, l'obligation d'établir des comptes consolidés pour un groupe de sociétés, en plus des comptes annuels de chacune des sociétés la composant, assure une meilleure transparence de la gestion du groupe dans son ensemble[299]. La constitution d'un groupe pouvant également avoir des conséquences sur la situation juridique des salariés et de leurs droits collectifs, le droit du travail prend en compte le groupe dans certaines de ses dispositions. Il prévoit par exemple l'obligation de constituer un comité de groupe au sein du groupe formé par une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle[300] et depuis le 4 mai 2004[301], la négociation collective au sein des

---

[297] Voir *supra*, p. 76 et s.

[298] Article L.233-6 et s. du Code de commerce ; pour plus de détails sur les régimes particuliers aux groupes, voir notamment D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 5ème éd., p. 119 et s.

[299] L'article L. 233-16 du Code de commerce exige des sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres sociétés, ou sur lesquelles elles exercent une influence notable, d'établir des comptes consolidés. Cette consolidation consiste, pour l'entreprise dominante, à agréger les comptabilités des sociétés du groupe et à opérer des retraitements afin de faire comme s'il ne s'agissait que d'une entité unique.

[300] Articles L. 233161 et s. Code du travail.

[301] Dans le silence de la loi, la Cour de Cassation avait au préalable admis l'existence des accords de groupe en considérant que : "des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les

groupes est consacrée par la loi[302]. De même, de manière à mieux encadrer la mobilité des salariés induite par l'organisation des groupes de sociétés, le droit du travail prévoit par exemple les cas de détachement ou de mise à disposition de salariés entre sociétés d'un même groupe en imposant à la société-mère certaines obligations[303]. Par ce type de dispositions, le droit du travail limite les conséquences juridiques de la constitution des groupes sur les droits des travailleurs en passant outre le principe d'autonomie des personnes morales. La prise en compte du groupe par le droit du travail se justifie notamment lorsque le groupe est caractérisé par une unité de gouvernance. Celle-ci est d'autant plus identifiable lorsqu'elle trouve son origine dans des liens capitalistiques que la loi caractérise comme étant un pouvoir de contrôle. La transparence commandée par la loi facilite alors la mise à jour de cette unité. Malgré la place grandissante des groupes de sociétés en France, le droit se contente malgré tout d'un cadre juridique parcellaire.

122. Si le droit interne a su développer un certain nombre de règles pour encadrer l'entreprise organisée sous forme de groupe de sociétés, il peine encore à l'appréhender lorsque sa structure se fonde sur des relations contractuelles. Le recours répété à la sous-traitance représente donc un nouveau défi pour le droit, et notamment pour le droit du travail, car les problématiques soulevées par ces contrats ont surtout un impact sur

---

négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise", Cass. soc., 30 avril 2003, n° 01-10.027, *Bull. civ*. V, n° 155.

[302] Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue, complétée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant *rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, qui précise les conditions de validité d'un accord conclu au sein de tout ou partie d'un groupe (art. L. 2232-34 C. Tr.). Notons à cet égard l'ordonnance n° 2011-1328 du 20 octobre 2011 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant *l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs* (JORF n°0245 du 21 octobre 2011 page 17832), qui transpose la législation européenne en la matière.

[303] Sur la mise à disposition d'un salarié, engagé par une société-mère, auprès d'une de ses filiales, voir l'article L. 1231-5 du code du travail ; sur le détachement transnational voir les articles L.1261-1 à L.1263-2 du Code de travail. Voir également la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil *relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur*, du 15 mai 2014, qui vise de manière générale, les donneurs d'ordres.

l'emploi[304]. Les dispositions relatives aux effets de la sous-traitance, notamment sur les droits des salariés, restent ainsi très limitées. Citons à titre d'exemple celles applicables en matière de détachement transnational de travailleurs, qui protège les salariés d'un employeur exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le territoire national[305]. La sous-traitance « en cascade » peut également créer une chaîne de contrats totalement opaque, aucune des parties ne connaissant les autres participants à la chaîne. Cette situation peut empêcher les tiers, victimes de ce type d'organisation, ou les membres de la « chaîne » eux-mêmes, à rechercher les responsables au sein de chaînes souvent complexes et opaques. Afin de limiter les effets induits par ces relations contractuelles en cascade, la loi est intervenue dans deux domaines. Celle du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance[306], assure une protection du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal en cas de liquidation ou de redressement judiciaire de ce dernier[307]. Elle prévoit une obligation d'information à la charge de l'entreprise principale[308], ce qui participe à la transparence de l'organisation. Cette protection est toutefois limitée aux contrats de marchés publics. De plus, en interdisant la sous-traitance totale[309], le code des marchés publics évite indirectement les risques de travail dissimulé, mais cette interdiction reste encore limitée au cadre des marchés publics. La loi du 19 mai 1998 sur les produits défectueux vise quant à elle à protéger les victimes, tiers à une relation contractuelle, par l'instauration d'un régime de responsabilité objective du producteur en cas de dommage causé par son produit, « qu'il

---

[304] Voir en ce sens M-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales : aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, 1994, n° 60, pp. 23-43.

[305] Articles L.1261-1 à L.1263-2 et R.1261-1 à R. 1264-3 du code du travail, pris en application de la Directive 96/71 CE du 16 décembre 1996 relative *au détachement transnational de travailleurs.*

[306] Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1974 relative à la sous-traitance. Au sens de cette loi, un contrat de sous-traitance entre un entrepreneur principal et un sous-traitant n'existe que parce que celui-ci se greffe à un premier contrat existant entre un maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, art. 1er de la loi.

[307] Art. 4 à 10 de la loi du 31 décembre 1975, l'article 12 ayant le caractère de loi de police dans le cas d'une sous-traitance transfrontalière et ce, depuis l'arrêt *Agintis* rendu en chambre mixte le 30 novembre 2007, Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *D.* 2008.

[308] Art. 3 de la loi n° 75-1334.

[309] Art. 112 du Code des marchés publics ; pour une annulation d'un marché public pour sous-traitance totale, voir CAA Bordeaux 15 décembre 1997 *SA Thermotique c/ Ville de Nîmes* : juris data n°1997-051292.

soit ou non lié par un contrat avec la victime [310]». Sans l'intervention de cette loi, les relations contractuelles pourraient empêcher la victime d'atteindre l'entreprise responsable, en tout cas solvable, du fait de son absence de relation contractuelle directe avec le producteur. Le droit de la distribution[311] est un autre exemple de prise en compte par la loi de la constitution de réseaux d'entreprises. Toutes ces dispositions restent pourtant circonscrites à des situations particulières et ne déjouent pas toutes les conséquences juridiques induites par ces structures. Comme le note ainsi M-L. MORIN, « juridiquement ces phénomènes massifs posent non seulement la question de savoir qui est l'employeur, car on ne peut pas le plus souvent reconstituer l'entreprise avec une direction unique, mais de façon aussi cruciale, celle des voies et des moyens pour prendre en compte ces formes d'organisation productives (...) »[312].

123. La situation est bien paradoxale puisque pour répondre à des problématiques particulières, les diverses formes d'organisation de l'entreprise sont parfois encadrées par la loi, ce qui crée de nombreuses exceptions aux principes de liberté contractuelle et d'autonomie juridique ; mais l'entreprise, dans sa complexité organisationnelle, n'est toujours pas consacrée comme une figure juridique à part entière. Les approches législatives dépendent certes des intérêts à défendre et de la branche du droit concernée. Or, chacune de ces branches organise des intérêts différents et poursuit des objectifs divergents. Tantôt pris en compte dans son ensemble, tantôt divisé, le groupe n'est donc encadré par le droit que partiellement. Concernant les entreprises organisées autour du contrat, les relations de contrôle, de dépendance ou de domination pouvant exister entre elles ne sont généralement pas suffisamment caractérisées pour que les solutions applicables aux groupes de sociétés leurs soient appliquées. C'est alors au juge de s'adapter aux situations qui lui sont soumises, pour tenter de limiter les effets juridiques parfois néfastes issus des transformations organisationnelles de l'entreprise. Les solutions peuvent alors devenir d'autant plus difficiles que les relations s'établissent

---

[310] Art. 1386-1 du Code civil.

[311] Sur l'obligation d'information visant à réduire le déséquilibre au sein de réseaux contractuels, voir par exemple P. PHILIPPART, « La firme au-delà de la firme : l'approche pragmatique du droit face aux réseaux interentreprises » *in* B. Baudry et B. Dubrion *Analyses et transformations de la firme,* La Découverte, coll. Recherches, 2009, p. 338 et s.

[312] M-L. MORIN, « Le droit face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du Travail*, 2005, vol. 144, n°1, p. 13.

entre sociétés situées sur plusieurs territoires. Le droit européen a ainsi tenté d'appréhender les groupes de sociétés, mais là encore, de manière limitée.

2) *L'approche timide du droit européen*

124. Le droit européen a su harmoniser certaines règles applicables au droit des sociétés[313], allant même jusqu'à créer un nouveau type de société : la société européenne[314]. Si cette dernière est devenue pour certains auteurs « un instrument au service des groupes de sociétés[315] », le groupe en tant que tel n'a toujours pas été reconnu formellement[316]. Le groupe de société est donc visé par le droit européen au détour de quelques règlementations, mais ne fait pas l'objet d'une prise en compte générale. L'entreprise organisée en réseau ne fait pas non plus l'objet d'une règlementation propre. En revanche, les conséquences juridiques attachées à certaines chaînes de contrats ont été prises en compte par le droit européen[317]. Si ces quelques

---

[313] Ainsi en est-il de la publicité des succursales créés dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, régit par la onzième directive 89/666/CEE, ou des sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, régit par la douzième directive 89/667/CE.

[314] C'est le règlement CE n° 2157/2001 qui a mis en place le statut de la Société européenne, complété par la directive 2001/86/CE relative à l'implication des travailleurs. Voir G. SANTORO, « La directive 2001/86 sur l'implication des travailleurs dans les sociétés européennes (SE) : du droit d'implication au simple droit de négociation », *in* I. Daugareilh (dir.), *Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 115.

[315] M. MENJUCQ, F. FAGES, L. VUIDARD, « La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », Chronique société, *Recueil Dalloz*, n° 1, 2007. La SE facilite notamment les fusions transfrontalières, les transferts de sièges sociaux à l'intérieur de l'union européenne ou encore la gestion et la publication financière, favorisant ainsi la constitution de groupes de dimensions européenne. Voir également F. BLANQUET, « Enfin la société européenne (la SE) », *RDUE*, n° 1, 2001, p. 88.

[316] La proposition de règlement portant statut des sociétés anonymes européennes, présentée par la Commission des Communautés européennes au Conseil des ministres le 30 juin 1970 contenait une règlementation des groupes de sociétés qui ne fut pas retenue, J.O.C.E., n° C 124, 10 octobre 1970, p. 43.

[317] C'est notamment le cas en matière de production de denrées alimentaires, ou pour faire face à la multiplication des acteurs au sein d'une même chaîne de production (et donc de contrats), une législation spécifique a été mise en place pour imposer des règles de traçabilité. La Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative *au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux* peut également

textes tentent d'apporter une réponse à la dilution des responsabilités qu'entraine une chaine de production organisée autour de différentes sociétés, elle ne propose malgré tout pas de cadre général adapté aux chaines de contrats organisées sous forme de réseau.

125. Au début des années 2000, une réflexion plus générale avait pourtant été lancée par la Commission européenne sur la nécessité de moderniser la législation en matière de droit des sociétés. Un Groupe de haut niveau avait alors été constitué à cet effet en septembre 2001, avec pour mission entre autre, de fournir à la Commission des recommandations sur la mise en place d'un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés. Une partie de la consultation menée dans le cadre de ce rapport posait la question du fonctionnement des groupes de sociétés. Les questions posées dans le cadre de cette consultation ont pourtant été circonscrites à quatre domaines : celui de « l'existence des groupes de sociétés en tant que réalité économique utile et légitime » afin de savoir quels étaient les avantages, les inconvénients et les risques propres aux groupes ; celui de la « transparence des relations intragroupes » ; les « problèmes liés à la création et au fonctionnement des groupes de sociétés » et notamment au conflit entre les intérêts du groupe et ceux de ses parties ; et enfin au cas spécifique des « structures pyramidales »[318]. Orienté dès l'origine vers des questions permettant de faciliter la mobilité des échanges et des entreprises tout en protégeant l'intérêt des créanciers et des actionnaires, le rapport final[319] ne pouvait que répondre à ces mêmes questions. Il conclut au caractère favorable de la constitution de groupes, considérées comme économiquement légitimes, mais souligne toutefois « qu'il est indispensable de protéger certains intérêts. Le Groupe de haut niveau pense que l'existence de certains dangers ne remet pas en cause la légitimité des groupes, ni le principe de la responsabilité limitée.

être considérée comme une réponse aux chaînes de contrats au sein desquelles le producteur peut ne plus être identifiable, chaque fournisseur pouvant alors être considéré comme producteur (art. 3.3).

[318] « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », Document consultatif du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, consultation clôturée le 21 juin 2002, p. 29 et s., disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm, consulté le 27 octobre 2011.

[319] Groupe de haut niveau d'experts en Droit des Sociétés, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés,* Rapport final, 4 nov. 2002, groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, p. 24 et s., disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm, consulté le 27 octobre 2011.

Le Groupe est d'avis qu'il n'est pas souhaitable de promulguer au niveau communautaire un corpus législatif autonome qui couvrirait spécifiquement les groupes, mais que des problèmes particuliers doivent néanmoins être traités dans trois domaines »[320]. Il ressort de cette étude que les groupes de sociétés sont donc des entités économiques légitimes[321] qu'il ne faut pas remettre en cause, mais qu'elles peuvent présenter certains risques pour les actionnaires et créanciers[322]. C'est donc pour répondre à cet objectif que les solutions proposées visent avant tout à protéger les intérêts de ces derniers. Les réponses législatives qui ont suivi se sont d'ailleurs limitées à l'amélioration de la transparence.

126. Le processus de modernisation du droit des sociétés est ensuite entré dans une nouvelle phase de réflexion répondant aux impératifs induits par la crise financière de 2008. Un nouveau Groupe de réflexion a été constitué à cette fin en décembre 2010 par la Commission européenne. Le Commissaire européen en charge de ce processus a alors incité les entreprises à plus de responsabilité, faisant explicitement référence à la responsabilité sociale et environnementale des entreprises[323]. Le rapport final présenté par le Groupe de réflexion se contente néanmoins de rappeler que le public attend de meilleurs modes de gestion de la part des entreprises pour qu'elles limitent leurs

---

[320] *Ibidem* ; Le chapitre V est intitulé « groupes et pyramides ». Les trois domaines visés sont la transparence des structures et relations de groupes, les contradictions entre les intérêts du groupe et ceux de ses parties, et enfin la question des structures pyramidales pouvant révéler des problèmes lorsque les actifs d'une société holding sont exclusivement ou principalement constitués de participations dans une autre société cotée du groupe. La conclusion du groupe de haut niveau de ne pas créer un droit des groupes au niveau européen fait écho au projet de neuvième directive sur les groupes de sociétés proposé par la Commission européen en décembre 1984, mais qui ne fut finalement pas proposé, faute de soutien suffisant. Pour plus de détails, voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer », 21 mai 2003, COM/2003/0284 final, p. 22, note 21.

[321] Groupe de haut niveau d'experts en Droit des Sociétés, Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, *op. cit.* , p. 114.

[322] *Ibidem* ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne, *op. cit.*

[323] « Il est primordial que les entreprises européennes fassent preuve de la plus grande responsabilité, tant vis-à-vis de leurs employés, de leurs fournisseurs, de leurs créanciers, et de leurs actionnaires qu'à l'égard de la société en général », discours d'ouverture de Michel BARNIER, conférence sur « L'avenir du droit européen des sociétés », Bruxelles, 16 mai 2011, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm, consulté le 27 octobre 2011.

comportements peu éthiques et parfois criminels[324]. Les réflexions autours des groupes de sociétés restent à l'étude mais la proposition d'un statut propre aux groupes est toujours exclue. Il est en revanche proposé de consacrer la notion *d'intérêt du groupe* qui ferait peser sur la société-mère un droit mais également un devoir de gérer le groupe et ses membres, en accord avec l'intérêt du groupe[325]. La reconnaissance de ce principe permettant aux directeurs des filiales du groupe de clarifier les opérations qui s'inscrivent dans l'intérêt du groupe ou dans leur propre intérêt et de rendre responsable la société-mère dans les cas où la filiale aurait agi dans l'intérêt du groupe. Ce rapport a été présenté à la Commission européenne en mai 2011 mais n'a toujours pas fait l'objet de traduction législative.

127. A défaut de législation européenne générale sur les groupes de sociétés[326], le droit interne reste donc le seul cadre juridique de référence. Or, le groupe de sociétés y est pris en compte au détour de certaines lois dont les objectifs restent limités aux domaines des activités économiques, leurs effets sur les tiers en étant totalement exclus. L'organisation complexe des entreprises transnationales n'est donc prise en compte que partiellement par le droit, en fonction des intérêts à défendre. Cette approche segmentée rend compte de l'inadaptation du droit face à l'entreprise transnationale. Et ce n'est pas la notion

---

[324] « Unethical or stronger criminal conduct may, apart from sanctions, result in jeopardising the company's assets, its reputation or undermine its credibility. Insider trading violations or abusive conduct in favour of related parties may, apart from direct sanctioning, cast a shadow over reliability of management. The public awareness and reactions in this respect may be expected to require more from management in terms of CSR policies and also will call for a long term perspective of the company», Rapport du Group de Réflexion *sur l'avenir du droit européen des sociétés*, 5 avril 2011, p. 39, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm, consulté le 27 oct. 2011.

[325] « Similarly to the case of an individual company (whose directors must promote the company interest), the parent corporation could be vested with *a right but also a duty to manage the group and its constituent companies in accordance with the overall interest of the group*», Rapport du Group de Réflexion *sur l'avenir du droit européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 60.

[326] Notons à cet égard que le droit de l'OHADA a su donner une définition générale du groupe de sociétés. Le groupe de sociétés est ainsi entendu comme «un ensemble constitué de plusieurs sociétés qui sont juridiquement indépendantes mais liées par des relations diverses qui confèrent à l'une d'entre elles, dénommée société mère, le contrôle sur les autres sociétés appelées filiales », Art. 173 de l'acte uniforme des sociétés commerciales de l'OHADA. Voir notamment A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économiques*, Paris, Karthala, 2010.

d'« entreprise » qui permettra de réceptionner l'entreprise transnationale dans toute sa complexité organisationnelle, celle-ci restant un objet approximatif du droit.

§ 2 . L'entreprise, un objet approximatif du droit

128. Comme le constatait RIPERT, « notre droit a le sentiment de l'existence de l'entreprise, mais il n'arrive encore à la saisir que dans l'application de certaines règles spéciales [327]». Certains auteurs ont donc tenté de rechercher une définition unique de l'entreprise en parcourant les textes qui s'y réfèrent afin de « faire apparaitre l'entreprise et dire ce qu'elle est [328]». Alors que de nombreuses dispositions s'appliquent sous condition qu'une entreprise soit reconnue, aucune définition générale de l'entreprise n'a pourtant été consacrée par la loi ou la jurisprudence. Une définition unitaire de l'entreprise aurait pu permettre de saisir les contours d'organisations formées par plusieurs entités afin de les appréhender dans leur ensemble. Cet ensemble, formant l'entreprise, est d'ailleurs parfois reconnu par le juge ou le législateur pour imposer certaines obligations correspondantes aux réalités organisationnelles des activités commerciales ou industrielles. L'absence d'unité dans la définition de l'entreprise reste malgré tout l'un des obstacles à la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à l'entreprise. Or, sans une telle reconnaissance, l'entreprise, formée par plusieurs entités, ne peut se voir attribuer aucune responsabilité, en dépit des obligations que la loi peut lui imposer. Les diverses approches retenues de l'entreprise ne permettent pas plus d'envisager la responsabilité des entités la composant car les critères retenus servent avant tout à déterminer l'existence d'une entreprise et non à identifier les relations qui se tissent entre chacune de ses entités. L'absence de consécration d'une définition unitaire de l'entreprise fait ainsi obstacle à une réception de l'entreprise transnationale dans son organisation complexe (A). L'entreprise reste en revanche une notion fonctionnelle qui à ce titre, « transcende le droit et les classifications juridiques[329] » en permettant d'imposer un cadre juridique à certaines activités ou certaines obligations à des entités, mais non pas à les rendre responsables (B).

---

[327] G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2° éd., 1992, p. 273.
[328] *Idem*, p. 267.
[329] J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX° siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *JCP*, 1988, éd. G., I.3330.

A. L'entreprise, non consacrée par le droit

129. L'entreprise est tantôt perçue comme une entité, tantôt comme une activité. Cette double approche se retrouve dans la jurisprudence et dans la doctrine, peu importe les domaines du droit qui l'abordent.

130. Le droit du travail est ainsi l'un des domaines de prédilection permettant au juge de se prononcer sur la notion d'entreprise. Elle y est synonyme d'entité économique, d'organisation ou encore d'unité économique et sociale. L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail a par exemple donné lieu à plusieurs interprétations de la part de la Cour de Cassation et de la Cour de justice de communautés européennes dont s'est inspirée la directive du 12 mars 2001 relative au rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements[330] pour préciser la notion d'entité économique, celle-ci correspondant en réalité à la notion d'entreprise. Elle y est « entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire [331]». Cette définition n'est pas sans rappeler celle proposée par la Cour d'appel de Paris rendu dans un arrêt datant de 1986. La Cour a en effet considéré l'entreprise comme étant « la réunion des moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif déterminé [332]». Selon cette définition, peu importe finalement la nature de l'activité (civile ou commerciale, publique ou privée) ou le statut de l'entité, dès lors que l'entité réunit des moyens matériels et humains au sein d'une organisation qui les coordonne et qui vise un objectif économique déterminé. C'est une approche organisationnelle de l'entreprise qui a été ici consacrée.

131. Cette approche se retrouve en droit de la concurrence, comme l'illustre le célèbre arrêt *Mannesman* rendue par la CJCE en 1962[333] et qui avait pour la première fois proposé une définition de l'entreprise. Aux termes de cet arrêt : « une entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels,

---

[330] Directive du 12 mars 2001 n°2001/23/CE, article 1.1 b).
[331] Ibidem.
[332] CA Paris, 28 mai 1986, *D*. 1987, 562, note C. BOLZE.
[333] CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesman*, aff. 19-61 : *Rec*. 1962, p. 675.

rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé ». La jurisprudence a ensuite précisé à plusieurs reprises l'indifférence de la forme juridique des entités constituant une entreprise : plusieurs personnes morales juridiquement distinctes peuvent ainsi former une même entreprise[334], l'absence de personnalité juridique n'empêchant pas de mettre en évidence l'existence d'une entreprise[335]. La reconnaissance d'une entreprise restant malgré tout fonction de sa participation effective aux échanges économiques[336].

132. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu ce critère comme essentiel puisque dans trois arrêts rendus par la 1ère chambre civile le 12 mars 2002[337] sur l'application de l'article L.313-22 du code monétaire et financier, elle semble considérer que « l'exercice d'une activité économique » suffit à caractériser une entreprise. Cette approche soulève pourtant à son tour des questions puisqu'elle déplace le problème posé par la définition de l'entreprise vers celui de la notion d' « activité économique ». Sans entrer dans ce débat, relevons que les juges utilisent la notion d'entreprise avant tout de manière fonctionnelle afin d'élargir ou de réduire le champ d'application matériel d'un texte. C'est de ce point de vue que s'est certainement positionnée la Cour dans ces trois arrêts, l'activité économique devenant, pour l'application de ce texte, un critère de l'entreprise[338]. Dans tous les cas, les critères proposés par les juges pour définir l'entreprise ont pour objet de faciliter l'application de certains textes. Ils peuvent donc varier d'une décision à une autre, l'entreprise pouvant alors revêtir diverses formes. Comme le note un auteur : « L'entreprise n'existerait donc que pour changer sans cesse de configuration juridique »[339]. Pour cette raison, les auteurs ont tenté de la définir.

133. Pour ce faire, la doctrine a utilisé diverses méthodes. Certains auteurs, parmi lesquels RIPERT, parcourent les textes qui s'y réfèrent pour « faire apparaitre

---

[334] CJCE, 28 mars 1984, *Cie royale Asturienne des Mines c/ Rheinishe Zinkwalzwerke*, aff. 29 et 30-83 : *Rec*. CJCE 1984, I, p. 1679.
[335] CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesman*, aff. 19-61 : *Rec*. 1962, p. 675.
[336] CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41-90, *Höfner c/ Macroton* : *Rec*. CJCE 1991, I, p. 1979.
[337] Civ. 1°, 12 mars 2002, *Bull. civ*. I, n° 86.
[338] J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX° siècle », *op. cit.*
[339] G. LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 45.

l'entreprise et dire ce qu'elle est [340]». En procédant ainsi, RIPERT découvre que « l'entreprise est restée cachée sous la propriété [341]», ce qui explique que le droit n'ait pas eu besoin de faire apparaitre l'entreprise, puisque la notion de propriété suffisait. En identifiant l'entreprise à la propriété, RIPERT considère que « la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur[342]». Selon lui, le terme « entreprise » est utilisé pour « désigner tout activité orientée vers une certaine fin » alors que celui « d'entrepreneur » qualifie « l'homme qui, professionnellement, exécute certains travaux[343] ». L'entreprise est ainsi qualifiée d'unité économique de production, pour ne pas la confondre avec l'exploitation et l'établissement, qui sont des unités techniques.

134. Une autre méthode utilisée pour tenter de définir l'entreprise a été celle proposée par DURAND. Alors que l'entreprise n'est alors qu'une notion en formation, DURAND dissocie la constitution de l'entreprise, de son fonctionnement, afin de dégager une vision complète de la notion. En examinant son fonctionnement interne et externe, DURAND tente d'y percevoir un être vivant. Il procède par analogie et compare l'entreprise à la société. Il constate alors que l'entreprise est organisée au moyen de pouvoirs (de direction, disciplinaire et législatif notamment à travers le règlement intérieur), et que ces pouvoirs n'ont pas leur source dans un contrat mais dans l'institution[344]. Une telle approche vise à nouveau à déterminer une approche unitaire de l'entreprise, ce qui a certainement inspiré DESPAX[345], par la suite, à tenter de déceler une véritable nature juridique à l'entreprise. A l'époque où ce dernier écrit sa thèse, l'entreprise est encore pour le juriste, un « objet non identifié », à la nature économique certaine, mais dont l'existence juridique reste à démontrer. C'est d'ailleurs pour cette raison que DESPAX l'aborde en premier lieu dans sa dimension économique avant de

---

[340] G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit., p. 267.
[341] *Idem*, p. 268.
[342] Ibidem.
[343] *Idem*, p. 265.
[344] C'est en empruntant au droit public la notion d'institution définie par Maurice HAURIOU que Paul DURAND a pu transposer cette notion pour appréhender l'entreprise. P. DURAND, R. JASSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947.
[345] Bien qu'utilisant une méthode différente, M. DESPAX se situe dans la même ligne de pensée que P. DURAND en voyant dans l'entreprise un sujet de droit naissant, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*

l'appréhender comme notion juridique. Il recherche alors les indices d'une personnification de l'entreprise afin de lui permettre, « en lui donnant une « armature » juridique », de ne pas rester « étouffée sous la personnalité de l'individu ou de la société qui l'exploite [346]». Aussi, en démontrant que les deux conditions de la personnalité morale sont remplies, DESPAX entend démontrer que l'entreprise est une personne morale[347]. Cette dissociation lui permet d'étudier l'entreprise en tant que sujet autonome afin d'analyser ensuite sa nature juridique. Il en tire la conclusion que l'entreprise a une personnalité juridique en « éclosion[348] ». Si celle-ci n'est pas totalement affirmée, c'est selon lui que la dissociation entre l'entrepreneur et l'entreprise n'est pas encore achevée dans les petites entreprises.

135. Ces diverses propositions doctrinales permettent d'appréhender l'entreprise selon des perspectives différentes à travers la multiplicité de ses éléments. Elles témoignent néanmoins de la difficulté à la définir dans sa globalité. Les défenseurs d'une vision contractuelle de l'entreprise continuant de s'opposer aux défenseurs d'une vision institutionnelle. Les premiers appréhendent l'entreprise comme un nœud de contrats entre d'un côté les associés, parties au contrat de société et le chef d'entreprise et de l'autre les salariés, parties au contrat de travail. Selon cette vision, l'entreprise n'existe pas de manière autonome mais à travers l'entrepreneur qui assure l'exécution des tâches quotidiennes. L'entreprise n'est ainsi que la somme de deux types de contrat : le contrat de société et le contrat de travail. De ce point de vue, les associés participent de manière prépondérante à l'entreprise, la notion de propriété restant au cœur de l'entreprise. La doctrine institutionnelle de l'entreprise perçoit de son côté l'entreprise comme un lieu où capital et travail ne seraient pas mis en opposition et dont le mobile ne se limiterait pas

---

[346] G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit., p.377.

[347] M. DESPAX tente de le faire en démontrant la dissociation qui s'opère entre l'entrepreneur et l'entreprise. Notons qu'à l'époque où écrit M. DESPAX, les entreprises publiques étaient encore nombreuses, et s'opposaient dans leur mode de fonctionnement aux entreprises privées. Rechercher les contours de l'entreprise était alors largement conditionné par cette dichotomie. Selon M. DESPAX, le mouvement législatif et jurisprudentiel démontrait à son époque l'existence d'un intérêt propre à l'entreprise, justifiant de lui conférer la qualité de personne morale. D'autres auteurs ne reconnaissent pas à l'entreprise un intérêt distinct de celui du chef d'entreprise et notamment G. LYON-CAEN qui en 1954 nie le fait que l'entreprise poursuive des fins propres, distinctes de celles de l'entrepreneur.

[348] M. DESPAX, L'entreprise et le droit, op. cit., p. 387.

au profit[349]. Elle devient « une technique d'harmonisation du capital et du travail [350]» et révèle ainsi sa « fonction idéologique». A coté de ces deux thèses ont été proposées des définitions de l'entreprise comme ordre juridique[351] ou comme espace normatif en l'étudiant comme le lieu où se confrontent des normes unilatérales et des normes négociées, qui organisent les rapports internes et externes de l'entreprise[352]. De toutes ces approches il en ressort une confusion entre d'une part la recherche de sa nature juridique, et d'autre part celle d'une définition de la notion, puisqu'elle est soit perçue comme une activité, soit comme une entité. A cet égard, J. PAILLUSSEAU a été l'un des premiers auteurs à se détacher d'une approche unitaire de l'entreprise. En considérant l'entreprise comme d'essence économique et sociale, il recherche une définition d'après une « observation réaliste de l'entreprise », ce qui l'amène à la définir à travers deux de ses aspects qu'il considère comme fondamentaux : l'entreprise est d'abord une activité (activité de production, de transformation et de distribution de biens et de services). En ce sens, elle est une organisation économique. Conséquence, de ce premier aspect, l'entreprise est également la réunion de divers intérêts qu'elle fait naître[353], et est à ce titre un centre d'intérêts. Ces intérêts sont ceux des travailleurs, des créateurs, des bailleurs, des collectivités locales etc. ; sa nature est donc économique et sociale et non juridique, ce qui ne veut pas dire pour autant que le droit puisse l'ignorer. Selon cette approche, l'entreprise ne peut donc être qu'une notion et non une réalité matérielle uniforme.

136. L'absence de définition unitaire de l'entreprise peut s'expliquer par les méthodes utilisées par la doctrine. Une doctrine juridique est en effet une « grille de lecture des faits sociétaux » et « un mode d'emploi des outils qu'offrent le droit pour agir et/ou pour les organiser en fonction des finalités sociétales dominantes de l'époque[354] ». Le choix du mode d'emploi dépend de la question posée. Or, force est de constater que si la

---

[349] *Idem*, pp. 7-8.
[350] G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, pp. 601-621.
[351] J-Ph. ROBE, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Revue droits*, vol. 25, 1997, p. 145.
[352] G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, 48° année, N.2, 1993, pp. 351-357.
[353] J. JUGAULT (coord.), *L'entreprise: nouveaux apports*, éd. Economica, coll. Travaux et recherches, série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, pp. 16-17.
[354] C. CHAMPAUD, Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, Larcier, 2011, p. 20.

doctrine juridique a largement étudié la notion d'entreprise, c'est en réalité au travers des grilles de lecture bien diverses. Confrontés au flou de cette notion, les auteurs se sont concentrés tour à tour sur différentes facettes de l'entreprise. Cette diversité d'approche est source de grande confusion pour le juriste qui tente d'appréhender la notion d'entreprise. La recherche de la juridicité de l'entreprise a par exemple conduit DESPAX à l'appréhender comme « un sujet de droit naissant [355]», mettant en avant son autonomie juridique par rapport à la société et à l'entrepreneur, deux sujets de droit sous lesquels elle était, selon cet auteur, étouffée. Dans une autre optique, l'entreprise a été étudiée pour servir d'assise juridique aux groupes de sociétés, en même temps qu'elle s'insérait dans le débat portant sur la nature juridique de la société. Aussi variées soient ces approches doctrinales, elles ont toutes le mérite de participer à faire émerger la dimension juridique de la notion d'entreprise, malgré son caractère protéiforme.

B. L'entreprise, une notion fonctionnelle

137. Constater l'impossibilité pour les auteurs de proposer une définition unique de l'entreprise ne l'exclut pas pour autant de la sphère juridique comme nous venons de l'exposer. Cela permet au contraire de mieux cerner la place qu'elle occupe dans l'univers juridique. Souffrant en apparence de plusieurs définitions, ce n'est pourtant pas faute pour la doctrine d'avoir voulu proposer une conception unique de la notion, au risque de l'enfermer dans un concept. A défaut de définition unique et figée, la notion d'entreprise rejoint finalement la catégorie des notions juridiques qualifiées de « fonctionnelles »[356] dans la mesure où l'on considère qu'une « notion conceptuelle est une notion statique alors que la notion fonctionnelle est une notion mobile[357] ». Une notion fonctionnelle peut se comprendre comme ayant « un contenu qui varie selon son utilisation ; elle n'est jamais achevée puisque son contenu ne peut être épuisé par une

---

[355] M. DESPAX, L'entreprise et le droit, op. cit.,

[356] Ainsi peut-on dire de la bonne foi, de l'ordre public ou encore de l'*affectio societatis* en droit des sociétés qu'elles sont des notions fonctionnelles (voir en ce sens N. REBOUL, « Remarques sur une notions conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Revue des sociétés*, 2000 p. 425) ; pour une étude sur les notions fonctionnelles en droit d'auteur voir C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, l'Harmattan, 2003.

[357] T. FORTSAKIS, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, LGDJ, 1987, p. 318.

définition[358] ». Une notion fonctionnelle peut dès lors revêtir plusieurs définitions[359]. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce la CJCE qui voit dans l'entreprise une notion fonctionnelle en précisant, à propos de l'entreprise, que les solutions retenues dans une branche de droit ne le sont pas forcément dans une autre. Une notion fonctionnelle n'existe ainsi que par sa fonction qui évolue et est dès lors difficilement pré-déterminable. C'est d'ailleurs cette fonction qui confère à l'entreprise une certaine unité[360], face aux diverses formes d'organisation qu'elle peut revêtir aujourd'hui. Par opposition aux notions conceptuelles, une notion fonctionnelle permet ainsi « une application diversifiée de la règle de droit selon les circonstances et les objectifs poursuivis. En face d'une catégorie ouverte dont les contours sont imprécis, le juge peut à son gré y faire entrer telle situation juridique, à laquelle il souhaite faire produire telle conséquence juridique [361]». Les diverses utilisations qui sont faites de l'entreprise démontrent la latitude laissée au juge dans l'interprétation de la notion d'entreprise. En se trouvant à la croisée de rapports juridiques variés, aux intérêts généralement divergents, il aurait été de toute façon difficile au législateur de déterminer avec précision toutes les situations que révèlent aujourd'hui les activités économiques. Aussi, de même que l'entreprise ne peut se réduire à une définition unique, elle ne saurait remplir une fonction unique en droit.

138. Deux fonctions peuvent d'ores et déjà lui être reconnues. La notion d'entreprise est ainsi tout autant un *critère d'application du droit*, qu'une *technique juridique de*

---

[358] V. RANOUIL, La subrogation réelle en droit français, L.G.D.J., 1985, p. 25.

[359] A propos de l'approche divergente de l'entreprise en droit social et droit de la concurrence, CJCE, *Allen e. a.*, 2 décembre 1999, aff. C 234/98 cité dans L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Revue des sociétés*, 2001, p.191.

[360] Ainsi selon G. VEDEL, « Tandis que la notion conceptuelle peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels (son contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes), la notion fonctionnelle procède directement d'une fonction qui lui confère seule sa véritable unité », G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, n° 4 cité par N. REBOUL, « Remarques sur une notions conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *op. cit.*, note 26.

[361] D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J. 1972, p. 139, cité par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, *op. cit.*, note 289, p. 87.

requalification[362]. Dans le premier cas, l'entreprise permet de désigner une société, dans le second elle englobe un ensemble de sociétés.

139. Lorsque les frontières de la société correspondent à celles de l'entreprise, le recours à la notion d'entreprise permet d'englober tout type de société, indépendamment de leur forme statutaire. Elle est, de ce point de vue, un critère d'application du droit. La détermination de l'entreprise est par exemple une condition d'application du droit communautaire de la concurrence. En tant que critère d'application, l'entreprise est utilisée pour dépasser la société. En droit du travail, c'est elle qui est visée en matière de négociation collective, de droit de grève, de droit disciplinaire. Que le salarié travaille dans une SARL, une SAS ou une SA importe peu. Ce qui compte, c'est que ses droits soient respectés et qu'il respecte ses obligations. Pour cette raison, le législateur vise par exemple l'entreprise lorsqu'il s'agit de règlementer la procédure de licenciement économique[363]. De la même manière, le droit des procédures collectives s'est construit autour de l'entreprise en difficulté, peu importe son statut juridique. En servant de critère d'application, elle devient le cadre d'exécution du travail subordonné[364]. En permettant la mise en œuvre du droit du travail elle devient une « notion relative et fonctionnelle [365]».

140. L'entreprise permet également de désigner un groupement de sociétés en dépassant à la fois les frontières d'une société et le statut juridique de chaque membre du groupement. Elle devient dès lors une notion utile face aux transformations de l'entreprise, en permettant de calquer sur l'unité économique du groupement, une unité juridique. En remplissant cette fonction, l'entreprise devient une technique juridique permettant de nier « les séparations juridiques du droit des affaires[366] ». Cela est notamment vrai en droit du travail lorsque pour assurer la sécurité de l'emploi et protéger les salariés contre les changements d'employeurs, l'article L.1224-1 du code du travail vise non pas les salariés « des sociétés » mais « de l'entreprise », indifféremment

---

[362] Voir en ce sens A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD civ.*, 1985, pp. 621 à 644.
[363] Article L. 1233-46 Code du travail.
[364] F. DUQUESNE, *Le nouveau droit du travail*, éd. GUALINO, 2008, p. 65.
[365] J-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, L.G.D.J., 7ème éd., 1999, p. 195.
[366] G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *op. cit.*, p. 338.

de la structure sociétaire de l'entreprise. Ainsi par exemple, en présence d'établissements distincts, c'est l'entreprise dans son ensemble qui sera prise en compte et non les établissements pris séparément[367]. De même, face aux regroupements d'entreprises, le but est de dépasser les frontières de l'entreprise et de prendre en compte la réalité économique et sociale, d'où l'utilisation de la notion d'unité économique et sociale qui permet le regroupement de sociétés juridiquement distinctes, et qui représente l'entreprise dans son ensemble[368]. La notion d'entreprise sert ainsi à passer outre les divisions juridiques contractuelles ou sociétaires pour règlementer, de manière générale les relations entre employeurs et salariés au sein d'une entreprise[369]. L'entreprise servirait finalement à « faire échec au droit des sociétés [370]» lequel, par application de ses règles classiques, n'aurait pas pu maintenir les salariés en pareille situation. C'est ce qui fait dire à G. LHUILIER qu'à « la notion d'entreprise correspond un droit qui n'aurait pas été facilement compatible avec la notion de « société » [371].

141. Plus particulièrement, la notion d'entreprise permet de cerner un groupe de sociétés dans son ensemble, composé de sociétés diverses, tant dans leur nombre que dans leur forme, alors qu'économiquement elles suivent le prolongement de la société-mère. A ce titre, le droit communautaire de la concurrence reflète le besoin de dépasser les « montages juridiques » créés par les sociétés pour rechercher l'unité. Dans cette optique, l'entreprise peut être définie comme une unité d'organisation dotée d'une autonomie de décision[372]. C'est donc bien l'approche fonctionnelle de l'entreprise qui est ici privilégiée.

142. De manière générale, la notion d'entreprise tente donc de résoudre les rapports conflictuels entretenus entre le capital et le travail, qui sont les « deux facteurs qui

---

[367] Par exemple, art. L. 2327-7 du Code du travail portant sur les élections du comité central d'entreprise.
[368] Voir art. L. 2322-4 Code du travail portant sur les conditions de mise en place d'un comité d'entreprise commun à plusieurs entreprises appartenant à une unité économique et sociale.
[369] Pour une description des situations dans lesquelles plusieurs sociétés exploitent une entreprise, voir J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX° siècle », *op. cit.*, p. 21.
[370] G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *op. cit.*, p. 338.
[371] Ibidem.
[372] L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Revue des sociétés*, 2001, p. 194.

conditionnement désormais la marche de l'entreprise »[373]. En ce sens, le droit peut tantôt l'appréhender comme un ensemble, tantôt comme une parcelle[374] car elle est avant tout caractérisée par sa fonction, ce qui la rend relative et évolutive[375]. Elle décrit à ce titre des réalités différentes selon les évolutions de l'organisation des sociétés. Utilisées d'abord pour englober tous types de sociétés, elle a ensuite permit d'englober un groupe. Elle peut dès lors être utilisée pour résoudre des rapports conflictuels, considérés traditionnellement comme extérieurs à l'entreprise, car non pris en compte dans son périmètre habituel. Le recours à cette notion peut donc s'appliquer à de nouvelles formes de groupements de sociétés, lorsque l'application de certaines règles justifient de l'appréhender dans sa dimension unitaire, sans que sa composition multiple n'en soit pour autant remise en cause. De la sorte, ses frontières matérielles peuvent s'en trouver élargies. C'est d'ailleurs en ce sens que les instruments de RSE appréhendent l'entreprise, selon une vision large de son périmètre[376]. Par conséquent, ce n'est pas tant la recherche d'une définition unique de l'entreprise qui importe que la question de la définition « des objectifs de gouvernements des faits matériels qui ont vocation à pénétrer dans toutes les dimensions de la réalité économique de l'entreprise[377] » qui est déterminante[378].

143. Les instruments et normes élaborées en matière de RSE visent à cet égard les entreprises de manière générale, indifféremment de la nature juridique des entités à l'origine de leurs activités. Ceci se justifie car « la notion de société apparaît trop étroite

---

[373] P.DURAND, "La notion juridique de l'entreprise", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947, t. III, p. 61-123.
[374] A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit.*, p. 644.
[375] Nous faisons ici référence aux deux caractéristiques relevées par A. SUPIOT concernant la notion d'unité économique et sociale, qu'il qualifie de « relative », car sa portée diffère selon le type de problèmes qu'elle permet de régler, et d'évolutive « dans la mesure où la définition de ses contours est affaire de politique jurisprudentielle ». Or, d'une part ces deux caractéristiques sont celles d'une notion fonctionnelle, et d'autre part, la notion d'unité économique et sociale désigne généralement une entreprise. *Idem*, p. 628.
[376] Voir *infra*, p. 125 et s.
[377] C. HANNOUN, « La réalité juridique de l'entreprise, réflexion sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *ESKA, Entreprise et histoire*, 2009/4, n°57, p. 191.
[378] En démontrant que la recherche d'une conception unique de l'entreprise à laquelle se sont attachés les auteurs n'est pas pertinente, C. HANNOUN déplace le débat vers les objectifs que se fixent les règles de droit pour défendre des intérêts catégoriels, *idem*, p. 192.

pour embrasser la réalité d'aujourd'hui[379] ». Pour cette raison C. BOLZE avance l'idée selon laquelle « la reconnaissance d'une entité générique, l'entreprise, permettrait de reformuler des principes fondamentaux communs à toutes les personnes morales ayant une activité économique[380] ». Reconnaître son caractère fonctionnel à la notion d'entreprise permet une telle approche, sans nier les séparations juridiques des entités la composant, ni créer une nouvelle personne morale. C'est d'ailleurs cette approche de l'entreprise qui se retrouve dans les normes élaborées au titre de la RSE. La question n'est finalement pas tant de substituer l'entreprise à la société mais bien de recourir à la notion d'entreprise pour encadrer, dans certains domaines, des activités ou entités économiques. Comme le note G. LHUILLIER, cette notion serait ainsi « à la « charnière » entre un droit classique et un droit actuel en émergence qui complète le droit des sociétés[381]». Un tel constat invite à repenser l'entreprise dans une approche plus englobante, qui permettrait de cerner les nouvelles formes d'organisation des sociétés afin de permettre au droit de s'adapter et de faire correspondre le droit de la responsabilité aux multiples formes prises par les entreprises transnationales. C'est cette approche que propose la RSE, en se concentrant davantage sur les relations et les activités économiques et commerciales de l'entreprise que sur sa structure juridique.

[379] Note C. BOLZE sous CA Paris, 28 mai 1986, *D.* 1987, 562.
[380] Ibidem.
[381] G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *op. cit.*, p. 338.

CONCLUSION

SECTION II

144. L'entreprise transnationale n'est pas une figure juridique. Elle n'est ni une notion juridique, ni une personne. Elle se rapproche en revanche de deux figures connues du droit que sont le groupe de sociétés et l'entreprise. Or, nous avons pu constater que ces deux figures ne permettaient pas d'englober la réalité à la fois unitaire et multiple de l'entreprise transnationale et que dans tous les cas, ces deux figures étaient elles-mêmes trop floues pour permettre de réceptionner l'entreprise transnationale dans sa complexité organisationnelle.

145. L'entreprise reste malgré tout un instrument de référence, un paradigme[382]. Face aux transformations structurelles de l'*entreprise-entité*, l'entreprise se révèle pourtant incapable d'assurer sa fonction paradigmatique. Cela s'explique en grande partie par la conception que l'on retient du paradigme de l'entreprise. Celui-ci est en effet bien souvent perçu comme figé, incapable de réceptionner les diverses formes que peuvent revêtir *l'entreprise-entité*. En servant d'assise au droit[383], elle reste pourtant une notion juridique[384], remplissant une fonction d'articulation entre le fait et le droit. D'apparence fixe, la notion d'entreprise varie ainsi selon les juridictions qui l'appliquent, les disciplines qui l'analysent, les branches de droit qui l'encadrent. Elle est tantôt une *unité de production*, tantôt une *activité* ; parfois une *unité économique et sociale* et parfois une *entité économique* autonome, indépendante de ses règles d'organisation et de fonctionnement. Elle peut désigner un *groupe de sociétés* tout autant qu'une *entreprise individuelle*. Si ces deux figures peuvent permettre à la loi ou au juge de dépasser parfois les séparations juridiques afin de viser l'ensemble formé par plusieurs sociétés, elles ne permettent toutefois pas de proposer un cadre juridique adapté aux diverses formes organisationnelles que revêtent actuellement les entreprises transnationales.

---

[382] Voir en ce sens A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit.*, p. 627.

[383] L'entreprise est à plusieurs reprises visée par le législateur et constitue donc à cet égard un élément de la règle.

[384] A. SUPIOT parle d' « instrument de référence », A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit.*, p. 627.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

146. La Responsabilité sociétale des entreprises transnationales amène à s'interroger sur la capacité du droit à saisir l'entreprise transnationale dans sa diversité organisationnelle. D'un point de vue juridique, celle-ci se révèle morcelée, prédisposée à échapper à toute responsabilité, malgré son unité sémiotique. C'est que l'entreprise transnationale n'est pas une figure du droit interne[385]. Elle est un modèle d'organisation économique de sociétés, regroupés ou coordonnés à travers le contrat ou le capital. L'étude de ces modes d'organisation permet de constater pourtant que derrière les séparations juridiques, l'entreprise transnationale reste un ensemble organisé, voire parfois même unifié. Le recours aux outils classiques du droit ne permet pourtant ni de la saisir dans sa double dimension unitaire et multiple, ni dans ses divers modèles d'organisation, qu'ils soient hiérarchiques et/ou réticulaires. L'organisation juridique des entreprises transnationales n'est en effet pas figée, alors que les catégories juridiques existantes pour les saisir le sont. La loi et la jurisprudence ont développé des mécanismes permettant parfois de saisir cet ensemble afin de faire primer la réalité des relations existantes entre les sociétés sur leurs séparations juridiques. Ces solutions restent malgré tout insuffisantes pour permettre de responsabiliser l'entreprise transnationale. Les figures classiques du droit que sont le groupe de société et l'entreprise, ne sont pas capables de la réceptionner en tant que sujet responsable. Le paradigme de l'entreprise transnationale est ainsi fragilisé par le droit qui ne permet pas de transformer leur organisation économique en figure juridique[386]. La flexibilité de son organisation rend en effet ses frontières insaisissables, si bien qu'il est devenu difficile, du point de vue juridique, de « percevoir ce qui relève de l'extérieur ou de l'intérieur[387] ». Appréhendées sous l'angle du droit de la responsabilité, ces nouvelles

---

[385] Nous nous référons ici à M. DESPAX qui notait, à propos de l'entreprise, que « sous une unité sémiotique, le concept de l'entreprise recouvre plusieurs réalités économiques sensiblement distinctes ». Constatons que le développant des activités de l'entreprise à l'international nous permet de faire le même constat concernant l'entreprise transnationale, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*, p. 150.

[386] A. SUPIOT relevait déjà, à propos des groupes de sociétés, qu'ils participaient « d'une crise générale du paradigme de l'entreprise », A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit.*, p. 627.

[387] *Ibidem*, p. 159.

formes d'organisation sont donc devenues l'expression d'une action collective dépourvue de responsabilité collective[388]. La question du siège de l'imputabilité se pose alors et, dans cette perspective, celle de la délimitation des frontières de l'entreprise transnationale prend toute son importance. Cette situation explique que les instruments qui se dégagent de la RSE, qu'ils soient d'origine privée ou publique, prennent en compte l'entreprise dans sa réalité organisationnelle. Ses frontières s'élargissent alors puisqu'elles correspondent à une réalité organisationnelle. En étudiant l'entreprise transnationale à travers les normes et instruments de RSE, c'est alors un nouveau paradigme de l'entreprise transnationale qui apparaît, non plus perçu à travers les catégories juridiques préexistantes, mais davantage à travers ses fonctions.

[388] G. TEUBNER, Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation, op. cit., p. 287 ; E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit.

CHAPITRE 2. LA RSE SOURCE D'UN NOUVEAU PARADIGME DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE

147. En tant que sciences d'organisation[389], le droit organise la structure ainsi que le fonctionnement des entreprises. La détermination du champ d'application de ces règles nécessite de pouvoir établir ce qui relève du dedans et du dehors de l'entreprise. Pour cette raison, la société reste le support juridique de l'entreprise[390], ce qui rend ses frontières déterminables. La réorganisation des sociétés en groupes puis en réseaux, développant des activités sur plusieurs pays, a toutefois créé une dissociation entre la réalité organisationnelle des entreprises et les règles juridiques, celles-ci étant devenues incapables de réceptionner ces nouvelles formes d'entreprises. Soumises à des règles de fonctionnement et de comportement différentes selon les pays sur lesquels elles conduisent leurs activités, ces entreprises transnationales n'ont aucune réalité juridique pour qui tente de les identifier à travers les catégories juridiques traditionnelles. En se concentrant sur la structure juridique des entreprises, le droit se révèle donc incapable d'encadrer le fonctionnement des entreprises transnationales et encore moins leur comportement dans la conduite de leurs affaires, dès lors qu'interviennent d'autres sociétés avec lesquelles elles sont en relation.

148. En visant l'entreprise au sens large, et non les sociétés, la RSE se démarque d'une approche centrée sur leur structure juridique pour se concentrer sur leur rôle au sein de la Société. C'est ce qu'il ressort des principes internationaux émanant des Etats, de même que des normes issues des entreprises et prises sur le fondement de la RSE. L'entreprise transnationale y est avant tout caractérisée à travers sa fonction sociale, ce qui la conduit à prendre en compte les divers intérêts qui cohabitent en son sein mais également à l'extérieur de ses murs. La détermination des frontières de l'entreprise transnationale est alors essentielle pour permettre d'évaluer l'étendue de sa responsabilité sociétale. Pour ce faire, les critères et principes juridiques traditionnels afférents à la détermination des

[389] J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.* 1989, p. 1.

[390] Voir P. DURAND, « La notion juridique de l'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Dalloz, 1947 p. 67.

frontières de l'entreprise sont totalement ignorés de la RSE. Nulle part ne sont évoqués les principes d'autonomie des sociétés, de personnalité morale, de responsabilité limitée, d'extraterritorialité ou de souveraineté. La « sphère d'influence » de l'entreprise, au sein de laquelle les démarches responsables doivent être menées, s'étend au-delà de ses frontières juridiques et correspond dès lors davantage à la réalité économique de son organisation. Finalement, en postulant que l'entreprise est indissociable de son environnement duquel elle doit tenir compte dans la conduite de ses affaires et ce, indépendamment de sa forme juridique, transnationale ou pas, la RSE se concentre davantage sur l'objet de l'entreprise que sur sa structure juridique. Or en la caractérisant à partir de son objet social (Section 1), ses frontières s'en trouvent redéfinies (Section 2), ce qui conduit à voir la RSE comme un moyen de proposer un nouveau paradigme de l'entreprise.

SECTION I - L'ENTREPRISE REDÉFINIE DANS SON OBJET PAR LA RSE

149. Les entreprises transnationales sont incitées, par les normes élaborées au titre de la RSE, à prendre en compte des préoccupations sociales, environnementales et plus largement au respect des droits de l'Homme. De manière générale, elles sont expressément invitées à prévenir les effets qu'elles produisent sur leur environnement sociétal, dans des domaines jusqu'alors implicitement réservés à l'Etat. C'est en principe par l'imputation d'obligations adressées aux sociétés que les Etats préviennent la survenance de conséquences potentiellement dommageables de leurs activités sur l'environnement, les droits de l'Homme ou encore les droits sociaux. En dehors de toute obligation légale, les entreprises se concentrent traditionnellement sur leur développement économique et leur pérennité financière. La RSE suggère au contraire aux entreprises d'agir de manière proactive en respectant la loi, en allant au-delà et surtout en prévenant les effets de leurs activités dans des domaines qui ne seraient pas encadrés par la loi mais qui pourraient entraîner des effets négatifs sur les individus ou l'environnement. Les sociétés sont donc libres de mettre en place des systèmes préventifs de gestion ou de sécurité afin de prévenir tout risque de violation du droit et donc de mise en cause de leur responsabilité. Ces démarches conduisent les entreprises à prendre en considération les personnes susceptibles d'être affectées par leurs activités, services, ou choix stratégiques. De ce point de vue, la RSE révèle l'existence d'une diversité d'intérêts qui « entourent » l'entreprise, en tentant de les concilier.

150. Cette prise en compte des personnes affectées par les activités des entreprises n'est pas nouvelle. Elle est au cœur de la théorie des parties prenantes développée par les sciences de gestion. Elle se retrouve également dans la notion juridique plus ancienne d'intérêt social. Ces deux notions ont en commun la recherche des personnes susceptibles d'être intéressées par l'entreprise afin de légitimer une hiérarchisation de ces intérêts par le droit selon les circonstances de fait et la question de droit posée. Pourtant, qu'il s'agisse de la théorie des parties prenantes ou de la notion d'intérêt social, seules les personnes intéressées par le fonctionnement de l'entreprise et plus particulièrement par sa pérennité financière, sont en réalité visées. Le cercle des personnes effectivement intéressées par les activités de l'entreprise s'en trouve donc

particulièrement réduit. Or, en incitant les entreprises à prendre en compte les préoccupations extra-commerciales liées à leur activité et ce, indépendamment de leur pérennité financière, la RSE élargit le cercle des parties prenantes de l'entreprise (§1). En incitant les entreprises à reconnaître et à prendre en compte ces divers intérêts, la RSE participe finalement à une remise en cause plus générale d'une approche de l'entreprise fondée uniquement sur la relation entre associés. La théorie contractuelle de l'entreprise s'en trouve remise en cause (§2).

§ 1 . Une prise en compte élargie des parties prenantes de l'entreprise

151. Le terme de « parties prenantes » est au cœur de la RSE. Identifier les parties prenantes d'une entreprise c'est connaître les individus ou groupes d'individus à l'égard desquels l'entreprise doit s'engager. Pourtant, selon la définition que l'on retient du terme de « partie prenante », les démarches des entreprises peuvent varier considérablement, selon l'approche restrictive ou au contraire trop large qui aura été choisie par cette dernière. Retenir une approche restrictive des parties prenantes tout en s'engageant dans des démarches responsables permet ainsi à une entreprise de légitimer un engagement minimal qui ne corresponde pas en réalité aux objectifs de la RSE. Cela participe à décrédibiliser bon nombres de politiques de RSE menées par les entreprises tout en défavorisant celles qui développent de véritables engagements à l'égard de toutes leurs parties prenantes.

152. Le recours aux « parties prenantes » comme moyen d'interroger le rôle de l'entreprise envers la Société n'est pas nouveau. Plusieurs théories des parties prenantes ont ainsi été élaborées depuis les années 30, sans qu'aucune ne fasse consensus. Aucune loi ne définit ou ne détermine de critère permettant aujourd'hui d'identifier les parties prenantes d'une entreprise. Il règne donc une certaine confusion, chaque entreprise restant libre de déterminer arbitrairement ses parties prenantes, ce qui rend difficile leur identification (A). En incitant les entreprises à s'engager dans des domaines que l'on peut qualifier d'extra-commerciaux, la RSE fixe un objectif précis aux entreprises qui permet de consacrer et d'identifier les parties prenantes propres à l'entreprise responsable (B).

A. La difficile identification des parties prenantes de l'entreprise

153. Une certaine confusion règne autour du terme de « partie prenante » (*stakeholder* en anglais), d'ailleurs encore peu connu des juristes. Apparu dans les années 1960 en management des organisations, ce terme est utilisé pour marquer l'élargissement du cercle des personnes intéressées par l'entreprise au-delà des actionnaires. Sans être une théorie juridique, la *stakeholder theory* influence le cadre juridique de l'entreprise puisque de la définition choisie dépend la reconnaissance de certains droits à des parties prenantes plutôt qu'à d'autres. On comprend les conséquences que peut entraîner le choix d'une définition ou d'une autre sur la détermination du champ des responsabilités d'une entreprise.

154. On trouve aujourd'hui plusieurs définitions des parties prenantes, chacune ayant pour effet d'élargir plus ou moins le cercle des parties prenantes de l'entreprise. L'acception restrictive de la théorie des parties prenantes ou *stakeholder theory*[391], se retrouve au cœur de la théorie du gouvernement d'entreprise dont l'objet initial est la prise en compte des intérêts des actionnaires par les dirigeants d'entreprises dans les organes de direction et de contrôle. La théorie du gouvernement d'entreprise s'intéresse peu aux personnes extérieures à l'entreprise, à l'exception des groupes ou des individus dont l'entreprise dépend pour sa survie[392]. Cette approche restreinte continue donc d'influencer la manière de prendre en compte les parties prenantes de l'entreprise responsable. Mais la s*takeholder theory* peut également être défini comme le fait de « s'intéresser à toute personne qui subit les conséquences de l'activité de l'entreprise et dont l'action peut avoir un effet sur elle[393] ». Les détenteurs de capitaux (*share*) s'opposent alors aux détenteurs d'intérêts (*stake*) ce qui élargit le cercle des parties prenantes[394].

---

[391] Nous utilisons volontairement le terme anglais qui permet de mieux comprendre l'opposition avec la *shareholder theory*.
[392] R-E. FREEMAN, D-L. REED, « Stockholders and Stakeholders: A new perspective on corporate governance», *California Management Review*, Vol. 25, 1983, p. 91.
[393] F-G. TRÉBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1ère partie) », *Bull. Joly*, 2006, n° 123, p. 1337.
[394] On oppose en effet les *shareholders*, c'est-à-dire les actionnaires, aux *stakeholders* qui sont les parties prenantes de l'entreprise.

155. L'un des premiers auteurs à avoir proposé une définition large des parties prenantes est R-E. FREEMAN. Selon cet auteur, ce terme vise « tout individu ou groupe d'individus qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels[395] ». Cette définition conduit à reconnaître comme parties prenantes de l'entreprise les actionnaires, salariés, dirigeants, fournisseurs, clients, banques, pouvoirs publics mais également les voisins, associations, communautés locales etc. Retenir cette définition permet de distinguer la *stakeholder theory* de la théorie du gouvernement d'entreprise[396]. Cette dernière présente en effet une vision de l'entreprise centrée sur les associés. Elle ne prend donc pas en compte les tiers. Les engagements pris en matière de gouvernement d'entreprise peuvent alors être dissociés de ceux adoptés au titre de la RSE : alors que les premiers se limitent aux relations entre dirigeants et actionnaires, les seconds concernent toutes les personnes potentiellement affectées par l'entreprise.

156. Cette confusion a probablement été entretenue par la définition particulièrement large de la RSE proposée par la Commission européenne dans son livre vert en 2001, et dans laquelle cette dernière se limitait à affirmer que la responsabilité d'une entreprise consiste à concilier les intérêts des diverses parties prenantes « au sein d'une approche globale de la qualité et du développement durable[397] ». Aucun critère n'avait alors été proposé quant à la manière de prendre en compte ces divers intérêts, chaque entreprise restant libre d'identifier ses parties prenantes. Seul indice : leur identification devait malgré tout répondre à l'objectif du développement durable. Cette absence de critère a fait naître des disparités entre les entreprises, ce qui a conduit certains organismes à proposer des normes de management afin de guider les entreprises dans cette identification. Ces normes, élaborées par des organismes privés, peuvent être qualifiées

---

[395] R-E. FREEMAN, *Strategic management: a stakeholder approach*, Pitman, Boston, 1984, p. 46.

[396] F-G. TRÉBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1ère partie) », *Bull. Joly*, 2006, n° 123, p. 1337.

[397] La définition de la RSE précisait ainsi que « la plupart des définitions de la responsabilité sociale des entreprises décrivent ce concept comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes. Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes. », Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366, non publié au Journal officiel, pp. 3-7.

de systèmes de management. Une norme de système de management[398] accompagne les entreprises dans la définition de leurs objectifs et dans la mise en œuvre de leur stratégie. Elles fournissent un modèle à suivre dans la gestion et le fonctionnement d'une entreprise. La norme AA 1000 sur l'implication des parties prenantes[399], proposée par l'organisation anglo-saxone « Accountability », est par exemple un guide méthodologique pour assister les entreprises dans la mise en œuvre de leur stratégie de développement durable en impliquant les parties prenantes. Plusieurs normes sont ainsi proposées par des organismes privés, chacun choisissant son approche des « parties prenantes », en fonction de son interprétation des objectifs du développement durable et de la RSE. Dépourvue de critères clairs en la matière, les entreprises choisissent celles qui leur conviendront le mieux, ce qui crée des disparités dans la prise en compte des parties prenantes.

157. Toutes ces disparités, que l'on retrouve tant dans les démarches des entreprises que dans certaines normes privées de management, s'expliquent par l'opposition qui existe entre ces deux approches : d'une part la théorie du gouvernement d'entreprise qui se limite à prendre en compte les parties prenantes pouvant avoir un impact sur la performance financière de l'entreprise ; d'autre part la *stakeholder theory* qui vise à prendre en compte toutes les personnes pouvant être affectées par l'entreprise, sans aucune délimitation. Les entreprises oscillent entre l'une et l'autre de ces approches, selon les objectifs qu'elles poursuivent. En précisant les domaines sur lesquels doivent s'engager les entreprises, la RSE va plus loin que la *stakeholder theory* puisqu'elle vise à identifier les parties prenantes en fonction de l'intérêt particulier que ces dernières ont à l'égard de l'entreprise, celui-ci pouvant être environnemental, social, sociétal etc. Les parties prenantes propres à l'entreprise responsable apparaissent alors.

B. Les parties prenantes propres à l'entreprise responsable

158. La prise en compte des préoccupations sociétales liées à l'activité et aux décisions des entreprises se trouvant au cœur de la RSE, les entreprises doivent identifier les personnes susceptibles d'être affectées par leurs produits, services et décisions

---

[398] Pour les plus connues d'entre elles, nous pouvons citer les normes ISO.

[399] Norme AA 1000, « Stakeholder engagement standard », disponible sur le site d'Accountability, www.accountability.org, site visité le 9 février 2013.

stratégiques afin de répondre à cet objectif. Le champ des personnes susceptibles d'être intéressées par leurs décisions s'en trouve inévitablement élargi puisque cette démarche révèle de nouveaux conflits d'intérêts naissant autour de l'entreprise. On comprend alors que de l'approche retenue de la RSE dépende la définition des parties prenantes. Selon que l'on adopte une approche de la RSE qui soit centrée sur la performance financière de l'entreprise ou au contraire accès sur l'évaluation des effets de l'activité sur l'extérieur, certaines personnes seront identifiées comme parties prenantes de l'entreprise et d'autres en seront exclues. Si les premiers textes fondamentaux en matière de RSE ont d'abord manqué de précision sur ces questions au début des années 2000, les modifications apportées à certains d'entre eux en 2011 ont permis de préciser la manière dont les entreprises doivent prendre en compte leurs parties prenantes pour répondre aux objectifs de la RSE et du développement durable. En précisant ces objectifs, les parties prenantes propres à l'entreprise responsable apparaissent alors clairement.

159. En proposant, en 2011, une définition plus précise de la RSE, la Commission européenne participe par exemple à faire apparaitre les parties prenantes de l'entreprise responsable. Aucune définition des « parties prenantes » n'est en revanche proposée par la Commission. Pour autant, elle précise que les entreprises doivent intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, droits de l'Homme et de consommation dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base en concertation avec leurs parties prenantes[400]. Cette incitation s'applique à des domaines précis, en dehors de toute préoccupation financière ou économique, ce qui traduit un élargissement du cercle des parties prenantes de l'entreprise bien au-delà des actionnaires. Toutes les personnes ayant un intérêt sur ces questions sont donc concernées, qu'elles soient des « parties prenantes internes et externes »[401]. Par-delà l'élargissement de la définition des parties prenantes de l'entreprise, la Commission précise la manière dont cette prise en compte peut être menée. L'entreprise est par exemple incitée à entamer un dialogue avec les tiers intéressés et à ne pas déterminer unilatéralement la manière de concilier ces divers intérêts. En procédant ainsi, l'entreprise ne se contente pas de communiquer sur

[400] Commission Européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 25 oct. 2011, COM(2011) 681 final, p. 7.
[401] *Idem*, p. 4.

sa démarche responsable ; elle s'engage vis-à-vis des personnes intéressées. Cette démarche est aujourd'hui déclinée dans tous les principes et textes internationaux relatifs à la RSE et commence à être appliquée par les entreprises elles-mêmes.

160. De la même manière, la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations recommande que les parties prenantes soient identifiées par l'organisation elle-même et qu'elle prenne en compte leurs intérêts ainsi que leurs droits, que ces parties prenantes aient une influence sur les activités de l'entreprise ou qu'à l'inverse, cette dernière ait un impact sur elles. La prise en compte des intérêts des parties prenantes nécessite, selon cette même norme, la mise en place, par l'entreprise, d'un dialogue avec elles[402]. La prise en compte des intérêts des parties prenantes se retrouve également dans les Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme[403] mais uniquement en ce que les activités des entreprises pourraient représenter un risque relatif au respect des droits de l'Homme. En effet, ce texte incite les entreprises à exercer leur devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme afin « d'identifier et d'évaluer la nature des incidences négatives effectives et potentielles sur les droits de l'Homme [404]». Ce texte vise donc les personnes pouvant être affectées par l'entreprise sans se préoccuper de celles qui, à l'inverse, peuvent affecter l'entreprise[405]. De même, les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales recommandent aux entreprises de « s'engager auprès des parties prenantes concernées en leur donnant de réelles possibilités de faire valoir leurs points de vue lorsqu'il s'agit de planifier et de prendre des décisions relatives à des projets ou d'autres activités susceptibles d'avoir un impact significatif sur les

[402] La norme 26 000 définit les parties prenantes comme tout « individu ou groupe ayant un intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation », ISO 26000, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, ISO, 2010, point 2.20 p.4. Voir également I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2010, p. 401 et s.

[403] Conseil des droits de l'hommes des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, 21 mars 2011, A/HRC/17/31.

[404] *Idem*, Principe 18, Commentaires.

[405] Nous évoquons ici l'affectation directe et non le cas où indirectement, l'entreprise est affectée par une action en justice menée par exemple par une personne victime de violations commises par l'entreprise.

populations locales [406]». Afin de respecter ces recommandations les entreprises sont invitées à mettre en place des outils de transparence, de communication, d'instances de dialogue et de consultation. En suivant ces recommandations[407], les entreprises sont amenées à prévoir les incidences que leurs activités peuvent avoir sur les tiers et à identifier en amont leurs responsabilités. Etre une entreprise responsable ne signifie donc pas tant combler les attentes de toutes les parties prenantes que de prévenir également les effets potentiellement négatifs de l'activité sur ces dernières. La non réalisation de cet objectif peut conduire à la mise en cause de la responsabilité juridique de l'entreprise, alors que la non prise en compte des attentes d'une partie prenante n'est pas sanctionnée, sauf à être expressément prévue par la loi. Or, le droit positif ne reconnaît de droits qu'aux personnes ayant un intérêt légitime à l'égard de l'entreprise et que l'on peut qualifier de parties prenantes « traditionnelles ». La question portant sur la détermination de cette légitimité surgit alors. Comment déterminer qu'un intérêt est plus légitime qu'un autre ? Un voisin ne peut-il pas avoir un intérêt aussi légitime qu'un salarié ou un actionnaire à connaître certaines informations détenues par l'entreprise par exemple, dès lors qu'une décision de gestion peut affecter son environnement ? N'a-t-il pas un intérêt légitime à être consulté et écouté par l'entreprise si les activités de cette dernière peuvent affecter son mode de vie voire même violer certains de ses droits ? Ces questions, que

---

[406] OCDE, Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, OCDE, mai 2011, Principe généraux II, §14.

[407] En se concentrant sur les travailleurs par exemple, certaines entreprises multinationales signent des accords-cadres internationaux, fruit d'un dialogue entre représentants des travailleurs et la direction de l'entreprise. L'objet de ce type d'accord est de répondre aux préoccupations des travailleurs de toute l'entreprise à travers le monde, indépendamment de sa structure juridique et en l'absence de toute obligation légale en la matière. Sur cette question voir notamment I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, L.G.D.J., 2005, pp. 349-384 ; A. BAYLOS-GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : Entreprises transnationales et accords-cadres internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 195-214 ; A. SOBCZAK, « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale ? », Communication lors du 2ème séminaire franco-québécois sur la responsabilité sociale organisé le 1er septembre 2005 à Sciences-Po Paris.

soulève la RSE, ont pour effet d'identifier de nouvelles parties prenantes, que le droit commence à ne plus pouvoir ignorer.

161. L'article L. 225-102 du Code de commerce prévoit ainsi que « toute personne intéressée » peut demander au Président du Tribunal statuant en référé, d'enjoindre sous astreinte, au Conseil d'administration ou au directoire, de communiquer les informations qui ne seraient pas contenues dans le rapport annuel de gestion. Qui sont les personnes intéressées par le rapport annuel de gestion ? Traditionnellement, il s'agit des commissaires aux comptes, des actionnaires, du comité d'entreprise et des associés. Il ne fait aucun doute que ces dernières ont un intérêt à agir en référé sur le fondement de ce texte. Il s'agit donc des parties prenantes dites « traditionnelles » de l'entreprise, celles pouvant affecter sa performance financière ou à l'inverse être intéressées par celle-ci. Mais dès lors que la loi prévoit l'insertion, dans ce rapport annuel de gestion, « d'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[408] », la question se pose de l'élargissement du champ des personnes intéressées par ces informations. A cet égard, la lettre de cadrage[409] du ministère de l'économie à propos du premier décret du 20 février 2002, pris en application de l'ancien article 225-102-1 du Code de commerce, précise que : « L'objectif poursuivi par la loi et son décret d'application est de fournir une information synthétique et lisible à l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise sur la démarche de développement durable dans laquelle s'inscrit cette dernière. L'information demandée intègre donc des considérations sociales, sociétales et environnementales. Au-delà, il s'agit d'inciter les sociétés françaises à se positionner dans un mouvement international qui fait de l'exigence de transparence en matière de développement durable un impératif de gouvernement d'entreprise et donc de compétitivité. Cette initiative vise à inscrire les

[408] Art. L. 225-102, Code de commerce.
[409] Une note de cadrage accompagnait le projet de décret soumis à consultation, mais n'a pas été rendue publique. Sur cette question, voir EE, OREE, ORSE, *Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE,* Rapport de mission remis au gouvernement, avril 2004, disponible sur www. orse.org, site consulté le 10 janvier 2013.

entreprises françaises dans une démarche de progrès[410]». Les tiers intéressés par ces informations sociales et environnementales sont donc entendus plus largement que les personnes intéressées par les informations strictement financières contenues dans le rapport annuel de gestion. On peut alors distinguer les parties prenantes « traditionnelles » de l'entreprise, des parties prenantes « nouvelles ». Au regard de ce texte, rien ne s'oppose à ce que soit reconnue aux parties prenantes « nouvelles » la possibilité d'intenter une action en référé sur le fondement de l'article 225-102 du Code de commerce. Ainsi, un consommateur ou un voisin de l'entreprise, intéressé par les informations sociales et environnementales qui ne seraient pas transmises dans un rapport annuel de gestion, en violation du décret[411], pourrait exiger du juge que l'entreprise la lui transmette. L'intérêt à agir de ces tiers pourrait leur être reconnu car l'objectif de la loi est bien de les rendre destinataires de ces informations aux côtés des parties prenantes « traditionnelles ». Sous l'impulsion de la RSE, de nouvelles parties prenantes propres à l'entreprise responsable, sont en voie d'être reconnue par la loi.

162. Une telle étape a presque été franchie avec la loi du 12 juillet 2010[412] qui reconnaissait aux parties prenantes, le droit de présenter leur avis sur les démarches de RSE participant à des dialogues avec les entreprises[413], et ce au côté des institutions représentatives du personnel. Cette disposition a finalement été supprimée par la loi du 22 octobre 2010[414], la notion de partie prenante ayant été jugée « trop large et floue ». La Commission des finances du Sénat a en effet considéré que les Institutions représentatives du personnel et les parties prenantes pourraient introduire dans le rapport annuel des appréciations non vérifiées ou susceptibles de porter à l'entreprise un

[410] Eléments de cadrage concernant le projet de décret d'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques, *idem*, Annexe 2 f.
[411] Décret n° 2002-221 du 20 février 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.
[412] *Loi portant engagement national pour l'environnement*, 12 juillet 2010, n° 2010-788, Art. 225.
[413] «Les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés », *Idem*.
[414] *Loi de régulation bancaire et financière*, 22 octobre 2010, n° 2010-1249, Art. 32.

préjudice de réputation disproportionné, [...] à l'égard de leurs concurrents étrangers[415] ». Cette remise en cause de la loi du 12 juillet 2010 est en contradiction avec les objectifs de la loi NRE tels que décrits dans la lettre de cadrage de 2002. Elle marque également un décalage avec la démarche participative des parties prenantes à laquelle sont incitées les entreprises par les principes de RSE, et auxquelles se soumettent d'ailleurs les entreprises elles-mêmes. Cette loi démontre malgré tout une tendance à l'ouverture du droit vers une prise en compte étendue de nouvelles parties prenantes de l'entreprise dans les domaines couverts par la RSE, ce qui participe à reconnaître les « nouveaux » intérêts qui entourent l'entreprise. En élargissant le cercle des parties prenantes traditionnelles de l'entreprise, la RSE pourrait bien avoir vocation à impulser des mécanismes (alternatifs) de prévention des conflits qui pourraient naître au sein et autour de l'entreprise, mécanismes que le droit commence aussi à prendre en compte. Plus largement, la reconnaissance de ces « nouvelles » parties prenantes par les entreprises elles-mêmes, conduit à remettre en cause la théorie contractuelle de l'entreprise.

§ 2 . La théorie contractuelle de l'entreprise remise en cause par la RSE

163. L'élargissement du cercle des parties prenantes de l'entreprise fait écho à une conception institutionnelle de l'entreprise suivant laquelle l'intérêt social est confondu avec l'intérêt de l'entreprise, de sorte que « la finalité du groupement social serait l'intérêt de tous ceux qui contribuent au fonctionnement de l'entreprise que la société organise [416]». Elle conduit à déterminer la finalité de l'entreprise pour servir de guide aux dirigeants[417], ce qui fait dire à un auteur que l'intérêt social est bien « l'expression d'un jugement de valeur[418] ». Or, en incitant l'entreprise à s'ouvrir à son environnement non commercial, la RSE exprime également un jugement de valeur qui interroge la finalité de l'entreprise et par voie de conséquence la prise en compte des divers intérêts affectés par son activité, au-delà de ceux des seuls associés. Ce jugement de valeur,

---

[415] Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 1er octobre 2010, J.O., 2010, N° 89 S. (C.R.), 7280.
[416] S. ROUSSEAU, I. TCHOUTOURIAN, « L'" intérêt social" en droit des sociétés : regards canadiens », *Revue des sociétés*, 2009, p. 735.
[417] Ce qui fait dire à A. BENNINI qu'elle a une logique hybride « à mi chemin entre les logiques procédurales et substantielles », A. BENNINI, *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2010, p. 523 § 788.
[418] *Idem*, p. 61.

porté sur la conduite des affaires, prend deux directions : en s'engageant dans des démarches de RSE les entreprises expriment un jugement de valeur sur la manière dont elles entendent conduire leurs activités. En les incitant par des normes internationales, européennes ou même de droit interne, les Etats expriment à leur tour un jugement de valeur sur la manière dont ils entendent que les entreprises se comportent. La RSE participe en ce sens à élargir l'intérêt social de l'entreprise (A) et apparaît comme l'expression d'une approche institutionnelle renouvelée de l'entreprise (B).

A. La notion d'intérêt social élargie par la RSE

164. Si le terme de « parties prenantes » est inconnu du juriste, celui de « personnes intéressées [419] » lui est en revanche plus familier. Il traduit l'idée d'une prise en compte, par l'entreprise, « de l'ensemble des tiers qui subissent l'impact de son activité et dont les actions ou réactions sont susceptibles d'avoir un impact sur elle[420] ». Entendu largement, ces personnes intéressées peuvent être les fournisseurs, sous-traitants, clients, consommateurs, voisins, salariés, collectivités publiques, communautés locales, associations etc. Or, qualifier de personnes intéressées les parties prenantes de l'entreprise, conduit à s'interroger sur la prise en compte, par l'entreprise, des divers intérêts existant autour de l'entreprise, question que le droit tente de régler à travers la notion d'intérêt social, laquelle cristallise les conflits d'intérêts qui naissent autour de l'entreprise.

165. L'intérêt social sert en effet de guide aux décisions de gestion et d'investissement des entreprises, mais pas uniquement. Il est également le « fondement principal de l'intervention du juge dans la vie sociétaire[421] ». La notion d'intérêt social est en ce sens une notion fonctionnelle permettant d'arbitrer une décision de gestion entre les intérêts en présence. De la définition de son contenu dépend donc le cadre de liberté octroyé à l'entreprise dans la conduite de ses affaires. Pourtant, bien qu'évoquée par la loi, cette

---

[419] Voir également A. SOBCZAK qui préfère le terme de « tiers intéressés », la RSE visant indifféremment les personnes liées par une relation contractuelle ou non à la société. A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Dr. Soc*. 2002, p. 806.

[420] F-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises », *Rép. Sociétés Dalloz,* mars 2003, p. 3.

[421] *Sociétés commerciales*, Lamy, 2012, 1484.

notion n'a jamais été définie par le législateur[422], ouvrant ainsi la voie à de nombreux débats portant sur les intérêts protégés par l'intérêt social. S'agit-il en effet de l'intérêt des actionnaires ? De celui des salariés ? Est-ce un intérêt supérieur à toutes les personnes intéressées ? Dans l'affirmative, laquelle de ces personnes a un intérêt légitime à défendre l'intérêt supérieur de l'entreprise ? Peut-on considérer que l'intérêt social est respecté si l'intérêt des actionnaires est privilégié au détriment de celui des salariés ? Toutes ces questions renvoient à la problématique de la définition de l'intérêt social, qui correspond en réalité à la détermination des intérêts protégés par cette notion. Or, la prise en compte de certains intérêts plutôt que d'autres, dans la prise de décision de l'entreprise, peut participer à élargir l'intérêt social.

166. Toute la question réside alors dans la détermination de cette définition. Dans le silence de la loi, qui détermine l'intérêt social ? Les entreprises ou le juge ? Utilisée comme « boussole » par les entreprises, il est indéniable que celles-ci définissent leur intérêt social. Elles restent toutefois soumises à l'interprétation du juge qui influence indéniablement cette définition. Or, loin de se prononcer de manière unanime sur cette question, les juges adoptent des positions différentes selon la question de droit posée et les intérêts en jeu. Cette absence de position claire de la part du juge entraîne bon nombre de débats doctrinaux portant sur la reconnaissance ou non, à certaines catégories de personnes, d'un intérêt à l'égard de l'entreprise, et surtout de la prévalence de certains intérêts sur d'autres. Ainsi par exemple, selon une vision restrictive de l'intérêt social issue d'une interprétation stricte de l'article 1833 du Code civil[423], l'intérêt social correspond à l'intérêt des associés, si bien que toute décision prise comme contraire à l'intérêt de ces derniers peut être sanctionnée par le juge comme contraire à l'intérêt social. En suivant cette interprétation, l'intérêt des associés doit guider toute décision stratégique. Cette interprétation ne se retrouve pourtant que dans la jurisprudence relative à la sanction d'abus de majorité[424]qui vise à sanctionner la rupture d'égalité

---

[422] Une définition de l'intérêt social avait été envisagée lors des débats portant sur la loi du 24 juillet 1966, mais ne fut finalement pas retenue. A. COURET, *L'intérêt social*, JCP E 1996/4, Cahiers droit de l'entreprise, p. 1 et s.

[423] Aux termes duquel « toute société doit avoir un objet licite et être constitué dans l'intérêt commun des associés », Art. 1833 du Code civil.

[424] Voir par exemple, Cass. com, 21 janv. 1970, n° 68-11.085, *JCP* G 1970, II, n° 16541, note B. OPPETIT. La sanction d'un abus de majorité à en effet pour objet de privilégier les associés minoritaires dont les intérêts n'ont pas été protégés, en sanctionnant les

entre associés[425]. Cette interprétation permet en réalité davantage de protéger l'intérêt des actionnaires face aux autres catégories d'intérêts. En revanche, en matière d'abus de biens sociaux, c'est une tout autre interprétation, beaucoup plus large, qui est retenue par le juge pénal lequel, dès 1967, affirme que la loi « protège le patrimoine de la société et les intérêts des tiers au même titre que les intérêts des associés »[426]. Cette interprétation permet de démontrer l'existence de conflits d'intérêts autour de l'entreprise, et la nécessité de leur régulation, au-delà du seul intérêt des associés que protégerait la notion d'intérêt social. Ainsi, les dirigeants comme les salariés peuvent voir leur intérêt protégé par le juge sur le fondement de l'intérêt social. Cette approche reconnaît finalement que leurs intérêts peuvent également être affectés par le fonctionnement de la société, de la même manière que celui des associés.

167. Si la délimitation des contours de l'intérêt social influence indéniablement les dirigeants d'entreprise dans la détermination de l'intérêt social de leur société, leur propre interprétation de l'intérêt social peut-elle influencer le juge dans son interprétation ? La reconnaissance par les entreprises elles-mêmes, de l'existence de parties prenantes « nouvelles », peut-elle avoir un effet sur la notion d'intérêt social ? Comme nous l'avons vu, l'intérêt social sert de guide aux décisions des entreprises et dans cette optique, l'intérêt social est en partie déterminé par les entreprises elles-mêmes. En s'engageant dans des démarches responsables qui ont pour effet de prendre en compte les intérêts de personnes traditionnellement exclues de la notion d'intérêt social, celle-ci s'en trouve inévitablement élargie. Pour autant, l'intérêt social sert

---

majoritaires. Certains auteurs ont néanmoins démontré que la jurisprudence relative tant à l'abus de majorité qu'à l'abus de minorité révèlent en réalité les conflits inhérents entre associés, qui ne forment pas une communauté homogène, ce qui « révèle la fragilité de la notion d'intérêt commun » des associés comme définissant l'intérêt social (A. BENNINI, *Le voile de l'intérêt social*, *op. cit.*, p. 112 et s.); la définition de l'abus de majorité est proposée dans l'arrêt Picard, Cass. com., 18 avril 1961, *D.* 1961, p. 166 ; *JCP G.* 1961, II, 12163, note D. BASTIAN ; Les conditions de l'abus de minorité sont elles définies par la Cour de Cassation dans deux arrêts : Cass. com., 15 juillet 1992, *D.* 1961 et Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 152, note P. LE CANNU.

[425] Lamy sociétés commerciales, 2012, n°1486 ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970, n°71.

[426] Cass. crim., 8 mars 1967, n° 65-93.757, *Bull. crim.*, n° 94, cité dans *Droit pénal des affaires*, Lamy, 2012-1940. C'est ce qu'il ressortait déjà du célèbre arrêt Fruehauf qui a révélé la prise en compte, par les juges, d'intérêts autres que ceux des actionnaires. CA. Paris, 22 mai 1965, D. 1968, jur., p. 147 ; A. BENNINI, *Le voile de l'intérêt social*, *op. cit.*, p. 125 § 151.

également de « boussole » au juge pour arbitrer les conflits d'intérêts. L'intérêt social est donc déterminé en dernier lieu, par le juge. Pourtant, en cas de conflit d'intérêts portant sur une politique ou une décision de RSE de l'entreprise et non sur sa pérennité financière, il sera difficile[427] pour le juge de ne pas tenir compte de la volonté de l'entreprise de prendre en compte ces nouveaux intérêts, d'autant que la loi elle-même participe à élargir le cercle de ces intérêts. Le législateur a par exemple reconnu l'intérêt des salariés dans le fonctionnement des sociétés. Le droit de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion est à cet égard accordé au Comité d'entreprise, de même que la possibilité d'assister aux assemblées générales via la désignation de deux de leur membre. C'est parce qu'ils agissent alors dans l'intérêt de la société, avec lequel leur propre intérêt se confond, que ce droit leur est accordé. Loin de se limiter aux intérêts internes à l'entreprise, la loi a également étendu cette protection à l'extérieur des « murs » de l'entreprise, en reconnaissant par exemple de nouveaux droits aux créanciers en matière de procédure collective[428], élargissant ainsi la catégorie des personnes intéressées par l'entreprise.

168. Cet élargissement des intérêts protégés par l'intérêt social reste malgré tout limité à la reconnaissance d'un intérêt dans la pérennité financière de l'entreprise et donc dans son fonctionnement[429], ce qui limite les catégories de personnes pouvant y avoir un intérêt. Or, la RSE va plus loin. Les parties prenantes de l'entreprise responsable peuvent être intéressées par les effets d'une démarche de RSE sur la pérennité financière de celle-ci, mais également et surtout, sur les impacts des décisions et activités de l'entreprise sur leur propre situation personnelle, en dehors de toute considération

---

[427] Comme le note S. ROUSSEAU : « alors que les sociétés cotées semblent s'ouvrir chaque jour davantage à la responsabilité sociale, au développement durable et à la *stakeholder theory*, les incertitudes entourant la définition de l'intérêt social tendent à rendre suspect le discours et les actions des entreprises affirmant leur engagement au service d'intérêts variés », S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'" intérêt social" en droit des sociétés : Regards transatlantiques », CDACI - Travaux et publications, p.11, disponible sur : http://hdl.handle.net/1866/3072, consulté en janvier 2013.

[428] Notamment avec la création des comités de créanciers et de fournisseurs. Voir à cet égard A. BENNINI, *Le voile de l'intérêt social*, *op. cit.*, note 29, p. 131.

[429] Concernant l'expression « pérennité de l'entreprise » qui serait au cœur de l'intérêt social, voir *Lamy sociétés commerciales*, 2012, n° 1486.

financière. C'est ce que nous avons pu observer précédemment[430] et qui participe à élargir le cercle des parties prenantes de l'entreprise au-delà de personnes ayant une relation contractuelle avec l'entreprise. Le juge Canadien semble avoir pris en compte ces tiers dans la délimitation de l'intérêt social au-delà de la simple procédure d'abus de biens sociaux. Ainsi, à l'instar du droit français, la loi canadienne sur les sociétés par actions précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir « (…) au mieux des intérêts de la société »[431]. L'intérêt des actionnaires a longtemps été associé à cet intérêt, jusque ce que la Cour suprême canadienne ait à interpréter cet article en 2004. Elle a alors affirmé « (…) qu'il ne faut pas interpréter l'expression 'au mieux des intérêts de la société' comme si elle signifiait simplement 'au mieux des intérêts des actionnaires' ». Elle précise que « (…) pour déterminer s'il s'agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement ». Si ses commentateurs[432] qualifient cet arrêt de « révolution » en ce que la Cour exclut clairement la possibilité de limiter l'intérêt social à celui des associés, ils relèvent qu'elle laisse en revanche le soin au Conseil d'administration de déterminer les intérêts en présence. Dans cette perspective, le juge canadien reconnaît implicitement que l'intérêt social est en partie déterminé par les entreprises. Cette position correspond à l'objet de la RSE qui incite les entreprises à déterminer elles-mêmes leurs parties prenantes en fonction des objectifs du développement durable. Si le juge français n'a pas encore été amené à se prononcer sur cette question, il serait néanmoins surprenant qu'il ne se conforme pas à la volonté d'une entreprise de pendre en compte des intérêts sociaux, environnementaux et sociétaux des personnes concernées par son activité, si cela ressort des divers documents stratégiques de l'entreprise. L'arbitrage des intérêts en présence pourrait alors bien être influencé par la RSE.

---

[430] Voir *supra*, p. 106 et s.
[431] S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'" intérêt social" en droit des sociétés : regards canadiens », *op. cit*., note 39, p.12.
[432] *Idem*, note 39, p.16.

B. L'approche institutionnelle de l'entreprise renouvelée par la RSE

169. Au-delà d'une vision centrée sur la performance économique et donc sur les seuls intérêts des associés, la RSE incite donc les entreprises à évaluer leurs effets sur la Société. Une telle démarche nécessite une prise en compte des personnes pouvant être affectées par lesdites activités, ce qui conduit à un élargissement du champ des parties prenantes de l'entreprise au-delà de celles traditionnellement intéressées par sa pérennité financière. En s'engageant dans une démarche responsable, les entreprises sont invitées à tenir compte des effets des activités sur leur environnement, à intégrer les attentes des parties prenantes à leurs décisions stratégiques, à évaluer les effets de ces mêmes parties prenantes en termes de performance financière, de risques juridiques, réputation, ou encore sur leur organisation. Une telle démarche présuppose que l'entreprise s'intéresse à l'environnement[433] au sein duquel elle développe ses activités. La prise en compte des

---

[433] En ce sens, la RSE s'inscrit indéniablement dans l'approche réaliste de la sociologie. En effet, d'un point de vue sociologique, l'entreprise est avant tout perçue comme un outil permettant aux sociétés d'organiser un système économique. Elle doit être observée à travers les différents prismes qui forment une Société : l'histoire, la politique, le droit, les individus etc., car elle est à la fois une réalité économique mais également une instance sociale à part entière. Elle est un lieu de production, mais également une organisation, entant qu'« espace abritant des relations sociales, des jeux et des règles » et une institution, dans son rapport à la Société, même si cette capacité institutionnelle varie selon les entreprises. L'entreprise est finalement devenue un objet d'étude pour les sociologues au même titre que la famille ou la ville, car elle « occupe aujourd'hui une place majeure dans les pratiques sociales, s'affirmant comme une institution centrale de nos sociétés et du capitalisme moderne ». L'objet d'une approche sociologique centrée sur l'entreprise est donc de « forger quelques outils conceptuels permettant de penser simultanément l'unité de l'entreprise et sa pluralité, et à penser son autonomie et son ouverture au monde, sa fonction d'organisation économique et sa nature d'institution du monde social ». L'entreprise est perçue comme vecteur de changements dans une Société, même si elle est, elle-même, influencée par la Société dans laquelle elle évolue. Elle est perçue comme une organisation, une culture, un ensemble d'acteurs, un système de liens sociaux, un lieu d'apprentissage de la coopération. Les premiers sociologues ayant cherché à construire une théorie de l'entreprise s'accordaient pour dire qu'il était nécessaire, pour une autonomisation de l'entreprise, de prendre en considération ses structures sociales tant internes qu'externes. Un groupe de sociologues de plusieurs nationalités s'est formé en 1985 sous l'impulsion de R. Sainsaulieu, avec l'appui du PIRTTEM (CNRS) et du ministère de la Recherche et de la technologie de l'époque pour étudier l'entreprise et confronter les différentes approches. Cette analyse sociologique invite le juriste à cerner l'entreprise sous ses multiples facettes, mais surtout à prendre en compte ses interactions avec la Société et les sujets de droit qui la composent. Voir R. SAINSAULIEU, *Sociologie de l'entreprise : organisation, culture et développement*, Presses de sciences Po et Dalloz, 2° éd., 1997 ; R. SAINSAULIEU

interactions entre l'entreprise et son environnement fait partie intégrante de sa responsabilité. Appréhender l'entreprise à travers le prisme de la RSE conduit donc à remettre en cause la théorie contractuelle de l'entreprise. Une telle remise en cause a des implications bien plus que théoriques.

170. En effet, le droit tend à organiser les structures de l'entreprise tout en les encadrant, et plus généralement, il s'assure que les interactions entre les entreprises et les sujets de droits évoluent dans un cadre ordonné et sécurisé. Mais cette approche est elle-même sujette à débat, selon que l'on associe l'entreprise à un ensemble contractuel ou à une institution. La première école considère que chaque agent porte en lui la capacité à s'autoréguler et qu'à ce titre la liberté doit primer sur la règlementation; dans cette optique, l'encadrement juridique des relations économiques est réduit au minimum. Selon la seconde école, l'entreprise est perçue dans sa dimension collective comme une institution au sein de laquelle des relations interagissent, organisées autour de pôles de pouvoirs. Le droit intervient alors pour encadrer ces relations et organiser ces pouvoirs. Ces deux approches, éminemment connotées politiquement, sont le fruit d'un long travail doctrinal qui a d'abord fait émerger la notion d'entreprise dans l'univers juridique, qui a ensuite tenté de la qualifier et qui cherche aujourd'hui à l'encadrer.

171. C'est en s'appuyant sur les termes de la loi[434] que la doctrine classique[435] a d'abord analysé la société comme étant un contrat[436]. De ce point de vue, elle est avant

---

(dir.), *L'entreprise, une affaire de société*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 29 ; C. THUDEROZ, *Sociologie des entreprises*, La Découverte, 3ème éd., 2010, p. 6, D. SEGRESTIN, *Sociologie de l'entreprise*, Armand Collin, 2ème éd., 1996, p. 198.

[434] Art. 1832 du Code civil.

[435] J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I, 2ème vol., Dalloz, 1980, n° 383, cité par J-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et sociétés: essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595. Pour une présentation des critiques apportées à cette théorie, voir J-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », *in Droit et vie des affaires, études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, Paris, 1997, p. 132 et s.

[436] Ces auteurs rejoignent en cela les théories économiques de l'entreprise. C'est en 1937 que la question est posée par Ronald COASE, dans son article depuis devenu célèbre, sur la nature de la firme. Il s'interroge sur ce qu'est une entreprise et sur les raisons pour lesquelles les entreprises existent. Dans un contexte d'économie de marché, nul besoin a priori d'organisation structurée pour échanger, la coordination se faisant par le marché. En s'opposant à la théorie néo-classique, COASE démontre que l'entreprise existe car le

tout le fruit d'un accord de volonté entre les actionnaires. La société n'a donc pas d'intérêt supérieur et son encadrement juridique ne peut servir qu'à favoriser l'intérêt des actionnaires. L'une des conséquences principales de cette doctrine est de limiter la société à un simple acte juridique, excluant toutes les parties prenantes de l'entreprise. L'entreprise n'a alors qu'une finalité : satisfaire les intérêts des actionnaires, les intérêts des autres parties prenantes n'étant pas pris en compte. Aussi, les conflits d'intérêts pouvant naître de l'exécution de ce contrat doivent se régler en fonction de cette finalité. En cherchant à expliquer la nature juridique de la société, les partisans de cette thèse contractuelle se sont opposés aux défenseurs de la thèse institutionnelle. Ses défenseurs analysent la société comme un groupement auquel participent plusieurs « parties prenantes », parties ou non au contrat de société. Cette approche a l'avantage d'expliquer les raisons pour lesquelles le législateur et le juge font parfois prévaloir l'intérêt supérieur de la société ou celui des tiers, sur ceux des associés. En appliquant la théorie publiciste de l'institution, la théorie institutionnelle de l'entreprise a cherché à concilier travail et capital au sein d'une même organisation. Ainsi selon DESPAX, deux conceptions s'opposent. Une vision restrictive se réfère à l'entreprise capitaliste, « essentiellement caractérisé par le recours au travail étranger et par le mobile lucratif qui inspire son activité ». Le seul objectif de cette entreprise serait le profit. Face à cette conception restrictive s'opposerait une vision extensive, celle retenue par cet auteur, selon laquelle capital et travail ne seraient pas mis en opposition et dont le mobile ne se limiterait pas au profit[437]. En allant plus loin, J. PAILLUSSEAU considère l'entreprise comme d'essence économique et sociale. Il recherche donc une définition d'après une « observation réaliste de l'entreprise », ce qui l'amène à la définir à travers deux de ses aspects qu'il considère comme fondamentaux : l'entreprise est d'abord une activité (activité de production, de transformation et de distribution de biens et de services). En ce sens, elle est une organisation économique. Conséquence, de ce premier aspect, l'entreprise est également la réunion de divers intérêts qu'elle fait naître[438] et est

---

recours aux contrats est moins coûteux que l'échange direct entre agents du marché. Elle est une coordination économique alternative au marché. L'entreprise y est représentée comme un système de relations contractuelles entre agents économiques. R. COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, éd. d'Organisation, 2005, 245 p.

[437] M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*. L.G.D.J., Coll. bibliothèque droit privé, 1956, p. 7-8.

[438] J. JUGAULT (coord.), *L'entreprise: nouveaux apports*, éd. Economica, coll. Travaux et recherches, série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, pp. 16-17.

à ce titre, un centre d'intérêts. Ces intérêts sont ceux des travailleurs, des créateurs, des bailleurs, des collectivités locales etc. sa nature est donc économique et sociale et non juridique, ce qui ne veut pas dire pour autant que le droit puisse l'ignorer. Bien au contraire puisque de la détermination de cette nature dépend la reconnaissance de la légitimité à certaines personnes à se voir attribuer des droits à l'égard de l'entreprise[439]. Il peut s'agir d'un droit à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, mais également de la possibilité de voir leurs intérêts être pris en compte par un juge au détriment des autres intérêts, en présence d'un conflit pouvant naître autour de la gestion ou d'une décision prise par l'entreprise[440].

172. La RSE s'inscrit dans cette perspective. Elle conduit à dépasser le débat portant sur la nature contractuelle de l'entreprise puisqu'elle porte en elle la prise en compte des relations existantes entre l'entreprise et son environnement, que celles-ci lui soient

---

[439] Il peut s'agir par exemple du droit à l'information ou à la consultation auprès des instances décisionnelles de l'entreprise.

[440] Cette approche de l'entreprise se retrouve dans les sciences économiques. Une des premières approches des fondements de la firme a consisté à s'interroger sur les objectifs de la firme. Des auteurs comme BAUMOL en 1967 vont ainsi ouvrir une brèche en émettant l'hypothèse que l'objectif de la firme n'est pas de maximiser le profit mais le taux de croissance des ventes. L'entreprise commence à avoir un autre objectif que le profit. Peu à peu l'entreprise est pensée comme une « organisation complexe composée de groupes différents dont les objectifs ne sont pas identiques». Il ressort de cette approche que l'entreprise n'a pas un seul objectif mais « un ensemble d'objectifs hiérarchisés ». La firme poursuit donc, selon ces auteurs, un objectif de satisfaction des membres du groupe. Les objectifs sont pécuniaires et non pécuniaires. Dans cette lignée, SIMON en 1979, qui analyse quant à lui les processus de décision dans l'entreprise, pose comme hypothèse que l'entreprise ne cherche pas le meilleur résultat mais un résultat satisfaisant, seule procédure permettant de satisfaire tous les membres du groupe. C'est ce qu'on appelle la théorie de la rationalité. De leur côté, des économistes tels CYERT et MARCH proposent une théorie dite behaviouriste en 1963 qui admet que la firme constitue une organisation composée d'individus ayant des intérêts divergents. Elle est le lieu de fortes oppositions et de négociations. Cette théorie vise à proposer des outils pour favoriser les prises de décisions internes permettant d'atteindre les objectifs de la firme. CHANDLER quant à lui, propose d'expliquer l'entreprise à travers l'histoire. Il en ressort que plus qu'une organisation, l'entreprise peut être abordée comme une véritable institution. Une définition de l'entreprise, correspondante à cette thèse, peut alors être proposée. Elle est « une institution économique regroupant un ensemble intégré d'unités fonctionnelles et opérationnelles, et administrée par une hiérarchie managériale à plusieurs niveaux ». Par opposition au marché, l'entreprise a donc une fonction de coordination d'activités et d'allocation de ressources. Selon lui, la firme s'impose comme institution durable. Apparaissant comme une alternative au marché, elle devient une véritable institution, B.CORIAT, O. WEINSTEIN, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, le livre de poche, 1995, p. 20 et s.

internes ou externes. Elle révèle ainsi les divers intérêts qui peuvent exister autour de l'entreprise. Il est important d'ailleurs de constater que les débats portant sur l'objet de l'entreprise ne prennent pas en compte l'appropriation par les entreprises elles-mêmes d'une approche ou d'une autre. Or, en choisissant d'intégrer des préoccupations extra-économiques à leurs activités ainsi qu'à leur stratégie, ce sont les entreprises elles-mêmes qui participent à consacrer une finalité véritablement sociétale à leur objet. Cette approche se traduit concrètement par une prise en compte des parties prenantes de l'entreprise, par l'entreprise elle-même, comme nous l'avons vu. C'est donc une approche sociale de l'entreprise, dont l'une des finalités premières reste la recherche du profit tout en intégrant « les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'Homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base (…)[441] » qui est consacrée par la RSE. En se concentrant sur les effets de l'activité de l'entreprise sur la Société en général, la RSE participe indéniablement à enrichir l'objet de l'entreprise car elle interroge sa fonction sociale et plus spécifiquement la prise en considération du lien existant entre les activités des entreprises et la Société au sein de laquelle elles s'inscrivent. Une telle démarche, proposée par les instances internationales et les Etats, impulsée par la société civile et surtout suivie par les entreprises, marque une remise en cause très nette de la théorie contractuelle de l'entreprise par la RSE.

[441] Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission Européenne, Bruxelles, 25 oct. 2011, COM(2011) 681 final.

CONCLUSION

SECTION 1

173. Le droit ne prévoit pas d'obligation spécifique pour les sociétés ou leurs dirigeants de prendre en compte les impacts de leurs activités sur la Société en général, ni sur les tiers, que ces activités se déroulent en France ou à l'étranger. Aucune disposition ne commande non plus aux entreprises de prendre en compte les intérêts des personnes susceptibles d'être affectées par leurs décisions stratégiques, autres que les parties prenantes « traditionnelles ». Or, en les incitants à prendre en compte les effets de leurs décisions et de leurs activités sur leur environnement, la RSE conduit les entreprises à s'intéresser à de « nouvelles » parties prenantes. Cet élargissement du cercle des parties prenantes favorise une approche plus globale de l'entreprise. C'est en réalité le rôle de l'entreprise vis-à-vis de ces parties prenantes et donc de la Société en général qui est interrogé, ce qui conduit à une redéfinition de l'objet de l'entreprise en l'ouvrant vers de nouvelles préoccupations sociétales. De ce point de vue, la RSE remet en cause l'idée jusqu'alors dominante de la recherche de profit comme finalité exclusive de l'entreprise et ses conséquences sur les droits et obligations de chacune des parties prenantes de l'entreprise. L'approche institutionnelle de l'entreprise devient alors le fondement d'une nouvelle compréhension de l'entreprise, sa dimension sociétale étant mise sur le même plan que sa dimension économique. Au vu des théories exposées précédemment, cette idée n'est pas nouvelle. Ce qui l'est en revanche c'est la recherche d'une réconciliation « de l'économie et du social qui deviennent deux priorités, complémentaires plus qu'antinomiques[442] ». C'est cette réconciliation qui permet de rééquilibrer les relations entre l'entreprise et ses parties prenantes, en se concentrant davantage sur les intérêts en présence et donc sur son objet social, que sur sa structure juridique. Or, en identifiant l'entreprise à travers son objet social, ses frontières s'en trouvent redéfinies. En effet, il ne s'agit plus tant pour l'entreprise de se préoccuper exclusivement de sa pérennité financière, et donc de satisfaire uniquement les personnes intéressées par cet objet, mais bien d'aller au-delà. L'élargissant du cercle des intérêts qui entourent l'entreprise conduit ainsi à élargir les frontières de l'entreprise qui ne sont plus tant définies par des structures juridiques que par l'influence d'une entreprise sur ses parties prenantes.

---

[442] A. BAREGE, *L'éthique et le rapport de travail*, Thèse, LGDJ, T.47, 2008, p. 137.

SECTION II - L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE REDÉFINIE DANS SES FRONTIERES

174. Evoquer les « frontières » de l'entreprise, c'est d'abord s'intéresser à sa délimitation spatiale. Une frontière marque une limite géographique induisant un dedans et un dehors. S'intéresser aux frontières de l'entreprise c'est donc s'interroger sur ce qui relève de l'intérieur et de l'extérieur de l'entreprise. Cette délimitation est nécessaire pour la détermination du champ d'application des règles visant l'entreprise et corrélativement l'identification des responsabilités : quelle entité est visée par la règle ? Qui est responsable ? Du point de vue juridique, c'est le principe d'autonomie juridique, attachée à la personnalité juridique propre à une entité, personne morale, qui permet de délimiter les frontières juridiques d'une société. Au-delà de simples limites géographiques, les frontières permettent également de délimiter l'étendue de l'exercice du pouvoir. Par principe, le pouvoir détenu par l'employeur s'exerce, au sein d'une entité, sur les salariés qui y travaillent. De même, les droits et devoirs des actionnaires ne peuvent s'exercer au-delà des enceintes de la société. Du principe d'autonomie juridique découle enfin une limitation des obligations pesant sur une société puisque celle-ci ne peut se voir imposer aucune obligation de veiller à la conduite des affaires d'autres sociétés et ce, malgré les relations de dépendance ou de contrôle pouvant exister entre elles. Or, les entreprises transnationales, organisées sous forme de groupe ou de réseaux, sont bâties sur des relations de pouvoir, de contrôle, de dépendance ou encore d'influence, qui perturbent ces frontières, voire les transgressent.

175. C'est pour prendre en compte la réalité de ces relations que la notion de sphère d'influence, qui est au cœur de la RSE, a été utilisée dans les textes incitant les entreprises à plus de responsabilité dans la conduite de leurs affaires. Evoquée pour la première fois dans le Pacte mondial en 1999, la notion de sphère d'influence a ensuite été reprise par le projet de normes des Nations Unies[443], sans qu'aucune définition ne soit proposée. Pour cette raison le Conseil des droits de l'Homme a chargé le

[443] Sous-commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, *Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises,* août 2003, ce projet de normes a finalement été rejeté par la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

Représentant spécial des Nations Unies (SRSG) de clarifier les contours de cette notion[444]. Cette démarche a conduit ce dernier à exclure la sphère d'influence des Principes Directeurs des Nations Unies, la considérant comme floue et inutile pour clarifier le périmètre de responsabilité des entreprises à respecter les droits de l'Homme[445]. La notion de « *due diligence* » ou diligence raisonnable a donc été préférée à celle de sphère d'influence, ce qui peut être discutée. Comme l'ont relevé certains auteurs, la sphère d'influence porte sur « l'identification d'un domaine (« *area* »), où se développent des relations de tous types entre l'entreprise et son environnement (personnes et autres entreprises) ». La notion de diligence raisonnable a un objet différent puisqu'elle repose « sur l'existence d'une démarche (« *an effort* ») tendant à identifier les risques liés à un activité ou à un projet au sens large ». En réalité, le SRSG ne s'est pas détaché de l'approche particulièrement large et floue proposée par le Pacte mondial de la notion de sphère d'influence. On peut, de ce point de vue, comprendre le choix qui a été fait de l'exclure du texte[446].

176. Le Pacte mondial présente en effet la sphère d'influence sous la forme de cercles concentriques représentants les différentes entités, personnes ou domaines, sur lesquels

---

[444] Résolution du Secrétaire Général des Nations Unies, Résolution portant sur l'identification et la clarification des normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises au regard des droits de l'homme, SG/A/934, 28 juillet 2005.

[445] Dans son rapport « Protect, Respect and Remedy » du 7 avril 2008, John Ruggie rejette la notion de « sphère d'influence », au profit de celle de « due diligence » : « It is necessary to point out that my report in fact finds that the concept of 'sphere of influence' is unhelpful for further elucidating the boundaries of the responsibility to respect. Instead, I refer to the concept of 'due diligence' as a useful tool », Conseil des droits de l'Homme, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avril 2008 ; J. RUGGIE, *Response by John Ruggie to Ethical Corporation Magazine,* 10 juin 2008 (http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5949, cité par M. DOUCIN, *Analyse des notions de « due diligence » et de « 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*, Ministère des affaires étrangères, 22 mars 2010, p. 14, disponible sur www.diplomatie.gouv.fr.

[446] Voir en ce sens Conseil des droits de l'Homme, *Clarifying the concepts of "sphere of influence" and "complicity"*, Report of the Special representative of the Secretary-General on the issue of Human rights and transnational corporations and other Business enterprises, John Ruggie, 15 Mai 2008, A/HRC/8/16.

une entreprise peut avoir une influence. Comme le note F.-G. TREBULLE, chaque cercle ou « sphère » « suggère une gradation dans l'influence qui peut être corrélée avec une gradation dans la responsabilité[447] ». En d'autres termes, il s'agit de l'influence, exercée ou potentielle, d'une entreprise sur son environnement, au sein de laquelle se trouvent toutes les parties prenantes, tels que les partenaires commerciaux, les pouvoirs publics, les salariés, les communautés locales etc. Retenir une telle approche soulève deux séries de questions. La première concerne la détermination du degré d'influence de l'entreprise sur chacune de ces parties prenantes, celle-ci pouvant être plus ou moins directe selon la partie prenante concernée. Or, la RSE ne proposant en apparence aucun critère pour répondre à cette question, la responsabilité de l'entreprise en devient illimitée. De ce point de vue, on comprend que la notion de sphère d'influence ait été exclue des Principes Directeurs car jugée trop floue. La seconde concerne les domaines couverts par cette sphère d'influence. Entendue aussi largement, la sphère d'influence reviendrait à prendre en compte les parties prenantes de l'entreprise. Or, les normes de RSE traitent la problématique des parties prenantes de manière spécifique, comme nous l'avons vu, ce qui rendrait effectivement inutile le recours à la notion de sphère d'influence. En se détachant de l'approche proposée par le Pacte mondial et en étudiant les textes dans lesquels la notion est évoquée ou suggérée, la notion de sphère d'influence apparaît plus restrictive et démontre toute son utilité. Elle apparaît en effet comme un critère de délimitation des frontières de l'entreprise (§1), aux contours flexibles, et donc adaptés aux nouvelles formes d'organisation des entreprises (§2).

§ 1 . L'entreprise délimitée par sa sphère d'influence

177. Les affaires mettant en cause les effets négatifs découlant des structures juridiques des chaînes de sous-traitance, transfrontalières bien souvent, sur le non respect de certains droits en matière de travail, d'environnement, de santé ou de sécurité, sont de plus en plus nombreuses. ONG et syndicats interpellent régulièrement les sociétés, dont le siège social se trouve en Europe, pour dénoncer leur inertie dans leurs relations d'affaire avec leurs fournisseurs ou sous-traitants situés dans des pays où le droit n'est

[447] M. DOUCIN, Analyse des notions de « due diligence » et de « 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, *op. cit.*, p. 19, note 61.

pas respecté. De même, des sociétés-mères sont régulièrement mises en cause pour leur implication ou au contraire leur inaction dans des violations commises par leurs filiales situées à l'étranger. De telles affaires soulèvent la question de la responsabilité, pour une société, de veiller au respect, par ses partenaires commerciaux, de certains principes internationaux[448]. Une telle responsabilité n'existe pas dans notre système juridique, les sociétés n'étant soumises à aucune obligation générale de ce genre. Cette situation découle du principe d'autonomie juridique des personnes morales, lequel a finalement pour fonction de délimiter le périmètre de responsabilité des sociétés et donc les frontières de l'entreprise. De prime abord, il serait en effet surprenant de déclarer l'autonomie juridique d'une société tout en imposant à une autre, elle aussi autonome, de veiller au respect par la première, de ses obligations. Une application aussi stricte du principe d'autonomie juridique revient pourtant à nier l'existence des relations de contrôle et d'influence qui se nouent entre les sociétés et qui participent à étendre les frontières de l'entreprise, mais dont le droit ne tire que partiellement les conséquences en termes d'obligations et de responsabilités. C'est pourtant cette problématique qui s'abrite derrière la notion de sphère d'influence laquelle, bien loin de n'évoquer que l'influence pouvant être exercée par une entreprise sur son milieu, vise surtout la responsabilité de l'entreprise dans de ses relations d'affaires. Or, en plaçant la problématique des relations d'affaires au cœur de la notion de sphère d'influence (A), le principe d'autonomie juridique, comme critère de délimitation des frontières de l'entreprise, se trouve remis en cause (B).

A. Les relations d'affaires au cœur de la notion de sphère d'influence

178. Aucun des textes de droit international mentionnant expressément la notion de sphère d'influence ne la définit. Il a fallu attendre le vote de la norme ISO 26000 sur la Responsabilité sociétale des organisations pour qu'une telle définition soit proposée. Pour l'application de cette norme, la notion de sphère d'influence se réfère à « la portée/l'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

[448] La notion de sphère d'influence peut parfois être confondue avec la théorie des parties prenantes, laquelle renvoie davantage au lien direct existant entre une entreprise et les personnes qu'elle peut affecter, indépendamment de tout lien commercial.

personnes ou d'autres organisations[449] ». Une note précise en outre que « la capacité d'influer n'implique pas, en soi, la responsabilité d'exercer une influence[450] ». La définition reste quant à elle très large, puisqu'elle se contente de cibler tous types d'acteurs avec lesquels une organisation aurait des relations, pourvue que celles-ci soient politiques, contractuelles ou économiques. De ce point de vue, la notion de sphère d'influence reste floue, en se limitant à inciter l'entreprise à tenir compte de ces diverses relations, sans aucune limite. L'étude des textes internationaux nous éclaire davantage, que la notion y soit expressément citée ou non d'ailleurs, les relations d'affaires apparaissant comme un élément central de la sphère d'influence (1), ce que révèlent également les évolutions récentes du droit européen sur cette question (2).

1) *Les relations d'affaires, un élément central des textes internationaux*

179. Le terme de « sphère d'influence » a été expressément exclu du texte des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme[451] , du fait de son « imprécision » et de son « ambiguïté »[452]. Il est vrai que les textes la mentionnant ne définissent pas son contenu. Selon le Représentant Spécial des Nations Unies, cette notion recouvre deux significations : l'influence peut d'une part renvoyer à l'idée d' « impact » issu des activités d'une entreprise ou de ses relations, sur la violation des droits de l'Homme ; elle peut d'autre part renvoyer à l'idée de « levier » (le terme utilisé en anglais est « *leverage* ») qu'une entreprise peut avoir sur d'autres acteurs qui pourraient causer une telle violation. Dans les deux cas, la notion de sphère d'influence impliquerait, pour une entreprise, une responsabilité d'agir chaque fois qu'elle en a le pouvoir, sans qu'aucune limite ne puisse être précisée. En excluant cette notion du texte des Principes Directeurs, le Représentant Spécial laisse le choix aux entreprises de délimiter elles-mêmes le périmètre de leurs responsabilités. Pour autant, les

---

[449] ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO, 2010, point 2.19.
[450] *Idem*., note 1, sous pt. 2.19.
[451] Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, 21 mars 2011, A/HRC/17/31.
[452] Conseil des droits de l'Homme, Clarifying the concepts of "sphere of influence" and "complicity", op. cit., p. 5.

responsabilités découlant des relations d'affaires ne sont pas exclues du texte. La référence est seulement plus diffuse. Les Principes Directeurs des Nations Unies ne se limitent pas aux entreprises multinationales mais vise toutes les entreprises. Ainsi, le principe 13 précise que « la responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises (…) qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences ». Les entreprises doivent donc avant tout se prémunir contre les risques que pourraient entrainer leurs relations commerciales, lesquelles sont définies comme « les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux[453]». Si dans le texte, il n'est pas fait expressément mention à la notion de sphère d'influence comme critère de délimitation des responsabilités des entreprises, les Principes Directeurs reconnaissent malgré tout implicitement les relations d'influence qui se nouent entre sociétés en les incitant à prendre en compte les effets potentiellement négatifs de leurs relations commerciales et à en tirer les conséquences.

180. Au contraire des Principes Directeurs des Nations Unies, le Pacte mondial se réfère expressément à la notion de sphère d'influence, mais sans qu'elle ne soit définie. Elle vise à inciter les entreprises à promouvoir et à respecter les droits de l'Homme sur leur lieu d'activité mais également au-delà, en fonction de leur influence[454]. Le Pacte Mondial se limite à inciter les entreprises à adopter, soutenir et appliquer « dans leur sphère d'influence » un ensemble de valeurs fondamentales. La notion n'est pas définie, mais est présentée sous forme de cercles concentriques recouvrant chacun un domaine, des personnes ou des entités sur lesquels l'entreprise peut avoir une influence. Une « définition » aussi large permet de comprendre la position retenue par le SRSG puisque l'influence y est alors sans limite, de même que la responsabilité qui en découlerait. Les détails fournis quant à la mise en œuvre du Pacte font pourtant ressortir un aspect plus restreint de ce texte. Ce sont en effet les relations d'affaires entre sociétés qui sont

---

[453] Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », op. cit., Commentaire sous principe 13.
[454] Conseil des droits de l'Homme, Clarifying the concepts of "sphere of influence" and "complicity", op. cit., note 68, p. 5.

particulièrement visées par cette notion. Le guide pour les entreprises sur les principes du travail du Pacte mondial insiste par exemple sur le risque de complicité dont peuvent se rendre coupables les entreprises pour non respect de ces Principes chez leurs fournisseurs ou sous-traitants[455]. Le Pacte encourage ainsi les entreprises à mettre en œuvre des principes de responsabilité dans un périmètre large, en ne se limitant pas à leur simple structure sociétaire mais en allant au-delà.

181. Le projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises avait d'ailleurs repris cette notion comme critère de délimitation du périmètre de responsabilité des entreprises[456]. Ce texte tenait compte de la structure complexe des entreprises transnationales et distingue le groupe de son réseau. Le projet de Normes prévoyait ainsi que « dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des populations autochtones et autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation [457]». La délimitation de cette sphère d'influence est précisée dans les conditions de mise en œuvre des Principes. Dans le premier cercle, l'entreprise doit adopter des règles internes permettant d'assurer le respect des normes ; dans le second, l'entreprise doit appliquer et intégrer les Normes « à ses contrats ou autres accords et transactions avec des partenaires, sous-traitants, fournisseurs, concessionnaires, distributeurs ou toute autre personne physique ou morale qui conclut quelque accord que ce soit avec la société ou l'entreprise afin de garantir l'application et le respect des Normes[458] ». C'est donc à travers les relations capitalistiques et contractuelles sur

---

[455] BIT, « Les principes du travail du Pacte Mondial des Nations Unies : Guide pour les entreprises », Bureau international du Travail, Genève, 2010, pp. 21-23.

[456] Sous-commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises, août 2003, op. cit. ; voir également les commentaires E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2. A propos des normes, voir E. DECAUX, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales », in I. DAUGAREILH (dir.), Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 459-474.

[457] Sous-commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises, op. cit., A-Obligations générales.

[458] *Idem*, §.H- Dispositions générales visant la mise en œuvre.

lesquelles se forment les relations d'affaires que l'entreprise est incitée à exercer son influence.

182. Cette idée se retrouve dans le texte des Principes Directeurs de l'OCDE, ainsi que dans la déclaration Tripartite de l'OIT, même si aucun d'eux ne mentionnent expressément la notion de sphère d'influence mais se contente d'inciter les entreprises à dépasser leurs structures juridiques pour exercer leur influence sur leurs partenaires commerciaux. La Déclaration tripartite de l'OIT tient compte par exemple de la complexité structurelle des entreprises multinationales. Elle vise indifféremment les diverses entités du groupe comme le groupe dans son ensemble, selon « la répartition des responsabilités entre elles [459]». L'OIT prend acte des relations étroites qui existent entre les membres d'un groupe de sociétés et, au même titre que les Principes Directeurs de l'OCDE, passe outre les conséquences théoriques d'autonomie attachées aux séparations juridiques des membres du groupe. En l'absence d'une répartition des responsabilités entre les sociétés du groupe, l'OIT les invite à coopérer et à s'entraider pour observer les Principes énoncés. La grande différence avec les Principes Directeurs de l'OCDE tient au fait que la déclaration ne vise pas les relations avec les sous-traitants. Elle se contente d'inciter les entreprises multinationales à conclure des contrats avec des entreprises nationales pour promouvoir l'emploi dans les pays en développement. Au contraire, les Principes Directeurs visent avant tout la réalité organisationnelle de l'entreprise, au-delà des découpages juridiques entre les sociétés. Si la notion de sphère d'influence n'y est pas expressément mentionnée, les principes relatifs à son champ d'application s'y réfèrent implicitement, puisque ce sont aux entreprises de les appliquer par le biais de leurs relations d'affaires[460]. Notons également qu'aucune définition de l'entreprise multinationale n'est proposée ce qui permet de conditionner l'applicabilité des principes à la capacité d'influence des entreprises, indépendamment de leur forme juridique. D'ailleurs, dans la mise en œuvre des Principes Directeurs, les séparations

[459] OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Genève, 2006, préambule.

[460] Voir sur cette question, M. DOUCIN, Analyse des notions de « due diligence » et de « 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, op. cit. , note 61.

juridiques existantes entre sociétés d'un même groupe ne sont pas pertinentes[461]. Cela semble logique au regard des objectifs du texte qui vise justement les entreprises multinationales. Si un lien commercial doit être démontré entre l'entreprise mise en cause et celle exerçant un pouvoir de contrôle, le principe d'autonomie juridique ne peut donc pas être reçu comme un argument pertinent par le Point de Contact National pour refuser d'étudier un cas qui lui serait soumis. Ce principe juridique, pourtant présent dans toutes les législations reconnaissant l'existence de personnes morales, n'est donc jamais appliqué dans la mise en œuvre des Principes Directeurs. La procédure de mise en œuvre des Principes Directeurs offre là un avantage non négligeable aux victimes d'entreprises multinationales, lesquelles peuvent alors viser l'entreprise dans son ensemble.

183. Les relations d'affaires sont enfin un élément central de la notion de sphère d'influence telle qu'utilisée par la norme ISO 26000. La notion de sphère d'influence y est intimement liée à la définition de la RSE, définie comme : « la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement se traduisent 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 est en accord avec les normes internationales de comportement et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations ». D'après cette définition ce sont donc les impacts sur la société ou l'environnement qui déterminent la responsabilité d'une organisation, que ceux-ci soient positifs ou négatifs. Une organisation qui désire suivre la démarche de l'ISO 26000 doit suivre plusieurs principes dont celui de redevabilité. En applications de ce principe, une organisation doit assumer ses décisions et activités et

[461] C'est ce qu'il ressort de la définition retenue de l'entreprise multinationale par les Principes directeurs : « Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte. Les Principes directeurs s'adressent à toutes les entités qui composent l'entreprise multinationale (sociétés mères et/ou entités locales). En fonction de la répartition effective des responsabilités entre elles, on attend des différentes entités qu'elles coopèrent et se prêtent mutuellement concours pour faciliter l'observation des Principes directeurs. », OCDE, *Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, OCDE, mai 2011, I. Concepts et principes, § 4 p. 19-20.

rendre compte de ses impacts. Pour cela, l'organisation est invitée à identifier son périmètre de responsabilité. C'est en effet l'une des premières étapes de la démarche ISO, lorsqu'une organisation décide de s'engager vers des pratiques plus responsables. La société doit donc choisir son périmètre de responsabilité : soit la structure sociétaire, soit le groupe, soit le groupe et son réseau de partenaires commerciaux. Une société qui externalise une partie de ses activités vers des partenaires commerciaux constants, et qui est organisée sous forme de groupe de sociétés, n'a aucun intérêt à limiter sa démarche à la société pivot. En ne mettant pas en place des processus de RSE auprès de ses partenaires, elle se priverait d'une prévention des risques réellement efficace et serait de toute façon contraire à l'objet même de la RSE tel que défini par la norme elle-même. En ayant recours à la notion de sphère d'influence, la norme vise ainsi une délimitation plus large du périmètre de responsabilité de l'entreprise que celui induit par les critères juridiques traditionnels de domination ou de contrôle. En effet, définir un périmètre de responsabilité par le critère du contrôle le limite aux entités sur lesquelles la société pivot exerce un contrôle de droit via des moyens juridiques. En revanche, retenir la sphère d'influence permet d'aller au-delà des sous-traitants ou fournisseurs de 1er rang, en relation contractuelle directe avec la société pivot, et d'y inclure les entités sur lesquelles l'entreprise a la capacité d'exercer une influence, ce qui caractérise aujourd'hui l'entreprise à structure complexe. Concrètement, la société est invitée à identifier ses parties prenantes afin de travailler avec elles, soit pour limiter ses propres impacts sur ces dernières, soit pour accompagner les impacts de leurs propres activités tirés de cette influence. A travers cette notion, la norme ISO 26000 participe à dévoiler les frontières de l'entreprise à structure complexe puisqu'elle incite la société principale à adopter des normes ou moyens d'actions en matière de RSE au sein de sa structure telle qu'elle ressort de sa véritable organisation économique. Selon l'AFNOR, le choix de cette notion répond directement à un besoin de donner une réponse à l'extension de la sous-traitance en cascade ainsi qu'aux pratiques des groupes de sociétés qui s'exonèrent de leur responsabilité vis-à-vis des impacts de leurs filiales à travers par exemple les participations croisées[462]. La notion de sphère d'influence, en tant que concept dynamique, permet en tout état de cause de répondre aux rapides changements induits

[462] M. AUBRUN (et al.), ISO 26000 – Responsabilité sociétale - comprendre, déployer, évaluer, AFNOR, déc. 2010, Paris, p. 25.

par des relations d'affaires de plus en plus disparates et nombreuses, issues des choix d'externalisation de nombreuses entreprises.

2) *La prise en compte des relations d'affaire par le droit européen à travers la notion de sphère d'influence*

184. Les institutions européennes reconnaissent aujourd'hui la difficulté à identifier les responsabilités des différents acteurs de la chaîne de production du fait de « la complexité des liens entre les sociétés-mères et leurs filiales et entre les principaux contractants et leurs sous-contractants[463] ». La question de la régulation des chaînes de sous-traitance fait partie intégrante de l'agenda politique actuel du Parlement européen. La notion de sphère d'influence décrite dans les textes internationaux en matière de RSE a eu pour effet d'inciter les institutions européennes à s'intéresser aux problématiques soulevées par les chaînes de sous-traitance afin d'éviter que certains acteurs ne profitent de « l'hétérogénéité des législations nationales[464] » et créent au contraire des chaines de sous-traitance éthiques. Le Parlement européen est particulièrement sensible à cette question depuis quelques années et tente d'inciter la Commission européenne et le Conseil à légiférer sur cette question.

185. Plusieurs résolutions du Parlement se sont concentrées sur l'incidence de la sous-traitance (transfrontalière surtout) sur les conditions de travail, la responsabilité fiscale ou la sécurité sociale. Dès 2006, le Parlement invitait par exemple la Commission à proposer un cadre législatif régissant la responsabilité conjointe et solidaire pour les entreprises générales ou principales, dans le but de s'attaquer aux abus en matière de sous-traitance transfrontalière[465], afin de garantir que « tous les sous-traitants assument la responsabilité sociale de leur entreprise en ce qui concerne les droits des

---

[463] Parlement européen, Proposition de résolution sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaines de production, 12 février 2009, 2008/2249(INI), §. D.

[464] M-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS, (et al.), Entreprise et développement durable : approche juridique pour l'acteur économique du XXIe siècle, Lamy, coll. Axe droit, 2011, p.253.

[465] Parlement européen, Résolution sur l'application de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs, 26 octobre 2006, 2006/2038 (INI).

travailleurs[466] ». Cette résolution ne mentionne à aucun moment le degré de relation qui est visé mais relève les limites des législations nationales qui circonscrivent la responsabilité à une seule société de la chaîne. Son objet porte donc surtout sur les chaînes de sous-traitance en cascade en proposant un régime de responsabilité qui dépasse la simple relation contractuelle ou qui se limiterait à l'influence directe, c'est-à-dire aux sous-traitants de premier rang.

186. La Résolution du Parlement européen portant sur la RSE dans les accords commerciaux internationaux est à cet égard plus précise[467]. Le Parlement estime que la Commission européenne « devrait étudier les possibilités d'établir une définition harmonisée des relations entre une entreprise, désignée comme «maison-mère» et toute entreprise se trouvant dans une relation de dépendance par rapport à elle, qu'il s'agisse de filiale, de fournisseurs ou de sous-traitants, afin de faciliter ensuite la responsabilité juridique de chacune[468] ». La notion de sphère d'influence y est définie comme couvrant les filiales et les chaînes d'approvisionnement[469]. Au regard du droit européen, la notion de sphère d'influence vise donc principalement les relations d'affaires.

187. La volonté du Parlement européen d'encadrer les relations d'affaires est indéniablement influencée par la RSE et plus particulièrement la notion de sphère d'influence. En incitant les entreprises à responsabiliser les relations d'affaires, la notion de sphère d'influence révèle en effet les problématiques soulevées par ces relations, très

---

[466] Parlement européen, Proposition de résolution sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaines de production, op. cit., note 80, §. 8.

[467] Parlement européen, *Résolution sur La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, 25 nov. 2010, (2009/2201(INI) §6.

[468] Parlement européen, Résolution sur La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux, op. cit., note 84, §6.

[469] Le Parlement propose à la Commission européenne que les futurs accords commerciaux négociés par l'Union contiennent un chapitre sur le développement durable incluant une clause sur la RSE fondée en partie sur les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et que cette clause comporte notamment « une obligation de diligence pour les entreprises et groupes d'entreprises, c'est-à-dire l'obligation de prendre des mesures anticipatives afin d'identifier et de prévenir toute violation des droits de l'homme et des droits environnementaux, la corruption ou l'évasion fiscale, y compris dans leurs filiales et leurs chaînes d'approvisionnement, c'est-à-dire leur sphère d'influence », Parlement européen, *Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, *op. cit*. note 84, §26-e.

peu encadrées juridiquement. Elle permet de légitimer la recherche de solutions législatives au-delà des constructions juridiques choisies par les entreprises. L'adoption le 17 janvier 2013, par le Parlement européen, d'une résolution portant sur les victimes d'incendies survenus dans des usines de textiles au Bangladesh et au Pakistan, respectivement en novembre et septembre 2012, est à cet égard significative. Cette résolution démontre que le contrat et le principe d'autonomie juridique ne sont pas des obstacles à une prise en compte de la réalité des effets induits par les chaînes de sous-traitance transfrontalières[470]. Le Parlement, en demandant « aux grandes marques internationales de vêtements » de réexaminer leurs chaînes de sous-traitance et de « coopérer avec leurs fournisseurs afin d'améliorer les normes de santé et de sécurité au travail [471]», leur demande implicitement d'exercer leur influence sur leurs partenaires commerciaux. Le Parlement applique d'une certaine façon la notion de sphère d'influence, sans laquelle les principes d'autonomie, de souveraineté et d'indépendance contractuelle auraient fait obstacle. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le Parlement va même jusqu'à demander à la Commission « d'encourager activement les entreprises européennes présentes à l'étranger à se comporter obligatoirement de manière responsable, en particulier en respectant à la lettre toutes leurs obligations juridiques, et notamment les règles et les normes internationales relatives aux droits de l'Homme, au travail et à l'environnement[472] ». Or, une société ne peut juridiquement être « présente » à l'étranger que via ses partenaires commerciaux sur lesquels elle peut exercer une influence. L'idée de sphère d'influence dépasse donc largement aujourd'hui la représentation par cercles concentriques proposée par le Pacte mondial. Cette approche est d'ailleurs confirmée par une résolution votée le 6 février 2013 par le Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises portant sur le comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable dans laquelle il estime « que la responsabilité sociale d'une entreprise doit être évaluée au vu du comportement des entreprises participant à sa chaîne d'approvisionnement et de ses

[470] Parlement européen, Les grandes marques occidentales ont admis avoir des contrats de fourniture avec les propriétaires » des usines en question, Parlement européen, Résolution sur les victimes d'incendies survenus récemment dans des usines textiles, en particulier au Bangladesh, 17 janv. 2013, (2012/2908(RSP), §E.
[471] *Idem.*, § 7.
[472] *Id.*, § 8.

éventuels sous-traitants[473] ». Pour ce faire, le Parlement 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[474].

188. Ces résolutions traduisent les objectifs des normes de RSE puisqu'elles amènent à s'interroger sur la responsabilité, pour une société, de surveiller la conduite des activités menées par ses partenaires commerciaux. Plus précisément, il s'agirait d'un devoir d'agir qui découlerait de l'influence exercée par une société sur ses partenaires. La détermination de l'étendue des responsabilités de l'entreprise au-delà de ses frontières juridiques est donc un élément central de la RSE qui s'exprime à travers la notion de sphère d'influence. Celle-ci permet d'étendre les devoirs des entreprises en fonction de leur influence réelle et non des frontières de leur personnalité juridique. En cela, l'introduction de la notion de sphère d'influence dans la RSE soulève à nouveau la problématique de la responsabilité des entreprises au-delà de leur autonomie juridique en remettant en cause le recours à ce principe comme critère de délimitation de leurs frontières et donc de leur responsabilité.

B. Le principe d'autonomie juridique comme critère de délimitation des frontières de l'entreprise interrogé par la notion de sphère d'influence

189. Le principe d'autonomie juridique permet notamment de déterminer les frontières et donc les responsabilités d'une société. Le maintien de ce principe comme critère principal de délimitation des frontières ne permet pourtant pas de prendre en compte les relations de pouvoir qui naissent de certaines relations d'affaires alors qu'elles façonnent la sphère d'influence d'une société. Etant d'origine extra juridique, la RSE a engendré des normes et des outils qui ne se limitent pas aux frontières juridiques délimitées par le principe d'autonomie juridique. La RSE incite au contraire les entreprises à regarder au-delà de ces frontières pour prendre en compte les effets réels liés à l'exercice de leur pouvoir sur leurs partenaires commerciaux. C'est cette idée qui se retrouve dans la notion de sphère d'influence, qui est apparue dans les textes portant sur la responsabilité

---

[473] Parlement européen, Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 28 janvier 2013, 2012/2098 (INI), §8.
[474] *Idem*, §22.

sociétale des entreprises, et plus spécialement celle des entreprises transnationales. A travers cette notion, les entreprises sont invitées à respecter un certain nombre de droits et de valeurs fondamentaux, mais surtout à les promouvoir auprès des autres sociétés sur lesquelles elles ont une influence. Le périmètre de ces engagements est plus ou moins précis selon les textes et varie dans son étendue. A travers cette notion est reconnue la capacité d'influence de certaines entreprises sur d'autres et surtout la volonté d'en tirer les conséquences en termes de responsabilité sociétale, indépendamment des séparations juridiques pouvant exister entre sociétés, qu'il s'agisse d'autonomie juridique ou d'indépendance contractuelle. C'est une reconnaissance de la réalité organisationnelle des entreprises qui renvoie directement aux adaptations législatives et jurisprudentielles du principe d'autonomie juridique évoquées précédemment[475].

190. Si la notion de sphère d'influence rappelle les situations dans lesquelles le juge ou le législateur sont parfois amenés à dépasser le principe d'autonomie juridique, cette notion ne saurait pourtant à elle seule remettre en cause le principe d'autonomie juridique, sauf à démontrer que les exceptions à ce principe ne sont pas une remise en cause du principe d'autonome juridique. Or, pour expliquer les entorses du législateur ou du juge au principe d'autonomie juridique, les auteurs se penchent sur des raisons extérieures à ce principe, alors qu'en dissociant autonomie formelle et autonomie réelle, comme nous y invite la notion de sphère d'influence, une autre explication apparaît, démontrant par la même occasion que l'existence juridique des sociétés n'est nullement remise en cause lorsque l'autonomie réelle prévaut[476]. La notion de sphère d'influence pourrait ainsi être génératrice de nouvelles obligations pour les sociétés, sans que le principe d'autonomie juridique interprété de manière formelle, ne soit pour autant ignoré.

191. La multiplication des exceptions au principe d'autonomie juridique des personnes morales a interrogé nombre d'auteurs. Expliquer les raisons pour lesquelles le principe d'autonomie juridique est tantôt appliqué de manière stricte, tantôt ignoré ou mis de côté par le juge ou le législateur, c'est permettre de trouver une cohérence dans un droit des groupes devenu totalement éclaté, et des relations de sous-traitance qui sont souvent

---

[475] *Supra*, chapitre 1, p. 61 et s.

[476] Voir par exemple C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998, p. 78.

ignorées. Les premières victimes d'une telle incohérence sont d'ailleurs les sociétés elles-mêmes, qui ne peuvent prévoir les limites au-delà desquelles leurs relations entretenues avec une autre société seront jugées trop étroites pour maintenir le principe d'autonomie.

192. L'un des auteurs ayant participé à la recherche d'une telle cohérence est C. HANNOUN. Constatant que la jurisprudence a « accordé des conséquences juridiques déterminées à l'existence d'un groupe de sociétés [477]», il a cherché à expliquer le paradoxe ainsi créé entre les notions de groupe et de société indépendante. Selon lui, reconnaître un groupe c'est admettre l'unité constituée par ses membres, alors que « distinguer les sociétés en raison de leur autonomie, c'est les rendre étrangères les unes par rapport aux autres[478] ». Reconnaître un groupe aurait surtout pour effet de « rendre inopposable la personnalité de la filiale (…), celle-ci ne pouvant opposer son autonomie juridique pour échapper à un engagement pris par la société-mère[479] ». Ce constat a inévitablement interrogé la doctrine qui a proposé plusieurs fondements permettant de justifier ce paradoxe. En reprenant chacune des techniques juridiques supposées expliquer la prévalence du groupe sur la société indépendante, C. HANNOUN conclut que « globalement aucune théorie n'a de vocation explicative générale[480] ». Ainsi, la théorie de l'apparence qui explique que des tiers aient été induits en erreur du fait d'une confusion des éléments matériels entre sociétés, ne permet pas d'expliquer toutes les décisions ayant reconnu les groupes, et ce d'autant que certaines décisions se sont contentées de relever la confusion des éléments matériels unissant des sociétés, sans qu'il y ait eu nécessairement une erreur des tiers[481]. De même, la théorie de la société créée de fait n'est pas satisfaisante car les notions d'apports et d'*affectio societatis* nécessaires à la reconnaissance d'une société, nécessitent une réelle imbrication entre sociétés. Or, le lien entre sociétés appartenant à un même groupe n'entraîne pas systématiquement d'intégration suffisamment forte pour permettre de considérer l'existence d'un *affectio societatis*. Partant de ce constat, C. HANNOUN explique que le paradoxe créé par les groupes – paradoxe tiré de la pluralité de sujets en un -, se justifie

[477] C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., coll. Thèses, 1991, p. 50.
[478] *Idem*, p. 50, §74.
[479] *Id.*, p. 52.
[480] *Id.*, p. 52, §86.
[481] *Id.*, p. 58.

par la recherche des juges de trouver « la solution la plus appropriée au-delà des formes juridiques perçues comme des fictions qui n'ont pas de raison d'être en dehors de leur fonction[482] ». Le juge doit ainsi rechercher l'équilibre entre l'application stricte du principe d'autonomie et la règle qui a vocation à s'appliquer. Le paradoxe du groupe en droit est donc de tirer les conséquences de leur unité, tout en maintenant les effets attachés à la personnalité juridique. Les solutions seraient motivées par la recherche d'un équilibre entre d'une part la promotion de l'intérêt du groupe, et d'autre part la protection d'intérêts catégoriels[483]. Selon la solution trouvée, sont ainsi protégés soit les intérêts externes au groupe, soit l'intérêt du groupe[484]. Le maintien ou l'éviction du principe d'autonomie dépendrait ainsi de la règle qui a vocation à s'appliquer. La théorie de la transparence permettrait ensuite de déterminer un critère de transparence des groupes de sociétés[485]. A l'instar des méthodes de conflits de lois appliquées en droit international privé, le juge serait amené à se pencher sur les objectifs poursuivis par les règles en présence pour évincer ou non le principe d'autonomie. C. HANNOUN déplace donc l'analyse du côté de la norme à appliquer et non plus du côté de la personne morale.

193. Pour autant, en évitant de se pencher sur les relations existantes entre sociétés et en se limitant à l'objet de la norme à appliquer, le risque est d'ignorer la réalité des relations de pouvoir et de justifier l'application d'une règle pour des raisons d'opportunité. En d'autres termes, la théorie de la gouvernementalité[486] a bien une valeur explicative, mais ne permet pas de justifier que de nouvelles obligations soient fondées sur le pouvoir exercé au sein des relations entre sociétés, comme y invite au contraire la RSE. En faisant prévaloir l'existence des relations sur les structures juridiques et en ayant un objet limité à la RSE, la notion de sphère d'influence suggère en effet une évolution du droit en ce sens. Elle traduit une reconnaissance de l'absence d'autonomie réelle qui peut exister entre certaines sociétés, en commandant aux sociétés détentrices d'un pouvoir de l'exercer, en surveillant leurs relations d'affaires.

---

[482] *Id.*, p. 71.
[483] *Id.*, p. 37.
[484] *Id.*, p. 72.
[485] *Id.*, p. 151 et s.
[486] *Id.*

194. La notion de sphère d'influence invite donc à dépasser le principe d'autonomie juridique en prenant en compte les relations d'influence, de dépendance et de contrôle qui se nouent entre sociétés. Une telle approche est de prime abord contraire au principe d'autonomie juridique. Aucune obligation légale ne peut en effet être fondée sur des relations de pouvoir qui s'établiraient entre personnes morales puisque celles-ci sont, par principe, autonomes. Elle n'est pourtant qu'une traduction de ce que l'on peut qualifier d' « approche réelle » de ce principe, approche que l'on retrouve d'ores et déjà en droit positif lorsque le juge ou le législateur lèvent le « voile de la personnalité » par exemple, même si cette approche n'est pas formellement consacrée. En se penchant sur la notion d'autonomie, ce sont ainsi deux volets de l'autonomie juridique qui apparaissent, l'un n'excluant pas l'autre. Etudier le principe d'autonomie juridique selon cette distinction permet d'expliquer les raisons pour lesquelles la prise en compte des relations d'affaires à travers la notion sphère d'influence n'est pas un obstacle au principe d'autonomie juridique, la notion de sphère d'influence traduisant l'aspect réel de cette autonomie.

195. Pour ce faire, il faut partir de la notion « d'autonomie juridique ». Le problème est qu'elle est une notion floue qui n'est pas défini. Les approches formelles du principe d'autonomie juridique en font surtout un principe fictif. On comprend qu'il soit dépourvu d'éléments constitutifs et qu'aucune définition ne puisse être proposée. De quelle autonomie s'agit-il en effet ? Notons d'ailleurs que la notion d' « autonomie juridique » est souvent confondue avec celle d' « indépendance juridique ». Toutes deux semblent pourtant se limiter à l'existence juridique du patrimoine. Ne parle-t-ton pas indifféremment d' « autonomie patrimoniale » ou d' « indépendance patrimoniale » ? On enseigne à cet égard que le principe d'autonomie juridique de la personnalité morale permet de protéger le patrimoine en limitant les responsabilités aux apports[487]. Affirmer l'indépendance juridique ou l'autonomie juridique du patrimoine d'une personne morale c'est donc reconnaître que celui-ci est distinct des autres personnes morales avec lesquelles elle a une relation, ou des personnes physiques ayant constitué la personne morale. Le principe d'autonomie juridique est ici exprimé de manière formelle.

[487] Sur cette question voir G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J, 2ème éd., 1992, 354 p.

196. Or, lorsque cette autonomie juridique est mise à l'écart par le législateur ou par le juge, c'est alors une approche réelle de l'autonomie qui est retenue, non plus limitée au patrimoine mais rattachée à la personnalité juridique. La recherche d'une justification aux « exceptions » du principe d'autonomie juridique révèle ainsi deux aspects au principe d'autonomie juridique. Une personnalité juridique est autonome dès lors qu'elle a la faculté de se donner sa propre loi, le pouvoir de se déterminer elle-même[488]. Le corollaire de cette autonomie se trouve dans l'existence d'un patrimoine propre, autonome. Mais l'effectivité de cette autonomie juridique implique surtout une autonomie de gestion, fiscale, économique, organisationnelle, financière. Pour cela, une société doit être en capacité de prendre un certains nombre de décisions en toute liberté, sans subordination, de manière autonome, sur son patrimoine. En réalité, ces décisions peuvent concerner le patrimoine, la gestion du personnel, les choix stratégiques etc. tout ce qui finalement lui permet de se régir. Appliqués aux sociétés, les éléments de cette autonomie ne sont pas définis clairement par la loi et semblent dépendre des circonstances de fait. Nous pouvons néanmoins avancer qu'au minimum, une société a une personnalité juridique autonome dès lors qu'elle dispose, en accord avec la loi, des moyens de régir, par ses propres lois, son fonctionnement, sa gestion, son organisation, son patrimoine. C'est d'ailleurs cette approche qui est par exemple privilégiée pour reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale. Chaque société conserve sa personnalité juridique, à moins que, pour l'application des règles de représentations du personnel, ces mêmes sociétés soient appréhendées comme un même ensemble, ce qui sera le cas si une concentration des pouvoirs et une communauté des travailleurs

---

[488] Tiré du grec *autonomos*, « l'autonomie » renvoie à la capacité de se régir par ses propres lois. Cela induit nécessairement la possibilité de jouir d'une certaine liberté d'action pour être capable de décider ou de faire par soi-même. « L'indépendance », souvent confondue avec l' « autonomie », puise son origine du verbe dépendre, tiré du latin *dependere*, qui signifie « être suspendu ». D'où l'idée d'être rattaché à, lié, dépendre de. La dépendance signifie donc qu'une action ne peut être réalisée sans une intervention extérieure (de quelqu'un ou de quelque chose). A l'inverse, l'indépendance signifie que l'on peut réaliser la même action sans cette intervention extérieure. L'autonomie se réfère donc à une capacité interne, propre à soi, alors que l'indépendance ne se comprend que par rapport à un élément extérieur à soi. Transposée à l'autonomie juridique et à l'indépendance juridique des sociétés, cette distinction ne se retrouve pas explicitement en droit. Surtout, tel qu'appliqué aujourd'hui, le principe général d'autonomie juridique des sociétés, entendu comme l'autonomie formelle, serait dépourvu de toute réelle autonomie.

existe[489]. Or, la concentration des pouvoirs exprime l'absence d'autonomie décisionnelle des sociétés soumises à ce pouvoir et la communauté de travailleur sous-entend une absence d'autonomie dans la gestion du personnel[490].

197. Loin d'être réduite à l'existence d'un patrimoine, l'autonomie juridique est donc bien multiple. Elle recouvre plusieurs réalités, correspondantes aux diverses facettes de la personnalité juridique. Autonomie et indépendance juridique peuvent correspondre à l'indépendance financière, économique, décisionnelle, organisationnelle, ou encore fiscale de la société. L'autonomie et l'indépendance juridique sont donc deux caractéristiques de la personnalité juridique. Parler de « séparation juridique » ou de « sociétés distinctes », c'est donc se limiter aux effets produits par l'application du principe d'autonomie sur le patrimoine selon une interprétation formelle de celui-ci. Si l'autonomie, interprétée formellement, permet à une personne morale d'exister juridiquement, d'avoir un patrimoine propre distinct de celui de ses membres, l'autonomie réelle traduit au contraire une autonomie de fait, attachée à la personnalité juridique. L'une n'exclut pas l'autre. Une personne morale peut exister juridiquement, mais ne pas être totalement autonome, à l'instar des personnes physiques dont la perte d'autonomie ne remet pas en cause leur existence juridique. Une telle distinction ne se retrouve pourtant pas dans la loi.

198. Une telle distinction n'est pertinente qu'en présence de plusieurs sociétés dont l'étroitesse des relations remet en cause leur autonomie ou leur indépendance. Lorsque le principe ne concerne qu'une seule société, une telle distinction n'a en effet pas lieu d'être. Ce n'est d'ailleurs qu'avec l'apparition des groupes de sociétés que des entorses au principe ont vu le jour. La formation d'une entreprise complexe, qu'elle soit sous forme de groupe ou de réseau, limite inévitablement l'autonomie réelle de chacune des

---

[489] Il s'agit ici de deux des trois critères permettant la reconnaissance d'une UES. Voir *supra*, p. 62 et s.

[490] Le juge retient en effet un faisceau d'indices pour déterminer l'existence d'une communauté de travailleurs ; Or, l'un de ces critères est par exemple l'application d'un même règlement intérieur aux salariés de différentes sociétés. Il semble évident qu'une société détenant un pouvoir de gestion autonome n'appliquerait pas le règlement intérieur d'une autre société.

sociétés la composant, de même que l'indépendance de leur personnalité juridique[491], ce qui explique que ce principe ait évolué. Aussi, continuer d'affirmer que le principe général d'autonomie juridique se limite à son acception formelle, c'est enfermer le droit dans une approche archaïque et dépassée des sociétés. C'est aussi refuser les évolutions impulsées par le juge et le législateur pour adapter le droit des sociétés aux évolutions organisationnelles des entreprises, mais c'est surtout ignorer le sens des termes, puisque comme nous l'avons vu, l'autonomie juridique ne peut par essence, qu'être multiple, même si à une certaine époque, et dans certaines situations, celle-ci pouvait se limiter à son aspect patrimonial et donc formel. Il est de toute façon évident qu'en évoluant dans leur organisation au sein de groupes ou de réseaux, les divers attributs de la personnalité juridique des sociétés s'en trouvent affectés, et certains aspects de leur autonomie et de leur indépendance également par la même occasion. C'est cette réalité que prend en compte la notion de « sphère d'influence », laquelle traduit l'approche réelle du principe d'autonomie juridique, approche qui reste encore timide en droit positif, bien que retenue parfois par le juge ou le législateur.

199. Ainsi, lorsque le législateur est amené à intervenir en amont, pour organiser les relations entre sociétés d'un même groupement en remettant en cause une application stricte du principe d'autonomie juridique[492] ; et que le juge est conduit à constater en aval, la négation de cette autonomie par les sociétés elles-mêmes, c'est bien la réalité des relations existantes entre sociétés qui est privilégiée par rapport à leur autonomie formelle, c'est-à-dire leur existence juridique, sans que celle-ci ne soit pour autant remise

---

[491] Nous verrons dans le chapitre suivant que les limitations à cette autonomie et à cette indépendance ne sont sanctionnées que lorsqu'elles atteignent un certain degré en-deçà duquel le droit se contente de l'organiser.

[492] La loi prévoit ainsi certains ajustements pour limiter les effets du principe d'autonomie juridique et tenir compte de la réalité des groupes de sociétés. Tel est par exemple le cas en droit du travail, la création du comité de groupe ayant permis de consacrer une extension de la communauté de travailleurs au-delà de la simple société. Le droit des sociétés prévoit également la tenue de comptes consolidés, consacrant là aussi l'extension des frontières de l'entreprise au-delà de la simple société, puisque pèse sur la société-mère l'obligation de récolter et de transmettre des informations financières d'une autre société qu'elle contrôle. En créant le régime des sociétés-mères et celui de l'intégration fiscale, le droit fiscal prend également en compte la réalité des groupes de sociétés pour limiter les effets négatifs du principe d'autonomie juridique sur les obligations fiscales (Art. 145 du Code général des impôts, lequel permet de ne pas taxer les dividendes versés par la filiale à la société mère ; Art. 223 du Code général des impôts qui permet de limiter les risques de double imposition).

en cause. La notion de sphère d'influence n'est donc pas un obstacle au principe d'autonomie juridique mais au contraire la traduction d'une approche déjà consacrée par le droit. Elle va toutefois au-delà en reconnaissant, de manière expresse, l'existence de ces relations, là où une intervention du juge ou du législateur est en principe nécessaire pour passer outre une interprétation formelle du principe d'autonomie juridique. Comme nous venons de le démontrer, rien ne s'opposerait à ce que la loi consacre expressément une telle approche. Surtout, la notion de sphère d'influence, propre à la RSE, ne concerne que les domaines couverts par la RSE (il serait en effet peu cohérent d'inviter les entreprises à agir de manière responsable sans prendre en compte les effets induits par leurs activités et leurs décisions et donc leurs relations d'affaires). A l'instar du principe de gouvernementalité développé par C. HANNOUN, c'est donc l'objet même de la RSE qui fonde l'étendue des responsabilités au-delà des frontières formelles des sociétés et qui justifie de tirer les conséquences des relations qui se créent au travers des démarches de RSE, comme nous le verrons[493].

§ 2 . Des frontières aux contours flexibles

200. De manière générale, la notion de sphère d'influence, en étendant les obligations des sociétés au-delà de leurs propres frontières, suggère un devoir d'exercer cette influence, c'est-à-dire un devoir d'action, sur les partenaires sur lesquels cette influence peut s'exercer. A travers cette notion, c'est la question de la responsabilité d'une entreprise fondée sur l'influence qu'elle peut exercer qui est soulevée. Deux situations sont visées par cette notion : une société peut d'une part influencer sans le savoir, la réalisation d'une violation par son partenaire. La RSE conduit alors à remédier à cette absence d'information en encourageant les entreprises à s'informer sur le respect, par leurs partenaires, de certaines normes. D'autre part, une société peut détenir certaines informations sur la manière dont son partenaire conduit ses activités, mais ne rien faire, et maintenir sa relation commerciale comme si de rien n'était. La RSE l'incite alors à agir en exerçant son influence sur son partenaire, voire même à rompre les relations

[493] Voir *Infra,* Titre II, p. 166.

commerciales en cas de non réaction de la part de ce dernier[494]. Il ressort donc qu'une entreprise ayant le pouvoir d'influencer ses partenaires doit exercer cette influence pour éviter/limiter la commission de violations par ces derniers. Il s'agit d'un devoir positif d'agir, même si cette société n'est pas directement concernée par la commission de l'acte. Ce n'est donc pas tant la proximité avec le dommage qui compte que l'influence qu'une entreprise peut avoir sur sa réalisation.

201. Le droit français ne prévoit pas d'obligation générale de surveillance qui serait fondée sur des liens de dépendance, de contrôle ou d'influence existant entre sociétés. Ces relations ne sont pour autant pas ignorées du droit. En présence d'un groupe ou d'un réseau, la réalité des liens entre les sociétés prime parfois sur une application stricte du principe d'autonomie, comme nous l'avons vu. Il s'agit alors de déterminer « a) la nature et l'intensité des liens que l'on retient ; b) les moyens de toute nature qui permettent d'établir et de pérenniser ces liens ; c) les moyens de preuve de leur existence, en établissant, le cas échéant, des présomptions simples ou irréfragables de leur existence[495] ». Les relations d'affaires étant au cœur de la notion de sphère d'influence, ce sont bien les mêmes questions que l'on retrouve dans les rapports réalisés par le représentant spécial des Nations Unies J. RUGGIE. C'est parce qu'à première vue les textes ne délimitaient pas la sphère d'influence, qu'elle a été exclue des Principes Directeurs des Nations Unies. Pourtant, en étudiant la notion de sphère d'influence à la lumière de la notion d'influence telle qu'utilisée en droit, on se rend compte que la première est largement inspirée de la seconde. On constate alors que le droit tire de ces relations de contrôle soit des obligations, soit des responsabilités et que la flexibilité des critères utilisés ne fait pas obstacle à ces obligations (A). Elle dépend surtout de l'objet visé par l'influence (B). La notion de sphère d'influence a ainsi comme avantage de permettre une délimitation flexible des frontières de l'entreprise en fonction de l'organisation des relations de chaque société, et de leur intensité.

---

[494] Voir en ce sens l'article de R. MARES, « Defining the limits of corporate responsabilities against the concept of legal positive obligations », *The geo. Wash. international Law review*, Vol. 40, p. 1158-1217.

[495] J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprise en droit des activités économiques », *Recueil Dalloz, Chronique Doctrine*, 2003, n° 34, pp. 2345-2348.

A. La délimitation flexible de la sphère d'influence

202. Les notions d'influence, de dépendance et de contrôle sont utilisées par les diverses branches du droit pour fonder et délimiter l'exercice d'un pouvoir. La détention et/ou l'exercice de ce pouvoir peuvent entraîner des obligations pour son détenteur. De l'exercice de ce pouvoir, en dehors de toute détention légitimée par une loi, peut découler une responsabilité. C'est notamment le cas lorsque le juge procède à une analyse *in concreto* pour les besoins du litige qui lui est soumis. Dans les deux cas, le législateur comme le juge ont recours à des critères flexibles et divers, dépendant largement de l'objet de la règle en cause. La notion de sphère d'influence, telle qu'elle ressort des textes de RSE, peut être rapprochée des notions d'influence utilisée en droit pour exprimer l'exercice d'un pouvoir, d'un contrôle ou d'une autorité dont elle limite l'objet, mais surtout permet d'en tirer certains critères, qui bien que flexibles, n'en sont pas moins utiles au droit.

203. L'un des rapports émis par John Ruggie met en avant les limites de la notion de sphère d'influence. Comme nous l'avons précisé précédemment, l'influence suppose l'idée d'impact, mais également d'autorité. Les entreprises doivent donc respecter les droits de l'Homme pour éviter tout impact négatif, tout en cherchant à promouvoir, protéger et faire respecter les droits de l'Homme, selon l'autorité qu'elles exercent sur les entités qui pourraient causer directement le préjudice. Leur responsabilité dépendrait de leur influence directe ou indirecte sur la réalisation du préjudice. L'idée de proximité est donc au cœur de la notion de sphère d'influence. Toute la difficulté repose sur la délimitation de cette proximité puisque de cette délimitation dépend l'étendue de l'exercice de l'influence. En ce sens, la notion de sphère d'influence soulève deux questions. La première concerne les fondements de l'influence : qu'est ce qui justifie qu'une société puisse exercer une influence ? La seconde touche à l'exercice effectif de cette influence : comment est exercée cette influence ? Des réponses à ces deux questions peuvent être trouvées en droit de la concurrence et spécialement en droit des ententes et des concentrations, qui utilisent la notion d'influence déterminante. Confronter la notion d'influence telle qu'elle ressort des textes de la RSE à celle du droit, permet de démontrer que la notion de sphère d'influence n'est pas si floue qu'il y paraît.

204. En droit des ententes, la notion d'influence déterminante peut avoir pour objet de déterminer l'absence d'autonomie réelle d'une filiale par rapport à sa mère, pour ne pas appliquer le droit des ententes[496] à deux sociétés qui ne formeraient en réalité qu'une seule entreprise[497]. Il s'agit alors d'une responsabilité solidaire, les deux sociétés étant condamnées à payer l'amende[498]. Cette solution est retenue en droit communautaire si deux conditions sont réunies[499].

205. La première condition concerne la possibilité qu'a la société-mère d'influencer de manière déterminante le comportement de ses filiales, ce qui est notamment le cas si la société-mère détient une majorité de capital. Mais la prise en compte des circonstances de fait a conduit la CJCE à condamner une société pour des faits commis par une de ses filiales détenue non pas directement mais par le biais d'une filiale intermédiaire[500]. Elle étend ainsi la présomption d'influence déterminante au-delà d'une participation directe

---

[496] « Aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprise autonomes au sens du droit de la concurrence ; les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome », Conseil de la Concurrence *Etudes thématiques : la preuve des accords de volonté constitutifs d'ententes*, Rapport annuel, La documentation française, 2006, p. 77 et s.

[497] La possibilité d'imputer le comportement d'une filiale à la société mère a été affirmé en 1972 dans l'affaire dite des « matière colorantes », en ces termes: « Que la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère (…) qu'en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société mère», CJCE, 14 juillet 1972, *ICI*, aff. 48/69, Rec. p. 619, § 132 et 135.

[498] L'influence déterminante aura pour conséquence, en droit communautaire, de condamner solidairement la société-mère au paiement de l'amende au côté de la filiale ayant commis l'infraction. En revanche, la reconnaissance de l'exercice de l'influence déterminante aura pour conséquence, en droit français, de ne condamner qu'une seule entité, la filiale ou la société-mère. Voir en ce sens CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel/Commission*, aff. C-97/08 P.

[499] CJCE, 25 oct. 1983, Allgemeine Elektrizitäts- Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission CE, aff. C-107/82: Rec. CJCE 1983 p. 3151.

[500] Elle affirme que « une société holding détient 100% du capital d'une société interposée qui possède à son tour la totalité du capital d'une filiale de son groupe auteur d'une infraction aux règles de la concurrence de l'Union, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société holding exerce une influence déterminante sur le comportement de la société interposée et indirectement, par le biais de cette dernière, également sur le comportement de ladite filiale ». CJCE, 20 janvier 2011, *General Quimica e.a./ Commission*, aff. C-90/90 P.

dans le capital. Cette approche n'est pas sans rappeler la notion d'influence déterminante utilisée en droit des concentrations, qui peut découler de relations contractuelles, de droits de propriétés ou de jouissance conférés aux actionnaires. La détention de la majorité des droits de vote par un actionnaire est par exemple un indice permettant de présumer de l'exercice d'une influence déterminante. A cet indice peut s'ajouter l'existence de relations commerciales privilégiées, le fait d'exercer un rôle de préteur significatif auprès de la société contrôlée etc.[501]. La Commission a ainsi affirmé que certains pouvoirs issus de contrats entre franchiseur et franchisé pouvaient conférer une influence déterminante, et ce même en l'absence de liens capitalistiques[502]. La transmission au fournisseur des informations sur l'activité des sociétés du réseau ou encore le fait que le distributeur puisse demander au fournisseur de cesser la production de tout ou partie des produits sans compensation, sont des indices permettant d'indiquer (non de manière exclusive), la possibilité d'exercer une influence déterminante[503].

206. Les textes évoquant la notion de sphère d'influence ou la suggérant visent de manière générale les entreprises détentrices d'un pouvoir d'influence[504]. Ce pouvoir peut puiser sa source indifféremment dans une relation capitalistique (les « groupes d'entreprises ») ou contractuelle (partenaires commerciaux, fournisseurs etc.). C'est ce qu'il ressort des divers textes de RSE qui mentionnent explicitement ou non la notion de sphère d'influence. Dans ces textes, la détention de ce pouvoir est présumée dès lors que des relations contractuelles ou capitalistiques existent. C'est davantage la possibilité

---

[501] Autorité de la concurrence, *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, décembre 2009, p. 16, disponible sur www.autoritdelaconcurrence.fr, consulté en janvier 2013.

[502] *Idem*, Annexe C, pt 586 ; voir également L. FRANCOIS-MARTIN, « Le contrôle des distributeurs par la tête de réseau – définition et enjeux », *Concurrences*, N° 1-2010, p. 65.

[503] *Idem*, pour d'autres exemples d'indices retenus tant en droit communautaire que français des concentrations.

[504] Dans son livre vert de 2001, la Commission européenne constate ainsi que « les grandes entreprises qui ont externalisé une partie de leur production ou de leurs services peuvent donc avoir assumé une responsabilité sociale supplémentaire vis-à-vis de leurs fournisseurs et du personnel de ces derniers ; en outre, il ne faut pas oublier que parfois, la santé économique des fournisseurs dépend principalement ou entièrement d'une seule grande entreprise », Commission européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366, 2001, - non publié au Journal officiel, pp. 13-14.

d'exercice du pouvoir qui est visé que la détention juridique de ce pouvoir[505], cette possibilité pouvant être fondée non sur des circonstances de droit mais de fait. C'est ce qu'il ressort par exemple du Pacte mondial[506]. Le texte incite les entreprises à « exercer des pressions sur les sous-traitants, les fournisseurs et autres partenaires commerciaux, afin qu'ils luttent contre le travail des enfants ». Au regard de ce texte, l'influence se déduit de la relation contractuelle existante entre une société et ses partenaires. L'entreprise débitrice de cette recommandation n'est pas identifiée, et à juste titre étant donné qu'au sein d'une chaîne de production ou de service, toute entreprise peut-être à la fois donneuse d'ordre et sous-traitante ou fournisseur. Toutes les entreprises semblent donc visées par ce texte. Pourtant, seules celles détenant un certain pouvoir peuvent en réalité exercer cette influence. Le texte reconnaît donc implicitement le déséquilibre pouvant exister dans certaines relations contractuelles, déséquilibre qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler les contrats de dépendance[507]. Cette relation de dépendance est présumée puisque le texte ne suggère pas, dans les négociations contractuelles, de discuter de l'introduction de clauses relatives au respect des principes du Pacte, mais s'adresse à l'entreprise qui dispose d'un pouvoir d'influence sur son partenaire, ce qui présuppose l'existence d'un pouvoir, fondé sur une détention de parts sociales ou un contrat. C'est ce qu'il ressort également de la norme ISO 26 000 lorsqu'il y est admis qu' « une organisation est responsable des impacts des décisions et des activités sur lesquelles elle exerce un contrôle formel et/ou de fait[508] ». Une telle solution n'est pas contraire au droit qui retient également, comme nous l'avons vu, que cette influence puisse découler d'une détention de parts sociales ou d'un contrat. Cette interprétation permet de se rapprocher de la réalité des relations qui se nouent entre sociétés et de ne

---

[505] Pour reprendre une distinction faite par J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *Recueil Dalloz*, 2003, n°34, 2350.

[506] Voir BIT, *Les principes du travail du Pacte Mondial des Nations Unies. Guide pour les entreprises*, Genève, 2010, p. 21-23.

[507] Sur les critères des contrats de dépendance voir G. J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, L.G.D.J., 1986, p. 131 et s.

[508] Selon le § 5.2.3 de la norme ISO 26000, « 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 », cité par Y. QUEINNEC, « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE : lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, n° 100, juillet 2012, p. 66 et s.

plus se limiter au critère du contrôle capitalistique qui ne traduit absolument pas la réalité et la complexité des relations existantes entre sociétés.

207. La seconde condition justifiant la mise en œuvre de la responsabilité solidaire de deux sociétés en droit des ententes concerne l'exercice effectif du pouvoir de direction. La société-mère est présumée l'exercer lorsqu'elle détient la totalité ou la quasi-totalité de son capital[509]. Cette présomption de responsabilité peut être renversée par la société-mère si celle-ci démontre que la filiale détermine son comportement sur le marché de façon autonome. En dehors des cas de détention à 100%, d'autres indices permettent de déterminer l'exercice effectif de cette influence déterminante ou non. D'ailleurs, le droit français, même s'il reconnaît cette présomption, recherche d'autres indices permettant de déterminer l'exercice de cette influence. L'influence déterminante peut par exemple trouver sa source dans l'identité des dirigeants, la définition d'une stratégie commerciale par la société-mère, l'émission de directives à la filiale, ou encore la mise en place de mécanismes de contrôle ou de direction entre sociétés[510]. C'est une analyse *in concreto* à laquelle doit alors procéder le juge ou l'autorité de concurrence. Dans tous les cas, la société-mère peut être condamnée sans « qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction [511]». Ce qui compte c'est la possibilité d'exercer cette influence et son exercice effectif. Pour se défaire de cette présomption de pouvoir effectif, la société-mère doit démontrer qu'elle n'a pas exercé de pouvoir de direction sur sa filiale, et non qu'elle n'a joué aucun rôle dans la commission de l'infraction[512].

208. Cette approche d' « exercice effectif » de l'influence est l'objet même de la notion de sphère d'influence puisque les entreprises sont incitées à exercer leur influence dès qu'elles en ont la possibilité, c'est-à-dire, dès lors qu'elles entretiennent des relations

---

[509] CJCE, 25 oct. 1983, Allgemeine Elektrizitäts- Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission CE, aff. C-107/82: Rec. CJCE 1983 p. 3151.
[510] TPICE, 12 déc. 2007, *Akzo Nobel c/ Commission*, aff. T-112/05, cité dans F. CHAPUT, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Contrats, concurrence, consommation*, janv. 2010, n°1, p. 11.
[511] En ce sens CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel/Commission*, aff. C-97/08 P, §59.
[512] Pour cette raison, « l'absence de connaissance de l'infraction et a fortiori l'absence d'instruction en liaison avec l'infraction données à la filiale sont des arguments inopérants », L. IDOT, « La responsabilité pénale des personnes morales : leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, n°1-2012, p. 61.

capitalistiques ou contractuelles. A l'instar des indices retenus par le droit de la concurrence pour déterminer cette effectivité, les textes de RSE recommandent par exemple aux entreprises d'utiliser des critères de RSE dans le choix de leurs partenaires en plus des procédures concurrentielles d'appels d'offres par exemple[513]. En matière de droits de l'Homme spécifiquement[514], la Commission européenne propose que les codes de conduites des entreprises s'adressent à « des sous-traitants travaillant pour plusieurs multinationales » et que les entreprises prévoient « la collaboration des partenaires sociaux et des parties concernées dans les pays en voie de développement[515] ». Les Principes directeurs de l'OCDE proposent quant à eux aux entreprises un certain nombre d'instruments qu'elles peuvent utiliser pour inciter les autres sociétés placées sous leur influence à adopter et respecter les valeurs prônées par le texte. Il leur est par exemple proposé d'influencer les membres du réseau 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 », mais surtout des actions incitant les membres du réseau à corriger les éventuelles violations des engagements sont proposées, allant de « la poursuite de la relation avec le fournisseur pendant toute la durée des efforts d'atténuation des risques » à la « suspension temporaire de la relation avec poursuite des efforts d'atténuation des risques » jusqu'à la « rupture de la relation avec le fournisseur, soit après que les efforts d'atténuation des risques ont échoué, soit parce que l'entreprise estime qu'aucune atténuation n'est possible, soit à cause de la gravité de l'incidence négative[516]». Concernant cette ultime mesure, risquée sur le plan juridique, économique et social, les entreprises sont toutefois invitées à prendre en considération les éventuelles conséquences pour le partenaire. De même, en encourageant les sociétés sous-traitantes à adopter des dispositions innovantes, telles que l'évaluation des risques ou le suivi des sous-traitant[517], la Commission européenne présume la possibilité qu'ont certaines

---

[513] Commission européenne, Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, op. cit., note 120.
[514] *Idem*, p. 14, la Commission rappelle à cet égard que « l'une des dimensions de la responsabilité sociale des entreprises est fortement liée aux droits de l'homme ».
[515] *Id*. p. 16.
[516] OCDE, Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, mai 2011, Commentaires 21 à 23.
[517] Commission européenne, Suite donnée à la Résolution du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production, A6-0065/2009/P6-TA_PROV(2009)0190, 7 juin 2009.

sociétés, d'exercer leur influence, et les encourage à le faire. De manière moins audacieuse, mais non moins révélatrice, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme invitent les entreprises à formuler leurs engagements à respecter les droits de l'Homme dans des « déclarations de principes » qui entre autre, énoncent ce que l'entreprise attend de ses partenaires commerciaux[518]. Encore une fois, l'influence exercée par certaines entreprises sur d'autres est d'ores et déjà présumée. Alors qu'en droit français aucune obligation générale ne découle des relations d'influence pouvant exister entre sociétés, les normes de RSE incitent au contraire les entreprises à en tirer les conséquences.

209. Le droit de la concurrence a donc recours de manière générale à la technique du faisceau d'indice pour déterminer dans un premier temps si une société est en mesure d'exercer une influence déterminante et dans un second temps si elle l'exerce effectivement[519]. Ce faisceau d'indices est utilisé par les autorités de la concurrence pour déterminer *a posteriori*, c'est-à-dire pour appliquer ou au contraire ne pas appliquer une sanction du droit de la concurrence. Tel qu'il ressort de l'étude des normes de RSE, la notion de sphère d'influence ne vise pas à déterminer si une entreprise est en mesure d'exercer cette influence, ni si elle l'exerce effectivement *a posteriori*. Le raisonnement est inverse. Elle part de l'existence de relations pouvant potentiellement entraîner l'exercice d'une telle influence pour commander, *a priori*, à l'entreprise, de l'exercer effectivement. En fournissant aux entreprises des outils sur la manière de conduire leurs relations commerciales, la RSE participe donc à délimiter, de manière flexible, le périmètre de leur sphère d'influence, grâce à des indices de fait. Cette flexibilité se justifie notamment par l'objet de l'influence, qui varie selon la règle applicable, ce qui limite la flexibilité.

B. L'objet limité de la sphère d'influence

210. Les notions de contrôle et d'influence sont utilisées en droit pour justifier ou fonder la détention et/ou l'exercice d'un pouvoir. Le contrôle comme l'influence

[518] Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », op. cit., Principe 16.
[519] Sur la distinction entre ces deux questions, voir F. CHAPUT, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 126.

supposent donc la détention juridique du pouvoir, ainsi que son exercice juridique. Le contrôle comme l'influence peuvent néanmoins être exercé en fait, en dehors de toute détention juridique. Ces deux notions diffèrent en revanche quant à leur intensité. L'exercice d'un contrôle sur une société suppose un pouvoir de direction, alors qu'une influence se « limite » à un pouvoir d'autorité, et sous-entend une action continue. Ce qui est visé par le contrôle ou l'influence peuvent néanmoins se rejoindre, mais leur intensité étant différente, on comprend que les critères puissent être plus souples pour la détermination d'une influence que pour celle d'un contrôle. Comme le note J. PAILLUSSEAU, le contrôle peut conférer le pouvoir de prendre les décisions relatives « à l'organisation de l'entreprise, à ce que sera l'activité, à la manière selon laquelle elle sera conduite, à l'affectation à l'activité de moyens humains, matériels et financiers, au choix des marchés et des produits, à la manière selon laquelle s'exerceront ses activités sur ses marchés, à la stratégie à suivre, à l'affectation des résultats, au mode de croissance, à sa restructuration éventuelle, à sa fusion avec une autre entreprise, voire à sa disparition[520] ». L'influence en revanche, ne conduit pas à prendre de telles décisions, mais peut avoir un effet sur elles.

211. En outre, son degré varie selon qu'il s'agit d'influencer une société sur sa politique commerciale, sur ses choix financiers, ou sur les critères de recrutement de ses travailleurs. Tout dépend en effet du degré d'autonomie que perd la société sous influence. De même, cette influence peut s'exercer partiellement ou non ; elle peut être exercée dans l'intérêt de la société sous influence ou au contraire aller à son encontre ; elle peut tenir compte de son autonomie patrimoniale ou non[521]. L'influence peut donc s'exercer de plusieurs manières, mais peut surtout viser différents objets. D'ailleurs, remarquons que si les critères utilisés pour délimiter le périmètre d'une influence notable et d'une influence dominante diffèrent de ceux retenus pour délimiter l'influence déterminante (au-delà du simple choix terminologique), cela s'explique probablement par l'objet de chacune de ces notions. En effet, les notions d'influence notable et d'influence dominante servent de fondement à des obligations, alors que la notion d'influence déterminante sert de fondement à des sanctions et donc à une mise en cause

---

[520] J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *Recueil Dalloz*, 2003, n°34, 2350.

[521] Nous reprenons ici les distinctions faites par J. PAILLUSSEAU à propos de l'exercice du pouvoir entre sociétés, *idem*.

de la responsabilité de la société détentrice du pouvoir d'exercer une influence ou l'exerçant effectivement. Dans le premier cas, des critères précis sont nécessaires pour permettre aux entreprises concernées de respecter les obligations prévues dans des textes ; dans le second, des critères quantitatif peuvent être utiles pour permettre de présumer la détention du pouvoir d'influence ou son exercice, mais c'est surtout une analyse *in concreto* qui permet de prendre en compte la réalité des liens et de dépasser ainsi les critères fondés sur la seule détention capitalistique, s'ils ne permettent pas d'établir la réalité d'une situation.

212. De plus, la notion d'influence déterminante vise davantage à identifier l'exercice d'un pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée que le pouvoir de déterminer la gestion courante de celle-ci[522]. Ce point est important car il permet de comprendre la distinction avec la notion d'influence notable utilisée en droit comptable, laquelle a pour objet la détermination des comptes consolidés. La notion d'influence notable vise un périmètre plus restreint puisque l'objet de l'influence est la gestion et la politique financière d'une entreprise[523]. Les critères retenus dépendent donc largement des objectifs poursuivis pour l'information financière. De même, le droit social a recours à la notion d'influence dominante pour dépasser les frontières juridiques des sociétés et imposer la constitution d'un comité de groupe. A cet effet, le législateur a recours au critère juridique de la détention capitalistique, mais également à des critères de fait tels que la permanence et l'importance des relations[524]. L'objectif est ici d'informer les travailleurs à l'échelle du groupe. Les frontières peuvent donc être plus larges que celles retenues pour la consolidation des comptes, mais plus restreinte que celle d'influence déterminante utilisée en droit des ententes, ou des concentrations. L'influence déterminante en droit des concentrations concerne par exemple l'influence possible et/ou exercée sur la politique commerciale d'une autre société, une prise de participation majoritaire dans le capital pouvant présumer cette influence. Entre deux sociétés liées par un contrat, si l'influence déterminante peut être retenue, ce sera à

---

[522] Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 12.

[523] « L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise », Art. 233-16 du Code de commerce.

[524] Art. 439-1 du Code du travail.

condition qu'elle conduise à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise[525]. D'ailleurs, dans le même sens, les autorités françaises considèrent que les contrats de distribution peuvent conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. Pour cette raison, elles « examinent les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (…) que dans les possibilités de changer de réseau (...)[526] ». L'influence déterminante portant sur la gestion courante et la politique commerciale d'un réseau de distribution peut également être retenue[527].

213. La notion d'influence, telle qu'elle ressort des textes de RSE, ne vise pas tant l'exercice d'une influence sur la gestion financière d'une autre société que l'influence sur la manière de conduire ses activités. En ce sens, elle se rapproche de la notion d'influence déterminante utilisée en droit des ententes qui vise l'influence déterminante d'une société sur le comportement d'une autre société sur le marché. On comprend donc que les frontières soient plus souples et potentiellement plus larges que lorsque les notions d'influence notable et dominante sont utilisées, l'objectif étant ici plus large car visant la responsabilisation des entreprises quant à leur impact sociétal dans la conduite de leurs affaires. C'est donc par rapport aux personnes potentiellement intéressées par ces impacts que l'influence est prise en compte. Or, comme nous l'avons évoqué précédemment, ces personnes sont potentiellement plus nombreuses que celles intéressées par l'impact sur le marché de la concurrence ou par l'information financière.

214. C'est ce qu'il ressort par exemple des Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales qui reconnaissent l'existence de relations d'influence entre certaines sociétés sans se référer à la notion de sphère d'influence. Le texte est ici plus précis que celui du Pacte Mondial puisqu'il précise « qu'il y a influence lorsqu'une entreprise a la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité responsable du

---

[525] Communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du règlement n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations entre entreprises, n° C.95 du 16 avril 2008, pt. 18, cité par L. FRANCOIS-MARTIN, « Le contrôle des distributeurs par la tête de réseau – définition et enjeux », *op. cit*., p. 64.

[526] Autorité de la concurrence, lignes directrices relatives aux contrôle des concentrations, 1 déc. 2009, Annexe C, pt 586, cité par L. FRANCOIS-MARTIN, *idem*, p. 65.

[527] Voir en ce sens Ministère de l'économie, 5 mars 2009, *Inbev c./Pédanadel*, cité par L. FRANCOIS-MARTIN, *ibidem*.

dommage[528] ». Selon le texte, cela signifie qu'une entreprise, « devrait utiliser son influence pour intervenir auprès de l'entité responsable de l'incidence négative afin de prévenir ou d'atténuer cette incidence[529] ». L'influence exprime ici l'idée de pouvoir qui peut être exercée par une entreprise sur les pratiques et donc la politique et la gestion RSE d'une autre entreprise, en dehors de toute influence sur sa politique financière. De prime abord sont visées tous les groupes d'entreprises, les partenaires commerciaux, les fournisseurs ainsi que les sous-traitants. Les entreprises y sont invitées à « appuyer et faire observer des principes de bon gouvernement d'entreprise et mettre au point et appliquer de bonnes pratiques de gouvernement d'entreprise, y compris au sein des groupes d'entreprises [530]» mais également à « (…) encourager dans la mesure du possible leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite responsable conformes aux Principes directeurs[531] ». Le texte des Principes Directeurs opère une distinction entre les actions « messianiques » et les actions « défensives » de l'entreprise[532]. Il invite les entreprises à promouvoir les Principes Directeurs au-delà de leur propre structure sociétaire, mais surtout le texte va plus loin en les incitant à prendre les mesures nécessaires pour interrompre ou pour empêcher toute activité qui aurait une incidence négative dans les domaines visés par les Principes, et de faire de même dans leur chaîne d'approvisionnement en usant de leur influence.

215. Si le Pacte mondial ne donne pas de définition de l'influence ni de son périmètre, il s'inscrit malgré tout également dans les objectifs plus généraux de la RSE et vise donc

---

[528] Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, op. cit., note 132, Commentaires sous chapitre II, §19, p. 28.
[529] *Idem*, Commentaires sous chapitre II, §20 p. 29.
[530] *Id.*, II. A. 6.
[531] *Id.*, II-A-13.
[532] Pour reprendre la dichotomie proposée par F. QUAIREL qui distingue la vision messianique de la RSE de la vision défensive. Selon la première démarche, l'entreprise se limite à diffuser des bonnes pratiques à ses partenaires commerciaux et sous-traitants alors que dans la seconde, il s'agit de démarche visant à se protéger contre les éventuels risques qui découlerait de pratiques non socialement acceptable de la part des sous-traitants ou fournisseurs, F. QUAIREL-LANOIZELEE, « Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels », communication conférence du 28ème congrès de l'Association francophone de comptabilité : "comptabilité et environnement", mai 2007, Poitiers, disponible sur : http://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/2617, site visité le 4 août 2011.

une influence au sens large. Par exemple, le guide pour les entreprises sur les principes du travail du Pacte mondial insiste sur le risque de complicité dont peuvent se rendre coupables les entreprises pour non respect de ces principes chez leurs fournisseurs ou sous-traitants[533]. Dans cette optique, le texte les incite à « exercer des pressions sur les sous-traitants, les fournisseurs et autres partenaires commerciaux, afin qu'ils luttent contre le travail des enfants ». En incitant les entreprises à influencer leurs partenaires sur la lutte contre le travail des enfants, le Pacte ne les incite pas à prendre des décisions de gestion à la place de leurs partenaires mais bien de tout mettre en œuvre pour influencer de manière générale leurs choix stratégiques. En visant un objet large, on comprend que les critères pour délimiter le périmètre de cette influence puissent rester flexibles, à l'instar de ce que l'on retrouve déjà dans diverses branches du droit.

[533] BIT, *Les principes du travail du Pacte Mondial des Nations Unies. Guide pour les entreprises*, Genève, 2010, pp. 21-23.

CONCLUSION

SECTION 2

216. Les frontières de l'entreprise correspondent traditionnellement aux frontières de la société, lieu où s'exercent le pouvoir de direction, de contrôle et de décision. Les nouvelles formes d'organisation de l'entreprise, basées sur l'externalisation ou la filialisation de tout ou partie de la production ou des services ont permis d'externaliser les risques et donc de limiter la responsabilité, en reportant sur des sociétés filiales, sous-traitantes ou fournisseurs, le respect de certaines obligations[534]. Ces logiques économiques ont conduit « à une réduction du périmètre de responsabilité concomitante à la réduction du périmètre juridique[535] ». La société pivot est en effet autonome juridiquement de ses sociétés partenaires. Tenter de saisir l'entreprise selon une approche traditionnelle fondée sur la structure sociétaire conduit dès lors dans une impasse car les frontières de l'entreprise ne correspondent plus à la réalité organisationnelle de celle-ci. Les frontières de l'entreprise transnationale sont devenues totalement floues. Mais en s'engageant dans une démarche de RSE, une société ne peut que difficilement s'en tenir à une totale autonomie juridique entre elle et ses partenaires commerciaux car le non respect de certaines lois ou principes peut lui être reproché. Elle est ainsi incitée à influencer voir même à s'assurer que ses partenaires commerciaux respectent et mettent en œuvre les engagements de RSE. Or, l'exercice de cette influence par une société pivot participe inévitablement à faire évoluer la responsabilité de l'entreprise par delà ses frontières[536]. C'est ce que révèle la notion de sphère d'influence, qui invite à dépasser le principe d'autonomie juridique des sociétés pour se concentrer sur leur autonomie réelle. La RSE vise en effet à limiter et prévenir tout type de violation qui pourrait découler d'une activité ou d'une relation commerciale, dans des domaines tels que les droits de l'Homme, l'environnement ou les droits du travail. En assimilant la sphère d'influence à des relations de dépendance et de contrôle, la RSE dépasse donc les limites juridiques formées par une approche stricte du principe

---

[534] F. QUAIREL, « La RSE aux frontières de l'organisation : entre ouverture et protection: exemple du management de la relation fournisseur dans les grands groupes industriels », Communication au 1er congrès du RIODD, décembre 2006, Paris, p. 12; disponible sur : http://basepub.dauphine.fr, site visité le 19 aout 2011.
[535] *Idem*, p. 14.
[536] Id.

d’autonomie juridique pour se concentrer sur les responsabilités de fait. Elle consacre finalement l’existence des relations de dépendance et de contrôle qui existent au sein des entreprises complexes et commande aux entreprises d’en tirer les conséquences en termes d’obligations positive d’action.

CONCLUSION

CHAPITRE 2

217. La prise en compte de leur environnement dans la conduite de leurs activités conduit les entreprises à s'intéresser à des préoccupations extra-commerciales puisqu'elles sont invitées 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 (…)[537] ». Cette dimension pluridimensionnelle de la RSE se retrouve dans les divers textes fondamentaux de la RSE, même si certaines entreprises continuent de privilégier une approche plus qu'une autre dans leurs engagements. La question portant sur la manière dont ces « préoccupations » doivent être prises en compte par l'entreprise suscite parfois quelques interrogations. On retrouve souvent dans la littérature consacrée à la RSE le terme de « performance ». Ce terme réduit la RSE à une évaluation de l'avantage concurrentiel dont pourraient tirer profit une entreprise en s'engageant dans cette démarche, la question de sa pérennité financière redevenant centrale. Cette logique exclusivement économique ne correspond pourtant pas à la notion de RSE telle qu'elle est formulée dans les grands principes internationaux. Puisque ces textes, qui ne remettent pas en cause l'objet économique d'une entreprise, les incitent à ne pas se limiter à une évaluation des effets de leurs activités ou décisions sur leur pérennité financière mais d'aller au-delà en prévenant les effets de la conduite de leurs activités sur la Société en général. L'utilisation par certaines entreprises ou même par certaines normes[538], du terme « performance », permet encore à certaines entreprises de remettre au cœur de leurs engagements, la question de leur pérennité financière et d'éviter par la même occasion toute intervention législative, la performance ne pouvant se traduire en droits ou obligations, alors que des intérêts, si.

218. Cette confusion des termes participe largement à celle qui a pu s'installer dans les débats portant d'une part sur la RSE et d'autre part sur la question des « entreprises et

---

[537] Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission Européenne, Bruxelles, 25 oct. 2011, COM(2011) 681 final.

[538] Voir à cet égard la Global reporting initiative et même les Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000.

des droits de l'Homme ». La première démarche serait réservée aux entreprises, comme nouvel outil de mesure de leur performance ; la seconde ressortirait davantage de la compétence des pouvoirs publics, en charge du maintien de l'ordre public et par conséquent du respect des droits de l'Homme. Or, l'inclusion des droits de l'Homme dans les textes internationaux relatifs à la RSE, de même que par les entreprises elles-mêmes dans leurs politiques d'engagements, démontre que la RSE ne concerne pas tant les effets économiques d'un engagement que ses effets sur la Société en général. Cette confusion a été alimentée par la Commission européenne qui n'avait pas inclus dans sa définition de 2001, la dimension du respect des droits de l'Homme par les entreprises. Dans les années 2000, deux réflexions parallèles semblaient donc être menées: d'un côté celles portant sur la RSE et de l'autre les études portant sur ce qu'on a pu appeler « *business and human rights* », comme celles initiées par la Sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies dès 1999. La question du respect des droits de l'homme par les entreprises n'était intégrée que dans le Pacte mondial, aux deux premiers principes[539]. L'affirmation en 2011, par la Commission européenne, que le respect des droits de l'Homme par les entreprises fait partie intégrante de la RSE, contribue à affirmer la dimension d'intérêt général de la RSE, faisant reculer l'approche de pure performance économique qui avait pu dominer au début des années 2000. Cette intégration a sans aucun doute été renforcée par les travaux initiés par l'ancienne Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'Homme des Nations Unies sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises vis-à-vis des droits de l'Homme[540]; puis consolidée par la désignation du représentant spécial sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Les Principes directeurs des Nations Unies, votés en 2011 et issus de ce mandat, ont donc eu pour effet de faire intégrer la question du respect des droits de l'homme par les entreprises dans tous les textes adressant des recommandations aux entreprises en

[539] Aux termes du Principe 1 du Pacte mondial, toute entreprise signataire du Pacte s'engage en effet à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme ; aux termes du Principe 2, elle doit en outre veiller à ne pas se rendre complice de violations des droits de l'Homme. La signature de ce Pacte traduit pour une entreprise son engagement en faveur de la RSE.

[540] Résolution du Secrétaire Général des Nations Unies, Mandat portant sur l'identification et la clarification des normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises au regard des droits de l'homme, SG/A/934, 28 juillet 2005.

matière de RSE, si bien qu'aujourd'hui, les droits de l'homme font expressément partie de la définition de la RSE[541].

219. Or, à travers cette dimension, c'est l'objet même de la RSE qui est précisé. Les entreprises sont incitées à s'ouvrir sur leur environnement, en prenant en compte les effets de leurs décisions et activités sur de nouvelles parties prenantes au-delà de leur impact sur leur performance économique. En combinant l'approche contractuelle de l'entreprise à une définition de la RSE centrée sur la performance des entreprises, certaines parties prenantes pourraient en effet être ignorées des entreprises, mais également du droit. Or, nous avons vu que le droit tendait à prendre en compte ces nouvelles parties prenantes de l'entreprise responsable. De manière générale, c'est donc l'objet même de l'entreprise qui s'en trouve redéfini.

220. En se concentrant sur leur objet sociétal, les entreprises sont inévitablement amenées à se concentrer sur l'étendue de leurs responsabilités, ce qui implique d'exercer leur influence sur leurs partenaires commerciaux, afin que ces derniers respectent les normes et principes internationaux relatifs aux droits de l'homme, au travail et à l'environnement. Ce sont alors les frontières de l'entreprise qui se trouvent étendues, au-delà des frontières formelles des sociétés. En identifiant l'entreprise à travers son objet sociétal et en redéfinissant ses frontières, la RSE prend donc en compte l'entreprise dans sa complexité organisationnelle, proposant un nouveau paradigme de l'entreprise transnationale.

[541] La Commission européenne l'a ainsi intégrée dans sa dernière communication ; la révision des Principes Directeurs de l'OCDE en 2011 a également été l'occasion d'y insérer un nouveau chapitre portant exclusivement sur les droits de l'Homme. L'ISO 26000 ou encore la GRI font elle également expressément référence au respect des droits de l'homme par les entreprises comme faisant pleinement partie de toute démarche de responsabilité sociétale. Dans ces deux derniers textes, si la démarche reste présentée sous l'angle de la performance des entreprises, l'intégration des droits de l'Homme les incite malgré tout à dépasser une vision strictement centrée sur le profit pour prendre en compte les effets de leurs activités sur la Société.

CONCLUSION

TITRE 1

221. L'entreprise transnationale est avant tout un modèle d'organisation économique constitué de sociétés situées sur plusieurs territoires nationaux. Elle n'est pas en tant que telle une figure juridique du droit interne bien qu'elle soit visée par des textes de droit international. Elle se rapproche en revanche de diverses figures connues du droit que sont les groupes de sociétés ou les chaînes de sous-traitance. En l'état actuel du droit pourtant, aucune de ces deux figures ne permet de saisir l'entreprise transnationale dans sa complexité organisationnelle. Inadapté à la réalité de leur organisation économique, le droit permet ainsi à ces entreprises de se constituer, sans qu'aucune responsabilité ne découle de cette organisation. L'entreprise transnationale n'est pas un sujet de droit responsable, et les sociétés la composant restent des sujet de droit distincts les uns des autres. La loi ou la jurisprudence tentent parfois de prendre en compte la réalité organisationnelle des groupes, mais les solutions se limitent alors soit à organiser les relations créées entre sociétés dans des domaines circonscrits, soit à sanctionner des abus dans les relations établies. L'entreprise transnationale reste ainsi, en l'état actuel du droit positif, un ensemble morcelé en plusieurs sociétés autonomes juridiquement. Les techniques juridiques existantes ne permettent donc pas de saisir l'entreprise transnationale dans sa réalité organisationnelle, fragilisant ainsi le paradigme de l'entreprise transnationale. En visant à responsabiliser l'entreprise transnationale, la RSE ne se préoccupe pas de sa structure juridique, ni des principes du droit des sociétés. L'entreprise est invitée à s'organiser et à développer ses activités dans le respect de la Société. Répondre à cette exigence lui commande de prendre en compte les personnes qui pourraient être affectées par ses activités ou son organisation. L'entreprise n'a plus pour objet unique la recherche de profit et donc la satisfaction de ses dirigeants et actionnaires, parties prenantes traditionnelles. Elle doit en plus prendre en compte de nouvelles parties prenantes, intéressées d'avantage par les effets sociétaux de son activité. Les relations commerciales sont alors nécessairement renforcées pour permettre le respect de cet objectif dans toute la sphère d'influence de l'entreprise. C'est donc avant tout dans sa fonction sociétale que la RSE appréhende l'entreprise transnationale, et non plus à travers sa structure juridique. Or, une telle démarche conduit à élargir les frontières juridiques de l'entreprise transnationale puisqu'au-delà du principe

d’autonomie juridique qui commanderait aux sociétés d’agir chacune de manière autonome, la RSE les invite au contraire à exercer leur pouvoir de contrôle ou d’influence sur leurs partenaires commerciaux.

222. En procédant ainsi, la RSE consacre finalement l’existence de ces relations de pouvoir qui se tissent entre sociétés d’un même ensemble, là où le droit, en maintenant une application stricte du principe d’autonomie juridique, les nie. La prise en compte, par la RSE, de ces relations, invite à saisir l’entreprise transnationale à travers son organisation.

TITRE II. L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE SAISIE DANS SON ORGANISATION PAR LA RSE

223. L'entreprise transnationale n'est pas saisie par le droit en tant qu'ensemble unifié. Elle s'organise malgré tout grâce aux outils fournis par le droit, alors que les relations de pouvoir qui ressortent de cette organisation et qui se nouent entre les diverses sociétés d'un même ensemble ne sont quant à elles pas cadrées par le droit. De l'exercice de ce pouvoir, qu'il soit d'influence ou de contrôle, ne découle donc aucune obligation ni de responsabilité pour son détenteur, en dehors de quelques règles juridiques relatives au fonctionnement du groupe. Lorsque, par exception à cette situation, le juge est amené à se prononcer sur l'existence d'un ensemble formé par plusieurs sociétés, il recherche alors, à travers les éléments de faits, la preuve d'un abus ou d'un détournement de pouvoir exercé par une société sur une autre. L'exercice de ce pouvoir peut pourtant être organisé entre sociétés liées entre elles par un contrat ou par le capital, en dehors de toute situation d'abus. Face à l'absence de cadre juridique, les sociétés organisent d'ailleurs leurs relations en ayant recours à des instruments nouveaux. La RSE est à cet égard devenu un cadre permettant d'intégrer dans les relations commerciales des sujets sociétaux. Sous l'impulsion de ces nouvelles « normes », « engagements », « outils » de RSE, c'est l'organisation de l'entreprise transnationale qui prend forme et qui se clarifie, organisant les responsabilités et dévoilant les relations entre sociétés, ainsi que les rapports de pouvoir qui en découlent. Peu à peu, se sont donc les relations internes de l'entreprise transnationale qui sont configurées par la RSE (chapitre 1), mais également ses relations externes qui sont interrogées, la RSE favorisant une consolidation des relations d'affaires (chapitre 2). En s'organisant en dehors du droit, l'entreprise transnationale tend ainsi à se dévoiler comme un acteur collectif, véritable organisation formalisée, saisissable juridiquement.

CHAPITRE 1. LES RELATIONS INTERNES DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE CONFIGURÉES PAR LA RSE

224. L'exercice du pouvoir au sein des entreprises transnationales est devenu particulièrement diffus. A la différence d'une société au sein laquelle le pouvoir est détenu par un dirigeant revêtant également la qualité d'employeur, les organisations complexes, composées de plusieurs sociétés, font apparaître plusieurs pôles de pouvoir, répartis entre différentes entités et s'exerçant à des niveaux variés. Organisé en système, chaque niveau est influencé par un autre, de même que chaque entité est dépendante des autres. Comme l'ont démontré plusieurs auteurs en sciences de gestion, les relations entre une société-mère et sa ou ses filiales s'organisent par exemple tant à un niveau global qu'à un niveau local. Les filiales doivent répondre aux exigences imposées par leur activité et leur environnement, tout en s'accordant aux contraintes organisationnelles et stratégiques de la société-mère. A l'inverse, cette dernière coordonne une stratégie globale, tout en tenant compte des spécificités de chacune de ses filiales, oscillant entre recherche d'intégration et respect de leur autonomie juridique[542]. Ce système d'organisation fait intervenir différents niveaux de pouvoir ainsi que divers acteurs. Au niveau de la société-mère, le pouvoir se répartit entre un organe de direction[543], un organe collégial de contrôle[544] et les actionnaires. Cette même répartition se retrouve au niveau des filiales ou des sociétés partenaires. Ce qui différencie néanmoins le pouvoir au sein de la société-mère de celui de ses filiales, c'est son étendue et son intensité, car les décisions prises pour le groupe ou le réseau se superposent au pouvoir des filiales.

[542] Pour un exposé des diverses approches gestionnaires de l'organisation des relations société mère / filiales, voir par exemple, J. TIXIER, « Les relations filiales – maisons-mères au travers d'un système d'information ressources humaines : une illustration du concept de dualité institutionnelle », XIVème Conférence Internationale de Management stratégique, Pays de la Loire, Angers, 2005, http://www.strategie-aims.com, site visité le 19 mars 2013.
[543] Gérant, Directeur général, Directoire ou Président selon la forme sociétaire.
[544] Conseil d'administration ou Conseil de surveillance.

225. Les démarches de responsabilité sociétale cristallisent ces modes d'organisation. La liberté qui est laissée à chaque entreprise de décider de s'engager dans une démarche responsable et de développer son propre modèle, permet à chacune de choisir les outils, les normes et les procédures adaptées à leur propre organisation et/ou aux contraintes des formes sociétaires qui composent l'entreprise transnationale. Pour autant, ces nouveaux modèles de gouvernance et d'organisation répondent à des problématiques communes à ces formes d'organisation complexe et produisent des effets similaires au sein des entreprises. En développant des démarches responsables, les entreprises sont ainsi amenées à développer des stratégies et des politiques dans des domaines jusqu'alors laissés à la discrétion de chaque société. Qu'une filiale décide de développer une politique tournée vers le respect de l'environnement, n'a aucun impact sur les stratégies des autres sociétés du groupe, si ce n'est peut être financier, un tel projet pouvant avoir des répercutions sur les objectifs fixés. Dès lors qu'une telle démarche est décidée par la société-mère, c'est toute une organisation qui doit se mettre en place au sein de l'entreprise transnationale, ce qui peut affecter les conditions de travail des salariés des filiales, voire même des partenaires commerciaux, les décisions commerciales et stratégiques des filiales, la répartition de leur budget etc. Un système de contrôle est mis en place pour s'assurer du respect des engagements, des récoltes d'informations sont organisés, permettant la transparence et surtout la récole d'informations qui serviront à évaluer et communiquer le respect, par l'entreprise transnationale, de ses engagements. En s'engageant dans une démarche de RSE, ce sont donc les relations au sein de l'organisation complexe qui se formalisent, voire même, s'institutionnalisent. Ce sont alors les relations entre employeur et travailleurs qui deviennent ambivalentes (Section 1) et par voie de conséquence, la question plus générale de l'équilibre des pouvoirs entre les instances dirigeantes de l'entreprise transnationale, qui est posée (Section 2).

SECTION I - L'AMBIVALENCE DES RELATIONS ENTRE EMPLOYEURS ET TRAVAILLEURS

226. Le choix fait par une entreprise transnationale de s'engager dans une démarche de RSE est pris, dans la grande majorité des cas, par la société-mère. Ce choix produit des effets dans toute l'organisation de l'entreprise dès lors qu'il induit, pour l'entreprise, de s'assurer du respect des valeurs et principes décidés, dans toute l'organisation. Ces décisions ont donc une étendue globale qui d'une part, interrogent les relations individuelles de travail au sein de l'entreprise transnationale (§1) et d'autre part, tendent à organiser les relations collectives à l'échelle de l'entreprise transnationale (§2).

§ 1 . Les relations individuelles de travail interrogées par la RSE

227. Les instruments élaborés par les entreprises transnationales afin de mettre en œuvre des politiques responsables, tendent à s'appliquer à tous les travailleurs de l'entreprise transnationale. Plus spécifiquement, les codes de conduite, en visant les travailleurs de l'entreprise, soulèvent la question de la légitimité du pouvoir exercé par les instances dirigeantes d'une société-mère et ce d'autant que certains de ces codes peuvent contenir de véritables obligations. Si l'on considère que ces codes sont l'expression du pouvoir de direction reconnu à l'employeur sur ses salariés, alors comment interpréter l'extension de ce pouvoir au-delà des relations individuelles de travail ? L'absence de relations contractuelles entre les instances dirigeantes de la société-mère et tous les travailleurs de l'entreprise transnationale devrait conduire à l'absence de manifestation d'un tel pouvoir. Le pouvoir ne peut en effet trouver sa source que dans un contrat de travail, qui est ici absent[545]. En ce sens, les codes de conduite sont l'expression d'un pouvoir équivoque des instances dirigeantes de l'entreprise transnationale (A). Ce constat invite à ne plus appréhender l'entreprise comme une simple « juxtaposition [546]» de contrats de travail, qui ne reflète plus la réalité de l'entreprise transnationale. Au-delà des relations individuelles de travail existantes

[545] E. DOCKES, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 203-211.
[546] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, L.G.D.J., 2008, p. 58.

entre un employeur et ses salariés au sein d'une même société, c'est finalement la construction d'une communauté de travail, dépassant les séparations juridiques des sociétés, qui ressort des divers instruments de RSE mis en place par les instances dirigeantes des entreprises transnationales (B).

A. Les codes de conduite, expression d'un pouvoir équivoque de la société-mère

228. La rédaction de codes de conduite ou de chartes éthiques permet à la direction d'une entreprise transnationale de promouvoir le cadre des principes et valeurs selon lesquels elle entend conduire son activité[547]. C'est également un moyen, pour la direction, d'exprimer ses attentes sur la manière dont elle entend que les travailleurs se comportent dans l'exécution de leurs fonctions. Si certains de ces codes peuvent résulter d'une concertation avec les représentants des travailleurs[548], ils restent malgré tout, dans leur grande majorité, l'expression d'un engagement unilatéral de la direction[549] du groupe. La nature juridique de ces codes soulève de nombreuses interrogations. En

---

[547] Une circulaire du Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, précise ainsi que « Ces instruments permettent de réunir dans un même document l'ensemble des normes applicables à une entité. Ils portent sur des questions qui sont traitées par différentes sources de droit et remplissent en cela deux fonctions : ils servent de support pour des règles originales créées par les entreprises et permettent un rappel des dispositions légales applicables à leurs activités », *Circulaire relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur*, 19 novembre 2008, DGT 2008/22. L'OCDE les définit quant à lui comme « des engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite de leurs activités sur le marché », OCDE, *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, TD/TC/WP(98)74/Final, 2000.

[548] I. DAUGAREILH (coord.), *Projet ESTER, rapport d'orientation*, mai 2007, p. 22 et s.

[549] A cet égard, le projet Ester a démontré l'approche hiérarchique retenue par de nombreuses entreprises dans la mise en œuvre de leur politique et démarches de RSE. « La responsabilité pour la mise en œuvre et la propagation des politiques de RSE est située au plus haut niveau de l'entreprise transnationale. Ceci contraste fortement avec une approche dite de la « base au sommet » qui est également pratiquée dans les entreprises étudiées. La mise en œuvre des politiques de RSE fait partie de la promotion d'un climat d'entreprises dans lequel les cadres et les salariés sont encouragés à initier des programmes ou des projets de manière volontaire », *Rapport de recherche ESTER*, 2007, extrait, *in* I. DAUGAREILH (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 842.

apparence dépourvus de force obligatoire, l'imprécision des termes choisis ne leur confère bien souvent qu'une valeur déclaratoire, les réduisant à de simples supports de communication. Tel est notamment le cas lorsque des entreprises s'engagent à « encourager », à « inciter », « à favoriser », à « promouvoir » le respect de certaines normes, en plus d'exprimer de manière générale et impersonnelle, des valeurs morales touchant plus à l'éthique, à la déontologie, aux bonnes pratiques ou encore aux questions de conflit d'intérêt. Dépourvus d'objectifs précis, ils sont alors avant tout un rappel de leurs obligations à respecter la loi, quand il ne s'agit pas d'exprimer un attachement au respect des droits fondamentaux reconnus par l'OIT. La référence aux huit conventions fondamentales de l'OIT[550] se retrouve d'ailleurs dans de nombreux codes, de même que la Déclaration tripartite de l'OIT à l'attention des entreprises multinationales à laquelle de nombreuses entreprises multinationales expriment leur « attachement ». Privés de véritable effectivité si dépourvus de mécanismes de suivi et de mise en œuvre, ces codes sont souvent les prémices de procédures de management et de gestion mis en place au sein de l'entreprise que celle-ci peut décider de faire certifier afin de démontrer sa bonne foi à respecter le contenu de son code[551]. Les droits internationaux auxquels se réfère le code prennent alors la forme de valeurs morales, dépourvus de juridicité, dont le respect est contrôlé par des organismes privés. L'étude du contenu des codes, seul critère permettant de déterminer leur véritable force contraignante, peut néanmoins faire apparaitre une nature plus complexe, indépendamment de leur intitulé. Une règle de conduite précise, à l'attention d'une catégorie de personne ciblée, dont le non respect fait l'objet d'une sanction, peut ainsi revêtir une force obligatoire. La question est alors de savoir si la direction de l'entreprise transnationale détient le pouvoir d'édicter de tels codes, en dehors de tout cadre juridique. La question mérite d'être posée car ces codes

---

[550] La déclaration des principes fondamentaux a été adoptée en 1998 par les Etats membres de l'OIT. Ces principes sont ceux issus de 8 conventions internationales de l'OIT : sur le travail forcé (convention n° 29 et 105) ; sur le travail des enfants (convention n° 138) ; sur les pires forme de travail des enfants (convention n°182) ; sur la non discrimination à l'emploi et au travail (convention n° 111) ; l'égalité de rémunération (convention n°100) ou la santé et la sécurité au travail (convention n°155), sont également des thèmes que l'on peut retrouver dans ces codes. La liberté syndicale et protection du droit syndicale (convention n°87) ainsi que le droit d'organisation et de négociation collective (convention n°98) ne sont pas toujours mentionnées dans ces codes, selon l'implantation de l'entreprise qui peut craindre de s'engager envers des droits qui ne sont pas garantis par l'Etat sur lequel elle exerce une partie de ses activités.

[551] P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD Civ*., 2009 p. 77.

pourraient bien s'apparenter aux pouvoirs règlementaires et de direction conférés à l'employeur à l'égard de ses salariés, mais que celui-ci tire du contrat de travail et de la relation de subordination qui en découle.

229. Certains codes peuvent en effet contenir des dispositions relatives à la discipline, à la sécurité, ou à la santé des travailleurs. Dès lors que les obligations contenues dans les codes visent les domaines couverts par le règlement intérieur, l'employeur est alors libre de rédiger un tel code en vertu de son pouvoir règlementaire, à condition de respecter la procédure applicable au règlement intérieur[552]. Cette position est d'ailleurs rappelée par la circulaire du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur[553]. La question se pose alors des obligations contenues dans ces codes qui sortent du domaine couvert par la législation applicable au règlement intérieur. La circulaire rappelle à cet égard que d'une part, la Cour de cassation permet à l'employeur d'édicter unilatéralement de telles mesures[554] et que d'autre part, l'inspection du travail peut formuler des observations sur le contenu d'un code qui ne se rattache pas au champ du règlement intérieur[555]. En dehors du pouvoir règlementaire, ces codes sont également l'expression du pouvoir de direction de l'employeur sur les conditions de travail en ce qu'ils peuvent être qualifiés d'acte de gestion. Comme l'indique la circulaire du 19 novembre 2008, « l'information et la

---

[552] Notons que si le contenu du code entrait dans le champ d'application de l'article L. 1321-1 du Code du travail, celui-ci pourrait être requalifié de règlement intérieur. Tel fut par exemple le cas dans plusieurs affaires, le juge ayant considéré qu'un code était en réalité une adjonction au règlement intérieur : TGI Nanterre, 6 octobre 2004 ; TGI Nanterre, 15 juillet 2005, TGI Libourne, 15 septembre 2005 ; TGI Nanterre, 19 octobre 2007; TGI Nanterre, 27 déc. 2006, n° 20006/02550, cité dans Circ. du 19 nov. 2008, DGT 2008/22, *op. cit*., p.8.

[553] Circulaire du 19 nov. 2008, DGT 2008/22, *op. cit*.

[554] « La chambre sociale de la Cour de cassation confère force obligatoire à des mesures prises unilatéralement par l'employeur qui sont des règles générales et permanentes mais sans leur donner cette qualification. Elle utilise à cet effet la notion d'engagement unilatéral. Dans les cas où l'employeur édicte une mesure (qu'il s'agisse d'une simple décision individuelle ou d'une règle) dont il résulte pour les salariés une sujétion nouvelle (ne portant pas modification du socle contractuel), la mesure est qualifiée de changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur en vertu du contrat de travail et de l'article 1134 du code civil (exemple : Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45.673 ; Circ. du 19 nov. 2008, DGT 2008/22, *op. cit*., p. 9 ; voir également, M. VERICEL, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », *Dr. soc.* , n°12, 2000, 1059).

[555] Circulaire du 19 nov. 2008, DGT 2008/22, *op. cit*, p. 8.

consultation du comité d'entreprise en application de l'article L. 2323-6 du code du travail sont requises uniquement lorsque la charte est présentée comme un instrument de gestion de l'entreprise ». C'est alors l'analyse de leur contenu qui détermine si l'employeur doit, malgré sa dénomination de « code » ou de « charte », respecter les dispositions du code du travail limitant son pouvoir de direction[556]. On comprend l'intérêt que suscite la question de leur qualification juridique[557], mais également celles relatives au pouvoir normatif de l'employeur[558].

230. L'une des manifestations de ce pouvoir de direction se trouve dans la mise en place de procédures d'alerte professionnelle. Au-delà de simples engagements en faveur de politiques sociales, environnementales ou mêmes sociétales, les entreprises entendent crédibiliser leurs politiques responsables. Dans cette optique, les méthodes de mise en œuvre et de suivi de leurs engagements sont devenues essentielles. Les procédures d'alerte éthique, également appelées « alerte professionnelle », se sont donc développées au sein des entreprises, afin de mettre à contribution les travailleurs dans la mise en œuvre des codes[559]. Bien connu aux Etats-Unis sous le terme de *whistleblowing*, ce dispositif peut se définir comme le fait de « révéler l'existence de pratiques illégales, immorales, ou illégitimes dont l'employeur a la maîtrise à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation[560] ». Ce procédé peut évidemment être

---

[556] Rappelons cet arrêt de la Chambre criminelle rendue en 1973 qui précise que la consultation du comité d'entreprise englobe tous les problèmes de gestion sans distinguer entre les aspectes strictement économiques et les incidences sociales, Cass. crim. 29 mars 1973, JCP 1974, II, 17651 note P. CATALA, cité par D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, p. 127, note 2.

[557] I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un code de conduite », *JCP E*, 2006, n°1214.

[558] D. BERRA s'interroge sur cette question mais conclu aux limites apportées par le droit du travail au pouvoir normatif autonome du chef d'entreprise, D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *op. cit*., p. 129 .

[559] La loi française a étendu le champ de l'alerte ainsi que la protection des lanceurs d'alerte à travers la loi n°2013-316 du 16 avril 2013 *relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.*

[560] J. NEAR, M.-P. MICELI, « Organizational dissidence: The case of whistleblowing », *Journal of Business Ethics*, 4, 1985, pp. 1-16, cité par C. VERCHER, F. PALPACUER, S. CHARREIRE PETIT, « Codes de conduite et systèmes d'alerte éthique : La RSE au sein des chaînes globales de valeur », *Revue de la régulation*, n°9, 1er semestre 2011, p. 9, mis en ligne le 16 juin 2011, http://regulation.revues.org/index9259.html; une autre définition peut être celle proposée par la CNIL «un système mis en place par un

purement volontaire, traduisant le simple exercice de la liberté d'expression des travailleurs[561] ; mais il peut également être aménagé par un code de conduite. En France, la législation prévoit déjà certaines situations dans lesquelles le travailleur peut être amené à « donner l'alerte ». En droit du travail par exemple, l'article L. 4131-1 du Code du travail invite le travailleur à alerter « immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection ». Il ne s'agit pas tant d'une obligation que d'un devoir du travailleur, aucune sanction n'étant prévue. Ce dernier est protégé puisqu'il peut exercer un droit de retrait mais surtout ne peut être sanctionné s'il a pu légitimement croire qu'il existait une cause de danger grave et imminent[562]. Pour certains auteurs, ce devoir pourrait s'étendre à d'autres domaines en application de l'article L. 4122-1 du Code du travail qui prévoit une obligation, à la charge des travailleurs, de prendre soin de leur sécurité et de leur santé ainsi que de celle des autres personnes concernées par leurs

---

organisme (privé ou public) pour inciter ses employés à signaler des problèmes pouvant sérieusement affecter son activité ou engager gravement sa responsabilité », Fiche pratique de la CNIL, 14 mars 2011, http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/les-alertes-professionnelles-enquestions/, consulté le 13 mars 2012 ; également, « Un dispositif d'alerte professionnelle est un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet : des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise ; des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; des atteintes à la santé physique et mentale des salariés. », P-H. ANTONMATTEI, P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, » *Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes*, coll. Des rapports officiels, La Documentation française, Paris, janv. 2007, p. 35.

[561] M- P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *in* F-G. TREBELLE, O. UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, regards croisés droit et gestion*, Economica, n°42, Paris, 2011, p. 129 ; mais comme le rappelle l'auteur, cette liberté s'exprime déjà dans les limites de la législation sur la protection pénale de certaines données sensibles, relatives aux secrets de fabrication par exemple, à l'obligation de confidentialité que peuvent imposer certains contrats de travail ou à la législation relative aux propos diffamatoires ou injurieux, *idem*, p. 149.

[562] Article. L. 4131-3 du Code du travail.

actes ou omissions au travail[563]. Ce texte sous-tendrait « un devoir de signalement interne de toute défectuosité mettant en péril la santé et la sécurité des personnes extérieures à l'entreprise [564]». Le Grenelle de l'environnement a été l'occasion d'étendre cette question de l'alerte à l'environnement. Le rapport soumis par Corinne LEPAGE a par exemple proposé l'instauration de dispositifs d'alerte environnementale dans les entreprises[565]. L'actualité de cette question tient notamment à la multiplication des procédures d'alertes[566], mises en place par les entreprises, suite à la loi américaine Sarbanes-Oxley (« SOX ») votée en 2002 en matière d'alerte financière. Cette loi impose aux entreprises de mettre en place des procédures d'alerte à destination des travailleurs afin qu'ils puissent signaler tout fait délictueux en matière comptable. En imposant aux entreprises américaines, à leurs filiales, ainsi qu'à toute société cotée à la bourse de New-York, la mise en place d'un tel dispositif, la loi « SOX » a inévitablement produit des effets extraterritoriaux. Le recours aux chartes éthiques a été le moyen, pour les entreprises françaises, d'appliquer ses dispositions. Mais dès lors qu'elles traduisent un pouvoir de gestion de la direction[567], certains processus ne peuvent être mis en place qu'en ayant recours au règlement intérieur[568], au risque de se voir

---

[563] Voir en ce sens M-P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *op. cit.*, p. 145 et s. ; également F-G. TREBULLE, « L'efficacité comparée du droit et de l'obligation de dénoncer en droit du travail et de l'environnement », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *La dénonciation*, Actes du colloque du CEDAG, Economica, 2010.

[564] O. GODARD, « Les responsabilités en cas de danger grave et imminent », *JCPE*, 1984, II, 14214, p. 223, cité M-P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *op. cit.*, p. 145.

[565] Mission Lepage, Rapport final, 1ère phase [en ligne], p. 20, disponible sur : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490/0000.pdf, site visité le 23 août 2014 ; voir également D. LEBEGUE, A-J. GUERIN, Comité opérationnel « entreprise et RSE », Grenelle de l'environnement, chantier 25, Rapport final, 21 mars 2008. Disponible sur ww.developpement-durable.gouv.fr.

[566] En application de la loi informatique et liberté, certains codes doivent être enregistrés auprès de la CNIL. En 2010, celle-ci avait enregistré 1300 chartes éthiques, contre 600 en 2006, C. VERCHER, F. PALPACUER, S. CHARREIRE PETIT, « Codes de conduite et systèmes d'alerte éthique : La RSE au sein des chaînes globales de valeur », *op. cit.* , p. 9.

[567] Voir en ce sens A. COEURET et N. DE SEVIN, « Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 2/06, p. 75.

[568] Voir à cet égard P- H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, qui prônent la création d'un régime spécifique et non son introduction au règlement intérieur, P- H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 35.

sanctionner par le juge[569]. En effet, sous couvert de faire participer les travailleurs au respect des engagements de l'entreprise, c'est au contraire au contrôle de leur comportement et de leur travail, auquel ces dispositifs peuvent conduire[570]. Nombreuses sont donc les questions[571] que soulèvent ces dispositifs en termes de garantie des droits des travailleurs[572], mais également des lanceurs d'alerte[573]. Il ne fait en tout cas pas de

---

[569] Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17191.

[570] Mais aux termes de l'article L.2323-32 du Code du travail, le Comité d'entreprise doit alors être informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre d'un tel procédé, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés. Notons une décision du TGI de Nanterre du 27 décembre 2006 qui a jugé qu'un dispositif d'alerte éthique est « de nature à engendrer des phénomènes de stress et de harcèlement pour les salariés concernées par les dénonciations anonymes », et devait dès lors être soumis à l'inspecteur du travail, au comité central d'entreprise, aux comités d'établissement et aux CHSCT, préalablement à leur mise en œuvre. Les prescriptions déontologiques prévues par le code de conduite pouvaient conduire à des sanctions disciplinaires. Ce dispositif a donc été jugé comme une adjonction au règlement intérieur. TGI Nanterre, 27 décembre 2006, n° 2006/02550, cité dans J-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2007, p. 173 ; P.- H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 36

[571] Retenons par exemple ces quelques questions relevées par René de QUENAUDON : « Quel peut-être l'objet de l'alerte professionnelle ? Qui doit être la sentinelle de l'intégrité de l'entreprise ? Le salarié ? La partie prenante ? Le salarié de cette dernière ? L'alerte peut-elle être obligatoire pour le salarié ? L'abstention de lancer l'alerte équivaut-elle à une complicité en cas d'irrégularité avérée ? Quelle est la protection du lanceur d'alerte ? Doit-on inciter à donner l'alerte (alerteur-chasseur de primes) ? Quelle est la protection à accorder à la « cible » de l'alerte ? Comment articuler le dispositif d'alerte et le droit disciplinaire ? Comment articuler les compétences des organes de contrôle (par ex. en France, le contrôle administratif et le contrôle judiciaire) ? R. de QUENAUDON, « Quelques observations et questions sur l'alerte professionnelle », *RDT*, 2010, p. 721.

[572] En application de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, la CNIL a été amenée à se prononcer sur l'instauration d'un système d'alerte requérant un traitement automatisé de données à caractère personnel. Désormais, une procédure d'autorisation unique doit être respectée pour tout dispositif d'alerte mis en place par une entreprise ; Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel ; voir également J-F. DOBELLE, « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, vol. 44, 1998, p. 4 ; en attendant la mise en place d'un régime protecteur, le juge reste vigilant, notamment lorsqu'est mise en cause une procédure de licenciement à l'encontre d'un salarié ayant dénoncé une infraction pénale (Cass. soc. 12 juillet 2006, *SS Lamy* 4 septembre 2006, n° 1272, p. 11) ou encore celle à l'encontre d'une personne chargée du respect de l'éthique dans l'entreprise (Cass Soc. 6 nov. 2006, *SS Lamy* 27 nov. 2007, n°1284, p. 12).

[573] Notons que la loi SOX prévoit une protection des lanceurs d'alerte. Comme l'explique C. DIDIER, « Par son article 806, la SOX prévoit l'interdiction d'exercer des

doute que le contenu de certains codes traduit le pouvoir de direction de l'employeur. Ce pouvoir devient pourtant équivoque lorsqu'il s'étend au-delà de la relation inter-personnelle existante entre un employeur et ses salariés, pour viser les travailleurs d'un groupe, voir même d'un réseau. L'employeur disparaît alors au profit d'une nouvelle autorité : la direction du groupe.

231. L'une des particularités de ces dispositifs est en effet liée à leur champ d'application. Lorsqu'ils sont mis en place dans des entreprises complexes, ils ne visent que rarement les travailleurs de la seule société-mère. L'entreprise Macdonald avait ainsi demandé l'autorisation à la CNIL de mettre en place un « dispositif d'intégrité professionnelle ». Conformément au code éthique du groupe, ce dispositif aurait permis aux travailleurs des filiales françaises d'alerter « par courrier postal ou par télécopie, la société-mère américaine (McDonald's Corporation) sur les comportements de leurs collègues de travail « supposés contraires aux règles légales françaises ainsi qu'au code d'éthique[574] ». Cette demande fut rejetée par la CNIL au motif que le dispositif était disproportionné par rapport aux objectifs poursuivis. Cet exemple de mise en œuvre

---

mesures de représailles à l'encontre des salariés qui auraient dénoncé des malversations, et, en cas de violation de cette interdiction, le droit d'agir en justice contre l'employeur auteur des représailles. La protection des « whistleblowers» qui est au cœur du dispositif est garantie par l'engagement des entreprises à protéger l'anonymat des dénonciations. Elle est surtout assurée par l'addition d'un nouvel article au Code pénal américain puisque les représailles à l'encontre d'un « divulgateur » de fraude constituent désormais un crime passible d'une amende importante ou même d'une peine pouvant aller jusqu'à dix ans de prison », C. DIDIER, « L'alerte professionnelle en France: un outil problématique au cœur de la RSE », *in* N. POSTE, D. CAZAL, F. CHAVY, R. SOBEL, *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Une nouvelle régulation du capitalisme ?*, Septentrion, coll. Capitalismes, Éthique, Institutions, Villeneuve d'Ascq, 2001, p. 3. Cette question est en revanche loin d'être réglée en France, en l'absence d'un dispositif général de cadrage (M-P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *op. cit.*, p. 147) ; en revanche, en matière de corruption, un régime de protection du lanceur d'alerte a été introduit dans le Code du travail à l'article L. 1161-1 par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, si ces faits sont dénoncés de bonne foi et qu'il en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Sur cette question, voir J-F. DOBELLE, « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *op. cit.* , p. 5 et M-P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *op. cit.*, p. 147

[574] Voir Délibération n° 2055-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle, disponible sur www.cnil.fr, consulté le 13 mars 2012.

d'un dispositif d'alerte au sein d'un groupe n'est pas isolé[575]. De tels dispositifs, mis en place à travers des chartes éthiques ou des codes de conduite, permettent aux entreprises de se conformer à une loi tout en lui conférant un effet extraterritorial. C'est d'ailleurs dans un souci de respect de la loi américaine « SOX », que la société Dassault systèmes (DS), société-mère du groupe Dassault, avait prévu la mise en place d'un dispositif d'alerte dans son code de conduite. Au-delà des préoccupations comptables, financières et de corruption visées par la loi américaine, ce dispositif prévoyait la possibilité pour « toute personne », de signaler « à toute personne compétente du groupe DS » tout « manquement grave aux principes décrits par le code lorsqu'il met en jeu l'intérêt vital du groupe DS ou l'intégrité physique ou morale d'une personne[576] ». Ce code a subi la censure de la Chambre sociale en 2009, notamment du fait de l'étendue des informations couvertes par son dispositif, bien plus large que celles visées par la loi « SOX »[577]. Depuis, Dassault a limité le champ d'application de son code, certaines dispositions n'étant expressément plus applicables en France[578]. En dehors de ces paragraphes, le code reste inchangé et mis en œuvre « sous la responsabilité de la société anonyme, Dassault systèmes, société-mère du groupe DS[579] ». Chaque « collaborateur » du groupe, peu importe son lieu d'activité, son employeur, se voit donc soumis aux même

---

[575] Voir par exemple le cas de l'entreprise CEAC (Compagnie européenne d'accumulateurs), qui a également fait une demande à la CNIL de mise en œuvre d'un dispositif d'alerte mis en place par la société-mère Exide Technologies, souhaitant se conformer à la loi « SOX ». Elle devait permettre à l'ensemble des salariés du groupe « de communiquer avec le comité de surveillance comptable du conseil d'administration d'Exide sur des sujets tels que les inexactitudes ou les irrégularités comptables qui pourraient être commises ». Mais elle devait aussi permettre aux salariés d'alerter directement les dirigeants du groupe sur les éventuelles violations des principes en vigueur dans l'entreprise (règles de conduite éthique ou commerciale) ou des lois et ce par l'intermédiaire d'un prestataire de service chargé de répartir les alertes en quatre catégories : « ressources humaines et travail, fraude et vol, erreur comptable, problèmes liés aux principes de conduite et d'éthique », CNIL, Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005, cité par C. DIDIER, « L'alerte professionnelle en France: un outil problématique au cœur de la RSE », *op. cit.* , p. 4

[576] Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, *RDT* 2010. 171, obs. R. de QUENAUDON.

[577] HAUTEFORT (M.), « Systèmes d'alerte professionnelle : la Cour de cassation pose des limites », à propos de Cass. soc. 8 déc. 2009, pourvoi n° 08-17.191, *JSL*, 18 janvier 2010, n° 269, p.9.

[578] Dassault Systèmes, « 8 décembre 2009 : Les paragraphes "Informations à usage interne" (pages 7-8) et "Dispositif d'alerte professionnelle" (pages 11-12) ne sont pas applicables en France », *Code de conduite des affaires*, 1er sept. 2007, disponible sur http://www.3ds.com/fileadmin/COMPANY/CSR/PDF/CBC-VF-Decembre-2009.pdf, consulté le 13 mars 2012.

[579] *Idem*, p. 12 du code.

contraintes d'exercice de son activité professionnelle, créant ainsi une cohésion de travail dans toute l'entreprise.

232. Comme le relève A. SOBCZAK, ces codes expriment la volonté de la part des entreprises « de réguler une situation de fait, que le droit social ne régule que d'une manière insuffisante, mais également un souci d'éviter l'émergence de normes contraignantes étatiques ou internationales[580] ». Leur champ d'application spatial, au-delà des séparations juridiques des sociétés composant une organisation complexe, soulève pourtant la question du détenteur du pouvoir de direction que le droit français reconnaît en la personne de l'employeur. En effet un code de conduite se limite rarement aux travailleurs d'une seule société, pour s'appliquer aux travailleurs de toutes les sociétés évoluant au sein de l'entreprise complexe[581]. Cela peut aussi concerner les travailleurs des sociétés contrôlées autant que ceux inclus dans les sociétés du réseau. Utilisé comme outil de gestion de l'entreprise complexe, limiter le champ d'application d'un code à une seule société lui enlèverait d'ailleurs tout son intérêt. Or, c'est à l'employeur que le droit a reconnu un pouvoir de direction. Ce dernier n'est pourtant souvent même pas signataire du code qui lui est applicable. En faisant le choix d'un champ d'application spatial international, les instances dirigeantes de la société-mère, auteures du code, ne peuvent évidemment pas être assimilées à l'employeur de tous les travailleurs de l'entreprise. Ces codes participent malgré tout à définir un cadre commun de conditions de travail pour tous, que le contenu de ce code fasse apparaitre des obligations ou de simples engagements dépourvus d'effets juridiques. En étant destinataires de ces codes, les travailleurs d'une même entreprise complexe intègrent une même collectivité de travail. L'identification de cette collectivité se renforce d'ailleurs lorsque les travailleurs sont appelés à devenir des partenaires dans la mise en œuvre d'une politique responsable. Ces codes peuvent alors être assimilés à des actes de gestion globale de l'entreprise transnationale, expression d'un certain pouvoir de direction du chef d'entreprise, mais exercé par l'instance gouvernante, dépassant les prérogatives reconnues à l'employeur direct des salariés de chaque société.

---

[580] A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Droit social*, sept-oct 2002, n° 9/10, p. 807.

[581] Une même entreprise peut élaborer des codes de conduite par métier ou par secteur, mais ils seront généralement la déclinaison d'une politique plus globale exprimée dans un code.

233. Ainsi, sous couvert de collaboration des travailleurs du groupe, ces dispositifs permettent surtout aux entreprises de dépasser les frontières ainsi que les séparations juridiques, afin de soumettre les travailleurs à des valeurs, des procédures et donc des comportements identiques dans l'exécution de leurs tâches. Une telle harmonisation du cadre de travail fait apparaître une direction propre au groupe ou au réseau et participe à une mise en œuvre globale des politiques responsables dans les entreprises. On pourrait même dire que ces codes transnationaux consacrent un niveau de pouvoir au-delà de la relation employeur/salarié dans les entreprises complexes. Elle permet en outre la consolidation d'une collectivité de travail transnationale en créant, auprès des travailleurs, le sentiment d'appartenance à une même entreprise, sentiment corroboré par la soumission à un même cadre de valeurs, de principes et de procédures. En visant les travailleurs et collaborateurs de toute l'entreprise, la société-mère participe à construire une communauté de travailleurs correspondant à la réalité organisationnelle de l'entreprise transnationale. La RSE formalise ainsi un niveau d'organisation des relations de travail lequel, sans être encore une réalité juridique à part entière, pourrait malgré tout commencer à produire certains effets.

B. L'émergence d'une communauté transnationale de travailleurs à partir des pouvoirs de la société-mère

234. La RSE permet à chaque entreprise de formaliser des procédures de gestion responsable dans toute l'entreprise, à travers une harmonisation des normes de conduite des travailleurs. L'une des particularités de ces codes, rédigés par les instances gouvernantes d'un groupe, se trouve dans leur application globale, puisque certains n'hésitent pas à viser les travailleurs des filiales mais également ceux des sous-traitants et partenaires commerciaux, même situés à l'étranger[582]. Certaines entreprises qualifient d'ailleurs les travailleurs de l'entreprise de « collaborateurs » dans leur code de conduite, évitant ainsi de se limiter aux salariés proprement dits[583]. Si leur champ d'application varie d'une entreprise à une autre, ces codes sont malgré tout un moyen de diffuser auprès de tous les travailleurs de l'entreprise, un socle commun de valeurs et de

---

[582] Voir *supra*, p. 125 et s.

[583] Voir par exemple le code de conduite de TOTAL, sept. 2007, disponible sur http://www.total.com/MEDIAS/MEDIAS_INFOS/829/FR/Total-code-conduite-fr.pdf, site visité le 16 juillet 2012.

principes à respecter. En s'adressant aux travailleurs de l'entreprise complexe dans son ensemble et en ne limitant pas le champ d'application des codes à leur seule structure juridique, les sociétés dessinent donc elles-mêmes les contours d'une communauté de travail dépassant les séparations juridiques des sociétés composants l'entreprise complexe. C'est d'ailleurs cette approche que retient le juge lorsque pour dépasser les séparations juridiques d'un même ensemble, celui-ci recherche l'existence d'une « communauté de travail » en dehors de toute fiction juridique créée par la constitution de société.

235. La notion de « communauté de travail » est utilisée dans les litiges relatifs à la participation des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures au processus électoral dans l'entreprise d'accueil[584], mais également dans ceux portant sur la reconnaissance de l'existence d'un établissement distinct permettant, à partir de certains seuils, de désigner un délégué du personnel ou un délégué syndical[585]. Cette notion est

---

[584] Une présence effective et une certaine durée de travail dans l'entreprise utilisatrice sont alors requises pour constituer une « intégration étroite et permanente à la communauté de travail » et entraîner la comptabilisation de ces salariés mis à disposition dans les seuils afférents aux élections représentatives. Voir l'arrêt « Peugeot » du 28 février 2007 (n° 06-60.171, Bull. civ. V, n° 34 ; *RDT*, 2007, 229, obs. M-L. MORIN ; *JCP S* 2007, n° 1272, note P. MORVAN ; *Dr. Ouvrier*, 2007, 286, note E. BOUSSARD-VERRECCHIA, et *Recueil Dalloz*, 2009 p. 590) ; également trois arrêts de principe rendus le même jour et qui précisent les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail (Ch. soc., 13 nov. 2008, pourvoi n° 07-60.434, n° 07-60.465, n° 07-60.469, n° 07-60.470, n° 07-60.471 et n° 07-60.472); critères repris aux articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail, issus de la loi du 20 août 2008, n°2008-789.

[585] A ainsi été jugé que « onze salariés constituaient une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations », Ch. soc. 29 janv. 2003, Bull. n° 30, p. 27. A propos de cet arrêt, la Cour de cassation relève dans son rapport annuel 2004 que :"*la chambre sociale affirme ainsi l'abandon, implicite depuis un arrêt du 2 octobre 2001 (Bull. n° 296), de la recherche des qualifications détenues ou des pouvoirs exercés par le représentant de l'employeur et s'attache à privilégier le critère de la communauté de travail qui justifie la mise en place de l'institution réclamée. Un groupe, isolé ou non, de salariés peut constituer une communauté de travail dans la mesure où il existe en tant que collectivité ayant des intérêts propres, distincts, d'une part, de la somme des intérêts particuliers des salariés qui la composent, et, d'autre part, des intérêts d'autres collectivités existant dans l'entreprise, dont la spécificité, qui peut être la conséquence, par exemple, d'une activité ou de conditions de travail particulières, de l'isolement géographique, de contingences spéciales (la diversité des situations soumises au juge du fond interdit une énumération exhaustive), rend*

également utilisée dans les litiges relatifs à la reconnaissance d'une UES, dans lesquels elle devient un indice de l'unité sociale[586]. Cette communauté de travailleurs doit être relevée par les juges d'instance, mais ils n'ont à leur disposition qu'un faisceau d'indices. Ainsi, la permutabilité du personnel entre les entités de l'UES peut-elle être un élément de cette communauté, de même que l'application d'un même règlement intérieur ou encore des conditions de travail identiques[587]. Les critères permettant de déterminer l'existence d'une communauté ou d'une collectivité de travail sont avant tout casuistiques[588] et varient donc en fonction de la règle à appliquer, ce qui en fait une notion relative. Certains pourraient objecter que l'utilisation quasi exclusive de cette notion aux litiges portant sur les élections professionnelles limiterait l'utilité de cette notion. Mais comme le note SARGOS[589], elle révèle l'intention du juge qui n'est plus tant de sanctionner un comportement frauduleux de l'entreprise que de « découvrir la vérité et la réalité de la communauté de travail à travers sa dimension économique et sociale effective, sinon, en se laissant tenter par un jeu de mot un peu facile,

---

nécessaire la prise en compte des réclamations qui en résultent. Dès lors que la structure sociale de l'entreprise peut ne pas coïncider avec l'organisation hiérarchique, celle-ci lui est indifférente et elle ne peut faire obstacle à la mise en place des institutions représentatives que la réalité sociale rend obligatoires », Cour de Cassation, Rapport annuel, 2004.

[586] *Idem*, p. 297.

[587] Pour des exemples, voir R. de QUENAUDON, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *Répertoire droit du travail*, Dalloz, janv. 2004 ; G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Droit social*, janv. 2005, n°1, pp. 68-79 ; Mme FARTHOUAT-DANON, *Avis portant sur la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale*, Cour de cassation, Avis n° 0070005P, 19 mars 2007.

[588] Par exemple, l'application d'une même convention collective, la présence d'un CHSCT et de comités d'établissement communs à deux sociétés, le même règlement intérieur et d'un unique "livre des normes de gestion du personnel", ont été considérés comme des « éléments susceptibles de caractériser une même communauté de salariés fondée sur une similitude de statut social », Cass. soc., 29 mai 2002, n° 01-60627.

[589] Comme le note P. SARGOS, « Depuis maintenant plus de trente ans la chambre sociale a donc réalisé un véritable travail de recherche de la vérité de la communauté de travail dans l'entreprise, dont la finalité est de trouver, au delà de seuils plus ou moins arbitraires, voire de manœuvres plus ou moins avouées pour évincer, altérer ou limiter la représentation sociale, la réalité économique et sociale, sinon sociologique, de cette communauté de travail. », P. SARGOS, « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », Cour de Cassation, *Rapport annuel*, 2004, p. 97.

"affective"[590] ». C'est que la notion de communauté de travail a évolué[591] pour se rapprocher de la réalité organisationnelle des entreprises et permettre ainsi aux travailleurs mis à disposition, d'être pris en compte pour déterminer le nombre de mandats à pourvoir à l'occasion des élections des institutions représentatives du personnel de l'entreprise d'accueil. Le critère de l'intégration à une communauté de travail a alors pris le pas sur celui de subordination juridique, jusqu'alors imposé par la Cour[592], qui ne reflétait plus la réalité de ces nouvelles formes d'organisation du travail. La Cour a ainsi considéré que ces salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillant depuis une certaine durée, « partagent des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs [593]», et sont de la sorte, intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail.

236. Cette notion de communauté de travail vise donc avant tout à prendre en compte une réalité organisationnelle. Face à une structure complexe transnationale, la recherche d'une collectivité de travail au-delà des séparations juridiques fictives devient essentielle et participe de cette recherche de « vérité », pour reprendre le terme utilisé par P. SARGOS[594]. La tâche n'est pourtant pas aisée car en présence d'une entreprise transnationale, l'éclatement géographique de sa structure entraîne *ipso facto* l'exclusion de l'existence d'une telle communauté, en application des critères retenus par la loi et la jurisprudence. Cette notion vise en effet à révéler une réalité géographique, ce qui sous-entend une localisation des travailleurs en un même lieu[595]. Or, les travailleurs d'une entreprise transnationale ne sont, par définition, pas tous localisés au sein d'une même

---

[590] P. SARGOS, « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *idem*, p. 97.
[591] Cons. constit., 28 déc. 2006, déc. N°2006-545.
[592] Cass. ass. plén., 6 juil. 1990, n° 89-60581, Bull. civ. AP, n°10.
[593] Par exemple : Cass. soc. 13 nov. 2008, pourvoi n° 07-60434.
[594] Sur la question de la recherche de la vérité en droit, voir Y. CHARTIER, « Etude sur le thème de la vérité », Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2004, p. 35 et s.
[595] Critères d'ailleurs retenus s'agissant du contentieux relatif à la participation des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures au processus électoral dans l'entreprise d'accueil. Ce critère n'est pourtant pas retenu pour un litige portant sur la désignation de délégués du personnel dans un établissement distinct (voir C. Cass., *société Agio Sigarenfabrieken*, 14 janv. 2004, Bull. n° 17, p. 15, cité P. SARGOS, « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 99).

structure. Pourtant, le champ d'application extraterritorial des codes de conduite et autres instruments de gestion responsable, incite à s'interroger sur l'existence et la localisation de cette communauté travail. Ne faudrait-il pas en effet tirer les conséquences des effets souhaités par les sociétés dominantes qui élaborent de tels textes transnationaux ? La Cour de cassation, confrontée à une telle difficulté a par exemple admis l'existence d'une communauté en présence d'un éclatement géographique[596] des travailleurs sur le territoire français, et d'un employeur situé à l'étranger[597]. E. PESKINE constate à cet égard un glissement de la Cour « d'une vision de l'organisation comme lieu de travail, à une vision de l'organisation comme processus de travail[598] ».

237. S'il est certain que l'application d'un code de conduite ou d'un Accord-cadre international (ACI) à tout un ensemble de travailleurs situés dans des sociétés différentes, ne saurait à eux seuls caractériser une communauté de travailleurs, la question se pose néanmoins de leur utilisation par les instances gouvernantes d'entreprises transnationales pour créer peu à peu une telle communauté de travail, et corrélativement, le sentiment par les travailleurs eux-mêmes, d'appartenir à une telle communauté. La construction d'une telle collectivité de travail au sein des entreprises à structure complexe est d'autant plus prégnante qu'elle se retrouve dans l'organisation

---

[596] La Chambre sociale n'a en effet pas hésité à reconnaître l'existence d'une communauté de travail en présence de salariés situés sur le territoire français, mais dont la société qui les employait était une société étrangère, simplement représentée par « une organisation économique ». A propos de cette affaire, P. SARGOS constate que « *dans la pratique le concept d'établissement en question s'étend sur une grande partie du territoire national eu égard aux fonctions de ces salariés, mais nonobstant cette dispersion géographique ils ont des intérêts communs face à un employeur localisé à l'étranger où ils n'ont pas la possibilité de bénéficier des institutions représentatives. Sans doute les modalités des élections seront complexes, mais les obstacles matériels ne doivent pas être un obstacle à la reconnaissance de la communauté de travail et à son expression par les institutions représentatives* », (*Société Agio Sigarenfabrieken*, 14 janv. 2004, Bull. n° 17 p. 15). La dispersion géographique ne serait donc pas un obstacle à une telle reconnaissance, alors que les codes participent à combler un vide juridique induit par la dispersion géographique des entreprises complexes.

[597] En considérant en l'espèce que la société disposait d'une organisation économique en France exerçant les responsabilités de l'employeur, la Cour contourne la difficulté posée par la présence de l'employeur à l'étranger, et le « rapatrie » sur le territoire français à travers la notion d'organisation économique.

[598] E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit.*, p. 313, voir également sur cette question, « Droit du travail », *Recueil Dalloz*, 2009 p. 590.

des relations collectives que la RSE tend à organiser[599]. Si la question de l'existence d'une communauté de travail transnationale peut se poser, c'est que pour mettre en œuvre les politiques et engagements de RSE, tous les travailleurs sont mis à contribution par les entreprises. Sans eux, les politiques responsables n'auraient de toute évidence aucune effectivité, sans parler des risques de non respect des engagements par les salariés eux-mêmes et donc des conséquences sur l'image et la réputation de l'entreprise. Cette mise à contribution produit plusieurs effets sur les conditions de travail dans l'entreprise.

238. Come nous l'avons évoqué précédemment, cette mise à contribution peut se traduire par des procédures d'alerte faisant participer le travailleur à la prévention de risques. Les travailleurs peuvent également être formés sur des questions qui leur étaient jusqu'alors étrangères. Au-delà des préoccupations sociales, la RSE fait en effet entrer dans l'entreprise des problématiques plus larges relatives à l'environnement, à la corruption ou aux droits de l'Homme. Le salarié se retrouve alors l'acteur principal de la mise en œuvre d'une politique globale de l'entreprise. La dimension environnementale des conditions de travail est prise en compte dans la majorité des normes de RSE. Cette prise en compte est sous-tendue par une volonté de prévention du risque. La législation française en matière d'hygiène et sécurité a par exemple fait entrer la question environnementale dans les sociétés à travers la mise en place de Comités d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail[600]. Outre ces instances représentatives, les sociétés situées sur le territoire français sont soumises à une législation stricte en matière de normes environnementales. La prévention du risque est devenue pour certains secteurs une véritable culture, tant à l'égard de la santé et de la sécurité des travailleurs que plus globalement, à l'égard de l'écologie. La mise en place d'une politique responsable, mise en œuvre par un système de management environnemental[601] vise donc à favoriser le maintien d'un certain niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, et même parfois de l'écologie. Mais l'externalisation de la main-d'œuvre vers des pays aux législations plus souples fait perdre le bénéfice de cette protection, d'où le choix, pour

[599] Voir *infra*, p. 185 et s.
[600] L'employeur a des obligations spécifiques définies aux articles L. 4141-1 et s. du code du travail.
[601] Voir par exemple le Règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil, permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), 19 mars 2011, n° 761/2011.

certaines entreprises, de développer des systèmes de gestion responsable applicables à toute l'entreprise. De tels systèmes nécessitent la mise en place de formations et d'actions de sensibilisation des travailleurs sur les enjeux environnementaux à l'attention des travailleurs de l'entreprise, indépendamment de leur lieu d'activité ou de leur lien contractuel avec une société du groupement. Comme le note G. BARATHIEU, il peut s'agir d'une « sensibilisation dans le quotidien de leur travail sur les gestes écologiques, d'un élargissement de leur compétence professionnelle au poste de travail, ou de l'acquisition des spécialités nécessaires à l'entreprise qu'elles soient complémentaires à des fonctions transversales comme celles de conseillers en prévention, de qualiticien ou de responsable des ressources humaines ou qu'elles soient principales comme celles de conseillers, technicien et ingénieur en environnement ou d'écologue[602] ». D'ailleurs, les normes internationales favorisant la responsabilité sociétale des entreprises vont toutes en ce sens, incitant les entreprises à former les travailleurs[603].

239. En droit français, la loi « Grenelle 1[604] », prévoit que l'Etat « étudiera également la possibilité d'inclure dans les plans de formation des entreprises soumises à cette obligation des modules consacrés à l'environnement, au développement durable et à la prévention des risques [605]». Rappelons à cet égard que l'employeur est déjà soumis à une

---

[602] G. BARATHIEU, « La formation écologique dans l'entreprise : une contribution à l'écocitoyenneté ? », *in* M-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement, regard croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. axe droit, 2010, p. 142.

[603] Voir OCDE, Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, éd. OCDE, 2000 ; OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, OIT, 4° éd., Genève, 2006 ; Lignes directrices pour le reporting développement durable, GRI, Version 3.0, 2000-2006 ; ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale ; Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, Principe 16.

[604] Loi *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, n°2009-967, JORF 5 août 2009.

[605] M-P. BLIN-FRANCHOMME, « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *op. cit.*, p. 143.

obligation d'information et de formation des travailleurs[606], qui entre dans le cadre de son obligation de prévention du risque[607]. En revanche, les plans de formation initiés volontairement par l'entreprise pour mettre en œuvre une politique de RSE ou de développement durable, n'entrent pas dans le cadre de ces obligations. Ces formations permettent à l'employeur de sensibiliser les travailleurs au projet global de l'entreprise mais surtout de les mobiliser autour d'un « projet fédérateur »[608], soit que cela procède de sa propre initiative, soit que cela résulte de politiques publiques incitatives[609]. Que ce soit au niveau français ou européen, on constate à cet égard que les politiques publiques et les politiques des entreprises tendent à se rejoindre plus qu'à s'opposer. La diffusion de telles pratiques au sein d'entreprises à structure complexe devrait avoir pour effet d'atteindre un certain niveau d'exigence et d'harmonisation en termes de santé et de sécurité au travail, indépendamment du pays où se situe le travailleur.

240. En soumettant un ensemble de travailleurs aux mêmes règles de conduite et de formation ou encore en les faisant participer à la mise en œuvre des politique RSE via par exemple des systèmes d'alerte, les instruments de RSE posent donc inévitablement la question de l'existence d'une communauté de travail existant au-delà de chaque société ou de chaque établissement. Bien évidemment, une telle communauté ne saurait se substituer aux communautés de travail telles que définie par la législation française par exemple. Mais à l'instar de l'organisation des pouvoirs au sein de l'entreprise transnationale, la RSE semble bien participer à formaliser une collectivité transnationale de travailleurs se superposant aux communautés de travailleurs constituées localement.

---

[606] Cette obligation concerne aussi bien les salariés que les représentants du personnel, membres du CHSCT, à défaut les délégués du personnel, les salariés des entreprises intervenantes extérieures et les travailleurs indépendants.

[607] Articles L. 4121-1 et s. du Code du travail.

[608] G. BARATHIEU, « La formation écologique dans l'entreprise : une contribution à l'écocitoyenneté ? », *in* M-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement, regard croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. axe droit, 2010, p. 157.

[609] Notons par exemple les plans nationaux santé/environnement 2004-2008 et 2009-2013, et le plan national santé-travail 2010-2014 qui fixent plusieurs objectifs en ce sens, tels que le renforcement de la formation des services de prévention et de contrôle et celle des représentants du personnel (PNST 2005-2009, objectif 1-4), ou l'intégration de la dimension santé environnement dans les formations initiales (PNSE 1 2004-2008, action 41), *idem*, p. 158.

L'organisation des relations collectives par la RSE tend par ailleurs à renforcer cette analyse.

§ 2 . Les relations collectives de travail organisées par la RSE

241. En organisant les relations de travail dans l'entreprise, la RSE tend à intégrer les travailleurs au sein d'une même et seule entreprise, au-delà des entités juridiques au sein desquelles ils sont juridiquement rattachés par leur contrat de travail. Un nouveau « niveau » de négociation est ouvert aux travailleurs de l'entreprise transnationale. Ceci se manifeste à travers les normes négociées en faveur d'une politique responsable, lesquelles favorisent le renforcement du pouvoir de négociation des travailleurs (A) de toute l'entreprise et renforcent leur pouvoir de contrôle via leurs instances représentatives (B).

A. Un pouvoir de négociation accru

242. Les relations collectives de travail confrontent les organisations d'employeurs aux organisations de salariés pour la détermination des règles applicables au rapport d'emploi. Etudier les relations collectives de travail implique donc de s'intéresser tant à la représentation collective qu'à la négociation collective[610]. Si ces deux volets de la relation collective sont aujourd'hui encadrés par le droit français et européen, tel n'est pas le cas des relations collectives de travail à l'échelle internationale (1). Face à ces lacunes, la signature d'accords-cadres internationaux (ACI), négociés dans le cadre de politiques responsables des entreprises, démontre l'émergence des relations collectives à l'échelle de l'entreprise transnationale (2) à travers une représentation étendue des salariés et un pouvoir de négociation accrue.

1) *Relations collectives et entreprises transnationales*

243. Les relations collectives de travail permettent aux employeurs et aux salariés de déterminer les conditions d'emploi mais également le cadre de leurs relations. Ces

---

[610] G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28ème éd., 2014, p. 981 et s.

relations s'établissent à différents niveaux qui peuvent aller de l'unité de production au groupe. Elles peuvent également être organisées tant sur un plan sectoriel, que sur le plan national ou européen. Le cadre général dans lequel ces relations peuvent se dérouler est fixé par des textes juridiques. Les grands principes contenus dans ces textes sont généralement tirés des conventions internationales de l'OIT.

244. Au niveau français et européen, la mise en place d'institutions représentatives du personnel au sein d'entreprises dépassant un certain seuil d'effectifs devient obligatoire. Le périmètre de l'entreprise, ou plus précisément la délimitation de sa structure, est alors fondamental puisque de sa détermination dépend le cadre des relations collectives de travail. Or, au sein d'une entreprise transnationale à structure complexe, la détermination de la communauté de travailleurs entrant dans ce périmètre devient floue. Le droit français a su tenir compte des transformations de l'entreprise en imposant la mise en place d'un comité de groupe au sein des groupes de sociétés[611] ou en reconnaissant l'unité économique et sociale comme périmètre pour la mise en place de comités d'entreprise. Ce droit de représentation, reconnu aux salariés dans les groupes ou les unités économiques et sociales, de même que les attributions qui leurs sont dévolues, restent néanmoins limités au territoire français. Les conséquences sociales de l'internationalisation des entreprises sont donc en partie[612] exclues du champ d'application du droit français relatif aux relations collectives. Le développement de relations collectives de travail adaptées à l'entreprise transnationale est dès lors devenu nécessaire[613]. L'objet de la négociation collective internationale consiste aujourd'hui « à

---

611 Art. L. 2331-1 Code du travail.

612 Certains accords nationaux peuvent en effet avoir une applicabilité extraterritoriale et ne couvrir ainsi qu'une partie de ces conséquences. Voir en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1991 par lequel la Cour a jugé que dès lors qu'une convention collective ne comprend pas de disposition excluant une application extraterritoriale, elle est applicable à un contrat de travail international si elle se rattache à la loi applicable à ce contrat, Cass. Civ. I, 5 novembre 1991, Bull. Civ., no 293, cité dans I. DAUGAREILH, « La négociation collective internationale », Travail et Emploi, n° 104, pp. 69-84.

613 Sur la prise en compte de la dimension transnationale des entreprises européennes à travers le statut de société européenne et l'organisation des relations collectives à on échelle, voir I. DAUGAREILH (dir.), *Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013 ; « Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes », *Liaisons sociales Europe*, numéro spécial *La négociation collective transnationale*, Déc. 2012, pp.5-21.

réduire des différences de droits entre travailleurs, en d'autres termes, à pallier les limites inhérentes à la territorialité des systèmes juridiques et à prolonger la portée du droit international du travail, là où il n'a pas de prise, à savoir dans les entreprises [614]».

245. Conscientes des limites posées par un droit territorialisé, « les institutions publiques internationales ont réactivé des instruments juridiques non contraignants pour s'adresser à un interlocuteur inhabituel pour elles, les entreprises multinationales[615] ». C'est donc par le biais de normes internationales interétatiques, que les Etats incitent aujourd'hui les entreprises multinationales[616] à développer des mesures favorisant la négociation collective. La Déclaration tripartite de l'OIT à l'attention des entreprises multinationales est à ce titre emblématique. Elle se fonde sur trois conventions internationales[617] pour inviter les entreprises multinationales mais également les entreprises locales, à faciliter la mise en place d'instances représentatives aptes à entamer des négociations volontaires avec les employeurs[618]. Autre texte de référence, les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, qui se réfèrent à la Déclaration tripartite de l'OIT, ainsi qu'à la Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail, dans son chapitre consacré à l'emploi et aux relations professionnelles. Tout en rappelant le droit de négociation et de représentation des travailleurs employés par les entreprises multinationales, ces dernières y sont invitées à « promouvoir les consultations entre les employeurs, les travailleurs et leurs représentants sur des sujets d'intérêt commun [619]». Les entreprises peuvent également s'engager à respecter « la liberté d'association et à reconnaître le droit de

---

[614] *Idem*, p. 70.
[615] *Id.*
[616] Nous employons ici volontairement le terme d' « entreprise multinationale » qui est celui retenu par l'OIT
[617] Art. 4, Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; Convention (nº 135) concernant les représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, 1971 ; Recommandation (nº 129) concernant les communications entre la direction et les travailleurs dans l'entreprise, 1967.
[618] Voir les paragraphes 49 à 55 de la Déclaration. La déclaration limite toutefois ses effets puisque les entreprises sont invitées à procéder de la sorte en conformité avec la législation et la pratique nationale. Si une telle limite s'explique par le respect du principe de souveraineté des Etats, elle pose néanmoins la question de l'efficacité du respect des droits contenus dans les conventions internationales.
[619] Chapitre V – Emploi et relations professionnelles §3 des Principes Directeurs.

négociation collective[620] » en adhérant volontairement au Pace mondial des Nations Unies. Si ces textes de référence en matière de RSE rappellent aux entreprises les grands principes contenus dans les conventions internationales en matière de négociation collective[621], aucun d'entre eux ne suggère expressément aux entreprises de procéder à des négociations à l'échelle internationale de l'entreprise. Notons toutefois que les Principes Directeurs de l'OCDE, de même que la Déclaration tripartite de l'OIT, recommandent aux entreprises le respect des droits des travailleurs « employés par l'entreprise multinationale ». La communauté de travailleurs est donc entendue au sens large, indifféremment de sa structure juridique. C'est l'entreprise multinationale dans son ensemble qui est visée.

246. A défaut de normes juridiques internationalement contraignantes visant expressément la négociation collective à l'échelle internationale, ce sont des normes privées qui ont vu le jour ces dernières années. Ainsi en est-il par exemple de l'ISO 26000[622], qui ne se contente pas de promouvoir la négociation collective mais dispose que « les relations et conditions de travail d'une organisation englobent toutes les politiques et pratiques liées au travail réalisé au sein d'une organisation, par elle ou pour son compte, y compris en cas de sous-traitance. Les relations et conditions de travail vont au-delà de la relation d'une organisation avec ses employés directs ou des responsabilités qu'une organisation assume sur un lieu de travail qu'elle détient ou qu'elle contrôle[623] ». Cette approche large des travailleurs explique sans doute la recommandation sur le dialogue social, qui laisse le choix du « niveau » de négociation aux représentants d'entreprises et travailleurs, auxquels sont ouverts la possibilité de dialoguer au niveau de la profession, interprofessionnel ou géographique. Prenant acte du développement d'accords cadres-internationaux, la norme ISO 26000 rappelle d'ailleurs aux entreprises « qu'il est possible de passer des accords-cadres complétés par des accords locaux au niveau de l'organisation, conformément à la législation ou à la pratique nationale [624]». Le rappel de la conformité à la législation et à la pratique nationale peut surprendre dès lors qu'aucune législation n'existe aujourd'hui en matière

[620] Principe 3 du Pacte Mondial des Nations Unies.
[621] I. DAUGAREILH, « Employee participation, ethics and corporate social responsibility», *Transfer*, 1, 2008, pp. 93-110.
[622] ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO, 2010.
[623] ISO 26000, §. 6.4.1.1 « Organisations et relations et conditions de travail ».
[624] *Idem*, § 6.4.5 « Dialogue social ».

de négociation internationale du travail. En effet, tous les ACI qui ont vu le jour depuis les années 1990 ont été négociés en dehors d'un cadre juridique international ou national. En 2014, ce sont près d'une centaine d'ACI qui avaient été signés entre organisations syndicales internationales et entreprises transnationales. Cette nouvelle forme de dialogue social, à l'origine d'accords privés négociés et s'appliquant à l'entreprise mondialisée, contractualise[625] les relations collectives de travail au niveau mondial.

2) *Des relations collectives renforcées par la signature d'ACI*

247. Les travailleurs peuvent être représentés dans l'entreprise par le biais d'institutions représentatives du personnel ainsi que par des organisations syndicales. La signature d'accords-cadres internationaux intervient généralement entre acteurs syndicaux et patronaux. Plus précisément, ce sont des organisations syndicales internationales[626] qui négocient ce type d'accords avec la direction d'entreprises transnationales. Ce sont donc des accords négociés au niveau mondial mais destinés à une application locale.

248. Le syndicalisme international n'est pas nouveau[627]. Les actions menées par les organisations syndicales internationales pour défendre les intérêts des travailleurs ont

---

[625] I. DAUGAREILH, « La négociation collective internationale », *op. cit.*, p. 71.

[626] Le fondement juridique du syndicalisme international se trouve dans la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, qui reconnaît aux organisations syndicales nationales le droit de pouvoir s'affilier librement à des organisations syndicales internationales. Mais cette convention ne garanti pas un droit à la négociation internationale, qui relève de la législation nationale, *Ibidem*.

[627] Le syndicalisme international est né, non pas en réaction à l'avènement d'entreprises à structure complexe transnationales, mais avant tout pour permettre une représentation internationale des intérêts des travailleurs. Les premières actions internationales des syndicats, adressées directement aux entreprises multinationales, ont d'abord consisté en la mise en place de conseils mondiaux d'entreprise. Le secteur de l'automobile a été le premier à être visé par l'action syndicale internationale. La mise en place de structure de représentation au sein d'entreprises multinationales restait encore marginale. En effet, du début du XX° siècle aux années 90, leur action s'est principalement concentrée sur la reconnaissance des droits des travailleurs auprès des Etats et des organisations internationales. Dans les années 70 et 80, le mouvement syndical avait ainsi pour interlocuteur privilégié les Etats et les organisations internationales ou intergouvernementales. En participant à l'élaboration de textes internationaux à destination des entreprises, tels que les principes directeurs de l'OCDE ou la Déclaration tripartite de l'OIT, c'est bien la voie de la régulation publique qui était choisie par les syndicats. Dès les années 90 pourtant, dans un contexte de mondialisation, le

pris plusieurs formes depuis plus d'un siècle. Organisé autour de confédération syndicales internationales[628] et de Fédérations syndicales internationales[629], le syndicalisme international s'adapte ainsi continuellement aux nouvelles structures des entreprises, comme le démontrent les alliances syndicales internationales. Ces alliances

---

mouvement syndical international a dû faire évoluer sa stratégie d'action, confrontée à de nouvelles formes de travail, organisées au sein d'entreprises complexes. Alors que leur action s'était jusqu'alors principalement concentrée sur la reconnaissance des droits des travailleurs auprès des Etats et des organisations internationales, dès le début des années 90 leur action a dû se tourner vers de nouveaux acteurs : les entreprises multinationales. Cette nouvelle orientation s'explique par la multiplication de ces entreprises agissant au niveau international, qui a conduit à une mise en concurrence des législations sociales, et par voie de conséquence à une remise en cause du rôle de l'Etat et des organisations internationales dans la protection des droits des travailleurs. Les tentatives d'inclure une clause sociale dans les accords commerciaux a d'abord été un moyen de viser indirectement les investisseurs et donc les entreprises multinationales, à respecter les conventions de l'OIT. Mais l'échec d'un tel projet a conduit le syndicalisme international à se tourner vers les entreprises multinationales, devenue un interlocuteur direct, à privilégier. Sur l'histoire du syndicalisme international, Voir I. DAUGAREILH, « La négociation collective internationale », *op. cit* ; R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », Institut international d'études sociales, OIT, document de travail DP/161/2005, Genève, 2005, 37 p. ; M-A. HENNEBERT, « Les relations de travail au sein des entreprises multinationales : quand les syndicats empruntent la voie de l'international », *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail*, vol. 5, n°2, 2010, p. 65-84.

[628] Organisation de type idéologique, pouvant regrouper divers secteurs. La plus importante d'entre elles est la Confédération syndicale internationale (CSI), créée en 2006 du rapprochement entre la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) et la confédération mondiale du travail (CMT). Elle regroupe, en 2014, 176 million de membres à travers 325 organisations affiliées, réparties sur 161 pays (chiffres tirés de la liste des organisations affiliées, disponible sur le site internet du CSI). Leur action est dirigée principalement vers la représentation des intérêts des travailleurs auprès des institutions publiques, alors que l'action des Fédérations syndicales internationales se concentre sur les entreprises multinationales. Pour plus de détails, M-A. HENNEBERT, « Les relations de travail au sein des entreprises multinationales : quand les syndicats empruntent la voie de l'international », *op. cit.* ; DESCOLONGES (M.), SAINCY (B.) (dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation internationale*, La Découverte, 2006.

[629] Anciens Secrétariats professionnels internationaux, ces fédérations regroupent des fédérations et syndicats nationaux par secteurs industriels ou par profession. On trouve ainsi la Fédération internationale des journalistes (FIJ), la Fédération internationale des organisations des travailleurs de la métallurgie (FIOM), la Fédération internationale des travailleurs du bâtiment et du bois (FITBB), la Fédération internationale des travailleurs du textile, du vêtement et du cuir (FITTHC), la Fédération internationale des travailleurs de la chimie, de l'énergie, des mines et des secteurs connexes (ICEM), l'Union Network International (UNI) etc. , pour plus de détails voir R. BOURQUE, *Les accords-cadres internationaux et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 2 et s.

permettent une coordination de l'action syndicale en regroupant différents syndicats, ce qui favorise, par exemple, l'organisation de campagnes de mobilisation comme celle lancée à l'encontre de l'entreprise canadienne Quebecor World Inc[630]. La voie de la négociation collective internationale a néanmoins été de plus en plus empruntée par les syndicats, du fait de la globalisation économique, l'entreprise transnationale étant devenue un acteur aussi privilégié que l'Etat. Dans cette optique, la Confédération syndicale internationale considère qu'elle « doit assumer un rôle de premier plan dans le débat politique public sur la responsabilité sociale des entreprises [631]» dès lors que ce débat soulève directement le problème de la régulation des activités des entreprises transnationales. La RSE devient une forme de régulation négociée, ne se limitant pas à une démarche volontaire unilatérale des entreprises[632]. La signature d'accords-cadres internationaux s'inscrit dans ce vaste mouvement de régulation des activités des entreprises transnationales[633] visant aujourd'hui davantage à compléter la législation du travail qu'à s'y substituer[634].

249. La signature d'ACI, même au sein d'entreprises aux traditions marquées par la négociation collective et implantées sur des territoires respectueux de la représentation collective, marquent une avancée puisqu'elle crée un cadre de négociation à l'échelle de l'entreprise transnationale. Mais c'est évidemment lorsqu'un tel accord s'étend à des travailleurs soumis à des législations peu protectrices de leurs droits, que la signature d'ACI prend tout son sens. Leur objet principal est en effet de promouvoir les droits

---

630 M-A. HENNEBERT, « Les relations de travail au sein des entreprises multinationales : quand les syndicats empruntent la voie de l'international », *op. cit.* ; également, M-A HENNEBERT, « Les alliances syndicales internationales comme levier à la négociation d'accords cadres internationaux : le cas du réseau UNI de Quebecor », intervention au Colloque international « Les normes de RSE : mise en œuvre, contrôle et sanctions », organisé par I. DAUGAREILH, 27 au 29 oct. 2010, Université Montesquieu Bordeaux IV.

631 B. SAINCY, « La responsabilité sociale des entreprises : la position des acteurs sociaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 179.

632 Ibidem.

633 M-A. MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Droit social*, N°1, janv. 2009, spéc. p. 94.

634 Comme le rappellent les confédérations syndicales internationales, voir à cet égard B. SAINCY, « La responsabilité sociale des entreprises : la position des acteurs sociaux », *op. cit.*, p. 180.

fondamentaux au niveau mondial, sur tous les sites de l'entreprise[635]. Au cœur de ces accords se trouve le droit à la liberté syndicale qui doit être promu et protégé par l'entreprise pour permettre aux travailleurs visés par l'accord, de s'organiser librement afin de défendre leurs intérêts localement[636].

250. La question de la légitimité des fédérations syndicales internationales pour signer de tels accords se pose toutefois. Aucun cadre juridique ne définit en effet les conditions de ces négociations ni ne reconnaît de pouvoir de négociation particulier aux fédérations syndicales internationales[637]. Les fédérations syndicales internationales sont des organisations sectorielles, signataires d'ACI avec une entreprise en particulier, et non avec une instance sectorielle d'employeur. De plus, le pouvoir de négociation n'est reconnu par le droit français et européen qu'aux instances syndicales nationales et européennes[638]. Ces deux difficultés sont cependant contournées par plusieurs facteurs. Tout d'abord, la participation d'une fédération syndicale internationale permet de négocier avec l'entreprise dans son ensemble, sans tenir compte des séparations juridiques des entités la composant. En présence d'un groupe constitué de plusieurs centaines de filiales, cela permet de ne pas convoquer toutes les instances syndicales de ces filiales ni chacune des directions. Un tel processus rendrait certainement difficile l'aboutissement d'un accord. De plus, négocier au niveau du siège de l'entreprise, pour

---

635 A. BAYLOS-GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : Entreprises transnationales et accords-cadres internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 207.

636 I. DAUGAREILH, « La négociation collective internationale », op. cit., p. 72. Le droit à la liberté syndicale pose encore des difficultés de mise en œuvre dans de nombreux pays, y compris dans certains Etats européens, comme le démontre le rapport du Comité de la liberté syndicale du BIT, organe de réception des plaintes soumises par les gouvernements, les organisations d'employeurs ou de travailleurs, BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Bureau international du Travail, 5ème éd., 2006 ; F. COCHOY, I. DAUGAREILH, A. LACHEZE, «Analyse nationale et pluridisciplinaire », Projet de recherche ESTER « Social regulation of European transnational companies », CNRS-COMPTRASEC, novembre 2005, p. 69 et s.

637 E. MAZUYER, (dir.), Regards croisés sur le phénomène de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise, La Documentation Française, 2010.

638 A. SOBCZAK, « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale ? », communication lors du 2ème séminaire franco-québécois sur la responsabilité sociale, 1er sept. 2005, Sciences-Po Paris, p.4 ; M-A. MOREAU, « Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations : Expériences et prospective », *SS Lamy*, 2008, supplément. 1376, p. 33 ;

l'ensemble des sociétés soumises à sa domination ou à son influence, indépendamment de leur localisation géographique, permet de contourner l'obstacle de la territorialité des droits. Autrement dit, c'est un moyen de limiter un certain *dumping* social dès lors que l'entreprise s'engage à promouvoir les mêmes droits pour tous les travailleurs relevant de son périmètre. Enfin, en recevant mandat de leurs membres, certaines fédérations syndicales nationales renforcent leur légitimité[639]. La co-signature d'ACI avec des instituions représentatives du personnel ou des organisations syndicales nationales permet également de garantir cette légitimité ainsi que la représentation des salariés puisqu'elle favorise un rayonnement plus large de l'accord[640]. ArcelorMittal, EADS, GEA, LEONI, PSA Peugeot Citroën, ont ainsi signé un ACI avec la FIOM en y associant une fédération syndicale européenne. Le Comité d'entreprise européen peut également faire partie des signataires, comme ce fut le cas par exemple pour l'accord signé en 2004 entre Renault et la FIOM. Enfin, les fédérations syndicales nationales ont aussi été amenées à signer certains de ces accords, ce qui est le cas de l'accord signé en 2006 entre France Télécom et l'UNI[641]. Ces ACI ne traitent ni des questions salariales ni des avantages sociaux, se limitant aux principes et droits fondamentaux. Ils démontrent néanmoins une prise en compte des intérêts des travailleurs à l'échelle de l'entreprise transnationale, ainsi qu'un renforcement de leur représentation face à une entreprise mondialisée. Par ce biais, le travailleur n'est pas isolé dans l'unité de production au sein

---

[639] Notamment la FIOM et l'UNI, voir A. SOBCZAK, E. LEONARD, « Le dialogue social transnational: quelles interactions entre différents niveaux », Centre Interdisciplinaire de Recherche Travail, État et Société, janv. 2009.

[640] L'implication des comités d'entreprise européens soulève en revanche un certain nombre de question depuis la refonte de la Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 *concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*. Sur cette question voir I. DAUGAREILH, « Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes », *Liaisons sociales Europe*, numéro spécial *La négociation collective transnationale*, déc. 2012, pp. 5-21 ; S. LAULOM, « La révision manquée de a directive sur les comités d'entreprise européen », *SS Lamy*, 12 mai 2009, n° 1399, p. 5.

[641] Dans une importante étude menée en 2009 par André Sobczak et Evelyne Léonard sur l'analyse des interactions entre les accords transnationaux d'entreprise et les autres niveaux de dialogue social transnational, les auteurs comptent 29 ACI co-signés avec des organisations syndicales nationales, 15 ACI co-signés avec des comités d'entreprises européens et 9 ACI co-signés avec des fédérations syndicales européennes, *Idem*, p.15-17, voir également aussi R. BOURQUE, *Les accords-cadres internationaux et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation*, *op. cit*., p. 11.

de laquelle il travaille, ses intérêts étant représentés au niveau de la direction de l'Entreprise.

251. La négociation des ACI débute généralement de manière informelle, à l'initiative des fédérations syndicales nationales du pays où l'entreprise a son siège ou des instances représentatives européennes du personnel. La Fédération syndicale internationale peut également être amenée à proposer aux fédérations nationales la signature d'un accord-cadre international[642]. La FSI peut ainsi signer un ACI au nom de ses affiliés qui n'ont pas participé aux négociations[643]. La FSI peut également soumettre un projet d'accord à ses partenaires et le proposer à la direction de l'entreprise[644]. L'acceptation par cette dernière, d'entamer de telles négociations, peut néanmoins poser problème. Le cas de l'entreprise Quebecor World, entreprise canadienne, est à ce titre emblématique[645]. Face à des problèmes d'accès à la syndicalisation dans certains établissements de l'entreprise transnationale, l'UNI, fédération syndicale internationale du secteur de l'imprimerie, a été amenée à rassembler les organisations syndicales nationales de cette entreprise. Ces rassemblements ont conduit les organisations à crée un « réseau UNI@Quebecor World » afin de pousser la direction de l'entreprise à conclure un ACI. Face au silence de la direction, plusieurs campagnes syndicales internationales ont été menées pour convaincre la direction de l'entreprise. Après de nombreuses négociations entre les membres du réseau syndical et la direction, un accord a finalement été signé en 2007. Cet exemple démontre les lacunes de l'absence d'un cadre juridique capable de reconnaître les instances syndicales représentatives. A défaut d'une reconnaissance juridique de leur existence, seules leurs capacités d'action et de mobilisation permettent de fonder leur légitimité d'action. En présence d'entreprises européennes, associer des

---

642 A. SOBCZAK, E. LEONARD, « Le dialogue social transnational: quelles interactions entre différents niveaux », *op. cit.*, p. 73.

643 Fédération internationale des organisations de travailleurs de la métallurgie, « La force des accords-cadres », disponible sur http://www.imfmetal.org/files/FRA2.pdf, site visité le 2 février 2012.

644 R. BOURQUE, *Les accords-cadres internationaux et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 13 et s. ; M-A. HENNEBERT, R. BOURQUE, « Mondialisation et négociation sociale dans les entreprises multinationales : la négociation de l'accord mondial Quebecor World », *Négociations*, 2010. 2 n°14, p.10. Notons que certaines Fédérations syndicales internationales ont élaboré des accords-cadres types à destination des instances locales désireuses d'entamer de telles négociations.

645 Pour plus de détails, *ibidem*.

comités d'entreprises européens aux fédérations syndicales internationales permet de faciliter le lancement de ces négociations, en raison de leur place privilégiée auprès de la direction de l'entreprise. La direction de l'entreprise peut également être invitée par des tiers à entamer de telles négociations. L'entreprise anglaise G4S a par exemple été poussée à signer un ACI avec l'UNI en décembre 2008 suite à une procédure de non respect des Principes Directeurs de l'OCDE devant le Point de Contact National britannique[646]. De manière générale, notons qu'un processus de suivi, de révision ou de renégociation de l'ACI est généralement prévu. Fruits d'une négociation avec des acteurs syndicaux, c'est ce qui marque la spécificité de ces accords d'un nouveau genre puisque ces procédures de mise en œuvre permettent de mesurer leur effectivité et implicitement crée un pouvoir de contrôle des travailleurs.

B. Un pouvoir de contrôle étendu

252. La RSE permet d'étendre le pouvoir de contrôle des représentants des salariés sur les entreprises transnationales. En favorisant la mise en place de processus de mise en œuvre des ACI ou en incitant à la diffusion d'informations sur la politique responsable de l'entreprise, la RSE pourrait avoir vocation à placer cette dernière sous la « surveillance » des acteurs sociaux[647] (1). Plus spécifiquement, les Principes Directeurs de l'OCDE, en proposant un cadre institutionnel de mise en œuvre de ces Principes, offre aux travailleurs un moyen original de s'assurer du respect de certaines normes internationales (2). Les travailleurs, empêchés par le droit d'accéder à la direction de l'entreprise transnationale du fait de son morcellement juridique, se voient reconnaître

---

[646] En décembre 2006, l'UNI avait saisi le PCN britannique pour non respect de l'entreprise G4S des dispositions des principes directeurs relatives à la représentation syndicale, aux conditions de travail et au paiement des salaires. Cette action concernait des travailleurs de plusieurs pays dans lesquels l'entreprise développait ses activités. Le 16 décembre 2008, un accord-cadre a été signé entre l'UNI et G4S, prévoyant notamment la tenue d'élections syndicales dans certains des établissements du groupe mais également la hausse du prix des heures supplémentaires afin d'atteindre un niveau décent. Informations disponibles sur le site de la Commission Syndicale Consultative auprès de l'OCDE : http://www.tuacoecdmneguidelines.org/Home.asp, site visité le 2 février 2012.

[647] B. FRYDMAN parle de « réseau de surveillance et de contrôle qui scrute ses (entreprise) moindres faits et gestes », T. BERNS, P-F. DOCQUIR (et al.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 22.

par les normes de RSE, un pouvoir de contrôle étendu, laissant espérer une meilleure protection des droits des travailleurs au sein des entreprises multinationales[648].

1) *La mise en œuvre des ACI*

253. La spécificité des ACI par rapport aux normes unilatérales privées qui sont adoptées en matière de RSE par les entreprises, réside dans l'adoption de procédures de suivi et de contrôle. Les procédures de mise en œuvre des engagements contenus dans l'ACI prennent généralement deux formes. Dans un premier temps, les travailleurs d'une entreprise ayant signé un ACI doivent être informés de la signature d'un tel accord et de son contenu. La diffusion des engagements contenus dans l'accord est donc primordiale. Cette diffusion de l'information intervient à différents niveaux hiérarchiques de l'entreprise (maison-mère, filiales, unités de productions, éventuellement sous-traitants et fournisseurs, s'ils sont visés par les termes de l'accord), ainsi qu'à divers niveaux géographiques. Selon son champ d'application spatial tel que défini dans l'accord, les travailleurs de différentes nationalités, situés sur plusieurs pays, devront donc être informés de son contenu. Une telle diffusion ne peut se faire qu'en collaboration avec les organisations syndicales nationales et locales. Les Fédérations syndicales internationales n'ont en effet pas d'accès direct dans l'entreprise transnationale. L'absence de représentation syndicale dans certains pays nécessite néanmoins une mobilisation particulière des FSI et des organisations syndicales signataires. Dans de telles situations, elles doivent se charger de la mise en place d'organes représentatifs capables de diffuser l'information auprès des travailleurs non représentés et à l'inverse de faire remonter l'information en cas de non respect des termes de l'accord[649]. La réussite de telles procédures auprès de travailleurs auparavant non représentés, est l'un des objectifs de tout ACI mais également la crainte des entreprises.

---

[648] De tels mécanismes ont l'avantage de saisir l'entreprise dans sa réalité organisationnelle, en dépassant les montages juridiques. Néanmoins, leur efficacité au niveau local, quant au respect des valeurs et droits défendus, est de plus en plus remise en cause.

[649] A. BAYLOS-GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : Entreprises transnationales et accords-cadres internationaux » *op. cit.*, p. 212.

254. L'intérêt de signer un ACI et de le mettre en œuvre est évidemment, comme le rappellent les normes internationales[650], de promouvoir les droits fondamentaux. Mais l'engagement n'est pas simple dès lors qu'une société-mère, bien souvent située en Europe, s'engage à faire respecter la liberté syndicale dans toutes ses sociétés, y compris (et surtout) dans celles situées dans des Etats ne garantissant pas les droits reconnus par les conventions internationales. Pour se protéger contre de telles situations, les ACI prévoient parfois que les engagements contenus dans l'accord soient mis en œuvre dans le respect des exigences nationales ou des lois locales[651]. Cette diffusion se fait principalement par le biais des syndicats locaux, comme le montre par exemple le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de l'ACI signé entre l'entreprise américaine Chiquita et l'UITA en 2001[652]. Cette évaluation démontre pourtant une disparité dans la diffusion de l'information, selon les pays dans lesquels l'entreprise est implantée et selon les organisations syndicales impliquées. Certaines, très actives, peuvent utiliser des tracs, ou faire des annonces radios, tandis que d'autres se contentent de n'informer que leurs membres syndiqués[653].

255. Dans un second temps, l'information du respect des engagements contenus dans l'accord doit pouvoir remonter vers ses signataires, afin d'en faire l'évaluation et de vérifier sa bonne mise en œuvre[654]. Dans cette optique, des comités spéciaux, chargés du suivi de l'accord, peuvent être mis en place, ce qui permet d'y associer les syndicats. L'entreprise RHODIA a ainsi créé une instance paritaire monde chargée de suivre la mise en œuvre de l'ACI ; Le Club Med a quant à lui créé une commission paritaire. D'autres entreprises peuvent créer un comité d'entreprise mondial ou des comités de dialogue. L'ACI signé par EDF prévoit par exemple la création d'un Comité de

---

[650] Voir par exemple les Principes directeurs de l'OCDE et la Déclaration tripartie de l'OIT.

[651] M. DESCOLONGES, « Le caractère infini du « contrôle » des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 225 et s.

[652] L. RIISGAARD, « The IUF/COLSIBA – CHIQUITA framework agreement: a case study », Working Paper n° 94, OIT, Genève, 2004 , disponible sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/@multi/documents/publication/wcms_101049.pdf, site visité le 31 janvier 2012.

[653] *Idem*, p. 13.

[654] A. BAYLOS-GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : Entreprises transnationales et accords-cadres internationaux » *op. cit.*, p. 212.

Dialogue sur la Responsabilité Sociale du Groupe EDF. Un bilan sur la mise en œuvre de l'accord dans les sociétés du groupe doit être présenté chaque année au Comité[655]. D'autres ACI prévoient la création d'instances de suivi aux différents niveaux de l'entreprise. Celui signé entre DANONE et l'UITA prévoit la mise en place de structures syndicales paritaires de suivi au sein de chaque entreprise visée par l'accord et d'une structure paritaire au niveau européen, chargée de trancher les difficultés de mise en œuvre rencontrées au niveau local. En cas de blocage, la direction générale du groupe Danone et l'UITA se voient confier une mission d'arbitre ultime, afin de trouver des solutions négociées aux problématiques rencontrées localement[656]. De manière générale, la composition de ces instances, les moyens alloués,[657] ainsi que la fréquence des réunions, sont prévus par les accords.

256. Les instances chargées du suivi de l'accord recueillent, une ou deux fois par an, les informations relatives à sa mise en œuvre pour évaluation. Nombreux sont les ACI qui prévoient également des procédures de « plainte ». Ces instances peuvent donc réceptionner des « plaintes » relatives au non respect des droits garantis dans l'accord ou aux difficultés touchant à sa mise en œuvre. La question du champ d'application spatial de l'accord est alors essentielle, notamment lorsque son extension est prévue auprès de certaines filiales ou limitée à des sous-traitants répondants à des critères précis[658]. Les organisations syndicales locales ainsi que les instances représentatives peuvent être

---

[655] M. DOUCIN, F. FATOUX, « Analyse comparative et critique de 26 accords-cadres internationaux conclus par des entreprises transnationales », Ministère des affaires étrangères et européennes et ORSE, novembre 2010, p. 6, disponible sur www.rse–et-ped.info, site visité le 2 février 2012.

[656] *Idem*, p.7.

[657] Certains ACI prévoient ainsi que du temps sera laissé aux représentants des salariés pour qu'ils participent à la mise en œuvre de l'ACI. Ainsi, l'entreprise norvégienne Norske Skog s'assure que les représentants locaux disposent du temps et des formations nécessaires à leur participation effective dans le processus de suivi des ACI. Ces représentants disposeront également de toutes les informations disponibles et d'un droit d'inspection, *id.*, p. 6 ; des moyens financiers peuvent également être octroyés par l'entreprise pour le suivi de l'accord, permettant de couvrir les frais de la personne en charge du suivi, mais également les moyens matériels nécessaires (déplacements etc.), M. DESCOLONGES, « Le caractère infini du « contrôle » des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux », *op. cit.*, p. 225.

[658] S. SCARPONI, S. NADALET, « La dimension juridique des ACI : réflexion à partir de l'expérience italienne », intervention au Colloque internationale « Les normes de RSE : mise en œuvre, contrôle et sanctions », organisé par I. DAUGAREILH, 27 au 29 oct. 2010, Université Montesquieu Bordeaux IV.

associées à ce processus afin de recueillir les dénonciations. En cas d'échec des négociations au niveau local, l'organisation syndicale nationale peut ensuite être saisie et intervenir auprès de la fédération nationale du pays du siège de l'entreprise. En dernier lieu, la fédération syndicale internationale peut dialoguer avec la direction de l'entreprise afin de régler le différend. L'ACI signé par l'entreprise BOSH prévoit par exemple que « les plaintes concernant l'éventuelle violation des principes garantis seront examinées, les mesures nécessaires seront délibérées et mises en œuvre entre les directions et les représentations des intérêts des salariés responsables. Le comité restreint du CE du Groupe Bosch sera informé des plaintes qui ne pourraient être résolues au niveau national. Si besoin est, il sera délibéré sur la mise en œuvre de cette déclaration à l'occasion des sessions entre la direction et le comité Europe ». Ce type de procédure a permis de régler certains conflits sociaux. La société espagnole INDITEX, signataire d'un ACI en 2007 pour sa chaîne de production et d'un autre en 2009 pour ses filiales, a pu être alertée par la fédération syndicale internationale partie à l'accord, de cas de violation de la liberté syndicale au Pérou. Un accord a pu être trouvé entre la direction du groupe et la FSI pour réintégrer les travailleurs exclu de la société locale. La signature d'ACI permet ainsi un rapprochement des organisations syndicales aux différents niveaux de l'entreprise. L'organisation de l'action syndicale procède d'un véritable réseau, ce qui permet en outre à la direction de garder la maîtrise de ses engagements.

2) *La mise en œuvre des Principes Directeurs de l'OCDE*

257. La procédure de mise en œuvre des Principes Directeurs de l'OCDE en cas de non respects de ses dispositions par les entreprises, laisse une place importante aux organisations syndicales[659]. La Commission Syndicale Consultative auprès de l'OCDE (TUAC), organisation syndicale internationale bénéficiant du statut consultatif auprès de l'OCDE, permet d'être l'interface entre syndicats de salariés et l'OCDE[660]. Cette

[659] I. DAUGAREILH, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 3, 2008, pp. 567-599 ; R. de QUENAUDON, C. SACHS-DURAND, « Les principes directeurs de l'OCDE, quelle efficacité ? », *Revue droit du travail*, nov. 2010, n° 11, p. 655.

[660] Le TUAC regroupe 56 centrales syndicales affiliées dans les 30 pays industrialisés de l'OCDE, représentant environ 60 millions de travailleurs. Elle a une fonction de

procédure permet à des fédérations syndicales nationales (FSN) d'inciter une entreprise multinationale[661] à respecter les dispositions des Principes Directeurs. La FSN qui ne parviendrait pas à résoudre un conflit avec la direction de l'établissement situé dans le même pays qu'elle peut, par ce biais, saisir l'entreprise dominante ou donneuse d'ordre située dans un autre pays, afin qu'elle intervienne dans la recherche d'une solution négociée. Il s'agit d'une procédure de « médiation » entre des travailleurs dont les droits n'ont pas été respectés, représentés par leurs syndicats nationaux ou internationaux, et la direction de l'entreprise, réunis autour d'une instance paritaire : le Point de Contact National (PCN)[662]. Les Fédérations syndicales internationales peuvent initier une telle procédure en dehors d'organisation syndicale nationale[663]. La Global Union Fédération (GUF) et le TUAC peuvent avoir une fonction d'accompagnement auprès des syndicats dans la préparation des dossiers et la rédaction des requêtes afin qu'elles aient une chance d'être acceptée par le PCN. Ce dernier a en effet la possibilité de refuser la « plainte » si l'évaluation préalable révèle entre autre qu'il n'existe aucune relations commerciales entre les sociétés mises en cause, ou que le siège de l'entreprise multinationale n'est pas située dans un pays ayant adhéré aux Principes Directeurs. En acceptant de suivre le dossier, le PCN propose aux parties de remplir la fonction de médiateur. Si elles l'acceptent, les négociations entre les parties aboutiront à une recommandation publique du PCN proposant une solution au différend.

258. Cette procédure, mise en place en 2000 par l'OCDE afin d'assurer une plus grande effectivité des Principes Directeurs, a été utilisée 152 fois par les syndicats[664]. Le chapitre relatif à l'emploi et aux conditions de travail a servi de fondement à la majorité

---

coordination et de représentation des positions du mouvement syndical dans les pays industrialisés, www.tuac.org, site visité le 2 février 2012.

[661] Nous utilisons dans cette sous-partie le terme d' « entreprise multinationale » tel qu'il est utilisé par l'OCDE.

[662] « Les Points de contact nationaux (PCN) ont pour mission de contribuer à une mise en œuvre efficace des Principes directeurs. Les PCN fonctionneront conformément à des critères essentiels (visibilité, accessibilité, transparence et responsabilité) afin de tendre vers l'objectif d'équivalence fonctionnelle », chapitre Lignes directrices de procédure, OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*.

[663] L'*International Union of Food Workers* a ainsi initié 22 cas devant différents PCN ; l'*International Textile, Garment and Leather Workers Federation* est quant à elle à l'origine de 7 affaires.

[664] Chiffres tirés du site internet du TUAC, www.tuacoecdmneguidelines.org, site visité le 12 sept. 2014.

des affaires initiées par des syndicats, mais pas exclusivement, comme l'illustre le tableau suivant. Cela démontre l'élargissement du rôle des syndicats dans le contrôle des activités des entreprises multinationales, rendu possible par cette procédure.

Tableau 1 - Principes directeurs mis en œuvre par les syndicats

CHAPITRE		NOMBRE D'AFFAIRES
Chapitre I.	Concepts et principes	10
Chapitre II.	Principes généraux	41
Chapitre III.	Publication d'informations	11
Chapitre IV.	Droits de l'homme (nouveau chapitre de 2011)	5
Chapitre V.	Emploi et relations professionnelles	141
Chapitre VI.	Environnement	8
Chapitre VII.	Lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et d'autres formes d'extorsion	5
Chapitre VIII.	Intérêts des consommateurs	5
Chapitre IX.	Science et technologie	0
Chapitre X.	Concurrence	1
Chapitre XI.	Fiscalité	2

Kirstine Drew, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, Atelier de formation de la FIOM, 24 – 26 Janv. 2012, Document de référence, TUAC, Paris.

259. Notons que certaines affaires mettent parfois en cause une même entreprise plusieurs fois. Ainsi en est-il de l'entreprise UNILEVER PLC, contre laquelle neuf affaires ont été initiées ou encore contre l'entreprise NESTLE, visée dans sept affaires[665]. La mise en place d'un site internet dédié aux procédures initiées par les syndicats contre les entreprises multinationales dans le cadre des Principes Directeurs de

[665] www.tuacoecdmneguidelines.org, site visité le 2 février 2012.

l'OCDE donne une visibilité aux actions engagées par les syndicats pour s'assurer du respect, par les entreprises multinationales, de ces Principes. Cela facilite également la mise en réseau des organisations syndicales à différents niveaux géographiques ainsi que la mise à disposition d'outils de formation pour les organisations syndicales désireuses d'initier une telle démarche.

260. Le processus de « plainte » mis en place par l'OCDE est une instance de dialogue nouvelle pour syndicats et organisations, dès lors qu'elle ne se limite pas à des négociations bilatérales, mais fait intervenir un tiers médiateur, le PCN[666]. Elle est un facteur de renforcement du rôle des syndicats confrontés aux entreprises transnationales à structure complexe. Si un lien commercial doit être démontré entre l'entreprise mise en cause et celle exerçant un pouvoir de contrôle, le principe d'autonomie juridique ne peut en revanche être reçu comme argument pertinent par le PCN pour refuser d'étudier le dossier. L'entreprise multinationale n'étant pas définie par les Principes, ce principe juridique, pourtant présent dans toutes les législations reconnaissant l'existence de personnes morales, n'est jamais appliqué. Par conséquent, cette procédure offre à des travailleurs victimes d'entreprises multinationales, un accès à leur réalité organisationnelle, gage d'un contrôle étendu à l'entreprise dans son ensemble.

[666] Pour une étude critique de l'action du PCN, voir I. DAUGAREILH, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 3, 2008, pp. 567-599.

CONCLUSION

SECTION I

261. Les séparations juridiques des diverses sociétés qui composent l'entreprise transnationale participent à éclater la collectivité de travail, ce qui affecte inévitablement les droits des travailleurs[667]. Ce constat n'est pas nouveau[668]. Face à cette situation, les engagements de RSE exprimés par les instances dirigeantes de sociétés dominantes, ainsi que les normes élaborées au titre de la RSE apparaissent d'une part comme un moyen de recomposer cette collectivité de travail au sein des groupes de sociétés, et d'autre part comme un élément de renforcement d'une collectivité de salariés encore fragile au sein des réseaux[669]. La Chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit d'ailleurs dans cette tendance lorsqu'elle recherche, au-delà des séparations juridiques, l'existence d'une véritable communauté de travail. La structure juridique de l'entreprise a beau être morcelée, la RSE participe à coordonner son organisation interne, laissant apparaître les prémices d'une communauté de travail dépassant ses séparations juridiques tout autant que ses frontières géographiques.

262. En effet, dans une optique de meilleure gouvernance et de meilleure gestion de leurs impacts[670] sociétaux, les entreprises sont amenées à s'engager en faveur de la

---

[667] Pensons par exemple aux seuils fondant l'application de certaines législations qui peuvent ne pas être atteints, alors même que l'entreprise est organisée comme une unité, empêchant dès lors l'application de textes initialement protecteurs ; le véritable employeur peut ne pas être celui avec lequel le travailleur est en relation contractuelle, le pouvoir étant diffus ; le contrat d'entreprise peut être utilisé et cacher en réalité une relation de travail ; le cadre de représentation et de négociation collective peut ne pas être adapté à la réalité de l'entreprise complexe ; l'utilisation de sociétés juridiquement autonomes et soumises à des législations de pays divers, entraîne une disparité des droits des travailleurs au sein d'une même entreprise. La question est néanmoins de savoir si le morcellement de l'entreprise entraîne un éclatement de la collectivité de travail ou si une recomposition de cette collectivité peut malgré tout ressortir de ce morcellement.

[668] Cette question de l'éclatement de la collectivité de travail est loin d'être nouvelle : J. MAGAUD, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Droit social*, 1975, p. 525 ; M. HENRY, « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », *Dr. ouvrier*, 1981, p. 122.

[669] A propos de la « naissance d'une communauté de salariés » au sein des réseaux, voir E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 58.

[670] Rappelons que depuis 2011, la Commission européenne a adopté une nouvelle définition de la RSE, intégrant la question des « effets négatifs potentiels » que pourraient avoir les entreprises : « La Commission propose de redéfinir la RSE comme

protection des droits des travailleurs dans toute l'entreprise. La RSE les incite à élargir leurs engagements dans des domaines nouveaux pour l'entreprise, tels que l'environnement, les droits de l'Homme ou la corruption. C'est l'entreprise dans son ensemble qui est visée, indifféremment des diverses sociétés qui la compose. De tels actes s'inscrivent dans les nouvelles démarches et exigences émergeant de la RSE, qui concernent la gestion responsable des entreprises. Cette nouvelle gouvernance des entreprises ne peut se faire sans la participation active des travailleurs qui deviennent destinataires des mesures de RSE tout autant que partenaires dans leur mise en œuvre. En touchant à la gestion interne de l'entreprise, la RSE participe ainsi à redessiner les contours d'une communauté de travail correspondant à la réalité de l'organisation de l'entreprise transnationale. Face à cette communauté transnationale de travailleurs, se pose alors la question de leur interlocuteur. Or, l'organisation du pouvoir entre les instances dirigeantes de l'entreprise transnationale se trouve également bousculée par la RSE. En formalisant les relations entre instances dirigeantes, la RSE participe à la recherche de cet « interlocuteur ».

étant "la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société"», Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2011) 681final, 25 octobre 2011.

SECTION II - L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS ENTRE LES INSTANCES DIRIGEANTES DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE

263. Entreprendre une démarche responsable nécessite de faire des choix stratégiques, de prendre des engagements, de mettre en place des procédures, lesquelles ne peuvent être initiées au sein d'une entreprise transnationale, que par l'autorité détentrice d'un pouvoir de décision sur le fonctionnement interne de l'entreprise. Or, l'organisation complexe des entreprises rend difficile l'identification de cette autorité. Le pouvoir étant réparti entre les détenteurs de capitaux, leurs représentants et le chef d'entreprise, la question se pose en effet de savoir lequel de ces acteurs peut aujourd'hui engager l'entreprise dans une démarche responsable. La théorie du gouvernement d'entreprise (corporate governance, en anglais) a cherché à rééquilibrer la répartition du pouvoir au sein des entreprises. En réalité, elle a surtout eu pour effet de favoriser les détenteurs de capitaux en amoindrissant le pouvoir des dirigeants. En incitant les entreprises à prendre en compte les intérêts de toutes les parties prenantes et les effets de leurs activités sur leur environnement, la RSE conduit au contraire à une répartition plus équilibrée du pouvoir au sein des instances dirigeantes, à travers notamment l'engagement de tous les pôles de décision, dans ces démarches (§1). C'est alors l'existence d'un pouvoir de direction propre à l'entreprise transnationale qui se dévoile peu à peu sous l'impulsion des démarches prises par les instances dirigeantes des sociétés dominantes, en matière de RSE (§2).

§ 1 . La RSE, source d'inspiration pour une répartition du pouvoir au sein des instances gouvernantes

264. L'identification du détenteur de l'autorité au sein d'une entreprise transnationale est devenue bien difficile. Celui-ci est communément désigné sous l'expression « direction de l'entreprise », laquelle vise l'instance dirigeante, qualifiée également d'« instance gouvernante ». Cette expression vise traditionnellement le pouvoir que se partagent les organes de direction, de contrôle et les actionnaires au sein d'une société dominante. Or, au sein d'une entreprise complexe, plusieurs niveaux d'instances

dirigeantes existent. Limiter l'étude des relations internes de l'entreprise aux relations existantes entre les acteurs présents au sein de la société-mère ne refléterait donc pas la réalité organisationnelle des entreprises transnationales. La RSE nous invite d'ailleurs largement à s'interroger sur ces relations car elle tend à les formaliser, tant dans l'organisation du pouvoir au sein de la société principale (A), que dans les relations entretenues entre les instances dirigeantes des sociétés-mères et celles de leurs filiale (B).

A. L'organisation du pouvoir au sein de la société principale

265. Conçue pour organiser le pouvoir au sein des instances dirigeantes des sociétés, la théorie du gouvernement d'entreprise est tantôt confondue avec la RSE, tantôt ignorée des études portant sur la RSE. Il convient donc de revenir sur ce qui rapproche et ce qui distingue ces deux notions récentes (1), avant d'étudier l'influence que peut exercer la RSE sur les relations entretenues entre les organes de direction, de contrôle et les actionnaires d'une société (2).

1) *RSE et gouvernement d'entreprise*

266. La *corporate governance* ou gouvernement d'entreprise, a initialement pour objet d'organiser les relations entre dirigeants et actionnaires au sein d'une société[671]. Le développement des investisseurs institutionnels a largement participé à développer de nouveaux modèles de gouvernance au sein des sociétés afin de surveiller leur gestion par les dirigeants. Initialement développé aux Etats-Unis dans un souci d'amélioration du fonctionnement des sociétés au milieu des années 1980[672], le gouvernement d'entreprise s'est rapidement développé en Grande-Bretagne au début des années 1990, avant d'atteindre les sociétés françaises au milieu des années 90. Le gouvernement d'entreprise s'est rapidement traduit par l'élaboration d'un texte adopté sous l'égide de l'*Americain Law institute* en 1994 : les *Principles of Corporate Governance*. Comme le précise A. TUNC, celui-ci traite des objectifs de la société, de la structure et des

---

[671] A. MONOD, F. FOUCARD, « La "corporate governance" à la française : introduction », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n°116, p. 3.
[672] A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n° 166, p. 5.

pouvoirs des organes, du rôle et des devoirs des directeurs et des actionnaires ainsi que des solutions proposées en cas de faute commise par un dirigeant[673]. Dix ans plus tard, l'OCDE élaborait un texte relatif aux Principes de gouvernement d'entreprise[674]. Ces Principes ont vu le jour pour répondre aux problèmes posés d'une part, par la dissociation entre la propriété et le contrôle du capital et d'autre part, par la multiplication des acteurs intéressés par le processus décisionnel (actionnaires institutionnels, minoritaires, créanciers, salariés etc.). Il reste néanmoins évident que l'objet du gouvernement d'entreprise est bien de « protéger les droits des actionnaires et de faciliter leur exercice[675] ». Dans cette optique, les législations sur la transparence[676] et l'accès à l'information ont été améliorées, de même que les moyens d'expression, individuels et collectifs[677], qui leur ont été reconnus. L'encadrement du pouvoir des dirigeants a, quant à lui, entraîné une dissociation, au sein des conseils d'administration, des pouvoirs de direction et de contrôle[678]. La loi sur les Nouvelles régulations économiques de 2001[679] a ainsi innové en permettant aux Sociétés Anonymes de choisir entre deux modes de direction. La fonction initialement dévolue au Président directeur général peut depuis, être dissociée entre un Directeur général, en charge de la gestion quotidienne de la société[680], véritable chef d'entreprise et un Président du Conseil d'administration, chargé de représenter les actionnaires en organisant et dirigeant le

---

673 *Idem*, p. 7.

674 Les Principes de gouvernement d'entreprise ont ainsi pour objet « d'aider les gouvernements des pays membres et non membres de l'OCDE à évaluer et améliorer le cadre juridique, institutionnel et réglementaire organisant, à l'échelon national, le gouvernement d'entreprise, et de formuler des orientations et des propositions à l'intention des autorités boursières, des investisseurs, des sociétés et d'autres parties intervenant dans l'élaboration d'un régime efficace de gouvernement d'entreprise », OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 2004.

675 Principe II, Principes de gouvernement d'entreprise, OCDE, 2004.

676 Notons à cet égard la loi du 3 juillet 2008 n° 2008-649 qui a transposé la directive européenne 2006/46/CE du 14 juin 2006 visant à améliorer les obligations de transparence des sociétés en matière de gouvernement d'entreprise et de contrôle et qui incite par exemple les sociétés à se doter d'un code de gouvernement d'entreprise, voir art. L. 225-37 à L. 225-68 du Code de commerce.

677 Voir à cet égard la loi du 23 juin 1989 ayant permis par exemple à des associations d'actionnaires d'agir en justice pour défendre l'intérêt collectif des investisseurs.

678 Voir M-N. DOMPE, « Les propositions de réflexion de la Commission des opérations de Bourse », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n°116, p. 26.

679 Loi n°2001-420 du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques.

680 Art. L. 225-56 Code de commerce.

CA[681]. Cette option a pour objet de faciliter le contrôle du chef d'entreprise, conformément aux objectifs de la théorie du gouvernement d'entreprise.

267. Si le gouvernement d'entreprise a pour objet théorique, un meilleur encadrement des relations entre les organes dirigeants et les actionnaires[682], les règles prises sur ce fondement visent avant tout à encadrer le pouvoir des dirigeants afin que l'intérêt des actionnaires soit pris en compte par ce dernier dans l'exécution de ses fonctions. RSE et gouvernement d'entreprise paraissent donc, de prime abord, antinomiques, l'intégration de préoccupations sociétales pouvant être perçue comme allant à l'encontre de la maximisation du profit recherchée par les actionnaires. En réalité, et comme le rappellent les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE[683], les préoccupations environnementales et sociales doivent faire partie intégrante de la stratégie des entreprises, tant pour prendre en compte leur environnement que l'intérêt des investisseurs pour ces questions, la prise en compte des intérêts de toutes les parties prenantes, y compris le respect des normes sociales et environnementales, relevant de l'intérêt de la société. Cette tendance est aujourd'hui celle des investisseurs comme des dirigeants d'entreprises, les uns influençant les autres. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le Parlement européen en considérant « la gouvernance des entreprises comme un élément clé de la responsabilité sociale de celles-ci»[684].

2) *L'influence de la RSE sur les relations entre les organes de direction, de contrôle et les actionnaires*

268. La RSE peut expressément relever de la mission de l'organe de contrôle que sont le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon la forme sociétaire choisie, puisqu'il lui revient de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre. Il doit à ce titre se saisir de « toute question intéressant

---

[681] Art. L. 225-51 Code de commerce.
[682] La théorie du gouvernement d'entreprise pourrait à cet égard se définir comme une théorie d'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise.
[683] A cet égard, Principes VI -Responsabilités du Conseil d'administration, OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 2004.
[683] Principe II, Principes de gouvernement d'entreprise, OCDE, 2004.
[684] Parlement européen, Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 28 janv. 2013, 2012/2098 (INI)).

la bonne marche de la société[685]». Il est d'ailleurs tenu par la loi de présenter un rapport annuel à l'assemblée générale comprenant, « dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, (…) des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel. Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée [686] ». La prise en compte des impacts sociétaux de la société revient dès lors en premier lieu au conseil d'administration, comme le rappellent d'ailleurs les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE[687]. Les actionnaires doivent en effet pouvoir se prononcer tant sur la situation financière de la société que sur sa situation extra financière. Cette prise en compte se justifie, que la démarche soit inspirée par un activisme actionnarial, patronal, ou simplement pour prévenir les risques potentiels afférents aux activités de la société. En dehors des indicateurs proposés par le décret d'application, la loi laisse malgré tout la liberté à chaque conseil d'administration de déterminer le contenu et l'étendue de ces indicateurs et surtout la démarche de RSE qui convient à la société. En recommandant à la Commission européenne de travailler à « renforcer la responsabilité des dirigeants des entreprises de plus de 1000 salariés, en ce sens qu'ils devraient s'engager à réduire au minimum l'impact négatif éventuel, sur le plan social et environnemental, des activités de l'entreprise[688] », le Parlement européen soulève la question du rôle et de la responsabilité du conseil d'administration dans le choix d'une démarche RSE pour la société. En intégrant la RSE dans sa politique de gestion des risques, l'entreprise RENAULT a par exemple créé une direction de la maîtrise des risques au sein de la Direction de l'Audit en 2006 afin d'évaluer les risques sociaux et environnementaux liés à son activité, permettant ainsi d'impliquer le conseil d'administration dans le suivi de la RSE de cette entreprise[689]. Une telle démarche peut entraîner une modification des relations entre les dirigeants et le conseil d'administration.

---

[685] Art. L. 225-35 Code de commerce.
[686] Art. L. 225-100 Code de commerce.
[687] « Le respect des normes sociales et environnementales est aussi de son ressort », Principe VI-Responsabilités du Conseil d'administration.
[688] Parlement européen, Résolution sur *La responsabilité sociale des entreprises: un nouveau partenariat*, 13 mars 2007, (2006/2133(INI)).
[689] « L'administrateur de société cotée et la RSE », Institut français des administrateurs, oct. 2007, p. 19-20.

269. Ce dernier peut en effet choisir, en vertu de ses pouvoirs et de ses fonctions, de veiller au respect, par les dirigeants, des engagements de RSE de la société. Une charte éthique peut par exemple être rédigée en ce sens, le conseil d'administration exerçant alors une mission de surveillance des valeurs de l'entreprise. De même, en étant garant de l'information transmise à l'assemblée générale, le conseil d'administration doit veiller à ce que les informations de nature non financière, correspondant aux critères RSE et transmises par le chef d'entreprise, soient conformes aux prescriptions législatives[690]. La RSE peut en ce sens devenir un moyen supplémentaire de contrôler et d'évaluer les dirigeants[691], ou au contraire être l'occasion d'ouvrir un nouveau type de dialogue entre les organes sociaux, en développant un échange d'informations annexes à l'information strictement financière.

270. En prenant en compte les considérations sociales et environnementales de leurs investissements, les investisseurs institutionnels et individuels influencent également le pouvoir exécutif de l'entreprise. C'est d'ailleurs pour répondre aux préoccupations de certains d'entre eux que se sont développées des normes et principes propres à l'investissement socialement responsable (ISR), comme les Principes pour l'investissement responsable des Nations Unies[692]. Ces principes ont été élaborés en 2005 sous l'égide de l'initiative financière du Programme des Nations Unies pour l'Environnement et du Pacte mondial des Nations Unies. Ce texte a été initié par Koffi Annan, alors Secrétaire Général des Nations Unies pour s'adresser notamment aux investisseurs institutionnels, aux sociétés de gestion, mais également aux gestionnaires d'actifs et prestataires de services libéraux. Ces principes proposent par exemple que les investisseurs prennent en compte « les questions environnementales, sociales et de gouvernance dans les processus d'analyse et de décision en matière

---

[690] Nous pensons notamment aux dispositions de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, relatives au rapport extra-financier.

[691] Voir à cet égard le rapport portant sur « Les administrateurs de société cotée et la Responsabilité sociale de l'entreprise», réalisée par l'Institut français des administrateurs en 2007, et qui propose plusieurs démarches en ce sens aux administrateurs, Institut français des administrateurs, « L'administrateur de société cotée et la RSE », oct. 2007, p. 15, disponible sur : www.ifa-asso.com, site visité le 9 mars 2013.

[692] Programme des Nations Unies pour l'environnement et Pacte mondial des Nations Unies Principes pour l'investissement responsable, 2005, disponible sur http://www.unepfi.org/fileadmin/documents/pri_francais.pdf, dernière visite le 15 avril 2014.

d'investissement[693] », en les prenant en compte dans « leurs politiques et pratiques d'actionnaires[694] ». Les Principes suggèrent à ces actionnaires d'exercer leur droit de vote dans ce sens, d'utiliser le dépôt de résolutions pour s'enquérir de la conformité de la politique et des démarches de l'entreprise avec ces questions, ou encore d'inciter les entités dans lesquelles ils investissent à publier des informations extra-financières relatives aux questions environnementales, sociales et de gouvernance, voire même inciter les entreprises à adopter ou à respecter les normes et principes internationaux existant en matière de RSE[695]. Ces investisseurs institutionnels s'engagent également à rendre compte de leurs politiques et démarches décisionnelles auprès des bénéficiaires. De tels processus visent à influencer, directement ou non, selon les moyens utilisés, les orientations stratégiques choisies par les conseils d'administration des sociétés visées par ce type d'investissement. L'adhésion croissante des actionnaires aux préoccupations de la RSE, à travers l'ISR, soulève la question de leur influence sur la composition et les décisions prises par le Conseil d'administration. La RSE pourrait en effet conduire à renforcer le contrôle exercé par les actionnaires sur les missions du conseil d'administration.

271. Du fait du pouvoir décisionnel qui est reconnu au conseil d'administration, certains suggèrent d'ailleurs d'élargir ce contrôle à toutes les parties prenantes en ouvrant sa composition plus largement, afin de s'assurer que son pouvoir s'exerce bien au mieux des intérêts de toutes les parties prenantes, conformément aux objectifs de la RSE. Des auteurs proposent par exemple qu'il soit composé de représentants des actionnaires, des employés[696] et du public[697]. Sans aller aussi loin, la composition de certains conseils d'administration est déjà influencée par la RSE si l'on pense par exemple à la création de comités RSE en leur sein, aux côtés des comités audit et

---

[693] *Idem*, Principe 1.
[694] *Id.*, Principe 2.
[695] *Id.*, Principe 3.
[696] Art. L. 225-27 Code de commerce.
[697] A.C. HUTCHINSON, « The companies We Keep: Corporate governance for a democratic Society », *Irwin Law*, Toronto, 2006, cité par S. ROUSSEAU, « Responsabilité sociale et droit des sociétés : promesses et limites », *Lex Eletronica*, vol. 13, n° 3, 2009 ; voir aussi S. LEADER), « Le droit du travail et la gouvernance d'entreprise », *RDT*, 2006, n°1, p. 12.

rémunération ou à la nomination d'administrateurs spécialisés[698]. A cet égard, d'autres auteurs[699] s'interrogent sur les possibilités que pourraient offrir le pacte d'actionnaires afin de permettre à des actionnaires minoritaires, au sein des sociétés non cotées, de disposer du pouvoir d'inciter voire de contraindre, une société à s'engager dans des démarches RSE. De manière générale, c'est alors la question de l'intégration de la RSE dans la gouvernance des entreprises qui se pose.

272. Au-delà de la prise en compte des risques et de leur gestion opérationnelle liée aux préoccupations spécifiques de la RSE, laquelle est généralement assurée par la personne en charge de la gestion quotidienne de l'entreprise, c'est alors la question de l'intégration de la RSE dans la stratégie globale de l'entreprise et donc de son appropriation par le conseil d'administration, qui se pose. Certains auteurs parlent à cet égard de gouvernance RSE ou *CSR governance*[700], entendue comme l'intégration des considérations sociales, environnementales et éthiques dans les missions des conseils d'administration et des dirigeants. En application de leur pouvoir de gestion, ces derniers peuvent être en charge de la mise en œuvre opérationnelle de la stratégie RSE impulsée par le conseil d'administration. A l'inverse, le dirigeant peut également influencer le Conseil à engager l'entreprise dans une démarche de RSE. Comme le note J.-P. DOM, la question n'est plus tant de « se demander qui dirige l'entreprise mais vers quoi et comment l'entreprise va-t-elle être dirigée pour anticiper les risques[701] ». Ainsi, si l'intégration de la RSE dans le gouvernement d'entreprise peut participer à un certain équilibre des pouvoirs au sein des instances de direction des sociétés dominantes, la question se pose en revanche de l'impact des démarches RSE sur les relations entre les différentes instances dirigeantes des sociétés composant l'entreprise transnationale. La

---

[698] En 2007, les entreprises SUEZ, EDF, BOUYGUES et DANONE s'étaient ainsi dotées de comités spécialisés chargés de traiter des questions RSE afin de guider le conseil d'administration dans la mise en place et le suivi de la politique générale de RSE de l'entreprise. Aux Etats-Unis, des experts des questions de RSE ont également vu le jour, Institut français des administrateurs, « L'administrateur de société cotée et la RSE », *op. cit.*, p. 35.

[699] Sur cette question voir L. NURIT-PONTIER, « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2081.

[700] C. STRANDBERG, « The role of the board of directors in CSR », The conference board of Canada, juin 2008, disponible sur: www.corostrandberg.com, site visité le 4 mars 2013.

[701] J-P. DOM, «Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *La semaine juridique Entreprises et Affaires*, n°24, 14 juin 2012, 1387.

théorie du gouvernement d'entreprise se préoccupe en effet davantage de l'organisation du pouvoir au sein de la structure dominante d'un groupe ou d'un réseau que de l'organisation du pouvoir entre les diverses instances de direction du groupe. La question de la direction et du contrôle des entreprises et plus particulièrement de l'organisation du pouvoir au sein des entreprises organisées de manière complexe se pose alors avec acuité.

B. L'organisation des relations entre les diverses instances dirigeantes et la RSE

273. La théorie du gouvernement d'entreprise s'est développée pour organiser les relations bilatérales entre actionnaires et instances dirigeantes mais s'est très peu intéressée aux relations complexes existant entre les divers pôles de pouvoirs d'une entreprise à structure complexe. Les relations entre les actionnaires de filiales et ceux des sociétés-mères, de même que celles impliquant les dirigeants de filiales et dirigeants de sociétés-mères, soulèvent pourtant de nombreuses interrogations qui ne sont que très peu prises en compte par la loi. Les dirigeants de filiales se retrouvent en effet à une place bien particulière au sein du groupe. Ils sont des dirigeants de société et sont soumis à cet égard aux règles issues du droit des sociétés concernant leurs propres fonctions au sein de la société, comme celles relatives au fonctionnement de la société. De même, ils sont investis des droits et obligations que le droit du travail leur reconnaît en tant que chef d'entreprise ou employeur. Pour autant, leur autonomie n'est pas celle d'un dirigeant de société agissant en dehors d'un groupe, puisqu'ils sont amenés à exécuter les décisions et les politiques de la société-mère. Leur statut est d'autant plus troublant qu'ils bénéficient bien souvent d'un contrat de travail avec la société-mère, en vue d'exercer un mandat social au sein de la filiale[702]. Or, le rapport de subordination dans lequel sont placés les dirigeants de filiale avec la société-mère, limite leur autonomie de

[702] Sur cette question voir C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés*, 2000, p. 453. Le statut particulier des dirigeants de filiales est d'ailleurs reconnu par le dernier Code de gouvernement des sociétés cotées de l'Association française des entreprises privées et du MEDEF d'avril 2010, lequel recommande au point 19, la cessation du contrat de travail en cas de mandat social, aux dirigeants d'entreprise, mais qui précise que cette recommandation ne « vise pas les collaborateurs d'un groupe de sociétés qui, au sein de ce dernier, exerce des fonctions de dirigeant mandataire social dans une filiale de groupe, qu'elle soit cotée ou non cotée », AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, révisé le 16 juin 2013.

décision et circonscrit incontestablement leurs pouvoirs. De la même manière, les droits des actionnaires minoritaires de ces filiales s'en trouvent inévitablement affectés. Pourtant, ni le gouvernement d'entreprise, ni la loi ne prennent en compte ces relations particulières entre instances dirigeantes, dont les pouvoirs sont déséquilibrés. Les instances dirigeantes de ces filiales sont *de facto* soumises aux instances dirigeantes de la société-mère, tout en bénéficiant d'une autorité suffisante pour diriger la société filiale. Alors que de la définition du statut de ces dirigeants dépend la détermination de l'étendue de leurs pouvoirs, on ne peut que constater pourtant l'absence de définition légale de ce statut particulier. C'est donc leur place au sein de l'organisation complexe qui permet de déterminer leur véritable pouvoir de direction. Celui-ci se trouve pourtant limité par le pouvoir de direction dont disposent les instances dirigeantes de la société-mère à laquelle le dirigeant de filiale est soumis, du fait de la dépendance en capital de la structure juridique dont il est le mandataire social[703]. En l'absence d'un droit des groupes, l'exercice de ce pouvoir n'est donc pas pris en compte par les règles du droit des sociétés, ce qui le rend difficilement saisissable.

274. Or, l'organisation d'une politique de RSE au sein d'une entreprise transnationale tend à renforcer l'exercice du pouvoir des instances dirigeantes des sociétés-mères et à l'organiser. Elle nécessite en effet la mise en place de systèmes de gestion, pilotés généralement au niveau de la société-mère. Cette organisation permet à cette dernière de formaliser ses relations avec les instances dirigeantes de ses filiales, et de mieux les contrôler[704]. La RSE met également en évidence la nécessité, pour ces filiales, de prendre en compte les spécificités locales, tout en répondant aux exigences globales issues de la société-mère[705]. Les dirigeants de filiales se retrouvent ainsi, sous l'impulsion de la RSE, à exécuter les décisions prises au niveau de la société-mère dans ce domaine, tout en se voyant octroyer une certaine marge de liberté dans le choix de leur mise en œuvre. Ainsi par exemple, les entreprises transnationales qui élaborent des

---

[703] Rappelons qu'une filiale est une société dont le capital est détenu à plus de 50% par une autre société, appelée alors société mère.

[704] Pour des exemples de système de gestion mis en place en matière de rémunération, voir par exemple : ORSE, « Etude sur l'intégration de critères RSE dans la part variable des rémunérations des dirigeants et des managers », juin 2012, disponible sur : www.orse.org, site visité le 24 mars 2013.

[705] Voir F. PESTRE, « Construire une stratégie de responsabilité sociale de la firme multinationale, le cas du groupe Lafarge », *Revue française de gestion*, 2011/3 n°212, pp. 109-125.

codes de conduite visent-elles le périmètre du groupe dans son ensemble, à charge ensuite pour les instances dirigeantes des filiales de les diffuser et de choisir les outils de gestion qui permettront la mise en œuvre des engagements pris par la société-mère. Mais, la RSE permet également de développer des relations de coopération, notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer et de déterminer les mesures correctives qui permettront d'améliorer les engagements de RSE. Le fonctionnement des entreprises à structure complexe se trouve ainsi organisé par la RSE. Un tel système n'est pas sans rappeler le projet de neuvième directive sur les groupes de sociétés de la Commission européenne qui n'a jamais vu le jour. Celle-ci prévoyait par exemple la création d'un contrat d'affiliation en vue d'instituer le groupe de subordination[706]. Ce système aurait permis de « légaliser » le pouvoir de direction du groupe et de protéger les intérêts des actionnaires de la société « affiliée ». A défaut de cadre légal, c'est donc la RSE et les principes du gouvernement d'entreprise qui organisent aujourd'hui les relations de pouvoir au sein des entreprises transnationales organisées sous forme de groupe. Il en ressort une consécration de l'existence d'un pouvoir de direction de l'entreprise transnationale que le projet de neuvième directive européenne aurait permis de légaliser.

§ 2 . La RSE, expression d'un pouvoir de direction de l'entreprise transnationale

275. En développant des démarches de RSE au sein des groupes de sociétés, les pouvoirs reconnus aux instances de direction produisent des effets au-delà des sociétés au sein desquelles elles sont investies, ce qui tend à faire évoluer la nature et le contenu du pouvoir de ces instances dirigeantes. La RSE se révèle en effet être au croisement des pouvoirs de direction économique et de direction du personnel, lesquels sont traditionnellement dévolus à une personne ou un organe : le dirigeant, celui-ci revêtant également la qualité d'employeur (A). Le recours à la RSE pourrait à cet égard contribuer à identifier l'existence d'une direction de fait (B).

A. La RSE entre pouvoir de direction économique et pouvoir de direction du personnel

[706] Articles 13 à 32, Commission européenne, Projet de proposition de neuvième directive sur le droit des sociétés, relative aux groupes de sociétés.

276. Les divers modèles de gouvernance des entreprises révèlent l'existence de plusieurs pôles de pouvoir, lesquels, comme le constate C. HANNOUN, semblent « avoir introduit un double processus de dissociation du pouvoir et de la direction du salarié qui se traduit par une abstraction croissante de l'autorité et du pouvoir qui l'inspire[707] ». Ce constat ressort de la financiarisation de l'économie[708] qui se traduit par la recherche de création de valeurs pour les actionnaires et donc par une gestion de l'entreprise tournée vers ce but. La direction économique de l'entreprise se distingue alors de la direction du personnel. Ces deux pouvoirs se retrouvent pourtant traditionnellement entre les mains d'une seule personne. De manière générale, le pouvoir de diriger une entreprise implique en effet la direction du personnel ainsi que la direction[709] économique, desquels se déduit la détention d'un pouvoir de gestion. La personne qui détermine l'organisation et le fonctionnement de la société est également celle qui « mérite la qualité d'employeur »[710]. Ces deux pouvoirs revêtent néanmoins des prérogatives différentes. Malgré l'absence de définition légale du pouvoir de l'employeur, la doctrine s'entend pour lui reconnaitre le pouvoir de direction, duquel résultent les pouvoirs règlementaire et disciplinaire[711]. Ce pouvoir de direction est reconnu à l'employeur par le droit du travail du fait de l'existence de sa relation contractuelle avec le salarié, employeur qui peut également revêtir la qualité de chef d'entreprise, détenteur de l'autorité au sein de l'entreprise, lequel peut aussi être qualifié de dirigeant, détenteur des prérogatives que le droit des sociétés et les statuts lui reconnaissent. A l'instar du droit du travail, le droit des sociétés ne propose pas de définition du dirigeant[712]. Ses pouvoirs sont en revanche organisés par la loi et les

---

[707] C. HANNOUN, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SS Lamy*, sup., 10 oct. 2011, n°1508, p. 98.

[708] Voir à ce sujet C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

[709] Sur les diverses interprétations du pouvoir de direction, voir, J-C. JAVILLIER, *Manuel de droit du travail*, L.G.D.J., 6ème éd., 1998, p. 183 ; B. TEYSSIER, *Droit du travail*, Litec, 2ème éd., 1993, pp. 176 et s.

[710] A. LYON-CAEN, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés : A propos du licenciement dans une S.A.SS (U) », *RDT*, 2010, p. 499.

[711] G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, 19ème éd., 1998, p. 833 ; G. COUTURIER, *Droit du travail*, PUF, Tome 2, 2ème éd., 1993, p. 49, n°16.

[712] Comme le décrit S. ASENCIO, « dans la conception large, le terme de dirigeant s'applique à tout représentant de la personne morale investi d'un quelconque pouvoir d'administration, de gestion ou de direction d'une entreprise », dans une conception étroite, il convient d'entendre par direction « le pouvoir effectif et permanent d'ordonner

statuts, selon la forme sociétaire choisie. De manière générale, le pouvoir de direction économique se traduit ainsi par un pouvoir de gestion[713] détenu par un ou deux organes, selon la forme sociétaire. En présence d'une Société Anonyme à Conseil d'administration, celui-ci est par exemple investi des pouvoirs d'orientation de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre[714]. Il se saisit également des questions intéressant la bonne marche de la société et règle les affaires qui la concernent[715]. Enfin, il procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportun et détient à ce titre, un droit à l'information[716]. De son côté, le Directeur général[717] est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstances au nom de la société, dans les limites de la loi et des statuts et sous la surveillance des organes de contrôle. En présence d'une entreprise transnationale organisée sous forme de groupe et engagée dans une démarche de RSE, l'exercice de ce pouvoir interroge car il tend à produire des effets sur les diverses sociétés du groupe mais également sur les travailleurs de toute l'entreprise. Exercé par

---

et de faire exécuter les décisions prises avec, en présence d'une personne morale, la faculté de la représenter ». Ces deux définitions sont celles proposées par la doctrine. En présence d'un groupe de sociétés, et pour évoquer le pouvoir exercé par les instances gouvernantes d'une société mère sur ses filiales, c'est la conception large que nous retiendrons ici, à la différence de l'auteur cité, qui considère que sont exclus de cette définition les organes n'ayant pas ces trois fonctions, comme par exemple les membres du Conseil de surveillance des SA à directoire qui n'ont pas de fonction de gestion. Or, selon la conception étroite, sont exclues les sociétés mère qui ne peuvent se voir reconnaître un pouvoir de représentation », S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Revue des sociétés*, 2001, p. 683.

[713] Alors que la notion de « gestion » est au cœur du droit des sociétés et du droit du travail, le flou règne autour de sa définition et de ce qu'elle vise. On peut malgré tout constater que les travailleurs sont davantage concernés par les actes concernant le fonctionnement de la société que par ceux relatifs à la gestion du patrimoine. Sur la notion de gestion, le code du travail fournit des pistes, par exemple à l'article L. 2323-6 relatif aux attributions du comité d'entreprise, qui détermine ainsi que « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ». Un arrêt de la Chambre criminelle de 1973 précise malgré tout que la consultation du comité d'entreprise englobe tous les problèmes de gestion sans distinguer entre les aspects strictement économiques et les incidences sociales, Cass. crim. 29 mars 1973, JCP 1974, II, 17651, note P. CATALA, cité par D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 127, note 2.

[714] Art. L. 225-35 Code de commerce.

[715] Idem.

[716] *Id*.

[717] Lorsque la fonction est dissociée de celle de PDG.

les instances dirigeantes de sociétés dominantes, pouvoir de direction économique du dirigeant et pouvoir de direction du personnel de l'employeur, tendent donc à se confondre.

277. Diriger implique avant tout de prendre les décisions stratégiques, de mener l'entreprise dans une direction donnée. Au sein des groupes de sociétés, ces décisions sont prises par la société dominante, sans que le droit ne leur reconnaisse pourtant un tel pouvoir. Celui-ci est néanmoins implicitement accepté, dans la limite de l'intérêt social. La RSE tend à généraliser cet empiètement du pouvoir des sociétés-mères sur le pouvoir de direction des dirigeants des filiales, voire même à le formaliser. Pourtant, dès lors que ce pouvoir peut produire des effets sur la situation des salariés des filiales, la question se pose de savoir si ce pouvoir doit être considéré comme l'expression du pouvoir de direction du personnel ou comme celui du pouvoir économique. Répondre à une telle question nécessite de confronter le droit des sociétés au droit du travail. Cette démarche n'est évidemment pas nouvelle. On la retrouve par exemple en matière de licenciement dans les sociétés par action simplifiée, les règles de fonctionnement de ces formes sociétaires ayant des effets sur les pouvoirs reconnus à l'employeur pour procéder à un licenciement[718].

278. La RSE ne se limite pourtant pas à la question posée en droit du licenciement et englobe plus largement l'exercice des pouvoirs règlementaire et disciplinaire qui peuvent être exercés directement ou indirectement par la société-mère dans le cadre de procédures de RSE. La société-mère peut, comme nous allons le voir, intervenir directement à l'égard des salariés de ses filiales. Elle peut également inciter, voire même imposer à ses filiales, de respecter des codes de conduites ou de se soumettre à des ACI, ou encore de mettre en œuvre des systèmes de gestion en vue de leurs respects. Ainsi, et sans entrer dans les pouvoirs reconnus aux instances de direction selon la forme sociétaire choisie, c'est l'organisation complexe des entreprises en plusieurs sociétés, chacune étant sous la dépendance, le contrôle ou l'influence d'une autre, qui bouleverse l'unicité attachée traditionnellement à la figure de l'employeur. Etant établi dans des relations de domination et d'influence, le pouvoir détenu par les dirigeants de filiales est

[718] Voir à cet égard A. LYON-CAEN, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés : A propos du licenciement dans une S.A.SS (U) », *RDT*, 2010, p. 494.

circonscrit par celui exercé par les organes de direction des sociétés-mères. Et ceci est d'autant plus vrai lorsque le dirigeant de filiale se retrouve lié avec la société-mère par un contrat de travail. Il semble alors difficile, comme le note C. MALECKI[719], que ce dernier prenne le risque de s'opposer à des directives de la société-mère, au risque de voir son contrat de travail rompu[720]. Il se trouve donc dans tous les cas dans une situation de subordination à l'égard de la société-mère, de sorte que sa gestion du personnel peut être influencée par des directives issues de la direction de la société-mère. En pareilles circonstances, la dispersion du pouvoir de direction est inévitable et interroge la relation entretenue avec les salariés et plus largement, les travailleurs de toute l'entreprise et les instances dirigeantes de la société dominante.

279. En s'engageant dans une démarche responsable, c'est donc bien le pouvoir de la structure dominante, société-mère ou société donneuse d'ordre, qui se manifeste. La direction d'une filiale peut rédiger un code de conduite propre aux préoccupations locales de son activité et à la législation de son pays d'implantation. Néanmoins, une telle pratique s'inscrit généralement dans une démarche plus globale de l'entreprise transnationale et c'est pour répondre aux directives de la société-mère que la filiale s'engage alors. La société-mère peut d'ailleurs aller au-delà en imposant des audits ou des procédures de certification à ses filiales afin de s'assurer du respect, par ces dernières, de la politique globale de RSE. Si les instances dirigeantes conservent une certaine marge de manœuvre dans la direction économique de leur société, peut-on pour autant nier l'existence du pouvoir de direction exercé par la société-mère ? Concernant le pouvoir de direction du personnel, deux questions se posent alors. La première concerne le pouvoir effectif du dirigeant de cette filiale à l'égard de ses salariés ; la seconde, qui découle de la première, porte sur la prise en compte du pouvoir « indirect » des instances dirigeantes de la société-mère sur les travailleurs du groupe. Ainsi, la signature d'Accords cadres internationaux est-elle la manifestation du pouvoir de direction de la société-mère, laquelle est bien souvent seule signataire de ces accords. Et quand bien même les filiales seraient invitées à signer un tel accord, c'est aux côtés de la société-mère, ce qui traduit bien l'exercice d'un pouvoir détenu par la société-mère sur ces sociétés. D'ailleurs, la RSE invite la direction de l'entreprise à s'impliquer

[719] C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés*, 2000, p. 453.
[720] Sur cette question voir S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *op. cit.*

directement vis-à-vis de ses travailleurs, en prenant en compte toutes les parties prenantes. Le choix d'engager l'entreprise dans une démarche responsable relève donc d'un choix stratégique qui aura plusieurs implications à différents niveaux de l'entreprise. Au sein des instances gouvernantes, cela implique de déterminer lequel des organes de direction exerce le pouvoir de direction. Entre les instances gouvernantes de la société dominante et les travailleurs, cela révèle l'existence d'un niveau de direction au-delà de la stricte relation entre employeur et salarié.

280. Or, selon l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise, comme nous l'avons évoqué plus haut, certains organes sociaux sont moins des organes de contrôle que des organes de décision. Il s'agit donc davantage de déterminer ce qui en amont, a incité l'employeur d'une filiale à prendre telle ou telle décision, que de déterminer quelles directives sont données par l'employeur à ses salariés pour l'exécution de leurs tâches. En d'autres termes, il s'agit de déterminer dans quelle mesure le pouvoir exercé par la société-mère sur ses filiales influence la direction des salariés de la filiale et doit donc être pris en compte dans la relation qui unit le dirigeant de la filiale à ses salariés. Le droit du travail ne prévoit pas de tels aménagements de pouvoir de direction entre différents pôles de pouvoir. Seul l'employeur est détenteur du pouvoir de direction, en vertu du contrat de travail qui le lie à son salarié. Or, la mise en place de démarches RSE révèle non pas une relation multipartite, car la société-mère n'est pas partie au contrat de travail qui lie le salarié au dirigeant de la filiale, mais bien une relation multilatérale. Ce sont en effet tous les travailleurs de l'entreprise qui sont visées par la politique RSE de l'entreprise et les directives qui en découlent, sans que ces derniers n'aient eu à accepter ce pouvoir direct ou indirect exercé par la société-mère. Si cette situation n'est pas nouvelle, la RSE participe à l'aménager en la rendant transparente, à travers les différents engagements pris par les sociétés sur le fondement de la RSE, et les diverses procédures de mise en œuvre. Un tel aménagement du pouvoir peut-il produire des effets imputables aux diverses instances dirigeantes? Les instances dirigeantes de la société-mère, n'ayant pas la qualité d'employeur à l'égard des salariés de ses filiales, elles ne peuvent en principe, exercer un quelconque pouvoir de direction du personnel, même indirect, sur ces derniers. La délégation du pouvoir de direction est en effet interdite par

le droit du travail[721]. De plus, le droit des sociétés ne prévoit pas en principe, d'effet à l'égard des salariés, qui découlerait de l'exercice d'un pouvoir de direction économique. Les solutions se trouvent peut-être dans les théories jurisprudentielles du co-emploi et du dirigeant de fait. Car en exerçant un pouvoir de direction économique sur les filiales à travers des démarches de RSE, c'est en réalité sur les travailleurs de toute l'entreprise que les sociétés dominantes étendent leur pouvoir de direction. En d'autres termes, la RSE permet aux instances gouvernantes d'une société dominante, d'exercer une direction de fait sur les sociétés dominées, direction pouvant avoir des effets sur le pouvoir de direction économique des instances dirigeantes des filiales comme sur leur pouvoir de direction du personnel. De ce point de vue, la RSE pourrait-elle participer à renforcer les solutions jurisprudentielles dégagées en matière de direction de fait ?

B. La RSE ou l'exercice d'un pouvoir de direction de fait

281. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur les effets juridiques liés à l'exercice d'une direction de fait, tant en matière commerciale qu'en matière sociale. La Chambre commerciale a ainsi construit la théorie du dirigeant de fait et la Chambre sociale celle d'employeur conjoint[722]. Dans les deux cas, il s'agit bien, pour la Cour, de reconnaître que le comportement d'une personne (physique ou morale dans les deux cas[723]) a eu pour effet d'exercer un pouvoir de direction, aux côtés du véritable titulaire de droit du pouvoir de direction. Devant la Chambre sociale, cette co-responsabilité est inhérente à la notion de co-emploi. Quant aux actions portées devant la Chambre commerciale, dirigeants de droit et dirigeant de faits peuvent également se voir imputer une responsabilité conjointe[724]. Cette co-responsabilité est importante à relever à deux égards. Tout d'abord, elle passe outre l'éventuelle difficulté que pourrait soulever le principe d'autonomie juridique des personnes morales pour faire prévaloir l'absence d'autonomie réelle du dirigeant et de l'employeur de droit. En effet, si leur autonomie

---

[721] Sur cette question voir A. LYON-CAEN, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés : A propos du licenciement dans une S.A.SS (U) », *op. cit.*

[722] Comme le note G. AUZERO, « le co-employeur semble avoir toutes les apparences d'un dirigeant de fait », G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *RDT*, 2011, p. 634.

[723] Cass. Com., 27 juin 2006, Bull. n°151, concernant la notion de dirigeant de fait.

[724] Par exemple, pour une infraction pénale, Cass. crim. 15 nov. 2000, n° 00-81166, *Dr. pénal*, mars 2001, p. 13, n° 33, obs. J-H. ROBERT.

réelle avait été à l'image de leur autonomie juridique, c'est-à-dire en principe totale, dans l'exercice de leur pouvoir de direction, la co-responsabilité ne serait pas pertinente. Ensuite, c'est une reconnaissance implicite de la part de la Cour, de l'existence d'un pouvoir de direction différent de celui qui est reconnu traditionnellement à un dirigeant d'entreprise ou à un employeur. La Cour aurait en effet pu substituer le dirigeant ou l'employeur de fait aux titulaires de droit et ne reconnaître ainsi qu'un seul responsable. Tel serait notamment le cas si la Cour considérait que le dirigeant ou l'employeur de droit avait perdu toute leur autonomie. Cela aurait eu pour conséquence de considérer que le pouvoir de direction ne pouvait avoir qu'une seule forme et ne pouvait donc être exercé que par une seule personne. Or, reconnaître une co-responsabilité, c'est admettre que le pouvoir de direction peut soit se partager, soit revêtir plusieurs formes et notamment revêtir la forme d'une influence, sans nécessairement se limiter à une immixtion totale. Sans circonscrire le pouvoir à une construction hiérarchique, c'est malgré tout admettre différents niveaux et donc différents degrés d'exercice du pouvoir de direction. Une telle solution est particulièrement adaptée aux groupes de sociétés au sein desquels les niveaux de pouvoirs de direction varient selon que les sociétés sont liées par des liens caractérisées par l'influence, le contrôle ou la domination.

282. Les récents développements intervenus en droit interne[725] en matière de co-emploi sont d'ailleurs éclairant à cet égard. Deux voies sont aujourd'hui utilisées par le juge pour reconnaitre l'existence de co-employeurs. Dans le premier cas, c'est la réalité du lien de subordination dans lequel se trouve le salarié d'une filiale vis-à-vis d'une autre société qui est recherchée. Le pouvoir de direction économique ne détermine donc pas le pouvoir de direction du personnel, ces deux formes de pouvoir étant dissociées par le juge[726]. C'est donc un faisceau d'indices qui permet au juge de se déterminer. Dans le second cas au contraire, les juges tentent de déterminer le titulaire du pouvoir de direction, indifféremment de tout lien contractuel. Ce sont en effet les relations entre les sociétés qui sont prises en compte, le juge cherchant avant tout à reconstituer l'entreprise, dès lors qu'une « confusion d'intérêts, d'activités et de direction » ressort

[725] Pour une définition autonome du co-empoi en droit international européen, voir par exemple A. DEVERS, « Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs », *Dr. soc*., 2012, p. 140 ; pour l'interprétation de la directive 98/59/CE en relative aux licenciements collectifs, voir CJCE 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *RDT* 2010, 285, étude S. VERNAC.

[726] E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.,* p. 108.

des rapports entre deux sociétés[727]. Le rapport de contrôle ou la confusion entre deux sociétés permet alors au juge de reconstruire l'entreprise, en constatant l'absence d'indépendance d'une filiale dans la gestion de son personnel. Le pouvoir de direction économique prend ici le pas sur le pouvoir de direction du personnel, celui-ci se déduisant du lien de subordination. Une telle reconnaissance par le juge a pour conséquence de reconnaître la qualité de co-employeur aux deux sociétés, sans avoir à démontrer le lien de subordination entre la société-mère et le salarié de la filiale. Même si, comme le note G. AUZERO, « ce lien n'est pas méconnu. Il vient en quelque sorte en déduction des relations existant entre les deux sociétés[728] ». Pour autant, en se fondant davantage sur la réalité économique du pouvoir de direction que sur la réalité juridique du rapport de subordination, c'est bien l'existence d'un pouvoir de direction tiré du rapport de domination exercé par une société sur une autre qui est reconnue par la Cour, cette relation produisant des effets indirects sur le salarié de la filiale. Ce pouvoir n'est rien d'autre finalement que le pouvoir de contrôle exercé par une société-mère sur sa filiale, lequel se traduit par son intervention ou son impact dans le processus décisionnel de la société contrôlée[729]. Cette situation n'est d'ailleurs pas sans rappeler les notions d'influence déterminante et d'influence notable utilisées par le droit de la concurrence[730] et renvoie donc aussi à la notion de sphère d'influence propre à la RSE.

283. Les critères retenus par les juges pour qualifier un dirigeant de fait tendent également à démontrer qu'une immixtion ou une influence peuvent caractériser un pouvoir de direction, lequel peut alors être sanctionné sans qu'il n'y ait eu de substitution de pouvoir du dirigeant de droit par le dirigeant de fait. Il s'agit là également

---

[727] Selon la Chambre sociale, tel est notamment le cas lorsqu'une société détient une majorité de capital (80% en l'espèce), qu'il existe entre les deux sociétés une gestion commune du personnel, une confusion de la direction dans les choix stratégiques, ainsi qu'une confusion de la gestion opérationnelle, financière et administrative, Cass. Soc. 18 janvier 2011, n° 09-70662.

[728] G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *op. cit.*, p. 634.

[729] B. GUIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés*, 2009, p. 715.

[730] Voir *supra*, p. 145 et s. Comme le note un auteur, « le fondement de l'imputabilité, ne procède pas ici d'une complicité dans la réalisation du comportement infractionnel, mais d'une réalité économique : l'existence d'une « unité économique », qui définit l'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, constituée par la société mère et sa filiale », F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés, Cass. soc. 19 juin 2007, Mme X, pourvoi n° 05-42551 et n° 05-42570 », *RDT*, 2007, p. 543.

d'une reconnaissance implicite de l'existence d'un rapport de pouvoir se manifestant aux côtés du dirigeant de droit, sans que celui-ci ne perde pour autant toute son autorité. En effet, « un dirigeant de fait est celui qui, en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de direction » sans avoir été désigné à cet effet[731]. D'ailleurs, il a été jugé qu'une société-mère exerçant une influence prédominante sur sa filiale et disposant d'une autorité de fait sur la personne de ses responsables doit être considérée comme dirigeante de fait[732]. C. HANNOUN constate à cet égard que « les pouvoirs du dirigeant de fait doivent être tels qu'il ait en toute responsabilité et indépendance, par ses décisions, engagé la personne morale[733]. » La preuve doit donc être rapportée d'un acte d'immixtion de la société-mère dans la gestion de sa filiale, celui-ci pouvant se manifester par l'exercice d'actes positifs de direction, tels que « l'édiction de normes engageant et déterminant le comportement de la personne morale[734] ».

284. Les diverses démarches entreprises par des sociétés-mères telles que, l'édiction de politiques responsables, applicables par leurs filiales ; la mise en place de procédures de gestion responsables permettant de vérifier le respect de ces engagements ; la signature d'accords-cadres internationaux applicables aux filiales et à leurs sous-traitants ou le développement de projets visant directement les travailleurs de ses filiales, sur le fondement de la RSE, pourraient être assimilées à l'exercice d'une direction de fait, à l'instar des solutions jurisprudentielles mentionnées. A travers ces démarches, les sociétés dominantes peuvent en effet s'immiscer dans la gestion et la direction d'une filiale, ou tout simplement l'influencer à mettre en œuvre de telles démarches. Sans remettre en cause le pouvoir de direction de la filiale, un pouvoir de direction s'exerce malgré tout au niveau de la société-mère. C'est par exemple ce que démontre l'accord qui avait été signé en juin 2009, entre Areva, l'association Sherpa et médecins du monde, en vue de la création d'observatoires de la santé (OSRA) pour des anciens travailleurs et des populations riveraines exposées à l'uranium dans les mines exploitées

---

[731] D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Droit et Patrimoine*, janv. 1996, p. 24, cité par Cour de cassation, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », Rapport annuel 2006, La documentation française, p. 352.
[732] CA Aix-en-Provence, 8° ch., 26 mai 1981, D. 1983, inf. rap. P. 60, obs. F. DERRIDA ; *RJ com*. 1981, p. 344, cité par C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires », *JCl com*., Fasc. 2905, nov. 2006, §22.
[733] Cass. com., 6 oct. 1992 : Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1288, § 412, C. HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires », *JCl com*., Fasc. 2905, nov. 2006, §22.
[734] C. HANNOUN, *idem*, §29.

par les filiales de l'entreprise ainsi que des sociétés dans lesquelles Areva détient des participations[735]. Bien que dénoncé par l'association Sherpa le 18 décembre 2012[736] du fait de « l'inaction » d'Areva et de « la lenteur des procédures d'indemnisation » des victimes, cet accord reste une illustration intéressante de l'exercice du pouvoir de direction d'une société-mère sur ses filiales dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de RSE.

285. Ces observatoires, soumis au droit nigérien, ont été organisés de manière tripartite puisqu'ils regroupaient des représentants d'Areva, de la société civile et de l'Etat Nigérien. Les anciens travailleurs aujourd'hui malades, pouvaient ainsi s'adresser à l'observatoire des examens médicaux, lequel devait permettre de déterminer si les maladies étaient imputables aux conditions de travail. Après délibération d'un comité composé de médecins représentant les trois parties, un ancien travailleur pouvait ainsi se

---

[735] Selon les informations fournies par AREVA, trois filiales sont concernées : « SOMAÏR (Société des Mines de l'Aïr), Filiale d'AREVA, a été créée en 1968. Son capital est détenu à près de 64% par AREVA, et à 36% par la République du Niger via la société SOPAMIN (Société du Patrimoine des Mines du Niger). SOMAÏR exploite depuis 1971 plusieurs gisements d'uranium dans le nord-ouest du Niger, à quelques kilomètres de la ville d'Arlit. Sur le site minier, le minerai d'uranium est extrait en mines à ciel ouvert, et la société prévoit d'augmenter progressivement sa production annuelle (2 650 tonnes d'uranium en 2010) à 3 000 tonnes d'uranium en 2012. COMINAK (Compagnie Minière d'Akouta), Filiale d'AREVA, a été créée en 1974. Son capital est détenu à 34% par AREVA, 31% par la République du Niger via la société SOPAMIN (Société du Patrimoine des Mines du Niger), 25% par la compagnie japonaise OURD (Overseas Uranium Resources Developement) et 10% par la société espagnole ENUSA (Empresa Nacional del Uranio SA). Deuxième plus grande mine d'uranium souterraine au monde, COMINAK exploite depuis 1978 des gisements d'uranium profonds dans le nord-ouest du Niger. En prévision des futures activités sur le nouveau gisement d'Afasto, COMINAK met en œuvre un plan d'action complet pour optimiser sa production (1 606 tonnes d'uranium en 2010). IMOURAREN SA, filiale d'AREVA, a été créée en 2009. Son capital est détenu à près de 67% par AREVA, et 23% par la République du Niger via la société SOPAMIN (Société du Patrimoine des Mines du Niger). Découvert par les équipes du Commissariat à l'Energie Atomique en 1966, le gisement d'Imouraren se trouve à 160 km au nord d'Agadez et à 80 km au sud d'Arlit. Considéré comme l'un des gisements les plus importants au monde, sa production devrait débuter en 2013 et s'étaler sur plus de 35 ans à raison d'une production de 5 000 tonnes d'uranium par an. AREVA », Communiqué de presse, « Activités minières : lancement de l'Observatoire de la Santé de la Région d'Agadez (OSRA) au Niger », 6 déc. 2011, disponible sur : http://niger.areva.com/FR/niger-593/activites-minieres-lancement-de-l-observatoire-de-la-sante-de-la-region-d-agadez-osra-au-niger.html, site consulté le 20 février 2012.

[736] Voir Communiqué de presse de l'association Sherpa, 18 déc. 2012, www.asso-sherpa.org.

voir allouer des dédommagements par l'OSRA[737]. Un tel système, mis en place par l'entreprise Areva, s'apparente à un véritable système de sécurité sociale privé. L'entreprise, en se substituant à l'Etat du Niger qui n'a pas de système de protection sociale, tente ainsi de garantir le respect des droits de ses anciens travailleurs. En outre, c'est bien l'entreprise Areva qui met en place cet observatoire chargé de financer les frais médicaux des maladies professionnelles de ses anciens travailleurs, sans qu'aucune distinction ne soit faite entre la société nigérienne dans laquelle Areva détient des participations, employeur de ces salariés, et la société-mère située en France. L'objet de cet accord, précisé dans le préambule, indique en effet qu'« *afin d'étudier la santé des travailleurs dans les mines d'uranium d'Areva, ainsi que l'impact de ces activités minières sur la santé des populations environnantes, des observatoires de la santé sont progressivement mis en place sur les différents sites miniers d'Areva dans le monde* (…) [738]». L'entreprise Areva est appréhendée par les sociétés du groupe comme un même ensemble, sans que le principe de séparation juridique ne soit pris en compte. D'ailleurs, les signataires de l'accord ne sont pas la filiale Areva NC Niger, détenue à 100% par Areva France, ni les sociétés de droit nigérienne SOMAIR et COMINAK, exploitées par cette dernière, mais Areva, société-mère[739], située en France[740].

286. Pourtant, la mise en cause de la responsabilité de la société Areva devant le juge français, par les ayant-droits d'un ancien salarié français de l'une des sociétés nigériennes détenues à hauteur de 34% par Areva NC[741], décédé des suites d'un cancer

---

[737] Areva a développé d'autres observatoires dans le monde, situé par exemple au Gabon.

[738] Préambule de l'accord signé le 9 juin 2009 entre Areva, Sherpa et Médecins du monde, consulté sur www.sherpa.org le 24 mai 2012.

[739] Areva est une société de droit français, enregistrée au registre du commerce et des sociétés sous cette dénomination, voir le Document de référence d'Areva, 2010, p. 38, disponible sur www.areva.com, consulté le 9 février 2012.

[740] Une telle démarche, de la part de la société contrôlante, n'est pas sans rappeler la possibilité qui est offerte à une société-mère, au titre de l'article L. 233-5-1 du Code de commerce, de s'engager à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation, qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du Code de l'environnement. L'originalité, dans les accords signés par Areva, vient de ce que la société a étendu une telle démarche à sa relation avec les travailleurs de l'entreprise, alors que la loi se limite aux questions environnementales.

[741] La COMINAK (Compagnie Minière d'Akouta) a son capital détenu à 34% par AREVA, 31% par la République du Niger via la société SOPAMIN (Société du

du poumon, pose inévitablement la question de la séparation juridique entre les deux sociétés, argument d'ailleurs opposé par la société Areva[742]. L'intervention volontaire d'Areva France pour organiser une prise en charge des anciens salariés de ses filiales et des sociétés dans lesquelles elle détient des parts majoritaires, ne remettrait pas en cause le principe de séparation juridique, alors que la mise en cause de sa responsabilité par ces mêmes salariés, devant le juge, la maintiendrait. En se situant sur le terrain de la responsabilité de l'emploi, c'est finalement la question de la responsabilité de l'employeur qui se pose[743].

287. Or, Areva, société-mère, s'est-elle substituée à la COMINAK en signant cet accord et en se comportant comme l'employeur des salariés de l'une des sociétés dans lesquelles elle détient une majorité du capital social ? La réponse à cette question est évidemment centrale dès lors que le droit français impose un certains nombres d'obligations aux employeurs. L'article L. 4121-1 du Code du travail leur impose notamment une obligation de sécurité et de protection de la santé physique et mentale des travailleurs[744], celle-ci pouvant se traduire par la mise en place d'actions préventives. L'OSRA devait permettre l'octroi de mesures de réparations à l'égard des travailleurs. Mais c'est également dans une optique préventive qu'ils ont été mis en place, comme l'indique le préambule de l'accord signé avec les associations Sherpa et Médecins du Monde. Peut-on alors considérer que la mise en place de l'OSRA s'inscrive dans une démarche visant à respecter l'obligation de sécurité qui incombe à tout employeur en

---

Patrimoine des Mines du Niger), 25% par la compagnie japonaise OURD (Overseas Uranium Resources Developement) et 10% par la société espagnole ENUSA (Empresa Nacional del Uranio SA).

[742] Voir *supra*, p. 221, note 715.

[743] D'autres cas similaires peuvent être relevés. Voir par exemple l'entreprise allemande Kik Textilen, chaîne allemande de magasins de vêtements à bas prix, qui a signé le 5 janvier 2013, avec l'institut d'éduction ouvrière et de recherche du Pakistan, un accord aux fins d'indemnisation des victimes de l'incendie de Ali entreprise, l'un de ses sous-traitants, pour un montant de un million de dollars. L'engagement d'une entreprise de dédommager des victimes de son co-contractant soulève plusieurs questions. Voir www.industriall-union.org, site consulté le 16 juin 2014.

[744] « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. », Article L. 4121-1 du Code du travail.

application du droit français ? Si ce projet ne s'inscrit pas expressément dans cette optique, il y participe indéniablement. D'après cet article, les mesures visant à prévenir ou à réparer des risques professionnels, comme c'est le cas ici, sont laissés à la discrétion de l'employeur, ce que favorise donc la RSE. En revanche, leur mise en place est obligatoire pour l'employeur. Mais AREVA est-il l'employeur des salariés visés par le projet ? En d'autres termes, la société-mère située en France est-elle soumise à une telle obligation vis-à-vis des salariés de ses filiales ou des sociétés étrangères dans lesquelles elle détient une participation? Comment qualifier un projet décidé et mis en place par une société-mère visant à prévenir et réparer les risques liés au travail chez ses filiales ? La signature d'un accord visant à mettre en place un projet à l'attention des salariés de ses filiales, démontre une volonté de la part d'Areva de se comporter comme leur employeur. Les séparations juridiques sont mises de côté au profit d'une politique responsable globale de l'entreprise, qui n'est en réalité pas sans conséquences potentielles sur la responsabilité des sociétés concernées, en dehors de toute question relative à leur autonomie juridique. D'autant que les filiales concernées ne sont pas parties à l'accord, ce qui démontre la relation de subordination dans laquelle se trouve la filiale à l'égard de la société-mère. Ce constat appelle deux questions : le fait de se comporter en employeur suffit-il à qualifier une société d'employeur ? A défaut, la relation de subordination liant les deux sociétés peut-elle avoir des effets sur la qualification d'employeur[745] ? Dans les deux cas, la mise en place, par une société-mère

[745] Notons que la société COMINAK ne peut pas être qualifiée de filiale de la société AREVA NC conformément à l'article L. 233-1 du Code de commerce, puisque AREVA NC détient moins de 50% des parts de la société COMINAK ; ne détenant pas la majorité des droits de vote, AREVA NC ne peut pas plus être qualifiée de société contrôlante au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Elle n'a donc qu'une participation, au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce. En prenant à sa charge la prévention et la santé des travailleurs des sociétés dans lesquelles elle possède des participations, AREVA NC ne se comporte-t-elle pas pourtant comme une société contrôlante ? En effet, quel intérêt AREVA NC a-t-elle à signer un tel accord, si ce n'est pour exprimer un pouvoir d'organisation qu'elle détient sur la COMINAK ? La question se pose d'ailleurs également dans le sens inverse : quel intérêt a la société COMINAK à se voir imposer un tel accord ainsi que la mise en place d'un observatoire de santé sur son site d'exploitation si celle-ci était véritablement autonome? Une telle situation démontre en réalité l'existence d'un pouvoir *de facto*, exercé par AREVA NC, alors que la loi ne retient que des critères quantitatifs permettant d'identifier un contrôle. A travers un tel accord, AREVA NC démontre pourtant sa capacité à organiser l'entreprise dans son ensemble, sans toutefois s'immiscer dans la gestion quotidienne de ses filiales ou sociétés dans lesquelles elle détient une participation. La loi ne tient pas compte de l'exercice d'un tel pouvoir d'organisation. Le développement d'engagements RSE de la

ou donneuse d'ordre, d'un projet responsable en faveur des travailleurs de sa filiale ou de son sous-traitant ne peuvent fournir au juge qu'un indice supplémentaire pour qualifier la société-mère de co-employeur. La non participation de cette filiale ou des sous-traitants dans la mise en place du projet est en outre un indice supplémentaire d'immixtion de la société-mère dans la gestion du personnel des sociétés dominées, permettant de faire apparaître les relations de subordination ou de dépendance qui se sont installées entre ces deux sociétés[746].

288. Une autre question a trait à l'étendue géographique de cette obligation. Que l'article L. 4121-1 du Code du travail français ait vocation à s'appliquer à une société-mère française, reconnue ou se comportant comme l'employeur des travailleurs de ses filiales françaises, c'est une chose. Mais le même raisonnement aurait-il vocation à s'appliquer en présence d'une filiale ou d'un sous-traitant étranger ? La réponse est positive car qualifier la société-mère de co-employeur a le mérite de faire peser sur elle une obligation de prévention, peu importe le lieu d'exécution du travail. Les actions en matière de RSE favoriseraient ainsi une protection des droits des travailleurs au-delà des droits sociaux, mais également au-delà de leur établissement, car les séparations juridiques entre sociétés d'une même entreprise ne sont pas, dans ces circonstances, prises en compte. Est-ce à dire qu'une société peut faire le choix d'intervenir dans la politique des sociétés qu'elle contrôle sans que cela ne viole le principe de séparation juridique ? Au vu des développements qui précèdent, le droit pourrait tirer les conséquences d'une telle intervention, aussi « volontaire » soit-elle. En effet, si la théorie du co-emploi se limitait jusqu'alors au droit du licenciement économique, le

---

part de sociétés dominantes démontre bien l'inadaptation et les limites des éléments actuellement pris en compte par la loi pour retenir l'existence de ce pouvoir.

[746] La reconnaissance de la qualité de co-employeur dans une telle situation peut soulever la question du droit applicable. Or, dans le cas d'AREVA, cet accord s'inscrit en dehors de la relation contractuelle existante entre la filiale/employeur et le salarié. Si la loi du contrat de travail détermine en principe la loi applicable aux obligations de l'employeur, celles-ci pourraient en revanche être déterminées par la loi du lieu du siège social de la société co-employeur. De telles obligations se rapprochant en effet, dans une telle situation, davantage du domaine de la *lex societatis* concernant les pouvoirs des dirigeants sociaux. Ce sont les conséquences de l'exercice de ces pouvoirs sur la relation entretenue entre employeur direct et le salarié, situés dans autre un pays qui serait pris en compte. Une telle solution aurait notamment le mérite de limiter certains effets du *dumping* social.

développement de démarches responsables prises par les sociétés-mères pour le compte de leurs filiales pourrait bien commencer à développer ses effets bien au-delà[747].

289. C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Melun dans un jugement rendu le 11 mai 2012[748], jugement qui a toutefois été infirmé par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 octobre 2013[749]. Au vu des questions soulevées par cette affaire, il convient de revenir sur le raisonnement qui a été suivi par le Tribunal afin de mieux cerner les raisons qui l'ont conduit à reconnaître la qualité de co-employeur à la société AREVA NC[750], celle-ci venant aux droits de la société COGEMA. M. VENEL, employé de la société COMINAK, société de droit nigérian, a exécuté son travail pendant plusieurs années au Niger. Décédé des suites d'un cancer pris en charge au titre de la législation professionnelle, ses ayants-droits ont considéré que la société AREVA NC était le véritable décideur et qu'elle avait nécessairement eu connaissance des risques auxquels M. VENEL s'était exposé, mais qu'elle n'avait pris aucune mesure pour les prévenir. Le Tribunal a donné droit aux demandes des ayants-droit en condamnant la société AREVA NC au titre de la faute inexcusable à l'origine de la maladie professionnelle contractée par M. VENEL, en reconnaissant en l'espèce, l'exécution d'un travail en commun et l'existence d'un lien de subordination entre la SOCIETE AREVA NC et M. VENEL. Rappelons en effet qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu à une obligation de sécurité de résultat envers ce dernier, « *notamment pour ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise, et que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L 452-1 du Code de la sécurité sociale lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver*[751] ». Or, le caractère de maladie professionnelle de M. VENEL avait été reconnu par la Caisse

---

[747] Voir à cet égard G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *RDT*, 2011, p. 634.
[748] TASS Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924, inédit, Jugement frappé d'appel au 26 mars 2013.
[749] CA Paris, Pôle 6, 12ème ch., 24 oct. 2013, n°12/05650.
[750] La société COMINAK, dont le siège se situait au Niger, détenue par la COMINAK à 34%, dont le siège se situait en France, devenue depuis la société AREVA NC, et la société AREVA, dont le siège est à Paris, a l'activité d'une « holding », pour reprendre les termes du Tribunal.
[751] TASS Melun, 11 mai 2012, *op. cit.*

Primaire d'assurance maladie du fait de son exposition, lors de son activité professionnelle, à l'inhalation de poussières d'aluminium dans une usine de traitement de minerais d'uranium. L'employeur direct de M. VENEL, la société COMINAK, n'ayant pas été mise en cause, il s'agissait de déterminer si la société AREVA était tenue d'une telle obligation de sécurité à l'égard de M. VENEL, autrement dit, si la société AREVA était l'employeur ou le co-employeur de ce dernier. La question du co-emploi n'était pas expressément posée au Tribunal. C'est donc sur un tout autre fondement que le Tribunal s'est tout d'abord positionné, à savoir l'article L. 454-1 du Code de la sécurité sociale, lequel prévoit que « *la victime ou ses ayants droit peuvent attraire devant les juridictions de sécurité sociale un tiers par rapport à l'employeur ayant commis une faute ayant concouru à la réalisation d'une faute inexcusable lorsqu'il est établi que le dommage est intervenu dans le cadre d'un travail en commun - c'est-à-dire dans un intérêt ou pour un travail commun - et sous une direction unique impliquant une concertation entre le tiers et l'employeur*[752]». Afin de caractériser ce travail commun, le Tribunal retient « *qu'au regard de l'objet social de la SOCIETE COMINAK, de l'identité de son actionnaire majoritaire, de l'identité d'adresses entre l'établissement principal de l'une de ces sociétés et le siège social de l'autre, de l'identité d'activités, de l'exploitation d'un même site, et de l'implication effective de ces deux sociétés dans cette exploitation, que la SOCIETE COMINAK et la SOCIETE COGEMA, devenue SOCIETE AREVA NC, poursuivaient, en concertation, simultanément, indivisiblement et durablement, une activité commune dans un intérêt commun, sous une autorité unique* ». Le tribunal en a ensuite déduit que la société AREVA NC paraissait « pouvoir valablement être regardée comme co-employeur».

290. Il est intéressant de noter que pour retenir cette qualité de co-employeur, le Tribunal relève que la société AREVA NC a entendu endosser une responsabilité technique, économique, sociale et financière eu égard à l'impact sanitaire potentiel pour les personnes ayant été amenées à travailler sur les mines d'uranium exploitées par elle, que ce soit en qualité de salarié ou de collaborateur, par la création « d'Observatoires de la Santé ». Le programme RSE développé en accord avec l'association Sherpa a donc servi d'indice au Tribunal pour identifier la responsabilité d'AREVA NC, sans pour autant que des effets juridiques soient reconnus à cet accord. Le Tribunal reconnaît

[752] Ibidem.

finalement un double niveau de pouvoir justifiant la condamnation de la société-mère AREVA, indépendamment de celle de l'employeur direct, la société COMINAK, en affirmant que « *cet engagement unilatéral tend à conforter l'analyse selon laquelle la SOCIETE COMINAK se comportait comme employeur en ce qui concerne le rapport contractuel et salarial à l'égard de M. Serge VENEL et la SOCIETE AREVA NC comme employeur au sens de l'autorité et du pouvoir de contrôle et d'organisation des conditions de travail, notamment en matière de capacité de gestion des risques, y compris professionnels, sur la zone d'exploitation d'uranium dans laquelle M. Serge VENEL était employé* ». En se prononçant en ce sens, le Tribunal a fait preuve d'une audace certaine en prenant en compte les divers engagements et accords signés par la société AREVA NC au titre de la RSE. Ces éléments ont en effet servi d'indice aux juges pour faire prévaloir l'existence d'un pouvoir *de facto*, sur un pouvoir *de jure* et à distinguer ainsi deux niveaux de pouvoir, chacun ayant une incidence sur la relation de travail, et ce alors que la loi ignore encore une telle distinction du fait notamment d'une application artificielle du principe d'autonomie juridique. Ce jugement n'a pourtant pas été suivi d'effets, la Cour d'appel de Paris ayant considéré qu'aucune situation de co-emploi n'avait été démontrée en l'espèce. C'est par une application stricte des critères jusqu'alors retenus pour caractériser le co-emploi que la Cour d'Appel a infirmé le jugement rendu par le TASS. En l'absence de lien de subordination entre M. VENEL et la société COGEMA, fondement permettant de retenir une situation de co-emploi, la Cour d'appel a donc recherché l'existence ou non d'une confusion d'activité, d'intérêts et de direction entre la société COMINAK et la société COGEMA, devenue AREVA NC, autre fondement pour retenir une situation de co-emploi. Or, alors que le TASS s'était notamment fondée sur la « responsabilité technique, économique, sociale et financière assumée volontairement par AREVA NC » pour caractériser la situation de co-emploi[753], la Cour d'appel a au contraire considéré que la mise en place d'un observatoire local de la santé pour les sites exploités par AREVA à travers le monde ne constituait qu' « *un engagement unilatéral de la société Areva portant sur l'ensemble des activités minières qu'elle exerce soit directement soit par l'intermédiaire de filiales à travers le monde* » et que celui-ci ne pouvait donc pas s'analyser comme « *une*

[753] Au-delà de ce critère, le TASS avait considéré en l'espèce que les preuves avaient été rapportées de l'identité d'activité, d'objet et d'exploitation commune du site, ce que la Cour d'appel a remis en cause. Voir CA Paris, Pôle 6, 12ème ch., 24 oct. 2013, n°12/05650.

reconnaissance de sa qualité d'employeur ou de co-employeur à l'égard de monsieur Venel, qui n'est juridiquement, ni son salarié, ni un salarié de sa filiale »[754]. En effet, comme le relève la Cour, la société COMINAK ne peut pas être qualifiée de filiale de la société AREVA NC au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, puisque AREVA NC détient moins de 50% des parts de la société COMINAK. Ne détenant pas la majorité des droits de vote, AREVA NC ne peut pas plus être qualifiée de société contrôlante au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Elle n'a donc qu'une participation, au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce. En prenant à sa charge la prévention et la santé des travailleurs des sociétés dans lesquelles elle possède des participations, AREVA NC ne se comporte-t-elle pourtant pas comme une société contrôlante ? Comment en effet analyser la mise en place d'un tel observatoire par AREVA NC sur le site de la COMINAK, si ce n'est comme l'expression d'un pouvoir d'organisation[755]? La question se pose également dans l'autre sens : la société COMINAK aurai-elle pu refuser la mise en place de cet observatoire sur son site alors qu'elle n'a même pas participé aux négociations et à la mise en place de l'accord ? Est-ce là véritablement l'expression d'une totale autonomie ? Une telle situation démontre en réalité l'existence d'un pouvoir *de facto*, exercé par AREVA NC, alors que la loi ne retient que des critères quantitatifs permettant d'identifier un lien de contrôle. A travers un tel accord, AREVA NC démontre pourtant sa capacité à organiser l'entreprise dans son ensemble, sans toutefois s'immiscer dans la gestion quotidienne de ses filiales ou des sociétés dans lesquelles elle détient une participation, et peu importe l'identité des activités entre les deux sociétés. La loi ne tient pas compte de l'exercice d'un tel pouvoir d'organisation. C'est pourtant ce que le TASS a souhaité prendre en compte dans son jugement, infirmé par la Cour d'appel. C'est que le développement d'engagements RSE de la part de sociétés dominantes démontre peu à peu l'inadaptation et les limites des éléments actuellement pris en compte par la loi pour retenir l'existence d'un pouvoir d'organisation.

---

[754] CA Paris, Pôle 6, 12ème ch., 24 oct. 2013, n°12/05650.

[755] Nous retenons ici la définition proposée par S. VERNAC pour qui le pouvoir d'organisation ne s'exerce pas tant sur le travail que sur sa direction, ce qui le conduit à être à la croisée du droit du travail et du droit des sociétés, voir S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Université Paris 10, 2012, 455 p.

291. Malgré cet arrêt de la Cour d'appel, la théorie de l'emploi conjoint pourrait bien aller au-delà du seul droit du licenciement économique[756], cette responsabilité n'ayant pas pour finalité exclusive de consacrer des obligations conjointes en matière de licenciement économique, mais bien de prendre en compte la réalité d'un pouvoir d'organisation ou de direction exercé par une société dominante et produisant des effets sur la relation *de jure* entretenue entre l'employeur direct et le salarié. Cette analyse tend d'ailleurs à se rapprocher de la théorie du dirigeant de fait développé en droit commercial. Une Cour d'Appel[757] a ainsi déclaré recevable une action des salariés contre la société-mère pour rendre cette dernière responsable des licenciements prononcés par la filiale soumise à une procédure collective. A l'image du jugement rendu par le TASS, les démarches de RSE initiées par les sociétés dominantes pourraient bien dans l'avenir, servir d'indice au juge pour alimenter les décisions rendues en matière de direction de fait. Reste à savoir si de telles démarches ne pourraient pas, *per se*, être qualifiées de direction de fait ?

---

[756] En ce sens, voir G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *op. cit.*

[757] Une Cour d'Appel a déclaré une société-mère responsable des engagements pris par sa filiale dans le cadre d'un plan de restructuration en raison de son comportement déloyal et de sa légèreté blâmable dans la gestion du plan social. « *La société mère avait joué un rôle déterminant dans la gestion de la filiale, dirigée par la même personne physique ; la filiale n'avait aucune autonomie et tous les salariés avaient été licenciés et l'activité délocalisée alors que le secteur d'activité était prospère ; en outre, les engagements contenus dans l'accord d'entreprise n'avaient pas été respectés et les salariés n'avaient pas perçu les indemnités prévues dans le plan social* », CA Rouen, 22 mars 2005 : Bull. Joly Sociétés 2006, p. 192, § 35, note B. SAINTOURENS, cité par HANNOUN, « Redressement et liquidation judiciaires », *op. cit*.

CONCLUSION

SECTION 2

292. Les formes de gouvernance induites par le gouvernement d'entreprise et la RSE ne sont pas sans conséquence sur la direction des travailleurs[758]. La relation interpersonnelle, caractérisée par un lien de subordination entre un employeur et ses salariés, se maintient notamment à travers la direction du travail des salariés au quotidien. Pour autant, en consacrant les divers niveaux de pouvoir existant au sein d'une organisation complexe, la RSE utilisée comme mode de gouvernance, aménage le pouvoir de direction des travailleurs entre les divers pôles de pouvoir. En développant des démarches responsables, c'est l'exercice de ce pouvoir qui est mis en lumière. En se focalisant sur la nature traditionnelle de ce pouvoir tel qu'interprété par le droit des sociétés et le droit du travail, un tel constat peut surprendre. Car comme le note E. DOCKES[759], le pouvoir doit trouver sa source dans un acte ou une norme juridique, sauf à considérer que la source de ce pouvoir se trouve dans l'institution. Ce serait alors retomber dans les oppositions doctrinales afférentes à la nature juridique de l'entreprise alors qu'il ne s'agit pas tant encore de déterminer la nature de ce pouvoir que de constater son existence. La RSE, à travers ses diverses manifestations au sein des entreprises transnationales, conduit les sociétés dominantes à exercer un pouvoir sur leur organisation, comme nous avons pu le constater. Le temps que le droit s'interroge sur la possibilité ou non de reconnaître et d'aménager un tel pouvoir au sein des groupes, le gouvernement d'entreprise puis la RSE ont permis aux entreprises de formaliser ces relations. Il en ressort une organisation du pouvoir tant au sein des instances de gouvernance qu'entre les divers pôles de pouvoir de l'entreprise transnationale, mais surtout, l'exercice d'un pouvoir de direction de l'entreprise transnationale que le droit ne saisit aujourd'hui que timidement.

---

[758] Le terme de « travailleur » est ici volontairement choisi car il ne s'agit pas tant d'étudier la relation traditionnelle employeur/salarié pouvant exister au sein d'une société que de s'interroger sur les effets de cette gouvernance au sein d'une organisation complexe d'entreprise, et par voie de conséquence sur la direction de tous les travailleurs de l'entreprise.

[759] E. DOCKES, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 203-211.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

293. En externalisant une partie de leurs activités, les entreprises se privent d'une « coordination hiérarchique[760] ». En tant que théorie d'organisation du pouvoir, la *corporate governance* aurait pu pallier les problématiques soulevées par l'organisation du pouvoir au sein de ces nouvelles formes de relations inter-entreprises. Pourtant, la *corporate governance* ne prend pas en compte les relations des entreprises avec leurs partenaires commerciaux. Plusieurs entreprises ont ainsi subi l'absence de système de gestion, car si l'externalisation permet plus de flexibilité et une meilleure rentabilité, elle prive l'entreprise d'un pouvoir de contrôle sur ses partenaires. Souvenons-nous par exemple de l'entreprise Mattel qui en 2007, a dû subir les négligences de ses sous-traitants chinois, et rappeler ainsi un grand nombre de jouets produits en Chine en deux semaines, du fait des risques sanitaires découlant de l'utilisation par ses sous-traitants de produits nocifs[761]. Cet exemple est loin d'être isolé. En se responsabilisant, une entreprise est conduite à inciter ses partenaires commerciaux à faire de même. La RSE devient alors un nouvel instrument de gouvernance[762]. Cette gouvernance concerne tous les niveaux de l'entreprise transnationale. Au-delà des relations entre les organes de direction, ce sont les relations de travail qui sont interrogées par la dilution de cette autorité entre divers pôles de pouvoirs, car elle modifie le rapport de travail et plus spécifiquement la direction des travailleurs. A un modèle organisé autour de la relation employeur / salarié s'est en effet superposé, au sein des organisations complexes, une relation direction / travailleurs, dépourvue des relations interpersonnelles traditionnelles, mais non moins marquée par le pouvoir. Non appréhendée par le droit du travail, la RSE consacre et organise ce niveau de relation, et conduit peu à peu au développement d'une communauté de travailleurs au niveau de l'entreprise transnationale. La RSE ne se limitant pas aux sociétés individuellement mais visant les sociétés d'un même groupe, collectivement. La RSE permet finalement de dévoiler une organisation interne, propre

---

[760] C. CEZANNE, M. RUBINSTEIN, « La RSE comme instrument de gouvernance d'entreprise : une application à l'industrie française des télécommunications », *Revue de la régulation*, n° 12, automne 2012, disponible sur : http://regulation.revues.org/9819, consulté le 24 mars 2013.
[761] Voir Commission européenne, Communiqué de Presse, 16 août 2007, IP/07/1234.
[762] Ibidem.

aux entreprises transnationale et qui réponde à leur système de relations complexes. Sans se substituer à l'organisation locale de chaque société, c'est une réalité transnationale qui prend forme en s'y adossant, sous l'impulsion de la RSE et des systèmes de gestion qu'elle nécessite de mettre en place.

CHAPITRE 2. LES RELATIONS EXTERNES DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE CONSOLIDÉES PAR LA RSE

294. S'engager dans une démarche de RSE suppose, pour une entreprise, de prendre en compte les effets de son activité sur les individus et plus largement sur la Société. Ce comportement la conduit à approfondir ses relations avec ses diverses parties prenantes. Les partenaires commerciaux sont à cet égard des parties prenantes particulières. Leur implication dans un projet ou une chaîne de production leur confère une place de premier choix pour mettre en œuvre une politique et des pratiques de RSE ou à l'inverse, en ne s'impliquant pas, produire potentiellement un effet néfaste sur la politique et l'image des autres partenaires, eux-mêmes engagés dans ces démarches. Les relations inter-entreprises sont ainsi devenues un enjeu majeur pour les entreprises, et plus particulièrement la gestion des chaînes de sous-traitance (du terme anglo-saxon *supply chain,* communément utilisé), du fait des relations étroites entretenues entre les diverses sociétés d'une même chaîne.

295. Le recours à la sous-traitance a initialement été utilisé pour externaliser tant les activités que les difficultés afférentes à la constitution ainsi qu'à la gestion d'une société. En ayant recours à des sociétés situées dans des pays aux législations peu protectrices des droits humains, des droits sociaux et de l'environnement, les sociétés qui externalisent prennent pourtant le risque d'être associées aux manquements commis par leurs partenaires. En responsabilisant les acteurs de la chaîne, la RSE viserait à remédier à cette situation. Elle ne participe pourtant pas à renforcer la responsabilité des sociétés donneuses d'ordre : celles-ci imposent en effet le respect de normes et de principes internationaux à leurs sous-traitants et fournisseurs, sans qu'aucune obligation ne leur soit imposée de s'engager dans cette voie. Si bien qu'aux contraintes de prix et de délais, les sous-traitants peuvent se voir soumis à de nouvelles exigences au nom de la RSE concernant les conditions et les effets produits par la fabrication de leurs produits et devoir seuls, supporter la charge du respect des engagements de RSE. La RSE conduit

donc à un paradoxe puisqu'elle participe davantage à renforcer le pouvoir de certaines sociétés dominantes, sans que leurs obligations ou responsabilités n'en soient pour autant affectées.

296. L'exercice de ce pouvoir est aujourd'hui largement admis dans les relations entre sociétés d'un même groupe[763]. Il l'est en revanche bien moins concernant les relations contractuelles sur lesquelles sont construites les chaînes de sous-traitance. Un pouvoir qui prend sa source dans un contrat suscite indéniablement la prudence du législateur et du juge, confrontés au principe d'autonomie de la volonté. Pour cette raison, la législation visant le pouvoir qui s'exerce au sein des relations contractuelles reste encore très timide et peu adaptée à la réalité des relations inter-entreprises. Les notions de « dépendance[764] », « d'influence », de « déséquilibre » ou de « domination » sont d'ailleurs préférées, lorsqu'il s'agit des relations inter-entreprises, à celles de « pouvoir » ou de « contrôle », réservées aux relations intra-groupes. Le pouvoir s'exprime pourtant au sein des chaînes de sous-traitance, même s'il est d'une moindre intensité qu'au sein d'un groupe, puisqu'il n'en produit pas moins des effets qui peuvent aller au-delà de la simple relation contractuelle. Il n'est malgré tout assorti d'aucun régime de responsabilité qui soit adapté à ces relations commerciales ou industrielles particulières. Et quand bien même il se manifesterait, il ne serait, en l'état du droit positif, que la conséquence de la libre volonté des parties et ne produirait donc que des effets limités. Or, en influençant certaines sociétés à développer des démarches de RSE, puis en surveillant leur mise en œuvre ainsi que leur respect, c'est bien l'exercice d'un pouvoir par certaines sociétés sur d'autres qui se manifeste et qui peut produire des effets dépassant la simple relation contractuelle. En s'introduisant dans les chaînes de sous-traitance, la RSE permet ainsi à certaines sociétés de consolider leur pouvoir en organisant leurs relations. Comme l'ont déjà démontré certains auteurs[765], l'existence du pouvoir dans les relations inter-entreprises peut donner naissance à de véritables réseaux, qui se distinguent de simples relations contractuelles. Ce que certains auteurs nomment

---

[763] Si l'exercice d'un pouvoir entre sociétés d'un même groupe est admis, il n'est toutefois encadré que partiellement. Voir *supra,* p. 82 et s.

[764] Voir par exemple art. L. 420-2 de Code de commerce.

[765] G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », Revue française de gestion, nov./Déc. 93 ; E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, LGDJ, 2008 ; A.SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, LGDJ, Paris, 2002.

la responsabilité sociale inter-firmes[766] facilite ainsi l'organisation des réseaux d'entreprises (section 1). Or, à travers cette organisation, c'est l'existence d'un pouvoir exercé par certaines sociétés dominantes qui se manifeste, ce qui interroge la responsabilité des sociétés du réseau (section 2).

[766] B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, « Responsabilité sociale inter-firmes, coordination et régulation de la firme-réseau multinationale : une analyse économique », *Revue d'économie industrielle* (en ligne), 137, 1er trim. 2012, http://rei.revues.org/5286, p. 43-64.

SECTION I - LA RSE VECTEUR D'ORGANISATION DES RÉSEAUX D'ENTREPRISES

297. En application du principe d'autonomie des sociétés, chaque société d'un même réseau reste indépendante à l'égard des autres en termes d'obligations et de responsabilité. En matière de RSE, les entreprises n'hésitent pourtant pas à s'engager pour elles-mêmes mais surtout pour les entreprises sur lesquelles elles exercent une influence. Le recours à ces instruments est une réaction indéniable aux nouvelles formes d'organisation que revêtent les entreprises complexes. Répartis selon une organisation à la fois décentralisée, favorisant le développement de réseaux contractuels, tout en maintenant une part d'organisation centralisée, notamment via le groupe, les entreprises développent des moyens permettant de coordonner leurs diverses relations. Or, les instruments de gestion qui en découlent facilitent l'expression du pouvoir de quelques entreprises donneuses d'ordres sur d'autres sociétés d'une même chaîne[767]. En matière de RSE en effet, les entreprises ne s'encombrent pas des limites juridiques induites par le principe d'autonomie de la personne morale. C'est bien la réalité organisationnelle qui prévaut, à défaut d'outils juridiques capables d'encadrer la gestion complexe que suscitent ces structures transnationales.

298. Le pouvoir qui s'exprime à travers ces nouveaux instruments utilisés par les entreprises pour exposer leurs engagements permet de révéler l'intensité des relations entretenues au sein de ces structures, lesquelles dépassent de simples relations commerciales, alors que le droit ne prend pas en compte cette réalité organisationnelle. A la différence des relations intra-groupes en effet, le droit s'intéresse peu à ces relations intra-réseaux ce qui rend leur organisation difficilement saisissable. Marquées par une multitude de contrats, ces réseaux apparaissent comme opaques et dépourvus

[767] Un tel constat n'est pas sans conséquence sur les frontières des entreprises si l'on considère que le pouvoir peut être un critère de délimitation plus réaliste que le principe d'autonomie juridique. De toute évidence, en maintenant le principe d'autonomie juridique comme seul critère de délimitation des frontières et donc des responsabilités, la recherche de ces frontières serait antinomique voire, impossible. Comment, en effet, maintenir d'une part un tel principe, lequel empêche en théorie toute prise en compte globale de l'entreprise complexe, et tenter d'autre part de saisir ses frontières lesquelles, en pratique, dépassent les barrières fixées par le principe d'autonomie, sauf à admettre la fictivité de ce principe? Sur cette question, voir *supra*, p. 138 et s.

d'organisation. Le pouvoir est alors difficilement identifiable[768] car diffus. Afin de limiter les risques liés à ces relations inter-entreprises, la RSE favorise en revanche une organisation de ces relations. Or, en organisant ces relations inter-entreprises, c'est le pouvoir exercé par certaines sociétés au sein de ces réseaux qui se manifeste. En effet, alors que les partenaires commerciaux apparaissent dans ces engagements comme de véritables parties prenantes des sociétés donneuses d'ordres, la mise en œuvre de ces démarches révèle en réalité une prise en compte de ces parties prenantes davantage axée sur l'intérêt des entreprises donneuses d'ordres que sur celui des partenaires sous-traitants. Le réseau est ainsi organisé en faveur d'une entreprise principale, initiatrice des démarches RSE. Une étude juridique de ces relations intra-réseaux tendrait à les analyser à travers le prisme du droit des contrats. Or, en les réduisant à de simples relations contractuelles (§1), aucune forme d'organisation ne peut être dévoilée, chaque relation étant réduite à de simples relations individuelles guidées par le principe d'autonomie de la volonté. Il est dès lors difficile d'envisager la nécessité de développer un cadre juridique qui soit adapté aux besoins de ces formes nouvelles d'organisation si celles-ci ne sont même pas mises en évidence par le droit. En prenant en compte ces relations, la RSE favorise au contraire l'organisation des relations intra-réseau et permet de dévoiler ainsi des relations de pouvoir déjà existantes (§2) même si ignorées par le droit.

§ 1 . Les relations du réseau réduites à des relations contractuelles

299. Les relations inter-entreprises s'organisent autour du contrat. Née de la volonté des parties, le législateur n'intervient en principe pas dans cette relation. Ces relations contractuelles peuvent donner naissance à des chaînes de sous-traitance : chaque société de la chaîne pouvant être à son tour, sous-traitante ou donneuse d'ordre. Ces modes de relation sont de plus en plus utilisées par les sociétés, au point que l'on assiste à l'émergence de réseaux intégrés d'entreprises au sein desquelles les décisions des unes produisent des effets sur la situation des autres entreprises du même réseau. C'est l'existence de rapports de pouvoirs et d'influence au sein de ces relations qui permet de

[768] Comme le note à cet égard E. PESKINE, à propos de l'identification du pouvoir dans le contrat au sein des relations réticulaires : « le pouvoir est pris en considération, mais il n'est pas consacré », E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 164.

caractériser l'émergence de ces réseaux[769]. L'absence de cadre juridique rend pourtant difficile l'identification de ce pouvoir du fait de leur organisation souvent complexe et opaque. L'externalisation permet en effet de créer des chaînes de sous-traitance dont les sociétés donneuses d'ordres ne connaissent parfois même pas les sociétés situées en bout de chaîne, alors que leur cahier des charges conditionne lui, les travaux tout au long de cette même chaîne. En théorie, le principe de l'effet relatif des contrats limite de toute façon les effets du contrat aux parties[770]. Les membres d'une même chaîne ou d'un même réseau sont d'ailleurs ignorés des tiers, aucune loi n'obligeant les sociétés à rendre transparente leurs relations commerciales[771].

---

[769] Ibidem.

[770] En droit des contrats, la question des chaînes ou groupes de contrats n'est pas nouvelle. Elle s'est par exemple posée en droit européen à propos de l'application du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*. Il s'agissait en effet de déterminer si l'action directe en responsabilité intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant était de nature contractuelle ou extracontractuelle. De cette qualification dépendait en effet l'applicabilité ou non des règles de confit de juridiction prévue initialement par la convention. La Cour européenne affirme que cette action est de nature extra-contractuelle. L'une des conséquences d'une telle qualification est de reconnaitre que les obligations du fabriquant à l'égard du sous-acquéreur sont de nature légales et non contractuelles. Ainsi, en l'absence de loi imposant une obligation particulière au fabriquant à l'égard du sous-acquéreur, ce dernier devra attendre la réalisation d'une faute pour engager la responsabilité du fabriquant, sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle. En droit interne en revanche, la Cour de Cassation considère que l'action du sous-acquéreur contre le fabriquant est de nature contractuelle. Dans tous les cas, ces questions ne se posent que pour des sujets portant strictement sur les contrats et ne concernent pas les questions portant sur les matières extra-contractuelles telles que visées par la RSE. Surtout, elles se limitent aux actions intentées par des membres du groupe ou de la chaîne, donc à des actions entre professionnels, alors que la RSE interroge plus largement les effets de ces relations sur les tiers, entendus comme toutes les parties prenantes des entreprises du réseau. Sur la question des groupes de contrat, voir notamment P. VAREILLES-SOMMIERES, « Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur d'une chose contre le producteur : quelle compétence ? », *Revue trim. de droit européen*, n°4, 15 déc. 1992, p. 709 et s.

[771] Il suffit pour s'en convaincre de constater la difficulté qui a été celle d'identifier les sociétés clientes des diverses usines de confection de textile qui se sont effondrées au Bangladesh dans la catastrophe du Rana Plaza, le 24 avril 2014. C'est en retrouvant des vêtements dont certaines étiquettes portaient le nom de marques de textiles que les sociétés clientes ont pu être identifiées. Voir http://www.rse-et-ped.info/effondrement-du-rana-plaza-hm-inditex-zara-primark-et-ca-signent-laccord-sur-les-incendies-et-la-securite-des-batiments-au-bangladesh/, site consulté le 13 mai 2013.

300. Les relations entre opérateurs économiques tendent pourtant à se complexifier en laissant apparaître des rapports de pouvoir et d'influence (A), que le droit n'encadre pas (B).

A. Des relations contractuelles empreintes de pouvoir

301. L'externalisation via la sous-traitance est une technique de réorganisation de l'entreprise laquelle, au-delà de simples relations contractuelles bilatérales, peut conduire à la constitution de réseaux d'entreprises. Dans ce type de relations, fournisseurs et sous-traitants ne se contentent plus d'exécuter ponctuellement une commande pour un donneur d'ordre, mais sont de plus en plus associés en amont ou en aval, à la conception d'un produit ou à la réalisation d'un projet, créant ainsi une organisation industrielle et commerciale intégrée. Des relations durables naissent de ces contrats, lesquels peuvent devenir des « contrats de dépendance »[772] . Le contrat reste malgré tout au cœur de ces techniques d'organisation. Contrat d'entreprise, contrat de franchise, contrat de sous-traitance, contrat de concession ou contrat de distribution sont des outils qui permettent d'organiser juridiquement des relations contractuelles marquées par le pouvoir.

302. Lorsque le choix de l'externalisation se porte sur la fonction distribution, un contrat de franchise peut par exemple être conclu[773]. Il ne s'agit plus alors d'une relation hiérarchique entre le franchiseur et le franchisé. Les deux sociétés sont indépendantes juridiquement et le franchisé conserve le choix de sa stratégie. Pour autant, le franchisé se retrouve généralement dans une situation de dépendance ou de domination vis-à-vis

---

[772] Ces contrats « régissent une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination », G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986, 334 pages.

[773] Le droit européen le définit comme « l'accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à un autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés », Règlement (CEE) 4087/88 *relatif à l'application de l'article 81 §3 du Traité à des catégories d'accords de francise*, article 1 §3-b, remplacé par le règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 du 22 décembre 1999.

du franchiseur, bien que cela ne soit pas de l'essence de ce type de contrat[774]. L'autonomie juridique[775] de la société franchisée est en réalité affaiblie par la dépendance dans laquelle elle se trouve à l'égard du franchiseur. Cette situation d'autonomie déguisée peut également se retrouver dans les opérations de sous-traitance.

303. Le recours à la sous-traitance est privilégié lorsque l'entreprise souhaite externaliser une partie de sa production. La sous-traitance peut être entendue comme « l'opération par laquelle une entreprise, le donneur d'ordre, confie à une autre, le preneur d'ordre, le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli, un acte de production ou de service dont elle conserve la responsabilité économique finale[776] ». D'un point de vue économique, le recours à la sous-traitance répond au besoin de flexibilité recherché par les entreprises. D'abord, en cas de crise, l'entreprise donneuse d'ordre peut choisir de réduire les commandes, ce qui est plus rapide et moins coûteux que de réduire la production de sa propre société. Ensuite, la main-d'œuvre coûte cher ; une activité nécessitant le recours à une main-d'œuvre nombreuse devient donc plus rentable si elle est confiée à une société sous-traitante. La sous-traitance devient alors un moyen de mobilisation de main-d'œuvre, mais à l'avantage exclusif du donneur d'ordre puisqu'il « n'est pas le signataire du contrat de travail bien qu'il soit celui qui mobilise effectivement la main-d'œuvre »[777].

304. Les relations de sous-traitance sont ainsi organisées autour du contrat entre deux acteurs économiques. Ces relations contractuelles ne se limitent souvent pas à deux co-contractants et peuvent faire intervenir plusieurs fournisseurs et sous-traitants, tous intégrés à un même réseau. Or, se concentrer uniquement sur le droit des contrats pour

---

[774] G. CASTAN, « Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation », *RJDA*, juillet 1993, p. 515.
[775] Sur la question de l'autonomie juridique, voir *supra*, p. 138 et s.
[776] Avis du Conseil Economique et Social, Journal Officiel, avis et rapports, 26 avril 1973, p. 305, cité dans le rapport de J-C VOLOT, *sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance*, Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, 30 juillet 2010, p. 8, disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Documents/Rapports/Rapport-Volot%20_dispositif-juridique-relations-interentreprises-sous-traitance.pdf, site visité le 24 août 2014 .
[777] C. PERRAUDIN, N. THEVENOT, B. TINEL, J. VALENTIN, « Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique », *Economie et institutions*, 2006, 2ème semestre, 9, p. 35.

appréhender ces relations, c'est se limiter à l'existence d'une relation bilatérale ou à un groupe de contrats[778], et prendre le risque de ne pas saisir les relations de dépendance et d'influence qui en découlent. C'est surtout s'empêcher de « découvrir, derrière le voile des relations inter-entreprises, l'organisation d'entreprises en réseau dont le donneur d'ordre est l'animateur[779] ». Pour cette raison, en se focalisant sur l'organisation de ces relations contractuelles directes ou indirectes, la construction de réseaux « à plusieurs étages[780] », peut être mise en évidence[781]. L'analyse des relations entre les sociétés du réseau permet ainsi de distinguer le réseau, du groupe[782] mais également d'une simple chaîne de contrats. De ce point de vue, le réseau peut être perçu comme une nouvelle forme d'organisation en émergence [783] qui se distingue notamment par son absence de structure strictement pyramidale[784]. A la différence des groupes, caractérisés eux par une relation de contrôle d'une société sur une autre, ce qui favorise une organisation

[778] La notion de « groupe contractuel » ne permet d'envisager que des actions en responsabilité fondées sur la non exécution d'une obligation contractuelle. Les effets du pouvoir ne peuvent donc pas être pris en compte à travers cette notion. Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *D.* 2006, Jur. p. 2826, note G. BINEY. ; Sur les groupes de contrats : voir E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit*.

[779] M. KOCHER, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », L'entreprise éclatée, colloque du syndicat des avocats de France, 8 déc. 2012, *Le Dr. ouvrier*, mars 2013, n°776, p. 178.

[780] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit., p. 16.

[781] Ibidem.

[782] De ce point de vue, un groupe de sociétés, s'il se compose traditionnellement de sociétés unies par une relation capitalistique, peut également être composé de sociétés unies par un lien contractuel. D'ailleurs, comme le rappelle E. PESKINE, le groupe est, du point de vue du droit du travail, un ensemble économique auquel appartiennent les sociétés qui établissent entre elles des relations permanentes et importantes, *Idem*, p. 146.

[783] E. PESKINE démontre que le réseau est une organisation même si l'entreprise reste la figure exclusive de l'organisation en droit. *Id.*, p. 12 et s.

[784] Relevons à cet égard la définition des « pyramides », proposée par le groupe de Haut niveau de la Commission européenne : « chaîne de sociétés détenant des participations dont le contrôle final est assuré moyennant un investissement total modeste, du fait d'un très large recours aux actionnaires minoritaires. Ces structures posent un certain nombre de problèmes inhérents à leur manque de transparence », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer*, 21 mai 2003, COM/2003/0284 final, p. 23.

pyramidale, le réseau se différencie par l'établissement de relations de pouvoirs entre entités[785], pourtant juridiquement autonomes.

305. Ce constat ressort d'une analyse des relations contractuelles entre les sociétés du réseau qui permet à E. PESKINE d'observer un déséquilibre. L'insertion d'un rapport de pouvoir dans cette relation transforme en effet le lien contractuel[786]. Ce pouvoir se manifeste notamment par l'émergence de règles juridiques de la part d'une entreprise principale sur les autres sociétés du réseau[787]. Ce pouvoir s'exprime par exemple à travers des contrats de collaboration, qui n'en cachent pas moins une dimension de pouvoir, notamment lorsqu'il s'agit en réalité d'intégrer un partenaire commercial à un projet, en lui imposant un comportement particulier. Selon ce même auteur, les relations contractuelles qui se tissent entre sociétés commerciales, ne sont d'ailleurs pas sans rappeler l'état de subordination qui caractérise la relation de travail et ce notamment lorsqu'un état de dépendance peut résulter de cette relation. Cette dépendance se révèle notamment par la capacité d'une personne « à imposer des décisions à une autre personne qui se voit imputer une partie des risques de l'exploitation[788] ». Traditionnellement, en droit du travail, l'exercice d'un pouvoir sur une personne, qui par ailleurs supporte les risques de son activité, ne préjuge pas de la qualification de son statut de travailleur indépendant. De la même manière, E. PESKINE démontre que la relation réticulaire se caractérise par l'exercice d'un pouvoir sur une personne qui de ce fait ne peut librement déterminer sa marge de profit et doit en plus supporter les risques de cette activité. Une telle relation devient dès lors un indice de dépendance et c'est « cette fragmentation entre exercice du pouvoir et charge des risques qui imprime sa spécificité à la relation réticulaire[789] ».

306. Dans ce type de contrat, le pouvoir est pris en considération, mais n'est pas consacré par le contrat. Il commence en revanche à l'être par la Cour de Cassation dans certains rapports contractuels, à travers la théorie de la dépendance économique que l'on retrouve par exemple dans les contrats de distribution. La reconnaissance par la Cour, de

---

[785] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit, p. 16.
[786] *Idem*, p. 164 et s.
[787] *Id.*, p. 233 et s.
[788] *Id.*, p. 199.
[789] *Id.*, p. 200.

l'existence de mécanismes de pouvoir entre deux parties à un contrat, conduit indirectement à son encadrement[790]. E. PESKINE déduit de ce contrôle *a posteriori*, une consécration implicite du pouvoir exercé dans ce type de relations par le droit positif. Cette consécration, lorsqu'elle intervient, ne reste pourtant qu'*a posteriori*, ce qui n'incite pas à l'organisation de leurs relations en amont.

307. Plus globalement, ces organisations en réseau marquent l'émergence d'une pluralité de pôles d'imputation de responsabilité au sein de l'organisation[791], ce qui permet d'appréhender le réseau dans sa dimension collective. L'exercice d'un pouvoir, proche d'un pouvoir règlementaire de l'entreprise principale sur d'autres sociétés, notamment en termes de règles de comportement, ainsi que la possibilité d'exercer un contrôle de leur respect, concourt à donner cette dimension collective au réseau, dont les membres doivent finalement agir dans l'intérêt du réseau. Si l'exercice de ce pouvoir ne fait aucun doute, sa reconnaissance par le droit positif reste timide[792]. Encore faudrait-il que soient reconnus en contre-partie des droits collectifs à ses membres, ce qui ne semble pas être le cas en l'état du droit positif. Nous avons néanmoins pu constater que la RSE tendait à remettre en cause ce constat, en ouvrant par exemple la négociation à l'échelle du groupe ou du réseau[793].

308. L'organisation des relations inter-entreprises sous forme de réseau est d'autant plus complexe que se mêlent des relations verticales et des relations horizontales. Alors que le pouvoir s'exprime aisément dans les premières, les secondes sont dépourvues de dépendance, mais non moins tintées d'influence, à tout le moins, d'intérêt commun. Certaines relations d'affaires s'établissent en effet entre sociétés de puissance économique semblable, favorisant davantage le développement de relations de coopération, que de dépendance. Le secteur du textile illustre cette tendance. Les entreprises comme Nike ou Adidas se fournissent par exemple auprès de quelques fournisseurs clefs. Peu à peu, ces fournisseurs sont devenus eux-mêmes d'importantes sociétés asiatiques, gérant elles-mêmes leurs propres chaînes de sous-traitance dans plusieurs pays d'Asie. Ces entreprises multinationales « intermédiaires » restent malgré

---

[790] *Id.*, p. 190 et s.
[791] Notamment *id.*, p. 277.
[792] E. PESKINE, Réseau d'entreprises et droit du travail, op. cit.
[793] Voir *supra*, p. 185 et s.

tout soumises aux contraintes de leurs clients, même si elles participent de plus en plus à la définition des conditions de travail au sein de leur chaîne, aux côtés des chartes de leurs clients[794]. Ces organisations horizontales donnent naissance à de nouvelles relations plus collaboratives, qui prennent la forme de co-traitance, de co-conception, de contrats-cadres. Cela permet l'institution de relations organisées sur le long terme, ce qui facilite par exemple la mise en place de systèmes de gestion partagés des approvisionnements, le « fournisseur devenant responsable des stocks chez son partenaire en aval [795]». Le cadre de ces relations horizontales ne peut être calqué sur celui des relations verticales, le pouvoir s'exprimant différemment. L'influence n'y est pourtant pas moins présente.

309. La dimension verticale permet finalement de garder un certain contrôle sur les entités membres de l'organisation, alors que le démembrement horizontal offre une autonomie indispensable au contexte économique actuel. Ce double mouvement participe à la création d'entreprises à structure complexes que le droit a du mal à saisir, les dimensions de pouvoir et d'influence existantes étant ignorées, à l'exception des quelques cas où elles s'expriment de manière manifeste[796].

B. Des relations de pouvoir non encadrées par le droit

310. Les relations de pouvoir issues des relations contractuelles étant ignorées du droit, les chaînes de sous-traitance souffrent donc d'un cadre juridique adapté à leur organisation. Ceci est encore plus vrai pour ce qui concerne la sous-traitance externe, par

---

[794] Pour un exemple d'organisation de ces nouveaux réseaux, voir Maquila Solidarity Network, « Surmonter les obstacles : mesures pour améliorer les salaires et les conditions de travail dans l'industrie mondiale des vêtements et des chaussures de sport », campagne Playfair2008, avril 2008, p. 19 et s., disponible sur http://www.ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/1-2_Rapport_surmonter_les_obstacles.pdf, site visité le 10 avril 2013.

[795] O. LAVASTRE, A. SPLANZANI, « Responsabilité sociale des entreprises et management de la chaîne logistique : vers des *supply chain* pérennes ? », Proposition pour le colloque de l'ADERSE, janv. 2008, p. 6, disponible sur www.aderse.org, site visité le 10 avril 2013.

[796] Pour une opinion contraire, voir P. PHILIPPART, « La firme au-delà de la firme : l'approche pragmatique du droit face aux réseaux interentreprises» *in* B. BAUDRY et B. DUBRION (dir.), *Analyses et transformations de la firme,* La Découverte, coll. Recherches, 2009, pp. 235 et s.

opposition à la sous-traitance sur site[797]. La mobilisation de plusieurs sociétés sur un même lieu peut en effet justifier qu'au-delà de l'autonomie de chaque société, des obligations incombent à la société donneuse d'ordre de coordonner le travail sur site ou qu'un partage des responsabilités soit organisé entre la société donneuse d'ordre et les sous-traitants se trouvant sur place[798]. La question est en revanche plus délicate s'il s'agit de sous-traitance externe et *a fortiori*, internationale.

311. Ce type de relations n'est en effet pas spécifiquement organisée par le droit français, lequel limite la sous-traitance au secteur de la construction, en la définissant comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »[799]. Le législateur est intervenu dans ce secteur afin d'apporter certaines garanties au sous-traitant à l'égard du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage[800]. Aucune autre loi ne propose de cadre global régissant les autres formes de sous-traitance alors qu'elles constituent une nouvelle forme d'organisation des entreprises dans tous les secteurs, et que ses effets sont multiples.

312. L'influence des relations inter-entreprises sur l'emploi a par exemple été démontrée, tant sur les salariés des sociétés donneuses d'ordre que sur les salariés des sociétés sous-traitantes, en termes de salaires par exemple, au sein des chaînes de

---

[797] Sur cette distinction, voir M-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales : aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, 1994, n° 60, p. 36 et s.
[798] Décret du 22 février 1992, cité par M.- L. MORIN, *idem*, p. 37 et s.
[799] Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
[800] L'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics élargit cette définition de la sous-traitance concernant les marchés de défense ou de sécurité de manière à y intégrer également les fournisseurs. L'article 37-2 de cette loi la définit comme : « *Le sous-contractant est l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise* », voir en ce sens l'étude d'impact établie en application de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, 25 octobre 2010, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr/html/etudes_impact/lois_publiees/2011/ei_materiels_guerre.pdf.

production nationale[801] comme internationale. Le droit intervient alors, de manière éparse, pour prendre en compte les effets produits par ces relations de dépendance sur les relations de travail. La lutte contre le travail dissimulé[802] de même que l'emploi de salariés étrangers sans titre de séjour[803], sont deux domaines dans lesquels le donneur d'ordre est ainsi mis à contribution afin de vérifier, tant dans ses relations directes qu'indirectes, le respect de la loi. Le donneur d'ordre se voit à cet égard reconnaitre la possibilité de rompre ses relations contractuelles aux frais et risques de son co-contractant, si ce dernier ne se conforme pas à ses injonctions[804]. En cas de défaillance, un régime de responsabilité solidaire et conjointe est prévu par la loi, la société donneuse d'ordre pouvant être sanctionnée pour non respect de son obligation de vérification ou pour avoir recouru, directement ou non, au travail dissimulé. Comme le note M. KOCHER, « ce régime de responsabilité participe d'une approche globale des relations de sous-traitance qui dépasse le seul cadre contractuel de la relation de sous-traitance pour tenir compte de la capacité d'action du donneur d'ordre au sein du réseau[805] ». Des obligations de vérifications sont également mises à la charge du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage en matière de détachement de travailleurs[806]. Ces obligations, ont été introduites par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale[807]. Cette loi a également introduit une obligation de vigilance imputable au donneur d'ordre en matière d'hébergement et d'application de la législation du travail[808]. Le donneur d'ordre se voit également imposer des obligations légales de

---

[801] C. PERRAUDIN, H. PETIT (et *al.*), « Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques », Centre d'études de l'emploi, document de travail n° 117, mars 2009, 25 p., disponible sur www.cee-recherche.fr, site visité le 15 avril 2013.

[802] Art. L. 8222-5 Code du travail.

[803] Art. 8254-2-1 Code du travail, issue de la loi n°2011-672 du 16 juin 2011.

[804] M. KOCHER, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », p. 180, *op. cit*.

[805] Ibidem.

[806] Art. L. 1262-2 et s. Code du travail.

[807] Cette loi vise notamment à transposer la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, du 15 mai 2014.

[808] Art. L. L. 8281-1 Code du travail. Voir également l'article L. 3245-2 du code du travail, lequel vise la responsabilité financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage en cas de non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou

coordination dans la prévention des risques professionnels lorsque plusieurs sociétés sont amenées à intervenir sur un même site[809]. La place privilégiée du donneur d'ordre lui permet d'avoir « une vision globale des opérations[810] » et il peut donc à ce titre, voir sa responsabilité pénale engagée[811]. Notons enfin les dispositions du Code du travail prévoyant l'élargissement du CHSCT aux chefs d'entreprises extérieures ainsi qu'à leurs travailleurs afin de déterminer les règles communes de sécurité dans l'établissement[812]. Cette disposition se limite toutefois à la prévention des risques liés à certaines activités ou opérations dangereuses. Dans les cas que nous venons de relever, la sous-traitance sur un même site peut en effet favoriser le recours au travail illégal ou les risques liés à la santé et à la sécurité des travailleurs, en l'absence d'un chef de file capable de coordonner les diverses sociétés intervenant sur ce même site. Les relations de sous-traitance peuvent pourtant produire des effets au-delà de ces quelques situations. Certains des risques pouvant découler des relations de sous-traitance externe sont d'ailleurs pris en considération par la loi, mais de manière indirecte et limitée. En se concentrant sur les produits issus des chaînes de fabrication et non plus sur les relations existant entre les acteurs de ces chaînes, le droit de la consommation offre à cet égard un exemple de législation capable de proposer un cadre adapté aux chaînes de sous-traitances externes et à certaines des problématiques qui en découlent.

313. Dans un souci de protection du consommateur final, de nombreux pays ont par exemple développé une législation propre à l'hygiène et à la sécurité des produits alimentaires, afin de répondre aux risques soulevés par les chaînes de sous-traitance dans ce domaine. Suivant ce même objectif, la sécurité des produits fait également l'objet d'une législation particulière dans le code de la consommation, imposant un certain nombre d'obligations aux fabricants et distributeurs, tant dans leurs relations avec leurs partenaires de la chaîne de commercialisation, que dans celles qu'ils nouent avec le consommateur. En imposant par exemple au responsable de la première mise sur le

---

conventionnel dû au salarié de son cocontractant, d'un sous-traitant direct ou non ou d'un cocontractant d'un sous-traitant, sous certaines conditions définies par le texte.

[809] Art. R. 4511-1 et s. Code du travail.

[810] M. KOCHER, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *op. cit*., p. 181.

[811] Voir par exemple, Cass. crim., 1er déc. 1998, n° 97-81967, cité par M. KOCHER, *idem*., p. 181, note 37.

[812] Art. L. 4523-11 Code du travail.

marché d'un produit, de vérifier que celui-ci soit conforme aux prescriptions en vigueur, la loi identifie un responsable en lui laissant la liberté de choisir les moyens de satisfaire à cette obligation[813]. Les fabricants et distributeurs sont également soumis à des obligations de prévention concernant la sécurité des produits[814]. La loi les soumet à des obligations de résultat, en leur laissant la liberté de choisir les moyens qui permettront leur respect. Cette même logique est appliquée par la législation relative aux chaînes alimentaires, dont une partie est issue du droit européen[815]. Les professionnels sont ainsi soumis à des obligations de traçabilité, de publication d'information ou de retrait des produits, ainsi qu'au respect des principes de précaution, de transparence etc., à charge pour eux de choisir les moyens de les respecter dans leurs relations avec leurs partenaires commerciaux. L'autocontrôle, les bonnes pratiques et les systèmes de gestion de la sécurité des produits[816] sont alors développés par les professionnels, qui restent soumis à des contrôles conduits par des autorités sanitaires. L'objectif étant la protection du consommateur, les lieux et conditions de fabrication importent peu, tant que le consommateur, situé sur le territoire européen, est protégé. Afin d'atteindre cet objectif, les professionnels doivent donc trouver les moyens de surveiller leur chaîne de sous-traitance, que celle-ci soit nationale, européenne, ou internationale. La protection de la santé du consommateur prime sur l'internationalisation des chaînes de sous-traitance et les complexités qu'elles induisent en termes de cadre juridique. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort de l'article L. 211-18 du Code de la consommation relatif à la loi applicable en cas de conflit de lois dans les litiges internationaux, lequel favorise la protection du consommateur. La question des conditions de travail qui ont permis la fabrication d'un produit, celles relatives à la pollution de la biodiversité, au respect des droits de

[813] Art. L. 212-1 Code de la consommation.

[814] « Le producteur adopte les mesures qui, compte tenu des caractéristiques des produits qu'il fournit, lui permettent : a) De se tenir informé des risques que les produits qu'il commercialise peuvent présenter (…) », art. L. 221-1-2 Code de la consommation ; « En outre, dans les limites de leurs activités respectives, les distributeurs participent au suivi de la sécurité des produits mis sur le marché par la transmission des informations concernant les risques liés à ces produits, par la tenue et la fourniture des documents nécessaires pour assurer leur traçabilité, ainsi que par la collaboration aux actions engagées par les producteurs et les autorités administratives compétentes, pour éviter les risques », art. L. 221-1-4 Code de la consommation.

[815] La législation européenne a été profondément remaniée entre 2005 et 2006, à la suite de plusieurs crises sanitaires. Elle se trouve aujourd'hui dans six règlements européens et deux directives, disponibles sur : http://agriculture.gouv.fr/la-reglementation.

[816] Voir par exemple la norme internationale ISO 22000 *relative aux systèmes de management de la sécurité des denrées alimentaires*, d'application volontaire.

l'Homme, ou aux conditions financières telles que la corruption ou le blanchiment, ne font en revanche l'objet d'aucune disposition particulière, ces aspects de fabrication n'ayant aucune incidence sur la sécurité du consommateur final. Ce sont ces aspects en particulier que la RSE tend à mettre en exergue, en visant à responsabiliser les chaînes de sous-traitance non seulement lorsque la sécurité des consommateurs est mise en jeu, mais également celle des personnes entourant la chaîne, peu importe les effets visibles ou invisibles, sur le produit final. Notons à cet égard l'insertion, par certains textes de RSE, des questions relatives à la qualité des produits ou à la relation entre les entreprises et les consommateurs, qui font alors partie intégrante de toute politique responsable, dans les pays dépourvus de législation dans ce domaine[817].

314. De nombreuses sociétés sont aujourd'hui confrontées à cette problématique de gestion de leur chaîne de sous-traitance, en dehors de toute exigence en termes de qualité ou de sécurité des produits pour le consommateur final. Faire le choix, pour une société, d'externaliser une partie de sa production à l'étranger dans des pays à bas coût ou d'acheter des matières premières dans des pays dans lesquels la législation applicable aux travailleurs ou à la protection de l'environnement sont moindres, lui permet de tirer des bénéfices sur la réalisation de son produit final. Le choix d'un partenaire commercial, fondé sur de tels critères, est libre, dès lors qu'aucune obligation ne pèse sur la société cliente ou donneuse d'ordre, de veiller aux conditions de réalisation de ce produit. La contradiction entre l'application de la législation relative à la sécurité des produits d'une part, et les conditions de production qui ne sont soumises à aucune législation, est néanmoins de plus en plus dénoncée par les organisations de la société civile. Le 26 février 2013, l'ONG OXFAM a par exemple publié un rapport portant sur la gestion de la chaîne d'approvisionnement des « dix géants[818] » de l'agroalimentaire[819]. L'ONG y dénonce l'absence de mesures permettant de limiter l'incidence de leurs

---

[817] Rappelons par exemple l'obligation pour l'entreprise MATTEL à partir d'août 2007, de rappeler 21 millions de pièces de jouets défectueuses, à la demande de la commission américaine de sécurité des consommateurs, O. LAVASTRE, A. SPLANZANI, « Responsabilité sociale des entreprises et management de la chaîne logistique : vers des *supply chain* pérennes ? », *op. cit*.

[818] Kellogg's, General Mills, Coca-Cola, Unilever, Neslé, ABF, Danone, Mars, Mondelez, PepsiCo.

[819] Oxfam, « La face cachée des marques : justice alimentaire et les 10 géants du secteur alimentaire des boissons », Document d'information, 26 fev. 2013, disponible sur http://www.behindthebrands.org, site visité le 11 avril 2013.

activités sur les ressources en eau locale[820] ; l'opacité de leur chaîne de sous-traitance empêchant de vérifier l'application des politiques responsables des entreprises donneuses d'ordre chez leurs fournisseurs ; l'absence d'engagement concernant le paiement de salaires décents chez les travailleurs de leurs sous-traitants mais également les effets de leurs activités sur l'accaparement des terres des communautés locales, victimes des exploitations agricoles intensives d'huile de palme, de soja ou de sucre par exemple. En l'absence d'obligation particulière pour les sociétés de veiller au respect, par leurs partenaires commerciaux, de certaines obligations ou principes, la RSE vient combler ce vide. Une étude de l'observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises a ainsi montré que près de 85 % des grandes entreprises européennes avaient mis en place des méthodes d'analyse de la performance RSE de leurs fournisseurs[821].

315. A défaut de cadre juridique adapté aux relations complexes décrites plus haut et aux conditions de fabrication des produits tout au long de chaînes de sous-traitance externe et internationale, c'est une charte française des relations fournisseurs[822] qui a été élaborée en 2010, par la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF) et la Médiation Inter-entreprises[823]. Elle vise à faire respecter par exemple l'équité financière, la loyauté et la bonne foi dans l'exécution des contrats, le partage d'informations. Elle entend impliquer les donneurs d'ordres dans le développement durable et rééquilibrer les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants, dans un esprit « gagnant-gagnant ». Les entreprises s'engageant dans des démarches responsables peuvent ainsi signer cette charte. La mise en œuvre de ses objectifs peut permettre, depuis le 20 décembre 2012,

---

[820] L'entreprise PEPSI a en revanche reconnu l'eau comme un droit fondamental, et s'est engagée à consulter les communautés locales ; Nestlé a élaboré des directives à l'attention de ses fournisseurs sur la gestion de l'eau.

[821] ORSE, « Benchmark sur la communication des entreprises du CAC 40 relative aux achats responsables », étude, 2010.

[822] Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF), Médiation Inter-entreprises, « Charte française des relations fournisseurs », 2010, disponible sur: http://images.cdaf.fr/CDAF/UtilisateursFichiers/201304/130430-charte_des_relations_inter-entreprises.pdf, site visité le 4 mai 2010.

[823] Créée par le décret du 8 avril 2010 portant nomination du médiateur des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance, M. VOLOT (JORF n°0083 du 9 avril 2010, 6796), c'est l'une des 23 mesures issue des Etats Généraux de l'Industrie. Voir également le rapport dit « Vollot » réalisé par le Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance, « Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance », Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 30 juillet 2010, 53 p.

l'obtention d'un « label d'Etat »[824] « Relations inter-entreprises responsables », remis après l'envoi d'un rapport, un audit et une évaluation, conduite par le cabinet Vigeo[825]. Un Comité d'attribution paritaire composé de représentants de l'Etat et CDAF, se réunit ensuite afin de décider l'attribution du Label[826]. Les critères de l'audit sont quant à eux définis par la Médiation Inter-entreprises et la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France. Des audits de suivi sont conduits tous les ans, le label étant attribué pour 3 ans. Les modalités de réalisation de ces audits ne sont en revanche pas mentionnées sur le site du ministère ni sur celui de Vigeo. Un tel processus incite les entreprises à s'engager dans une gestion responsable de leurs relations commerciales, mais dans un strict respect du principe d'autonomie de la volonté, cela reste pour elles, un choix. Cette charte aurait-t-elle donc vocation à palier les divers problèmes soulevés par les chaînes internationales de sous-traitance ? Rien n'est moins sûr, d'autant qu'elle fait peser sur les sous-traitants de nouveaux devoirs, mais surtout qu'elle se limite aux problèmes entourant les relations strictement contractuelles. Alors que, si la RSE vise indirectement les questions liées aux délais de paiement, conditions de vente, prix etc. qui font, elles, l'objet de négociations contractuelles, c'est uniquement dans la mesure où ces questions auront une incidence sur des domaines sociétaux, qui sont l'objet même de la RSE.

316. L'Etat de Californie répond en ce sens à l'une des problématiques posées par les chaînes de sous-traitance concernant la RSE, avec l'adoption de la *California Transparency in Supply chains Act*, lequel impose, depuis le 1er janvier 2012, « aux entreprises présentent dans l'Etat de Californie réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions de dollars, d'évaluer et mettre en place les dispositifs de réponse aux risques de traite des humains et d'esclavage dans leur chaîne de production et de distribution et d'imposer à leurs fournisseurs et sous-traitants de certifier que les

---

[824] Terme employé sur le site internet du ministère du redressement productif sur lequel est disponible la Charte.

[825] Vigeo est un cabinet de conseil privé créée en 2002 par Nicole Notat. Il procède à des activités de notation et d' « audit-conseil » des démarches liées aux enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance des organisations. De nombreuses entreprises notées et évaluées par Vigeo sont également actionnaires du cabinet, ce qui pose inévitablement des questions liées à l'efficacité et à l'objectivité des évaluations. Pour une liste de ces entreprises, voir http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/1-2-4-gouvernance#panel1, site visité le 13 mai 2013.

[826] Les modalités de fonctionnement et de composition de ce comité ne sont pas disponibles sur internet.

matériels fournis n'ont pas fait l'objet de travail provenant de la traite des humains ou de pratiques esclavagistes ». La réalisation d'audits devient alors obligatoire pour les entreprises afin de s'assurer du respect de ces dispositions[827]. En l'absence de cadre juridique similaire, et pour tenter de répondre aux diverses problématiques soulevées par les relations inter-entreprises, les entreprises créent elles-mêmes des mesures, développent des outils et des démarches, publient des engagements et évaluent elles-mêmes le respect des normes de RSE par leurs partenaires. L'organisation de ces relations permet de dévoiler le pouvoir exercé par certaines sociétés sur d'autres, sans que le droit, ni la charte nouvellement développée par l'Etat, ne prenne en compte cette réalité organisationnelle.

§ 2 . Le pouvoir dévoilé par l'organisation des relations inter-entreprises

317. La prise en compte des relations inter-entreprises au-delà du groupe de sociétés fait partie intégrante des démarches de RSE. Elle se traduit à travers des codes, des ACI, des rapports, des procédures de gestion, des contrats etc. Ces divers outils permettent à une entreprise principale, également appelée « donneuse d'ordre » (un sous-traitant ou un fournisseur exécutant une commande pour son compte), d'organiser ses relations avec ses partenaires commerciaux et de maîtriser les risques liés au non respect par ces derniers, de règles économiques relatives à la corruption par exemple, mais également de règles ou principes sociaux, environnementaux, ou encore relatifs aux droits de l'Homme. Ces outils tendent à encadrer les relations entre partenaires commerciaux, soit qu'une société donneuse d'ordre impose ses conditions de RSE à ses partenaires, soit qu'elle informe les tiers de son engagement à sélectionner des partenaires respectueux de ses propres principes. Dans tous les cas, ces outils expriment l'exercice d'un pouvoir dès lors qu'ils cherchent à imposer, directement ou non, à un autre partenaire, un certain type de comportement. Les relations commerciales entre acteurs économiques étant régies par le droit des contrats, les relations de pouvoir qui peuvent en ressortir ne sont pourtant prises en compte qu'exceptionnellement par le droit des contrats [828]. D'ailleurs,

---

[827] R. BEAUCHARD, « La responsabilité sociale de l'entreprise », *RDT*, n° spécial, 2011, p. 395.

[828] Voir par exemple l'art. L. 442-6-1 2° du Code de commerce issue de la loi du 4 août 2008 *relative à la modernisation de l'économe*, et introduisant la notion de « déséquilibre significatif » dans les relations entre professionnels, dans le Code de

les relations de dépendance et de coopération sont souvent perçues comme antinomiques, la coopération pouvant être comprise comme dépourvue de toute dimension de pouvoir[829]. Or, la coopération peut découler de l'imposition, en amont, de certaines conditions exprimées par un co-contractant. C'est ce qu'il ressort des engagements de RSE pris par des sociétés donneuses d'ordre, lesquels imposent de nouvelles normes de comportement à leurs partenaires commerciaux (A). Ces engagements, pris dans l'intérêt du réseau, n'en sont pas moins imposés par une société principale. Ces démarches permettent de distinguer ces relations de simples relations contractuelles[830], car elles mettent en exergue la place centrale occupée par une ou plusieurs sociétés au sein d'un réseau, coordonné et organisé par des procédures de RSE. Finalement, alors que le droit ignore pour beaucoup les problématiques soulevées par les chaînes de sous-traitance ou des réseaux, les entreprises cherchent au contraire, sur le fondement de la RSE, à les prendre en compte. Ce faisant, elles élargissent leur périmètre de responsabilité mais surtout, organisent leurs relations autour d'une société pivot, laquelle exerce son influence et son pouvoir sur le réseau de manière significative, notamment à travers les procédures de contrôle de ses engagements chez ses partenaires commerciaux (B).

A. Des engagements de RSE marqués par l'influence d'une société principale

---

commerce, et faisant écho à l'art. 132-2 du Code de la consommation. Cet article vise notamment à contrôler les déséquilibres pouvant intervenir dans les obligations des parties.

[829] E. PESKINE démontre ainsi que la négation du pouvoir par le droit, dans les relations de coopération, maintient une vision dichotomique. E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, p. 172 et s., *op. cit*.

[830] Une société entretient en effet diverses relations avec ses sous-traitants. Pour reprendre une typologie des relations de sous-traitances proposée par D. CASIN, quatre types de relations de sous-traitance peuvent être dégagées : les relations dans lesquelles les sous-traitants sont substituables et non stratégiques, qualifié de type 1 ; les relations dans lesquelles les sous-traitants réalisent, pour le donneur d'ordre, une production importante voire stratégique, qualifié de type 2 ; les relations de sous-traitance dans lesquelles sous-traitants et donneur d'ordre sont interdépendants, qualifié de type 3 ; et les sous-traitants qui sont stratégiques, et qui créent une relation de dépendance entre le donneur d'ordre et ses sous-traitants, qualifié de type 4 ; D. CASIN, « Sous-traitance responsable er création de valeur », Communication lors de la 1ère Journée de Recherche sur le Développement Durable – ADERSE – IAE de Poitiers – Sup de Co La Rochelle, La Rochelle, 27 mars 2009, p. 4 et s., disponible sur : http://www.strategie-aims.com/events/conferences/2-xixeme-conference-de-l-aims/communications/149-sous-traitance-responsable-et-creation-de-valeur/download, site visité le 19 aout 2011.

318. Le choix d'une entreprise de s'engager dans une démarche responsable peut se traduire par la mise en place d'une organisation en réseau, juxtaposant des structures centrales et des centres locaux[831]. L'objectif est alors de permettre une appropriation, par les partenaires commerciaux, des engagements pris par la société-mère ou la société donneuse d'ordre. Néanmoins, chaque entreprise organise son propre modèle et ses propres méthodes de mise en œuvre[832]. Aussi, son organisation interne, relative aux personnes chargées de définir et de diffuser une politique et des projets de RSE, met généralement en évidence le rôle central joué par une ou plusieurs sociétés membres d'un groupe. C'est alors l'organisation du pouvoir de la société-mère à l'égard des autres sociétés du groupe et de ses partenaires qui est révélé par ce choix. La mise en place d'un projet de RSE ou de développement durable dans une entreprise débute en effet traditionnellement par un engagement de la part de la direction d'un groupe. Sous son impulsion, des groupes de travail, chargés de réfléchir à la définition d'une politique sociétale, peuvent être organisés. En présence d'un groupe de sociétés, ce travail de réflexion est généralement réalisé au niveau du siège social du groupe. Il peut conduire à la nomination d'un « délégué au développement durable » ou d'un responsable RSE[833], chargé au sein d'une société-mère, d'élaborer et de diffuser les informations relatives à la politique RSE du groupe, auprès des autres sociétés du groupe. Si les diverses directions de la société-mère (financières, achat, ressources humaines …) peuvent être associées à la réflexion, les autres sociétés du groupe n'y participent généralement pas, ni même les partenaires commerciaux[834]. Ils interviennent en revanche dans la phase de mise en œuvre des engagements.

---

[831] Le groupe PPR explique par exemple que dans une optique de décentralisation, les moyens et les actions menées au sein des « branches », ne sont pas imposées. En revanche, le comité exécutif du groupe suit leur mise en œuvre. Ainsi, la direction RSE du groupe créée en 2007 se décline au niveau des branches qui sont chargées de mettre en place la politique générale de responsabilité globale, Entretien Laurent CLAQUIN, directeur de la RSE dans le groupe PPR, *in* A. SOBCZAK, *Responsabilité globale, manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Vuibert, coll. Gestion, 2011, p. 75.

[832] F. PETIT, D. BELET, « Des compétences requises pour la RSE et le DD », *in* J-J. ROSE (dir.), *RSE, pour un nouveau contrat social*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, coll. Méthodes et recherches, 2006, pp. 246 et s.

[833] F. COCHOY, I. DAUGAREILH, A. LACHEZE, «Analyse nationale et pluridisciplinaire », Projet de recherche ESTER, Social regulation of European transnational companies, CNRS-COMPTRASEC, nov. 2005, p. 22 et s.

[834] Ce qui peut être différent en présence d'une norme négociée comme le sont les ACI. EDF a ainsi fait participer toutes ses filiales au processus de négociation, ce qui leur

319. Certaines directions peuvent être créées pour s'intéresser uniquement aux relations avec leurs fournisseurs. Leur mission consiste alors à leur faire intégrer les engagements sociaux et environnementaux pris par le groupe[835]. De manière générale, le rapport de recherche ESTER démontre que les parties prenantes des entreprises ne sont pas associées à l'élaboration des politiques de RSE. Pour reprendre l'expression des auteurs de ce rapport de recherche, les fournisseurs sont plus des « parties prises » que de véritables parties prenantes, dès lors que les projets de RSE leurs sont imposés, par voie contractuelle notamment[836]. Le recours à la voie contractuelle pour imposer des projets ou des politiques responsables aux partenaires commerciaux, soulève la question de la relation de dépendance que peut entretenir la RSE. En effet, bien loin d'être des engagements commerciaux, imposer des obligations dans le domaine de la RSE, c'est avoir une influence sur la politique interne mais également externe d'une société. Une société qui se voit imposer certaines obligations en matière de RSE peut être amenée, pour les respecter, à modifier sa politique sociale à l'égard de ses salariés, à adapter sa politique environnementale aux exigences de son cocontractant, à mettre en place des systèmes d'alerte pour prévenir des actes de corruption etc. De plus, la finalité des politiques de RSE étant de diffuser les engagements au plus grand nombre des

---

permet de faire valoir leurs contraintes. M. DESCOLONGES note à cet égard le déséquilibre entre des filiales qui peuvent être partenaires à la négociation et les sous-traitants, qui n'auront d'autres choix que d'adopter des projets de RSE, dès lors que leur « responsabilisation » n'est pas fondée sur leur statut juridique mais sur le pouvoir économique du donneur d'ordres M. DESCOLONGES, « Le caractère infini du « contrôle » des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie,* éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 218.

[835] F. COCHOY, I. DAUGAREILH, A. LACHEZE, «Analyse nationale et pluridisciplinaire », p. 24, *op. cit*.

[836] « Le cas de notre groupe automobile est exemplaire à cet égard. En effet, environ 80 % des éléments qui composent une automobile sont produits par des fournisseurs. Le comité de développement durable de ce groupe a donc décidé de mettre en place une action spécifique tournée vers les fournisseurs par l'intermédiaire d'un responsable développement durable en charge du déploiement des décisions du comité. Ainsi, il y a un travail sur deux pôles. Un axe environnemental, dans lequel les fournisseurs ne doivent pas utiliser tout un ensemble de substances toxiques pour la production de certaines pièces. Un axe social qui consiste à sélectionner les fournisseurs selon trois critères : les conditions de santé et de sécurité au travail, l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé. Cet élément est très engageant pour les sous-traitants du groupe qui ne sont pas implantés dans des pays ayant ratifiés les conventions de l'OIT correspondant aux exigences mises en avant par notre constructeur. Certains fournisseurs sont tout de même associés à des groupes de réflexions sur les éventuels éléments qui seront intégrés sur le thème du recyclage par exemple. », *Idem*., p. 31

partenaires commerciaux, directs ou indirects, de telles démarches peuvent avoir des effets sur la politique externe d'une société. L'insertion d'obligations dans le domaine de la RSE via un contrat entre une société et son sous-traitant, peut ainsi produire des effets au-delà des cocontractants eux-mêmes si, pour respecter ses obligations, le sous-traitant a intérêt à insérer ces mêmes obligations dans le contrat le liant à son propre sous-traitant, le non-respect par ce dernier de normes environnementales ou sociales pouvant avoir des conséquences sur sa relation contractuelle avec la société donneuse d'ordre. L'effet en cascade découlant de ce type de contrat confère un pouvoir important à la société donneuse d'ordre, laquelle consolide par ce biais sa place centrale au sein d'un ensemble plus large de sociétés. Dans tous les cas, imposer des obligations en matière de RSE à des partenaires commerciaux, ce n'est donc pas se limiter à afficher un code de conduite dès lors que cela conduit à influencer l'organisation tant interne et qu'externe d'une société. L'influence exercée par cette dernière, sur les autres sociétés du réseau, varie selon le type de relations entretenues, qui peuvent être directes ou indirectes, mais également selon les outils de RSE choisis pour responsabiliser ses partenaires.

320. Principal instrument de responsabilité sociétale des entreprises, les codes de conduite ont ainsi la spécificité d'être élaborés et appliqués unilatéralement par les entreprises. De manière générale, les codes de conduite traduisent la volonté d'une entreprise d'améliorer les conditions de travail des travailleurs et de mettre fin aux violations des droits fondamentaux. L'engagement en faveur du respect de l'environnement se retrouve aujourd'hui dans la majorité des codes. La plupart des codes ont une dimension internationale et s'inscrivent donc dans le périmètre transnational des activités des entreprises[837]. A travers ces codes, les entreprises reconnaissent leur responsabilité globale, inhérente à leurs opérations transnationales. L'objet d'un code de conduite est de faire connaître la politique et les engagements sociétaux de l'entreprise en interne, mais également et surtout en externe. Pour cette raison, deux types de codes sont généralement réalisés par les entreprises : des codes à l'attention des travailleurs du groupe et des codes à l'attention des autres sociétés du réseau.

[837] F-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises », *Rép. Sociétés Dalloz*, mars 2003, p. 7.

321. Une société initiatrice du code peut choisir de l'appliquer à l'ensemble de son réseau ou s'engager à inciter ses partenaires commerciaux à adopter leur propre code ou à développer des démarches responsables[838]. L'application d'un code de conduite à un réseau de sociétés sous-traitantes et aux fournisseurs permet à une entreprise de combler les lacunes d'un droit étatisé en diffusant des règles minimales à des sociétés opérant parfois dans des Etats où la protection des droits des individus n'est pas garantie. La multiplication ces dernières années de chartes dédiées aux relations avec les sous-traitants et fournisseurs[839], démontre une prise en compte, par les sociétés, de l'importance d'impliquer leurs partenaires dans leurs engagements de RSE. Ces codes, dédiés aux relations fournisseurs et sous-traitants, participent à étendre le champ de leur responsabilité dans les domaines de l'environnement, du travail, de l'hygiène et de la sécurité[840] et parfois aussi des droits de l'Homme. EDF a par exemple mis en place en 2003, une charte éthique pour le Groupe, mais dans laquelle « EDF s'engage à promouvoir auprès de ses fournisseurs les standards éthiques qu'il impose à ses propres conditions d'activité. Il s'assure que les entreprises de sous-traitance auxquelles il fait appel effectuent leur travail et traitent leurs salariés dans le respect des lois et des engagements internationaux applicables ». Pour s'assurer du respect de cet engagement mais également de ceux issus de son accord-cadre international signé en 2005[841], la direction des achats d'EDF a élaboré en juin 2006 une charte de développement durable entre EDF et ses fournisseurs par laquelle elle s'engage à faire respecter par ces derniers certains principes fondamentaux[842]. En 2005, l'entreprise DEXIA a également conçu une charte déontologique afin d'encadrer les relations avec les filiales du groupe et leurs fournisseurs. Celle-ci s'applique « à l'ensemble du groupe Dexia, à charge pour chacune de ses entités d'en traduire les objectifs et principes en conformité avec les législations et réglementations nationales. » Certaines entreprises comme DEXIA distinguent

---

[838] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, op. cit., p. 143.

[839] Voir par exemple les codes de Renault, Carrefour, Dexia, Bouygue, Areva, PPR,Dassault, Bonduelle.

[840] OCDE, « Codes de conduite : Étude exploratoire sur leur importance économique », Paris, 2001, p.22.

[841] Voir *supra*, p. 195.

[842] EDF, « Charte développement durable entre EDF et ses fournisseurs », Direction des achats d'EDF, juin 2006, disponible sur : http://strategie.edf.com/fichiers/fckeditor/Commun/Corporate/Publications/Annee/2011/EDF_Charte_DD_fournisseurs_final_vf.pdf, site visité le 17 aout 2011.

également les fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation privilégiée des fournisseurs occasionnels. Ainsi la charte fournisseurs DEXIA précise que ne sont concernés que « l'ensemble des fournisseurs significatifs participant d'une relation régulière et pérenne avec les entités du groupe Dexia (…)». Le développement de ces chartes dans les réseaux de sociétés vise indéniablement à combler le vide juridique qui entoure les relations transnationales de sous-traitance. Ce constat fait dire à A. SOBCZAK que « la mise en place des réseaux de sociétés n'est plus destinée à échapper à toute norme sociale, mais à s'adapter au contexte économique[843] ».

322. Au-delà de codes de conduites unilatéraux, certaines entreprises étendent également les Accords-cadres internationaux négociés avec les confédérations syndicales internationales, à leurs partenaires commerciaux. L'objet d'un ACI n'étant pas de se limiter au périmètre de la société signataire de l'accord, mais bien d'aller au-delà en délimitant le champ des responsabilités d'une ou plusieurs sociétés chefs de file d'un groupe et même d'un réseau. Par sa nature internationale, cet accord participe à délimiter le périmètre de l'entreprise organisée de manière complexe. Selon l'influence exercée par la société principale sur ses partenaires commerciaux, l'engagement sera plus ou moins contraignant. Il peut aller d'une obligation de moyen : un simple encouragement d'autres sociétés du groupe ou du réseau à respecter les principes et conventions de l'OIT mentionnées dans l'accord ; à une obligation de résultat : l'engagement de les faire respecter par les sociétés du groupe ou par les sociétés sous-traitantes[844]. C'est notamment le cas des accords Hochtief, Carrefour, Chiquita, Merloni, Daimler Chrysler, ENI, ISS, Leoni, GEA, SKF et Rheinmetall qui incluent une disposition imposant à la multinationale signataire de s'assurer que les principes énoncés dans l'accord sont respectés par ses fournisseurs et sous-traitants. Ces accords sont en ce

---

[843] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, op. cit., p. 144.

[844] R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », Organisation internationale du Travail (Institut international d'études sociales), DP/161/2005, 2005, Genève, Disponible sur : http://www.ilo.int/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp16105.pdf, site visité le 7 aout 2011.

sens, une reconnaissance implicite[845], de la part de ces entreprises, de la capacité d'une société chef de file à exercer un pouvoir sur d'autres sociétés sur lesquelles elle exerce une influence particulière. Ces accords permettent ainsi aux entreprises de préciser le périmètre de leur responsabilité[846] et c'est la raison pour laquelle le champ d'application de l'accord y est généralement précisé.

323. Comme le note A. BAYLOS GRAU[847], les ACI s'appliquent dans deux cercles. Le premier, relatif à l'application de l'accord aux sociétés qui composent le groupe, et le second concerne l'application de l'accord aux divers partenaires commerciaux. Certaines entreprises se contentent de signer des accords pour leur chaîne de production. L'entreprise INDITEX par exemple, leader mondial de l'industrie de confection de textile, a signé en 2007 un accord-cadre international avec la Fédération internationale des travailleurs du textile, de l'habillement et du cuir (FITTHC). Cet accord ne s'applique qu'à sa chaîne de production et non aux travailleurs du groupe. Dans cet accord, l'entreprise s'engage à introduire les termes de l'accord dans chacun de ses contrats avec ses fournisseurs. En 2009, un second accord a été signé, prenant alors en compte les filiales d'INDITEX[848]. Ces accords permettent à la direction d'un groupe de maîtriser leur chaîne de production mais également d'impliquer étroitement les diverses filiales. Notons que certains de ces accords ne se limitent pas à viser les sous-traitants et

---

[845] Voir en ce sens l'accord signé par ARCELOR, « Accord mondial sur les principes de responsabilité sociale Arcelor », signé le 13 septembre 2005, disponible sur : http://www.imfmetal.org/files/05091313500766/IFA_FINAL_FR.pdf, site visité le 7 aout 2011.

[846] Certaines sociétés l'expriment d'ailleurs très clairement, comme la société ARCELOR SA dans son dans son préambule lorsqu'il est stipulé : « *ARCELOR s'est engagé sur le plan mondial dans une stratégie de développement durable, avec pour ambition, de mettre en cohérence ses objectifs économiques, environnementaux et sociaux. Dans ce cadre, ARCELOR entend aujourd'hui reprendre et rassembler l'ensemble des priorités de sa politique sociale mondiale dans le présent accord afin de développer et d'encadrer ses principes de responsabilité* », *ibidem*. Voir également M-A. MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. social*, n°1, janv. 2009, pp. 93-102.

[847] A. BAYLOS GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : entreprises transnationales et accords cadres internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, op. cit.,* p. 211.

[848] Intervention A. BAYLOS-GRAU, « Les ACI dans le textile : le cas d'INDITEX », colloque international, « Les normes RSE : mise en œuvre, contrôle et sanctions, 27, 28 et 29 octobre 2010, Université Montesquieu Bordeaux IV ; en ce sens également, M. DESCOLONGES, « Le caractère infini du « contrôle » des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux », *op. cit.*, p. 217 et s.

fournisseurs directs mais également ceux de deuxième ou troisième rang. La délimitation de ce périmètre est plus ou moins précise selon les accords. Ainsi, certaines entreprises comme EDF, définissent-elles strictement le champ d'application « aux sociétés dans lesquelles EDF exerce directement un contrôle », ce qui en exclut les entreprises du réseau. La notion de contrôle devient alors un important critère d'application[849]. D'autres sociétés sont moins précises quant à la définition du contrôle mais distinguent tout de même les sociétés sur lesquelles elles exercent une influence dominante, des autres. C'est le cas de l'accord signé par ARCELOR SA. Celui-ci s'applique aux sociétés « sur lesquelles le Groupe exerce une influence dominante, que ce soit par la propriété, la participation financière ou les règles qui les régissent », mais également aux « sociétés dans lesquelles le groupe ARCELOR est présent de façon significative, mais sans y exercer une influence dominante, ainsi que les sociétés cotraitantes et fournisseurs. ». Le terme groupe semble exprimer en réalité la société-mère. Mais le groupe est également entendu comme le réseau puisqu'il stipule que « lorsqu'une société quitte le périmètre du Groupe ci-dessus défini, le présent accord cesse de lui être applicable. A l'inverse, lorsqu'une société entre dans ce périmètre, les parties signataires s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour intégrer cette société dans

---

[849] Dans cet accord, il y est défini comme « les sociétés dans lesquelles EDF SA détient la majorité du capital, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises ». Le critère d'appartenance au groupe est ici double : Les sociétés spécialement nommée et listées en Annexe de l'accord sont considérées comme appartenant au groupe, sans qu'aucun critère objectif ne permette de déterminer pourquoi elles et pas d'autres si ce n'est qu'EDF exerce directement un contrôle ; et ensuite « les sociétés de plus de 50 salariés dans lesquelles EDF SA exerce directement le contrôle (…) ainsi qu'aux sociétés de plus de 50 salariés dans lesquelles EDF SA détient de manière directe ou indirecte, au moins 45% du capital» à condition qu'elles adhèrent expressément à l'accord. Pour France Télécom, le contrôle est encore plus précis puisqu'il « s'applique aux sociétés dans lesquelles le groupe France Télécom exerce directement le contrôle, c'est-à-dire les sociétés dans lesquelles le groupe France Télécom détient la majorité du capital ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises ou lorsqu'il nomme plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance », EDF, *Accord sur la responsabilité sociale du groupe EDF*, 25 janvier 2009 disponible sur : http://strategie.edf.com/fichiers/fckeditor/Commun/RH/Publications/Annee/2009/EDF_Accord_RSE09_vf.pdf, site visité le 5 aout 2011 ; Champ d'application de l'accord, « Accord mondial sur les droits sociaux fondamentaux au sein du groupe France Télécom », signé le 21 décembre 2006 et disponible sur http://www.orange.com/fr_FR/responsabilite/notre_approche/engagements/att00013703/AccordUNIFR.pdf, site visité le 5 aout 2011.

l'application effective de l'accord.[850] » Le critère du contrôle ou de l'influence dominante retenu par ces sociétés n'est pas sans rappeler celle donnée par la Septième directive européenne sur les comptes consolidés[851].

324. Ces instruments, adoptés volontairement par les entreprises, participent à la détermination des frontières de l'entreprise, par l'intermédiaire du périmètre de leur responsabilité sociétale. Ils permettent de « cartographier leur complexité organisationnelle indépendamment de la personnalité juridique que va adopter l'entreprise ou le groupe d'entreprises transnationales[852] ». Selon I. DAUGAREILH[853], ces entreprises ont une approche institutionnelle de leur réseau. Sans revenir sur le débat de la nature institutionnelle ou contractuelle de l'entreprise, il est indéniable qu'elles établissent « un ensemble de mécanismes et de structures juridiques qui encadrent les conduites au sein d'une collectivité [854]». L'ACI devient en quelque sorte le « « référentiel » social commun, un élément de rattachement à une entité globale[855] ».

325. Pour autant, l'autodétermination d'un tel périmètre reste aléatoire. Les entreprises décident du critère utilisé pour délimiter leur périmètre de responsabilité. Or, ce critère est déterminant pour inclure ou exclure certaines sociétés du champ d'application de l'accord, et donc de leur périmètre d'influence. De plus, elles peuvent choisir de ne pas appliquer cet accord à leurs sous-traitants et fournisseurs et se contenter de l'appliquer aux sociétés du groupe, alors même qu'elle entretiendrait des relations plus étroites avec ces dernières. Bien loin de révéler les frontières de l'entreprise, le choix du critère peut donc conduire à nier l'existence d'une entreprise complexe. Pour cette raison, la recherche de critères objectifs est nécessaire, mais évidemment rendu difficile par la nature internationale de ces accords, et surtout par leur caractère volontaire. Une solution

---

[850] Article 1, Accord Arcelor, *op. cit*.
[851] Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés.
[852] A. BAYLOS GRAU, « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : entreprises transnationales et accords cadres internationaux », *op. cit.*, p. 211.
[853] I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 365 et s.
[854] R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 13ème éd., 2002, Institution, cité par I. DAUGAREILH, *ibidem*.
[855] *Idem*, p. 365.

pourrait être que l'OIT se charge de proposer de tels critères. Cette limite se retrouve également dans les rapports de RSE, pour lesquels des critères ont néanmoins été proposés, du fait de la généralisation des rapports RSE[856].

326. De manière générale, l'engagement par une société principale, de faire respecter des principes fondamentaux aux sociétés avec lesquelles celle-ci entretient une relation contractuelle, démontre une prise en compte de l'étendue de sa responsabilité et de sa capacité d'influence. Une telle démarche a d'ailleurs vocation à dévoiler les frontières de l'entreprise, à condition que les critères permettant de différencier les entreprises du réseau de celles qui en sont exclues – les partenaires occasionnels – soient précisés, par les entreprises, les normes de RSE, ou le droit. Cette implication démontre que les relations inter-entreprises sont interdépendantes et qu'elles nécessitent un cadre, que le droit n'offre pas aujourd'hui. En l'absence d'un tel cadre d'ailleurs, remarquons que si les frontières de l'entreprise sont en apparence dévoilées pour l'entreprise, elles se maintiennent en réalité dans l'obscurité à l'égard des tiers. Ces derniers sont effet informés, via les codes de conduite et les ACI, de l'exercice d'un pouvoir d'influence par une société sur ses cocontractants actuels ou à venir. En revanche, la nature de ces relations, leur intensité, la part de responsabilité assumée par les uns ou les autres à l'intérieur du groupe ou du réseau en fonction de leurs tâches respectives, reste opaque. La RSE ne permet donc pas d'établir une cartographie précise des sociétés composants l'entreprise complexe, ni d'organiser un véritable partage des responsabilités entre les acteurs de la chaîne ou du réseau lorsque leurs relations peuvent produire des effets négatifs au-delà de la relation contractuelle. Ces démarches démontrent toutefois l'acceptation par une société, de l'étendue de son influence et donc de sa responsabilité, là où le droit n'est toujours pas intervenu. D'ailleurs, l'exercice de cette influence peut prendre la forme d'un véritable pouvoir, à travers par exemple les mesures de contrôles réalisées ou imposées par une société donneuse d'ordre auprès de ses partenaires commerciaux, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier par cette dernière, le respect des engagements par les partenaires.

---

[856] Sur cette question, voir M. DESCOLONGES, B. SAINCY, (dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation internationale,* La Découverte, 2006, pp. 93-96.

B. Le pouvoir exercé par la société principale dans l'évaluation et le contrôle des engagements

327. La mise en œuvre des engagements de RSE au sein des entreprises nécessite le recours à des mécanismes biens connus des entreprises : les systèmes de gestion du risque. Les nombreuses méthodes, procédures ou normes qui sont créées pour gérer les risques, sont principalement étudiées en sciences de gestion. Des référentiels, pour leur grande majorité d'origine privée, proposent des procédures de contrôle, de vérification, de prévention, d'évaluation, de correction etc. Certains nécessitent la réalisation d'audits, d'autres ont vocation à la certification ou à la labellisation. Les plus appliqués en matière de RSE sont la norme ISO 14000, ISO 9000, OHSAS 18001, SA 8000 etc. Ces pratiques ont toute une finalité : améliorer la performance des entreprises. Initialement économique et financière, la performance devient avec la RSE, sociale, environnementale ou sociétale. Rechercher un certain niveau de « performance » en matière de respect des droits de l'Homme, de respect des normes environnementales ou de corruption, interroge néanmoins le juriste. Dans ces domaines, il s'agit bien pour l'entreprise de s'assurer que ses partenaires commerciaux respectent un certain nombre de principes et de règles. Le recours à des référentiels, des instruments ou des normes de gestion, ne produit pas d'effets juridiques permettant d'atteindre un tel objectif, tant qu'ils n'ont pas été rendus obligatoires par une loi. Ils n'en produisent pas moins certains effets juridiques indirects. La rédaction d'un rapport (1) ainsi que la réalisation d'un audit (2) sont par exemple des outils de gestion utilisés par les entreprises pour évaluer et surveiller les risques. Ils sont aujourd'hui largement utilisés en matière de RSE. Or, ces outils de gestion incluent la surveillance du comportement de partenaires commerciaux dans des domaines extra-financiers, dépassant l'objet principal du contrat. Ils sont ainsi la manifestation de l'exercice d'un pouvoir par une société sur une autre.

1) *L'évaluation via le rapport*

328. Encouragées d'abord par les instances internationales, les grandes entreprises communiquent de plus en plus aux actionnaires, mais également au public, des informations extra-financières sur leur prise en compte des préoccupations sociétales, voir sur leurs impacts sociétaux. L'objet de ces rapports extra-financiers, aussi appelés rapports développement durable ou rapports RSE, est double. Il est devenu un outil de

transparence de l'entreprise sur sa politique sociétale, via l'information qu'il diffuse au public mais il est également un outil de gestion de l'action menée par l'entreprise en matière de RSE. L'information récoltée par l'entreprise doit en effet lui permettre d'évaluer l'impact, positif ou négatif, de ses diverses activités sur son environnement et d'être transparente à cet égard. Alors que, l'entreprise ne se préoccupait traditionnellement que de fournir des informations financières à ses actionnaires, la RSE les incite à analyser leur impact extra-financier sur la Société. Cet outil est au cœur de la logique de responsabilisation des entreprises, même si certaines entreprises l'utilisent au contraire, pour évaluer uniquement l'impact financier de leur politique RSE. Plusieurs législations ont rendu l'élaboration de ce rapport obligatoire[857], tandis que d'autres se contentent d'inciter les entreprises à le faire[858]. D'autres encore ne se réfèrent pas à l'élaboration d'un rapport extra-financier *per se*, mais incitent les sociétés à fournir malgré tout, dans le rapport financier, des informations sociales et environnementales, si celles-ci peuvent avoir un impact sur la situation financière de l'entreprise[859]. De toute évidence, la généralisation de ce type de rapport, présenté au même moment que le rapport annuel, tend à accroitre son importance.

329. Depuis 2001, la Commission européenne encourage[860] les entreprises européennes à réaliser un rapport extra-financier, tout en reconnaissant la nécessité « de définir des

---

[857] C'est notamment le cas des Pays-Bas, de la Grande-Bretagne, de la France, du Danemark, ou de l'Indonésie qui prévoient dans leur législation concernant les rapports annuels des sociétés, d'y inclure des informations sociales et environnementales. Pour plus de détails voir, Rapport du Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, « Corporate law project : overarching trends and observations », juil. 2010, disponible sur http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-corporate-law-project-Jul-2010.pdf, site visité le 17 aout 2011, p. 26 ; K.VAN WENSEN, W. BROER MSC, J. KLEIN, J. KNOPF, « The State of Play in Sustainability Reporting in the European Union 2010 », Rapport publié pour la commission européenne, CREM, Adelphi, janv. 2011, disponible sur : http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=1013, site visité le 8 aout 2011.

[858] C'est par exemple le cas du Brésil ou du Luxembourg qui incitent les entreprises cotées à fournir des informations sur leur politique de RSE. Pour plus de détails voir Rapport du Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, « Corporate law project : overarching trends and observations », *op. cit.*, pp. 26 et s.

[859] C'est par exemple le cas de la législation des Etats-Unis, de la Nouvelle Zélande ou de la Colombie.

[860] Commission européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366, 2001.

lignes directrices et des critères communs sur la mesure des performances, l'élaboration des rapports et la validation pour le milieu de l'année 2004 [861]». En janvier 2010, la Commission a lancé un processus de concertation avec les parties prenantes pour définir ces lignes directrices[862]. Le 15 avril 2014, le Parlement européen a adopté la proposition de directive de la Commission européenne du 16 avril 2013 sur la publication d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes[863]. L'une des épineuses questions auxquelles la Commission a tenté de répondre a trait au périmètre de l'information dans les rapports RSE. Cette question est essentielle puisqu'elle revient à déterminer le périmètre de l'information à rapporter. Elle participe ainsi à définir le champ de responsabilité d'une entreprise en matière de RSE[864]. En effet, délimiter le périmètre de l'information pose la question de l'intégration ou non, dans le rapport, des informations sociales et environnementales de l'ensemble des entités sur lesquelles la société qui réalise ledit rapport exerce un contrôle ou une influence. A priori, en application du principe d'autonomie des sociétés, cette question ne devrait pas se poser et chaque société devrait fournir des informations relatives à sa propre activité. Plusieurs raisons excluent pourtant une application stricte de ce principe. Tout d'abord, les engagements de responsabilité sociétale sont majoritairement pris par une société principale. Or, comme nous l'avons développé plus haut, la société s'engage pour elle mais également pour les sociétés qu'elle contrôle ou qui sont sous son influence. C'est donc d'elle dont les parties prenantes attendent l'information relative à la mise en œuvre de ses engagements et c'est donc elle qui doit réaliser ce rapport sur la manière dont elle

---

[861] Communication de la Commission européenne, *La responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable*, 2 juillet 2002, COM (2002) 347 final, non publié au JO, p. 17, disponible sur: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/n26034_fr.htm, site visité le 7 aout 2011.

[862] Les entreprises concernées, notamment celles de plus de 500 salariés, devront communiquer des informations sur leurs politiques, les risques et les résultats en ce qui concerne les questions environnementales, les aspects sociaux et liés au personnel, le respect des droits de l'Homme, les questions de la lutte contre la corruption, et la diversité dans leur conseil d'administration.

[863] Adoptée en séance plénière, cette directive entrera en vigueur une fois adoptée par le Conseil et publiée au journal officiel de l'Union européenne. Elle modifier la Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises*.

[864] K.VAN WENSEN, W. BROER MSC, J. KLEIN, J. KNOPF, « The State of Play in Sustainability Reporting in the European Union 2010 », *op. cit*., p. 107.

met en œuvre ses engagements mais également sur la manière dont les sociétés pour lesquelles elle s'est engagées, les respectent. Ensuite, les sociétés principales qui s'engagent à développer des activités responsables, peuvent être organisées sous forme de holding. Les informations fournies en matière de démarche sociale et environnementale risquent alors d'être très générales[865] voir insignifiantes, surtout si cette holding a son siège dans un Etat où le niveau de législation est élevé. Pour cette raison, les normes de RSE relatives au rapport extra-financier vont toutes dans ce sens, en incitant les entreprises à rapporter des informations relatives aux activités d'entités pouvant aller au-delà de celles couvertes par la comptabilité financière[866]. En matière de comptabilité financière en effet, le principe de consolidation consistant à présenter la situation financière et les résultats financiers d'un ensemble constitué par la société-mère et ses filiales est depuis longtemps acquis. La généralisation des rapports extra-financiers, présentés au moment du rapport annuel, tend à faire coïncider le périmètre de consolidation du premier à celui du second. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit européen s'est prononcé, par l'adoption, en juin 2003[867] d'une directive modifiant les 4ème[868] et 7ème[869] directives sur les comptes annuels et les comptes consolidés[870].

---

[865] AMF, « Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale », Recommandations 2010-13, 2 décembre 2010, p. 103.

[866] C'est par exemple le cas du Chapitre III « Publication d'information », des principes directeurs de l'OCDE, puisque dans le commentaire il est précisé : « *Dans certains cas, ce deuxième type de publication d'informations - ou de communication avec le public et les autres parties directement affectées par les activités de l'entreprise - peut s'appliquer à des entités allant au-delà de celles couvertes par la comptabilité financière de l'entreprise. Il peut également s'étendre, par exemple, à des informations sur les activités de sous-traitants et de fournisseurs, ou de partenaires dans le cadre de co-entreprises. Ceci est particulièrement approprié pour contrôler le transfert, à des partenaires, d'activités dommageables pour l'environnement* ».

[867] Article 14-§a, Directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance.

[868] Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés.

[869] Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés.

[870] Les nouvelles dispositions relatives aux informations sociales et environnementales a fait suite aux recommandations de la Commission européenne qui proposait l'introduction dans les rapports annuels « *d'indicateurs clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de*

330. Certains Etats ont rendu cette obligation d'information obligatoire, en précisant le champ d'application de cette obligation. C'est le cas de la France, qui a été l'un des premiers Etats à rendre la diffusion des informations sociales et environnementales obligatoires pour certaines sociétés, en leur imposant de les inclure au rapport annuel de gestion du conseil d'administration ou du directoire des SA cotées. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques dite « Loi NRE », les sociétés françaises cotées en bourse doivent désormais inclure dans leur rapport annuel « des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. » Cette obligation de *reporting* a été insérée dans le Code de commerce français à l'article L.225-102.1[871]. L'article L.225-102.1 a été modifié par l'article 83 de la loi portant engagement national pour l'environnement dite *« loi Grenelle II »*, adoptée le 12 juillet 2010[872]. Mais c'est surtout sur le périmètre de l'information et donc de l'entreprise, que la loi Grenelle innove. En effet, alors que la loi NRE ne visait que les sociétés cotées, celles dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État sont désormais concernées. En outre, la loi prévoit que pour les sociétés qui établissent des comptes consolidés, les informations fournies le sont également et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3[873].

---

personnel ». La modification de la 7° directive est à cet égard instructive puisque cette dernière concerne les comptes consolidés et donc le périmètre d'information auquel l'obligation d'établir les comptes consolidés s'applique. En vertu de cette directive, les rapports RSE des entreprises devraient donc avoir un socle de consolidation comparable. Pourtant, l'introduction de ces informations reste volontaire, puisque dépourvue de sanction, et les entreprises ne respectent dès lors pas toutes cette disposition. *Proposition de modernisation des quatrième (78/660/CEE) et septième (83/349/CEE) directives du Conseil*, adoptée le 28 mai 2002, COM(2002)259/2 Final.

[871] Elle complète les dispositions de l'article 225-100 du même code sur les indicateurs clés de performance de nature non financières ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment les informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

[872] Celle-ci prévoit en outre la présentation par l'entreprise de « ses engagements sociétaux en faveur du développement durable. », Art. 225-102-1 al. 5 Code de commerce, *Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, J.O. du 13 juillet 2010, nº0160, p.12905.

Notons que ce périmètre est moins large que celui retenu pour les comptes consolidés[874]. Si cette loi généralise ainsi une pratique des entreprises[875], la dissociation entre les périmètres de consolidation ne se justifie guère, d'autant que, comme nous l'avons vu, les engagements en matière de RSE concernent les sociétés pivots elles-mêmes, celles qu'elles contrôlent, mais également celles sur lesquelles elles exercent une influence de part leurs relations contractuelles. Le choix du périmètre de l'article 233-16 du Code de commerce aurait permit d'établir une certaine cohérence avec les rapports financiers mais surtout avec l'étendue des engagements RSE des sociétés. Ce choix s'explique peut-être par le souci du législateur de répondre à une pratique des sociétés. En effet, si la majeure partie des entreprises délivrent dans leur rapport des informations extra-financières consolidées afin de mieux respecter la logique de la RSE alors même que la loi ne les y contraignait pas encore, l'AMF[876] a pu constater que ce périmètre était très souvent moins large que celui de la consolidation comptable. De plus, le choix du périmètre varie d'une entreprise à une autre, certaines se limitant au groupe, d'autre au groupe hors participation, au groupe avec filiales détenues à 100%[877] etc. Cette terminologie reste dans tous les cas confuse puisqu'aucune définition du groupe n'est généralement précisée dans les rapports.

331. Cette confusion résultait avant tout du silence volontaire de la loi NRE et de son décret d'application. En effet, dans une lettre de cadrage publié par le ministère de l'économie en vue de la rédaction du décret d'application, le ministère avait précisé que « la précision du périmètre n'entre pas dans l'objet du décret », laissant à la discrétion des entreprises le choix du périmètre de consolidation. Pour autant, le décret prenait en

---

[873] Pour une explication de la réforme, voir P. LE CANNU, B. DONDERO, « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *RTD Com*., 2010.

[874] Aux termes de l'article L. 233-16 du Code de commerce, les sociétés commerciales doivent en effet, quelle que soit leur forme, publier des comptes consolidés « *ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies* ».

[875] Selon l'AMF, la majorité des sociétés françaises informent dans leur rapport extra-financier du périmètre de l'information alors que la loi de 2001 restait floue sur cette question. AMF, « Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale », Recommandations, 2010, *op. cit*.

[876] *Idem*, p. 17.

[877] Id.

compte les filiales et les sous-traitants de la société soumise à l'obligation d'information. L'article 148-2 du décret d'application relatif aux informations sociales devant figurer dans le rapport distinguait les sous-traitants, dont l'entreprise devait indiquer « l'importance » et la manière dont elle « promeut les disposition des conventions fondamentales de l'OIT », des filiales dont elle devait « s'en assurer le respect ». L'article 148-3 relatif aux informations environnementales devant figurer au rapport précisait quant à lui « les objectifs que la société assigne à ses filiales à l'étranger ». D'une part cette distinction met en évidence l'influence distincte que peut avoir une société sur les uns ou sur les autres[878], mais surtout, le législateur français admet que l'entreprise puisse exercer une telle influence sur ses sous-traitants, ce qui étend inévitablement le champ de responsabilité de la société principale.

332. L'intervention de la loi pour étendre le périmètre de consolidation devrait ainsi mettre un terme à ces divergences, pour les sociétés qui y sont soumises. L'identification du périmètre de l'information extra-financière sur celui de l'information financière devrait en outre faciliter la récolte des informations pour les entreprises soumises à cette loi et cerner par là-même le périmètre de l'entreprise. Pour les autres, divers outils ont vu le jour afin de les inciter dans l'élaboration de leur rapport. En l'absence d'obligation légale, les normes de RSE incitent en effet les sociétés à déterminer elles-mêmes le périmètre de leur rapport en justifiant leur choix. Le périmètre de consolidation comptable est généralement choisi alors que l'entreprise est par ailleurs incitée par ces mêmes normes à promouvoir et faire respecter des principes fondamentaux chez leurs partenaires commerciaux pouvant se trouver en dehors du périmètre de consolidation. Pour cette raison, les lignes directrices du *Global reporting initiative* (GRI) suggèrent que ce périmètre soit délimité selon les deux critères du contrôle et de l'influence[879]. Les

---

[878] Voir en ce sens M-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS, « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », *in* G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, 2007, p. 102.

[879] « Pour la détermination du périmètre de son rapport, l'organisation doit considérer à la fois l'ensemble des entités sur lesquelles elle exerce un contrôle (souvent appelé « périmètre organisationnel », terme généralement rattaché à des définitions relatives à l'élaboration de rapports financiers) et l'ensemble de celles sur lesquelles elle exerce une influence (souvent appelée « périmètre opérationnel »). L'évaluation de son influence doit amener l'organisation à analyser sa capacité à influencer des entités en amont (chaîne d'approvisionnement, par exemple), comme en aval (distributeurs et utilisateurs

lignes directrices précisent que le contrôle est « le pouvoir de diriger les politiques financière et opérationnelle d'une entreprise dans le but d'obtenir des avantages de ses activités. » alors que l'influence notable est « le pouvoir de participer aux décisions relatives aux politiques financière et opérationnelle de l'entreprise sans avoir, toutefois, le pouvoir de les contrôler[880] ». En application de ces critères, la société qui réalise un rapport RSE peut donc être amenée à s'informer des impacts sociaux et environnementaux de sociétés lesquels, en application du périmètre de consolidation comptable s'en serait trouvé exclue. Les critères proposés par le GRI pour délimiter le périmètre d'information mettent en avant le critère de réalité puisqu'ils font apparaitre « les entités générant des impacts significatifs (réels et potentiels) et/ ou toutes celles sur lesquelles l'organisation exerce un contrôle ou une influence notoire en matière de politiques et pratiques financières et opérationnelles[881] ». Ce périmètre correspond au véritable périmètre de responsabilité de l'entreprise, ce qui permet finalement de révéler ses véritables frontières.

333. Pour reprendre l'expression d'un auteur à propos de la loi d'orientation du Grenelle de l'environnement, peut-être assistons-nous à « l'an I de l'entreprise citoyenne[882] ». Cela aurait pu effectivement être le cas si le périmètre retenu par la loi dite Grenelle II et son décret d'application avait été celui de « «l'influence notable » tel que défini à l'article 233-16 du Code de commerce, comme l'avaient proposées certaines parties prenantes au Grenelle de l'environnement[883]. Les sociétés membres du réseau tels que les sous-traitants et fournisseurs auraient ainsi été inclus dans le périmètre d'information obligatoire. Il est en effet contradictoire que des entreprises s'engagent à influencer leurs partenaires commerciaux en matière de RSE dans des codes et des

---

de ces produits et services) », GRI, « Ligne directrices pour le reporting développement durable », version 3.0, p. 12. Une mise à jour de la version 3.0 a été adoptée le 25 novembre 2013, dans sa version intitulé « G4 », « Guide sur les principes de reporting et éléments d'information » ainsi qu'un « Guide de mise en œuvre », disponible en ligne www.globalreporting.org.

[880] *Idem*, p. 14.

[881] *Id*., p. 18.

[882] C. MALECKI, « Pour que gouvernance d'entreprise écologique rime avec éthique », *D.* 2008, p. 1774.

[883] Ministère de l'écologie, *Evolution du dispositif NRE : Synthèse des avis des parties concernées*, Rapport du Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, 4 sept. 2009, p. 11, disponible sur : www-developpement-durable.gouv.fr, site visité le 16 aout 2011.

accords-cadres internationaux, mais que ces derniers soient exclus de l'évaluation de ces mêmes engagements !

334. Dans tous les cas, le degré de mise en œuvre des engagements de RSE reste très variable d'une société à une autre. Certaines sociétés peuvent prévoir des mécanismes de suivi et de contrôle, d'autres non. Lorsque l'évaluation de la mise en œuvre des engagements se fait par le biais du rapport développement durable cela nécessite de faire le choix d'une méthode de collecte d'informations et de déterminer des indicateurs pertinents. L'entreprise peut choisir de suivre une méthode déjà existante, élaborée par des organismes privés[884] et de la faire appliquer à ses partenaires commerciaux. Elle peut également réaliser sa propre méthode de collecte et choisir ses propres indicateurs. Pour impliquer ses 28 000 fournisseurs dans son rapport environnemental, IBM a par exemple mis en place un logiciel que chacun de ses fournisseurs doit installer. Répartis sur 90 pays, ses 28 000 fournisseurs sont invités à renseigner sur leur consommation énergétique, leur volume de déchets, leur taux de recyclage… Pour continuer de travailler avec IBM, ces fournisseurs doivent « demander le même effort » à leurs propres fournisseurs. L'objectif est de les inciter à mettre en place des systèmes de management environnemental[885]. Quant à savoir si « IBM » désigne la société-mère ou le groupe, il est difficilement imaginable que les 28 000 fournisseurs soient les fournisseurs de la société-mère mais bien les fournisseurs des diverses sociétés membres du groupe IBM. Les sociétés du groupe appliquent donc, avec leurs fournisseurs, une politique et un outil de management défini par la société-mère. La réalisation de ces rapports nécessite de toute évidence une centralisation de l'information vers les sociétés ayant engagées le réseau dans des démarches de RSE. Les informations récoltées portent ainsi sur des sujets dépassant l'objet du contrat, et elles ne sont pas échangées mais bien reçues de manière unilatérale, par l'un des partenaires. Le rapport RSE peut en ce sens être perçu comme un outil permettant de consolider le pouvoir exercé par certaines sociétés sur d'autres, dans un souci de gestion du risque.

---

[884] Comme celle proposée par la *Global reporting initiative* (GRI) par exemple.

[885] Informations tirés du site internet d'IBM, A. SOBCZAK, Responsabilité globale, manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, op. cit., p. 98.

2) *Le contrôle par les systèmes de gestion et d'audit*

335. Afin de s'assurer du respect par leurs partenaires commerciaux, des engagements de RSE, des entreprises peuvent également requérir de leurs partenaires qu'ils mettent en place des systèmes de gestion sociaux, environnementaux ou de qualité et sécurité, certifiés, qui impliquent des contrôles ou des audits réguliers, réalisés par des auditeurs indépendants. De telles normes, de type ISO, proposent en réalité des moyens de mise en œuvre, sans objectif à atteindre. Il ne s'agit en effet que d'une obligation de moyen et non d'une obligation de résultat. L'entreprise s'engage à mettre en place des processus « qui doivent théoriquement améliorer les performances environnementales de l'entreprise. Autrement dit, l'amélioration des performances reste tout de même largement incertaine par le biais des normes de responsabilité sociale inter-firme [886]». La mise en place de tels processus est en plus coûteuse car ils impliquent des investissements sur le long terme, ce qui ne convient pas nécessairement à toutes les entreprises, surtout de petites tailles[887]. La réalisation d'un audit auprès des cocontractants permet à une société de s'assurer du respect de ses engagements. H&M prévoit par exemple que tous ses fournisseurs (environ 700), respectent le code de conduite, lequel s'appuie sur les grands textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Afin de s'assurer du respect de cet engagement, H&M « se réserve le droit d'effectuer à n'importe quel moment des visites dans les unités de production des fournisseurs et sous-traitants ». En cas de non respect du code de conduite dans des délais impartis, ou en cas de refus de coopérer, H&M peut mettre fin au contrat[888]. De tels contrôles sont réalisés lorsque, dans le code lui-même, est prévue la création d'un comité chargé du suivi de son application. Un tel mécanisme permet de centraliser le contrôle, tout en décentralisant la mise en œuvre du contrôle. Un groupe de sociétés étudié dans le cadre du projet ESTER a par exemple mis en place un comité éthique chargé, entre autre, de superviser la mise en œuvre du code dans le groupe étudié, et

---

[886] B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, « Responsabilité sociale inter-firmes, coordination et régulation de la firme-réseau multinationale : une analyse économique », *Revue d'économie industrielle* (en ligne), 137, 1er trim. 2012, http://rei.revues.org/5286, p. 58.

[887] Ibidem.

[888] Information tirées du site internet d'H&M, A. SOBCZAK, Responsabilité globale, manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, op. cit., p. 102.

c'est une société extérieure spécialisée qui est chargée de contrôler et d'évaluer l'application du code dans les sociétés du groupe[889].

336. De manière générale, on peut constater que les sociétés recourent à deux formes d'audits : des audits internes, réalisés par du personnel de la société donneuse d'ordre, ou externe, en ayant recours à un auditeur spécialisé, tiers à l'entreprise[890]. L'entreprise Nike a par exemple fait le choix de procéder à des audits internes. L'entreprise a modifié et amélioré ses engagements RSE en mettant en place ses propres systèmes de contrôle auprès de ses sous-traitants. Nike a ainsi poussé ses quelques 800 fournisseurs à adhérer à ses standards. Ses fournisseurs doivent se soumettre régulièrement à des audits réalisés par des experts de Nike[891]. Dans ce cas, ce ne sont ni des tiers, payés par la société donneuse d'ordre ou par le fournisseurs qui réalisent le contrôle, mais bien des employés de la sociétés donneuse d'ordre elle-même, afin de maintenir un parfait contrôle des conditions de l'audit. Les résultats de ces audits peuvent mener à des actions d'amélioration continue, des actions correctives en cas de non respect d'un des principes ou aller jusqu'à la rupture du contrat. Cette ingérence de Nike dans les usines de ses fournisseurs soulève un certain nombre de questions concernant le pouvoir de contrôle

---

[889] « Dans le code de conduite d'E2, une structure a été conçue pour sa mise en œuvre ainsi qu'une procédure. La structure, c'est tout simplement un comité d'éthique composé d'un président (nommé par le président d'E2) et de quatre membres nommés pour quatre ans sur proposition du président. Ce comité est situé dans l'organigramme dans une direction de la holding, la direction de l'éthique. Le code de conduite décrit assez précisément les missions et le fonctionnement du comité. Les missions peuvent être classées en trois sortes. (…) Un contrat a été conclu avec une entreprise anglaise (Good Corporation) pour effectuer le contrôle et l'évaluation de l'application du code de conduite dans le groupe. », F. COCHOY, I. DAUGAREILH, A. LACHEZE, «Analyse nationale et pluridisciplinaire », *op. cit*., p. 80,

[890] Pour plus d'informations, M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable*, La découverte, 2004, p. 169 et s. Voir également P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu. Entrepreneurs de morale et instruments de mesure dans la construction de la responsabilité sociale des entreprises*, Sciences Po Paris, 2010.

[891] Pour plus de détails sur les formes d'audits chez Nike et leur utilité, voir R. LOCKE, T. KOCHAN, M. ROMIS, F. QIN, « Beyond corporate codes of conduct: Work organization and labour standards at Nike's suppliers », *International Labour Review*, Vol. 146 (2007), N° 1-2, p. 26 ; R. M. LOCKE, F. QIN, A. BRAUSSE, « Does Monitoring Improve Labor Standards?: Lessons from Nike », Corporate social responsablity initiative, working paper n° 24, John F. Kennedy school of government, université d'Harvard, Juil. 2006, disponible sur : http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_24_locke.pdf, visité le 19 août 2011.

d'une société sur une autre et spécifiquement sur les conditions de travail et de respect de l'environnement. En effet, les fournisseurs de Nike doivent, pour maintenir leur relation contractuelle, se conformer aux exigences sociales et environnementales de la société donneuse d'ordre. L'extension du pouvoir de contrôle participe inévitablement à l'extension des frontières de l'entreprise Nike.

337. Une société peut également faire le choix de recourir à des audits externes en engageant un organisme tiers, de nature privée. C'est par exemple le cas de la *Fair labor association*[892] (FLA) qui se charge, pour le compte d'une société, de vérifier le respect des conditions de travail dans les usines de ses partenaires commerciaux. Une société membre de la FLA qui s'est engagée à respecter le code de conduite de la FLA peut également envoyer ses propres experts salariés mener ces audits chez les fournisseurs. Ces contrôles peuvent aller jusqu'à vérifier les fiches de paie, les heures de travail, les documents de la politique de la société, les managers et salariés de l'usine peuvent être interrogé. L'exercice de ce contrôle démontre le pouvoir exercé par une société sur une autre, pouvoir qui ressort également des mesures correctives qui peuvent en découler, lorsque celles-ci sont « suggérées » par la société réalisant l'audit. Les méthodes d'audit sociétal ont été critiquées[893], notamment lorsqu'elles se contentent de récolter des informations sans procéder à des vérifications sur site ou lorsque l'évaluation se contente d'envoyer de simples questionnaires aux travailleurs des sociétés[894].

338. Imposer ainsi l'adoption de systèmes de gestion ou encore « suggérer » la modification de pratiques internes à une entreprise qui ne seraient pas conforme à une politique RSE d'une autre entreprise partenaire, peut traduire la manifestation d'un

---

[892] La FLA est une initiative multi-partie prenante qui regroupe ONG, entreprises et universités dont l'objet est de conduire ou de guider des auditeurs à mener des inspections auprès d'usines pour s'assurer que les droits des travailleurs y sont bien respectés. Voir www.fairlabor.org.

[893] M. COMBEMALE, J. IGALENS, *L'audit social*, P.U.F., « Que sais-je ? », 2005, pp. 5-14. Voir également P. BARRAUD DE LAGERIE, Les patrons de la vertu. Entrepreneurs de morale et instruments de mesure dans la construction de la responsabilité sociale des entreprises, op. cit. ; M-C. DESJARDIN, Contribution à l'analyse critique de la certification du commerce équitable depuis une perspective juridique : l'exemple du secteur viticole, Université Laval, Canada et Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013.

[894] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable, op. cit.*, pp. 179 et s..

pouvoir ou d'une influence. La certification, les audits et les rapports ne sont pas des outils de management nouveaux pour les entreprises. La certification technique assurant la sécurité des produits par exemple, la certification comptable, les audits financiers ou les rapports financiers existent depuis plusieurs années. Ils se limitaient néanmoins au domaine économique et financier ou étaient attachés à un produit. Appliqués aux domaines social, environnemental et sociétal, ces outils permettent à une société de pénétrer dans une autre et d'user de son pouvoir ou de son influence pour modifier une organisation et une gestion interne à une société, ses relations avec ses salariés, avec l'environnement, avec les tiers etc. Outre le fait que ces pratiques harmonisent des valeurs, des méthodes de gestion ainsi que des relations entre sociétés membres d'un même groupe ou réseau, recourir à ces outils de gestion en matière sociétale n'est donc pas sans conséquence sur l'autonomie générale des sociétés au sein d'un réseau.

CONCLUSION

SECTION 1

339. Le contrat permet de créer des réseaux d'entreprises au sein desquels, à l'image des groupes de sociétés, les relations peuvent être marquées par le pouvoir ou l'influence. La gestion de ces réseaux, qui s'organisent sous la forme de chaînes de sous-traitance[895], est au cœur de la RSE. Comme nous avons pu le constater, les démarches de responsabilité sociétale ne se limitent en effet que très rarement à une seule société. Cela se vérifie d'autant en présence d'entreprises transnationales. Toutes celles qui s'engagent dans ces démarches vont au-delà de leurs murs pour englober les sociétés avec lesquelles elles entretiennent des relations contractuelles. Cela les conduit à définir elles-mêmes les frontières de leurs responsabilités, en passant outre les séparations juridiques existantes. La mise en place de démarches RSE au sein de chaînes de sous-traitance nécessite alors le recours à des outils de collaboration qui s'appuient sur des échanges d'informations, des instructions, des audits, qui permettent de maintenir des relations de confiance, mais également d'influence et de pouvoir. A mesure que les acteurs des chaînes de sous-traitance se responsabilisent, c'est l'organisation des réseaux d'entreprises qui prend forme. La mise en place de cette organisation fait apparaître des relations de pouvoir et d'influence plus ou moins intenses, mais non moins présentes, dont le droit ne tire pas encore les conséquences en termes d'obligations et de responsabilités. Les entreprises étendent en effet leur influence sur leurs partenaires à des domaines nouveaux tels que les conditions de travail, de fabrication, de sécurité, de relations avec les tiers etc. Tandis que le pouvoir se consolide à travers les procédures de contrôle qui permettent, paradoxalement, de coordonner les politiques RSE et de pérenniser leurs relations commerciales.

340. La RSE permet ainsi de prendre en compte une réalité organisationnelle des réseaux que le droit ne saisit que très partiellement. Or, cette absence de cadre juridique laisse plusieurs questions en suspend. En organisant les relations à travers des normes, des procédures et des systèmes de gestion, la société donneuse d'ordre exerce un pouvoir assorti d'aucune limitation en termes d'obligations ou de responsabilités. Sous couvert

---

[895] Appelés également chaîne logistique, chaîne d'approvisionnement ou encore chaîne de valeur par les gestionnaires.

de prévention du risque ou du non respect de règles et de principes internationaux, cette situation joue finalement en faveur des sociétés donneuses d'ordres lesquelles, à travers la RSE, et à défaut d'obligations légales, continuent de pouvoir transférer la responsabilité du risque sur leurs partenaires commerciaux. Certaines entreprises s'engagent en effet à l'égard de tout leur réseau alors que d'autres se limitent à leur co-contractant direct, ignorant les effets que pourraient produire leurs décisions au-delà. Dans ce contexte, comment mesurer l'effectivité d'une démarche RSE si les risques sont en réalité reportés sur des partenaires de 2° ou 3° degré ?

SECTION II - LA RESPONSABILITÉ DES SOCIÉTÉS DU RÉSEAU INTERROGÉE PAR LA RSE

341. La nature et la forme de certaines relations inter-entreprises peuvent conduire à s'interroger sur un possible transfert de responsabilité d'une société vers une autre. En décidant par exemple de ne plus produire un produit polluant, lequel nécessiterait des investissements particuliers aux fins de se conformer à la législation française, une société peut décider d'externaliser la production de ce produit vers une autre société, laquelle supportera les risques. Si cette société est un sous-traitant ou un fournisseur étranger, produisant dans un pays où la législation environnementale est moins contraignante que celle du pays où la société donneuse d'ordre est domiciliée, le bénéfice pour cette dernière est alors double en termes de prix bien évidemment, mais également de risques. Une société peut tirer les mêmes avantages dans le domaine social ou fiscal. Cette pratique consiste pour une société à transférer une partie de ses obligations et de ses responsabilités vers des sociétés sous-traitantes, lesquelles restent difficiles à identifier, surtout au sein de chaînes de sous-traitance regroupant de nombreuses sociétés. En faisant peser sur les partenaires commerciaux la responsabilité du respect de certaines législations ou normes internationales, les sociétés donneuses d'ordre se déchargent ainsi de leurs obligations.

342. A travers les engagements de RSE, les entreprises donneuses d'ordre entendent assumer leur responsabilité en limitant la dilution de ces responsabilités tout au long de la chaîne de sous-traitance grâce à des normes et des systèmes de gestion visant à la maîtriser. Au-delà de simples engagements et de mesures diverses pour atteindre ce but, la question se pose pourtant des effets de ces démarches responsables sur la responsabilité des sociétés donneuses d'ordres et surtout, de la détermination des personnes à l'égard desquelles cette responsabilité s'exerce. Pour ce qui concerne les partenaires commerciaux, ces démarches ont-elles vocation à transférer la responsabilité induite par les externalisations ou le recours à la sous-traitance, ou au contraire à la limiter ? Concernant les tiers, et plus particulièrement les travailleurs de la chaîne, la RSE serait-elle une reconnaissance de l'exercice d'un pouvoir, en tout cas d'une influence, exercée par des sociétés donneuses d'ordre ? Ces deux questions méritent d'être étudiées distinctement. Les démarches entreprises par les sociétés donneuses

d'ordre à travers leurs relations commerciales ne peuvent pas en effet produire les mêmes effets selon qu'il s'agit de leurs relations directes avec leurs sous-traitants ou de leurs relations indirectes avec les travailleurs de ces sous-traitants. Dans le premier cas, la RSE conduit à un paradoxe puisqu'elle permet d'assoir l'influence de certaines sociétés, sans l'assortir de responsabilité (§1). Dans le second, elle pourrait en revanche entraîner une co-responsabilité de la société donneuse d'ordre à l'égard des travailleurs du réseau (§2).

§ 1 . Le paradoxe créé par la RSE dans les relations inter-entreprises

343. Le développement de démarches de RSE au sein des relations inter-entreprises permet aux sociétés donneuses d'ordre d'assoir un pouvoir d'influence sur la gestion interne des sociétés sous-traitantes. Cette situation se heurte au droit des contrats et plus particulièrement au principe d'autonomie de la volonté, chaque société étant libre de choisir ou non son cocontractant. Le droit protège malgré tout les sociétés qui subissent l'influence exercée par d'autres sociétés, même si les domaines visés restent limités. Leur étude permet de constater qu'à travers les démarches de RSE, c'est bien l'exercice d'une influence sur la gestion interne des sociétés qui apparaît (A), ce qui, au sein de relations contractuelles, est un phénomène nouveau. Pour autant, en l'état du droit positif, la reconnaissance de cette influence ne devrait pas entrainer de transfert ni d'extension de responsabilité des sociétés donneuses d'ordre à l'égard des tiers (B).

A. L'exercice d'une influence sur la gestion interne des sociétés du réseau légitimée par la RSE

344. L'organisation de relations responsables peut conduire à orienter le fonctionnement des sociétés sous-traitantes car elle s'appuie sur l'influence exercée par des sociétés donneuses d'ordre, dont elle renforce le pouvoir. Il ne s'agit alors plus de simples relations contractuelles. Cette forme d'influence est nouvelle car elle impacte sur la gestion interne des sociétés. Il est donc difficile, en l'état du droit positif, de corriger les effets du déséquilibre ainsi crée entre les parties. Des mécanismes permettant de rétablir l'équilibre rompu entre sociétés existent malgré tout. Leur étude permet de démontrer qu'à travers les démarches de RSE, c'est bien l'exercice d'une influence sur la gestion interne des sociétés qui est en jeu, même si en l'état du droit

positif, une distinction est faite selon qu'il s'agisse de sanctionner l'exercice d'une influence (1) ou les effets d'un abus de pouvoir sur la gestion des sociétés (2). De ce point de vue, une telle distinction pourrait bien ne plus être pertinente concernant les nouvelles formes d'organisation des sociétés en réseau.

1) *La sanction de l'exercice d'une influence partiellement sanctionnée*

345. La mise en œuvre de la RSE nécessite, pour les sociétés donneuses d'ordre, d'influencer leurs partenaires sous-traitants ou fournisseurs à prendre des actes de gestion, dans des domaines qui relèvent en principe du seul pouvoir de décision des organes de chaque société. Parce que ces actes sont pris dans des domaines qui ne concernent généralement pas l'objet principal des contrats de sous-traitance, il convient de dépasser les strictes relations contractuelles, afin d'identifier si le rapport qui en découle et qui s'apparente à l'exercice d'un pouvoir, en revêt la forme juridique, avec les effets que cela peut produire, cette influence ayant des effets sur la gestion interne des sociétés liées par des contrats. L'exercice de cette influence se traduit en effet par une évaluation de la gestion interne des sous-traitants dans des domaines relevant de la compétence propre à chaque société, du fait de leur autonomie juridique. Cette influence est d'autant plus marquée lorsque l'évaluation se déroule en aval d'une relation contractuelle, et qu'il s'agit alors de s'assurer du respect des engagements de RSE par les partenaires.

346. Les audits RSE sont à cet égard éloquents. Les travailleurs de la société auditée peuvent être interrogés par les auditeurs (internes ou externes[896]) envoyés par la société donneuse d'ordre, sur des sujets aussi divers que la discrimination, le travail des enfants, la liberté d'association, le harcèlement sexuel etc. autant de questions relevant, en application de la loi française, de la compétence de l'inspection du travail. L'équipe de direction peut également être interrogée sur les politiques sociales mises en place, les procédures et les moyens affectés ; les documents de la société sont examinés, notamment ceux décrivant les procédures utilisées par les ressources humaines et les risques dans l'entreprise, ce qui permet de vérifier les questions de « recrutement, *turnover*, promotions, sanctions disciplinaires, absentéisme, gestion de l'emploi, fixation

[896] Sur cette distinction, voir *supra*, p. 269 et s.

et paiement des rémunérations, accidents du travail, réseaux de communication dans l'entreprise [897]» ; des entretiens avec des ONG locales et les communautés entourant la société auditée peuvent être conduits dès lors que la politique RSE vise le respect des droits de l'Homme, des droits sociaux et de l'environnement. De manière générale, « l'auditeur ne cherche pas à vérifier simplement si le fournisseur est en conformité avec un référentiel : il analyse les causes et les conséquences d'une éventuelle non-conformité et en évalue les risques[898] ». Les résultats de ces audits peuvent ensuite donner lieu à des mesures correctives décidées en collaboration ou non, entre les co-contractants, sous la menace éventuelle de voir les relations contractuelles rompues.

347. La mise en place de ces démarches responsables participe au renforcement du pouvoir exercé par certaines sociétés sur d'autres ce qui affermit un état de dépendance. En effet, la RSE n'implique pas tant de répondre à des critères commerciaux, de qualité ou de sécurité relatifs à un produit. Il s'agit en plus, de se conformer à des critères relatifs aux conditions de travail, à la lutte contre la corruption, aux droits de l'Homme ou au respect de l'environnement. L'influence est évidemment différente selon que ces exigences servent de critères de sélection des partenaires en amont de la signature d'un contrat, ou qu'ils soient inscrits dans le contrat liant les partenaires. Dans ce dernier cas, le non respect de ces exigences peut entrainer au mieux, des mesures correctives, au pire, la rupture des relations contractuelles. En matière de RSE, l'imposition de normes de comportement sociétale peut donc induire, pour les sociétés dominées, de modifier leurs politiques sociales, de mettre en place de nouvelles mesures de sécurité ; d'organiser des processus de gestion nouveaux pouvant aller jusqu'à des procédures de certification. Des contrôles peuvent être organisés par les sociétés dominantes afin de vérifier le respect de ces normes de comportement. Ces nouvelles relations, sans remettre en cause l'autonomie juridique des sociétés dominées, démontrent l'influence et le pouvoir exercés par des sociétés donneuses d'ordre sur les politiques et la gestion des sociétés sous-traitantes.

348. L'exercice d'une influence peut être sanctionné lorsqu'elle entraîne un déséquilibre ou un abus. Les sanctions interviennent toutefois dans des domaines ou des

---

[897] M. COMBEMALE, J. IGALENS, *L'audit social*, P.U.F., « Que sais-je ? », 2ème éd., 2012, p. 106.
[898] *Idem*, p. 98 et s.

situations déterminées. Les notions « d'influence notable »[899] et « d'influence dominante »[900], visent par exemple des sociétés liées par des liens capitalistiques et non par des relations contractuelles. La notion d'influence déterminante, utilisée, en droit de la concurrence, vise quant à elle à contrôler les concentrations et ne saurait sanctionner l'influence exercée sur la gestion interne des sociétés. De manière générale, l'exercice d'une influence par une société sur une autre peut en revanche être sanctionné si celle-ci est de nature à la placer sous sa dépendance économique. Ce n'est alors pas l'influence exercée qui est sanctionnée mais ses effets, lorsqu'ils conduisent à une situation d'abus de situation de dépendance. Le droit de la concurrence sanctionne ainsi l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence[901]. La dépendance économique est constituée par la notoriété de la marque de l'entreprise en situation de force, par l'importance de sa part de marché, de sa part dans le chiffre d'affaires de la victime et l'impossibilité pour celle-ci de trouver une solution commerciale équivalente[902].

349. La notion de dépendance économique se limite ainsi aux effets produits sur la concurrence. Elle ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles les entreprises sont en situation de dépendance économique. Or, cette notion est appréciée strictement par la Cour, qui la définit comme « l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise [903]». Ainsi, dès lors que l'entreprise dispose de solutions alternatives, la situation de dépendance ne sera pas retenue par les juges, qui recherchent une dépendance totale. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sanctionne en revanche les situations de déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, indépendamment des effets produits sur le marché, sanction qui n'est pas sans rappeler la notion de clause abusive, introduite en droit de la consommation[904]. Une

---

[899] En droit comptable, art. L. 233-16 Code de commerce.
[900] En droit des sociétés, art. L. 430-1 Code de commerce.
[901] Art. L. 420-2 Code de commerce, sur l'abus de position dominante.
[902] D. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 6° éd., 2012, p. 165.
[903] Cass. com, 12 fév. 2013, n° 12-13603, *RDC*, juil. 2013, p. 988, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI et F-X. LUCAS.
[904] Art. 132-1 Code de la consommation.

société ne saurait ainsi « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties[905] », sous peine de voir sa responsabilité civile engagée et d'être condamnée à des dommages et intérêts. Ce nouvel article[906] suscite encore de nombreuses questions mais a le mérite de proposer une protection plus étendue aux opérateurs économiques situées en situation de dépendance et ce, indépendamment des effets produits sur la concurrence, ce qui limitait considérablement la protection offerte par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Le domaine d'application de cet article se limite toutefois aux clauses contractuelles abusives et n'a jusqu'alors été appliqué qu'à des questions de strictes relations commerciales telles que les modalités de règlements, les conditions de retour de produits, des clauses de révision des prix etc. Mais dans la mesure où il s'agit de sanctionner l'exercice abusif du pouvoir de négociation d'une société, laquelle impose des obligations relevant de sa propre responsabilité, rien ne semble s'opposer à ce que des clauses imposant la mise en place de démarches responsables puissent être sanctionnées sur ce fondement. En revanche, toute autre forme d'incitation non contractuelle serait difficilement couverte par cet article, sauf si elle devait être requalifiée par le juge d'obligations contractuelles.

350. L'exercice de l'influence est ainsi déjà sanctionné par le droit, mais il s'agit soit de relations au sein de groupes de sociétés, les relations contractuelles en étant exclues, soit de l'exercice d'un abus ayant des conséquences sur la concurrence ou conduisant à un déséquilibre des relations contractuelles. Les effets de l'influence sur la gestion interne des sociétés, liées par des contrats, ne sont donc pas encore pris en compte par le droit. Cela signifie-t-il que l'exercice d'une influence ne peut être de nature à orienter la gestion ou le fonctionnement de sociétés[907] et à ce titre être sanctionné? Le droit

---

[905] Art. L. 442-6 Code de commerce.

[906] La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé les termes « d'abus de relation de dépendance » et de « puissance d'achat et de vente ».

[907] La loi n°77-806 du 19 juillet 1977 *relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante***,** abrogée par l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence***,** disposait dans son article 4, que cette influence « *devait être de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement* » ; la circulaire du 14 février 1978 recense quat à elle divers procédés permettant d'exercer une telle influence, BOSP, 17 févr. 1978, cité par J-L. MEDUS, « Conventions de portage et information comptable et financière », *Revue des sociétés*, 1993, p. 509.

sanctionne les atteintes portées à la gestion des sociétés. Mais ces sanctions restent largement limitées aux groupes de sociétés, marqués par des relations de pouvoir reconnues par la loi.

2) *La sanction d'une immixtion dans la gestion conditionnée par l'exercice d'un pouvoir*

351. La reconnaissance d'une immixtion[908] dans la gestion peut entrainer la responsabilité des dirigeants ou des sociétés réalisant des actes de gestion au sein d'autres sociétés. Se cache derrière l'idée de substitution de pouvoir, car c'est l'exercice d'un pouvoir de fait qui est alors sanctionné. Comme le relève C. HANNOUN[909], les conditions d'application de cette théorie restent floues car ce fondement de responsabilité ne repose sur aucune règle légale et les solutions jurisprudentielles diffèrent selon la question de droit posée. Le principe de non immixtion dans la gestion, à l'origine principalement utilisé pour les groupes de sociétés, vise ainsi à protéger les tiers contre l'apparence créée par une société ou un dirigeant qui se serait substitué au chef d'entreprise de la société dominée[910]. Dans cette optique, c'est l'immixtion dans la gestion externe, c'est-à-dire l'immixtion dans le rapport avec les tiers, comme la réalisation d'actes, l'intervention de la société-mère dans la signature d'un contrat de sa filiale avec un tiers etc. qui est sanctionné. Il s'agit de protéger un créancier subissant un préjudice du fait de l'absence d'autonomie de la société avec laquelle il est en relation.

---

[908] Pour la reconnaissance en droit d'un principe général de non-immixtion, voir C. BERSCHEL, « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *Petites affiches*, 30 août 1995, n°104, p. 8.

[909] C. HANNOUN, « Note – Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale. », *Bull. Joly*, 01 juil. 2008 n° 7, p. 602.

[910] Par un arrêt du 12 juin 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation renforce les conditions pouvant entraîner un acte d'immixtion dans la gestion. La Cour d'appel de Paris avait qualifiée l'influence prédominante exercée par la société mère sur sa filiale d'autorité de fait, ayant conduit à son immixtion dans ses relations avec un tiers, en imposant notamment une nouvelle politique à sa filiale, au détriment du créancier et ayant conduit à la rupture de relations contractuelles. Cet arrêt a fait l'objet d'une cassation, la Cour considérant que les juges d'appels auraient dû constater l'apparence trompeuse propre à permettre de croire au tiers lésé, que la société mère était son cocontractant. Aux termes de cet arrêt, l'immixtion dans la gestion au sein des groupes de sociétés, ne serait donc sanctionnée que si elle crée une apparence trompeuse, peut importe l'exercice d'une influence ou d'un pouvoir de fait. Cour cass., com., 12 juin 2012, n° 11-16109.

352. Mais ce principe vise également à protéger la liberté d'entreprendre, qui implique une totale liberté, pour un dirigeant, de gérer son entreprise et d'en assumer les risques[911]. Le principe de non-immixtion vise alors à protéger la société contre toute ingérence dans la gestion interne de la société. Ainsi, en droit fiscal par exemple[912], l'administration fiscale ne peut s'immiscer dans les choix de gestion d'un dirigeant, sauf acte anormal de gestion qui justifierait alors son intervention. Comme le relève C. GERSCHEL, « le contrôle de l'administrateur ne saurait donc, en principe, être placé sur le terrain de l'opportunité et serait seulement un contrôle de régularité ». Le juge lui-même se refuse d'ailleurs à tout contrôle dans l'opportunité des choix de gestion d'un dirigeant pour se limiter au contrôle de la régularité des procédures ayant entraîné une décision de gestion. L'opportunité des décisions de gestion est donc reconnue au dirigeant pour mener à bien sa mission de représentant de la société. Si des tiers peuvent intervenir pour surveiller ou contrôler la gestion d'une société, tels que les commissaires aux comptes[913], l'avocat[914], le banquier etc., c'est dans la limite de ne pas s'immiscer dans les décisions de gestion afin de ne pas participer de manière effective à la gestion de l'entreprise. Le risque serait également pour ces personnes, de se voir qualifiée de dirigeant de fait, cette qualité étant attribuée à une personne qui s'est immiscée dans la gestion par une activité positive et indépendante de gestion et ou de direction. En d'autres termes, il s'agit d'une personne, non dirigeant de droit, exerçant un pouvoir dans l'entreprise. Ce comportement n'entraîne pas automatiquement de substitution de responsabilité, puisque le dirigeant de droit peut voir sa responsabilité engagée aux côtés du dirigeant de fait[915]. Cette solution, adoptée par les juges, démontre bien que l'exercice de ce pouvoir ne remet pas en cause l'autonomie juridique de la société, à la différence de la fictivité, ni la capacité des dirigeants de la société qui subit l'immixtion, de continuer à gérer leur société. Elle reste la sanction d'un abus.

---

[911] Sur cette question voir C. BERSCHEL, « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », p. 8, *op. cit*.

[912] C. BERSCHEL, « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *Petites affiches*, 30 août 1995, n°104, p. 8

[913] Art. L. 225-235 Code de commerce.

[914] Sur la qualification d'un avocat comme dirigeant de fait pour non exécution des formalités de publicité liées à la constitution d'une société, Cass. com. 15 fév. 2011, n° 10-11781, note B. SAINTOURENS, *Bul. Joly*, 1er juil. 2011, n°7, p. 583.

[915] C. HANNOUN, «Note – Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale. », *op. cit.*

353. Qu'il s'agisse du principe de non-immixtion ou de la théorie du dirigeant de fait, le juge se détermine finalement en identifiant l'exercice d'un pouvoir de direction ou de gestion de fait par une personne extérieure à la société. Ce sont les actes de gestion pris au cours de la vie d'une société qui permettent de fonder le pouvoir des dirigeants ou d'octroyer des droits aux salariés. C'est parce qu'ils sont la manifestation d'un pouvoir que son abus peut être sanctionné. Les théories de l'immixtion dans la gestion d'une société ou de direction de fait viennent ainsi protéger une société contre l'intrusion de tiers dans sa gestion ou sa direction.

354. Ces abus se manifestent par la réalisation d'actes de gestion ou de direction, qui en sont la manifestation matérielle. Des actes de gestion peuvent également léser les tiers[916] ou la société elle-même. La faute de gestion sanctionne alors le comportement de dirigeants ayant commis des actes frauduleux mais également ceux qui, par leur passivité, se sont montrés imprudents ou négligents[917]. La sanction de la faute vise ainsi à réparer les tiers lésés ou à protéger la société elle-même des fautes de gestion commises par ses représentants. Aussi, les théories de l'immixtion ou de la direction de fait, qui sanctionnent les abus de pouvoir dans les relations intra-groupes, méritent-elles d'être analysées à la lumière des relations inter-entreprises. L'imposition du respect de normes sociales ou environnementales, la mise en place de procédures de contrôles, les demandes de mesures correctives sous la menace de rupture des relations contractuelles, conduisent en effet des sociétés à réaliser des actes de gestion, voire dans certains cas, de direction, pris sous l'influence d'une autre société, influence pouvant dans certaines situations, s'apparenter à un pouvoir. Nous pouvons déjà constater que le contrôle effectué par le juge se limite aux fautes de gestion financière ou patrimoniale ou à tout le moins, à celles ayant produit des effets sur la situation financière ou patrimoniale de la société. Le pouvoir de direction et de gestion reconnu au dirigeant s'exerce pourtant

---

[916] La mauvaise exécution d'un contrat peut ainsi être issu d'un acte de gestion qui justifie l'action de tiers lésés contre la société, la responsabilité des dirigeants n'étant qu'exceptionnellement mise en cause, en application du principe d'autonomie de la personnalité morale qui les protège. « (...) La responsabilité sociale est de règle, tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception » (Cass. soc., 10 mai 1973 : Bull. civ. 1973, V, n° 299. – Cass. soc., 31 janv. 1980 : Bull. civ. 1980, V, n° 102), cité dans D. GIBIRILA, « Dirigeants sociaux, responsabilité civile », *JCl Com*.,1 avril 2010, fasc. 1053.

[917] Commet une faute de gestion l'administrateur qui ne dénonce pas les agissements frauduleux du directeur général par exemple, *ibidem.*

dans différents domaines : financier, patrimonial, éthique, social, sociétal, stratégique, commercial etc. Entre le pouvoir de gestion reconnu au dirigeant et celui reconnu à l'employeur, la question se pose donc de savoir si l'exercice d'un pouvoir sur la gestion des impacts sociétaux, qui relève tant du pouvoir du dirigeant que de celui de l'employeur, selon qu'il s'agit de gérer la sécurité et la santé des travailleurs, ou l'écologie, les droits de l'Homme, et les relations avec les tiers, peut produire des effets de droit, à l'instar de la théorie de l'immixtion. En d'autres termes, la notion d'immixtion aurait-elle vocation à s'étendre aux domaines couverts par la RSE lorsque l'exercice d'un pouvoir a pour effet d'orienter la gestion des sociétés partenaires?

355. Les engagements de RSE découlant des relations inter-entreprises visent davantage la gestion interne de l'entreprise (telles que la politique sociale, la gestion des relations avec les parties prenantes, la gestion des risques environnementaux etc.), que la gestion externe. En effet, à moins qu'une société donneuse d'ordre ne s'engage auprès d'un tiers, à la place de la société sous-traitante, sur des domaines couverts par la RSE, les effets produits par ces démarches produisent surtout des effets sur la gestion interne des sociétés sous influence. Or, comme nous l'avons relevé, le juge sanctionne plus facilement l'immixtion dans la gestion externe car elle crée l'apparence d'un engagement auprès des tiers. Surtout, elle suppose des actes positifs de la part d'une société dominante à l'égard de ces derniers. Pour répondre aux conditions posées par le juge afin de sanctionner l'immixtion dans la gestion externe, cela supposerait qu'une société donneuse d'ordre s'engage, à la place de son sous-traitant, auprès d'une société tierce ou d'un créancier, à ce que certaines normes et principes sociaux soient respectés. Un tel comportement pourrait s'apparenter à une immixtion dans la gestion externe de la société sous-traitante, mais il est, admettons-le, peu probable, sauf peut-être à ce qu'un tel engagement devienne l'objet principal d'un contrat. Or, le propre des engagements de RSE est de fixer le cadre qui entoure la fabrication d'un produit, l'extraction d'une matière première, ou l'implantation d'une usine, sans que ce cadre n'entre toutefois dans l'objet principal d'un contrat. Dans les contrats commerciaux, la RSE n'a donc pas encore vocation à être l'objet principal du contrat, même si elle tend à s'y insérer de plus en plus.

356. En vertu du contrat, la société sous-traitante peut en revanche accepter de se conformer à certaines normes ou principes internationaux relatifs à l'environnement, aux

relations avec les tiers, aux droits de l'Homme ou encore au personnel. Ces contrats peuvent également imposer au fournisseur ou au sous-traitant d'influencer leurs propres sous-traitants à respecter un code de conduite ou un Accord-cadre international. Pour se conformer à ses engagements, la société prend des actes de gestion dans des domaines touchant à sa politique sociale, environnementale, stratégique ou encore éthique, en dehors des obligations expressément prévues par la loi et qui relèvent, en vertu de la liberté d'entreprendre, de la liberté de chaque société, en fonction des statuts et des choix opérés par les divers organes sociaux compétents. De telles clauses impliquent donc, pour les sous-traitants, de prendre des décisions de gestion, sans lien direct avec l'objet principal du contrat et empiétant sur le pouvoir que leur reconnaît la loi et les statuts. En application du principe d'autonomie de la volonté, les sociétés sont libres de prévoir ce qu'elles entendent dans leurs contrats. Ainsi, même si un pouvoir découle de ces contrats au sein desquels sont prévus, soit les objectifs à atteindre en termes de RSE, soit les modalités pour les atteindre, il est peu probable qu'ils puissent entraîner une reconnaissance par le juge, d'acte d'immixtion dans la gestion.

357. La question s'analyse différemment en ce qui concerne les conseils, les procédures de contrôles et les mesures correctives demandées par des sociétés donneuses d'ordre à leurs sous-traitants lorsqu'il ressort des audits que la société ne respecte pas les engagements RSE contenus dans les contrats par exemple. De tels conseils ou suggestions pourraient être assimilés à des décisions de gestion interne. Tout acte de contrôle, de surveillance ou de conseil réalisé par une société dominante n'est malgré tout pas considéré automatiquement comme un acte de gestion. En l'absence de définition légale de la gestion[918], il faut se rapporter aux critères retenus par les juges pour déterminer l'abus ou la faute dans la gestion. Or, comme nous l'avons déjà relevé, celui-ci n'exerce pas de contrôle sur l'opportunité des décisions de gestion mais simplement sur le respect des procédures les y ayant conduits, sauf si les actes de gestion en cause affectent la situation économique et financière de la société[919]. Or, les décisions prises sur le fondement de la RSE ne faisant l'objet d'aucune procédure

[918] Alors que la gestion n'a pas de définition légale, certains auteurs estiment qu'elle ne peut pas être assimilées aux actes d'administration ou de disposition ,et qu'elle est donc une autre modalité découlant du pouvoir de direction, D. GIBIRILA, « Dirigeants sociaux, responsabilité civile », *op. cit*., §21.
[919] *Idem*, §21.

particulière, il s'agirait donc pour le juge, d'exercer un contrôle d'opportunité, contraire au principe de libre entreprise. L'analyse de la loi permet néanmoins de constater que le législateur semble distinguer les actes de gestion selon qu'il s'agit d'actes de gestion en cours de vie sociale ou réalisés au moment auquel la société est mise en difficulté financière[920]. De toute évidence, en l'absence de précision législative précisant ce qui relève d'actes de gestion ou non, la question dépend de l'interprétation des juges du fond. Finalement, les actes réalisés par les sociétés donneuses d'ordre au moment des procédures de contrôle et d'audit de RSE pourraient bien s'apparenter à des actes de gestion lorsqu'ils sont pris directement par celles-ci. En dehors d'obligation ou de sanction expresse, le fait d'influencer des sociétés sous-traitantes à prendre de tels actes et donc à orienter leur gestion interne ne saurait en revanche être sanctionné au titre de l'immixtion ou de la faute. L'analyse des actes que le juge considère comme étant des actes de gestion démontre toutefois que les actes pris au nom de la RSE pourraient être qualifiés comme tels. Mais pris sous l'influence d'une société, il semble difficile qu'en l'état du droit positif, de tels actes suffisent à étendre la responsabilité des sociétés donneuses d'ordre aux côtés de celles de leurs sous-traitants à l'égard des tiers.

B. L'exercice d'une influence dépourvue de responsabilité

358. Si la RSE participe à renforcer le pouvoir de certaines sociétés sur d'autres et à creuser ainsi le déséquilibre pouvant exister entre sociétés dominées et sociétés dominantes, le simple constat de l'exercice d'un tel pouvoir ne peut, *per se*, être sanctionné et ce, qu'il conduise à un rapport de dépendance, ou qu'il entraîne des effets sur la gestion des sociétés dominées. Cette solution se vérifie en jurisprudence dans le domaine des contrats de concession par exemple, lesquels, bien que marqués par l'état de subordination économique des concessionnaires à l'égard des concédants, ne font l'objet d'aucune législation particulière visant à protéger les concessionnaires. Les clauses contractuelles qui assujettissent le concessionnaire à la politique commerciale du concédant, qui le soumettent à des contrôles comptables et financiers et obligent le concessionnaire à rendre des comptes au concédant sur ses commandes, ne remettent pas

[920] Aux termes de l'article L. 651-2 du code de commerce, relatif à la responsabilité pour insuffisance d'actifs, la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif apparue à la suite de la liquidation judiciaire.

en cause son statut de commerçant indépendant[921]. Ainsi, « le transfert de pouvoir économique vers le concédant opéré par le contrat n'est pas opposable aux tiers[922] », de sorte que le concessionnaire reste seul responsable à l'égard de ses fournisseurs, même s'il est en situation de subordination économique. Même si la loi aménage parfois ce type de relation[923], cela reste donc sans influence sur la responsabilité : « En droit formel la dépendance économique n'est pas un facteur de transfert de la responsabilité du dominé sur le dominant [924]», alors même qu'elle facilite le transfert des obligations du dominant sur le dominé.

359. Une telle situation trouve sa justification dans l'application stricte des principes d'indépendance juridique, d'autonomie de la volonté et d'effets relatifs des conventions. En vertu du premier, une société ne peut être tenue responsable des agissements d'une autre société ; en vertu du second, la partie dominée reste libre de conclure ses contrats et d'en supporter les risques à l'égard des tiers, sa subordination économique ne peut donc ni l'exonérer de sa responsabilité, ni entraîner à la charge de son cocontractant, une coresponsabilité à l'égard des tiers. Celle solution est également retenue entre franchiseurs et franchisés en dépit de l'absence d'autonomie de fait de ce dernier à l'égard du premier. Tant la doctrine que la jurisprudence rappellent régulièrement ce principe, justifiée par son autonomie formelle[925]. En application de ces solutions de principe, le pouvoir d'influence exercé par certaines sociétés sur d'autres, dans la mise en place de démarches de RSE, n'aurait donc en principe, aucun effet sur leurs responsabilités.

---

[921] Cass. com. 13 mai 1970, JCP 1971, II, 16689 ; *JCP Entreprise*, 1971, II, 10280 ; *D.* 1970, p. 701 note GUYENOT, cité par C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, p. 74.
[922] Ibidem.
[923] En imposant par exemple certaines obligations précontractuelles d'informations aux sociétés dominantes, comme par exemple l'article 19 de la loi du 6 juillet 1964 relative aux contrats d'intégration en agriculture, qui impose certaines obligations d'information, ce qui permet à la partie dépendante, l'agriculteur, de contracter en toute connaissance de cause. Voir *idem,* p. 56 et s. ; obligation précontractuelle également applicable aux contrats de distribution intégrée, loi du 31 déc. 1989 « Loi DOUBIN » et art. L. 330-3 du Code de commerce applicable aux contrats de concession exclusive.
[924] C. DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, op. cit., p. 59.
[925] *Idem*, p. 78.

360. Cette solution de principe est malgré tout remise en cause dans des cas d'abus. L'exercice du pouvoir peut alors être sanctionné s'il a conduit à abuser d'une situation de dépendance économique ou s'il a entraîné une immixtion dans la gestion de la société dominée. Tel est par exemple le cas lorsqu'un franchiseur exerce un contrôle étroit dans la gestion et l'exploitation de magasins, sans transmission de savoir-faire en contre partie. Une telle situation a entraîné la résolution d'un contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur[926]. De même, le concédant peut engager sa responsabilité à l'égard des tiers du fait de son assistance apportée au concessionnaire. Tel est par exemple le cas lorsqu'il exerce un contrôle excessif traduisant une immixtion, notamment s'il accomplit « en toute souveraineté des actes positifs de nature à engager le distributeur [927]».

361. En tout état de cause, même si l'exercice de cette influence pouvait être qualifié d'immixtion, celle-ci n'est traditionnellement retenue par le juge commercial, comme nous l'avons relevé, que lorsque cette immixtion a des effets financiers et patrimoniaux. En outre, seules les personnes ayant un intérêt dans la reconnaissance de cette immixtion et ses effets produits en termes de responsabilité, pourraient intenter de telles actions. Or, dans ces situations, il reste peu probable que la société subissant l'immixtion s'en prévale, sauf à venir au soutien d'une action en résiliation contractuelle. Une telle action impliquerait de toute façon de démontrer une immixtion dans la gestion financière, ce que n'implique pas la RSE qui se limite à une immixtion ou une influence dans la politique et la gestion non financière de la société. Le cas échéant, il faudrait que la société donneuse d'ordre se soit engagée aux côtés de la société sous-traitante auprès du créancier de cette dernière, créant ainsi une apparence trompeuse. Or, concernant strictement la RSE, même si de telles situations se réalisent, on voit mal ce qu'un créancier pourrait alors reprocher à la société donneuse d'ordre, sauf à ce que les démarches de RSE de son cocontractant aient été un élément essentiel de leurs contrats par exemple. Finalement, l'immixtion de sociétés donneuses d'ordres dans les politiques et gestion des sociétés sous-traitantes ne produirait que des effets limités, non pas tant du

---

[926] CA Paris, 1ère ch., 1er mars 1989, *Société Lybopar et autres c/ Société la Croissanterie*, Gaz Pal. 12/13 juil. 1989, p. 7 et s., note C. JAMIN ; *Revue Concurrence et consommation*, 1989/49, p. 39, note J.C. BERNAUD.

[927] CA Paris, 3° ch., 4 avril 2003, JurisData, n° 2003-215773, cité par D. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 6° éd., 2012, p. 336.

fait de la non reconnaissance de l'immixtion que de l'absence d'intérêt pour les tiers, de faire valoir cette ingérence dans les politiques sociales et stratégiques. Pourtant, les salariés, les consommateurs ou les citoyens, pourraient avoir un intérêt à faire produire des effets juridiques à l'influence exercée par des sociétés donneuses d'ordres sur leurs partenaires commerciaux. Si la théorie de l'immixtion n'a jamais été utilisée par le juge pour faire produire des effets de droit à l'égard des tiers que sont les travailleurs, consommateurs ou citoyens, d'autres fondements pourraient en revanche justifier d'étendre la responsabilité des sociétés donneuses d'ordres aux côtés de celle de leurs sous-traitants, du fait des diverses démarches de RSE.

§ 2 . La RSE source de co-responsabilité à l'égard des travailleurs du réseau

362. Le recours à la sous-traitance permet à une société de « reporter sur le sous-traitant l'entière responsabilité de la relation contractuelle de travail[928] ». Le sous-traitant se retrouve dans une situation « d'autonomie contrôlée », tout en conservant juridiquement une pleine responsabilité vis-à-vis de ses salariés. En l'état du droit positif en effet, la responsabilité de la société donneuse d'ordre n'est envisagée que limitativement et circonscrite à la sous-traitance sur site[929]. Cela se justifie par les liens de proximité géographique découlant de ces relations d'affaires, les salariés des sociétés sous-traitantes étant soumises aux mêmes conditions de travail que les salariés de la société donneuse d'ordre. Or, les sociétés appartenant à une chaîne de sous-traitance internationale ne sont, de fait, pas situées sur un même site et les relations d'affaires ne créent pas, par elles-mêmes, de liens entre les salariés des sociétés sous-traitantes et les sociétés donneuses d'ordre. Cette absence de lien est pourtant remise en cause par la RSE. Les divers outils, normes et mesures, pris au nom de la RSE, tendent en effet à créer un lien entre une société donneuse d'ordre et les travailleurs de ses sous-traitants externes bien que situés sur un site, voire même un pays différent. En incitant ses partenaires à respecter son propre code de conduite ou son ACI, ou tout simplement en s'engageant dans un ACI afin de s'assurer que les droits fondamentaux du travail soient respectés par ses sous-traitants, la société donneuse d'ordre exerce une influence sur une

[928] M. KOCHER, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de sous-traitance : une quête impossible ? », *Le Dr. ouvrier*, mars 2013, N°776, p. 178.
[929] Voir *supra*, Section 1, p. 245.

partie de l'activité et de la gestion du personnel de ses sous-traitants. Les travailleurs restent malgré tout des tiers à la relation contractuelle existante entre la société donneuse d'ordre et leur employeur. Ils peuvent donc a priori difficilement se prévaloir de tout engagement RSE inscrit au contrat.

363. Des travailleurs de fournisseurs de l'entreprise américaine Walmart, situés en Chine, au Bangladesh, en Indonésie, au Swaziland et au Nicaragua, ont pourtant intenté une action en responsabilité contre la société donneuse d'ordre, devant le juge Californien, pour non respect de ses engagements RSE, dans le cadre d'une *class action*. L'entreprise Walmart avait en effet inséré un code de conduite dans ses relations avec ses divers fournisseurs, s'engageant à réaliser des contrôles réguliers sur les conditions de travail. Ce code prévoyait notamment la rupture des relations contractuelles ou des annulations de commandes en cas de non respect de son contenu par les partenaires. Les travailleurs des fournisseurs se sont estimé destinataires de cet engagement. La Cour d'appel des Etats-Unis a toutefois rejeté leur demande[930], considérant que les travailleurs des fournisseurs de Walmart n'étaient pas les destinataires de ces engagements et qu'ils ne pouvaient donc donner lieu à aucun dommages et intérêts. Le juge a en effet estimé que la clause litigieuse ne prévoyait pas d'obligation à la charge de Walmart, de réaliser de tels contrôles, mais qu'elle se contentait d'aménager un droit pour cette dernière, de les réaliser. En se plaçant sur le terrain exclusivement contractuel, les travailleurs n'ont donc pas obtenu gain de cause. A notre connaissance, aucune affaire similaire n'a été introduite devant le juge français à ce jour. De toute évidence, en l'état du droit positif, la mise en cause de la responsabilité d'une société donneuse d'ordre par un travailleur de l'un des sous-traitants externe, semble difficile[931].

---

[930] *US Court of appeal* for the 9th circuit , *Jane Doe I, et al vs. Wal-Mart Stores Inc*, n° 08-55706 D.C. No. 2:05-cv-07307-AG, 10 juill. 2009.

[931] En effet, la mise en cause de la responsabilité civile délictuelle de la société donneuse d'ordre sur le fondement du droit commun peut tout à fait être envisagée dès lors que celle-ci commet une faute à l'égard du sous-traitant ou de son salarié, à l'origine d'un préjudice pour ce dernier. La solution laisse en réalité apparaitre plusieurs interrogations. Rappelons qu'aux termes des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'engagement de la responsabilité nécessite la réunion de trois éléments : la réalisation d'une faute, un dommage, et l'existence d'un lien de causalité entre les deux. Or, la démonstration de ce dernier point peut soulever des difficultés. Les débats doctrinaux sont nombreux quant au fait de savoir s'il est plus juste de retenir la faute comme cause la plus proche du

364. La question se pose en revanche de l'effet de ces mesures sur la responsabilité de l'emploi, dans la mesure où les démarches de RSE exercées par une société donneuse d'ordre, notamment les procédures de contrôle et les mesures correctives qui en découlent, peuvent être assimilées à l'exercice d'un pouvoir de fait pouvant entraîner une co-responsabilité aux côtés de l'employeur de droit. Une responsabilité solidaire semble en effet la voie la plus appropriée, à moins que la société donneuse d'ordre n'exerce, à travers ces démarches de RSE, un pouvoir de direction direct, sur les salariés de la société sous-traitante, ce qui, en matière de sous-traitance externe et étrangère, semble encore peu probable.

365. Si la notion de co-emploi a jusqu'alors été appliquée avant tout aux groupes de sociétés, rien ne s'oppose à ce que des juges l'appliquent à une relation entre une société donneuse d'ordre et son sous-traitant. En se fondant sur les relations économiques de dépendance et de domination, la Cour sanctionne le co-emploi si elle constate une confusion d'intérêt d'activités et de direction entre personnes morales distinctes. En l'état de la jurisprudence[932], cette voie correspond davantage à la réalité des groupes de sociétés qu'aux relations inter-entreprises. Pour autant, l'intégration de certains réseaux d'entreprises peut parfois s'apparenter à un groupe, en dehors de toute relation

---

dommage ou celle ayant simplement participé au dommage. C'est ainsi que s'opposent en France la théorie de l'équivalence des conditions à celle de la causalité adéquate. Depuis la loi française du 10 juillet 2000, relative à la définition des délits non intentionnels, la théorie de l'équivalence des conditions a été consacrée en matière de responsabilité pénale. Ainsi, le lien de causalité qui doit être démontré doit être certain mais il n'est nullement nécessaire de démontrer un lien de causalité direct. La faute doit donc être un élément nécessaire de la chaîne de causalité mais parmi les divers éléments composant la chaîne de la causalité, il ne doit pas nécessairement être le plus proche (spatialement et temporellement du dommage). En revanche, le juge civil applique la théorie de la causalité adéquate (cause la plus proche du dommage), même si celle de la théorie de l'équivalence des conditions peut parfois être retenue. Dans tous les cas, la preuve sera évidemment plus difficile à rapporter. L'existence d'une obligation de surveillance pesant sur les sociétés donneuses d'ordre à l'égard de leurs sous-traitants, pourrait passer outre cet obstacle. Mais en l'absence d'une telle obligation légale, les travailleurs devraient démontrer que le comportement de la société donneuse d'ordre est la cause directe de leur dommage, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés matérielles.

[932] Rappelons que la Chambre sociale considère que tel est le cas si par exemple une société détient une majorité de capital (80% en l'espèce), qu'il existe entre les deux sociétés une gestion commune du personnel, une confusion de la direction dans les choix stratégiques, ainsi qu'une confusion de la gestion opérationnelle, financière et administrative, Cass. soc. 18 janvier 2011, n° 09-70662.

capitalistique. Les engagements et mesures de RSE imposées par les sociétés pivots de ces réseaux pourraient alors devenir des indices permettant de constater cette confusion d'intérêt, d'activité et de direction. Précisons à cet égard que cette confusion ne doit pas nécessairement conduire à une substitution de direction, auquel cas la situation s'apparenterait à de la fictivité. La notion de co-emploi vise davantage à faire produire des effets juridiques aux personnes exerçant un pouvoir de décision ou d'influence sur les travailleurs. En l'état de la jurisprudence, ce pouvoir doit malgré tout être suffisamment important pour justifier de fonder une co-responsabilité. Mais les juges sanctionnent également des sociétés au titre du co-emploi s'il existe un lien de subordination entre les salariés de l'employeur *de jure* et l'employeur *de facto,* ce qui serait le cas, en dehors d'un groupe de sociétés, de salariés de sociétés sous-traitantes, se trouvant sous la subordination juridique de la société donneuse d'ordre pour l'exécution de leur travail[933].

366. Ce lien de subordination se caractérise par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives et d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné[934] ». Or, en présence de travailleurs situés à l'étranger, il est peu probable que la société donneuse d'ordre soit en mesure d'exercer un quelconque pouvoir disciplinaire ou de direction directe sur ces derniers. La détermination des conditions d'exécution du travail[935] à travers des codes de conduite et des mesures correctives, par la société donneuse, ne pourrait-elle pas participer néanmoins à caractériser la subordination juridique pouvant entrainer une co-responsabilité? Notons que l'article L. 4121-1 du Code du travail qui détermine les obligations de l'employeur concernant les conditions d'exécution du travail, lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des « travailleurs ». Le texte ne se contente pas de viser les seuls salariés, liés par un contrat de travail à l'employeur. Il s'agit avant tout de protéger tous les travailleurs, situés sur un même site, mais employés par des sociétés différentes. En

---

[933] Cass. soc. 22 septembre 2010, pourvoi n°09-65.230, 25 septembre 2007, pourvoi n° 06-41.672, 27 février 2007, pourvoi n° 05-44.598, 30 juin 2010, pourvoi n° 09-67.496, 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.591.

[934] Cass. ass. plén., 4 mars 1983, Bull. civ. 1983, ass. plén., n°3.

[935] Tels que les règles relatives à la durée du travail, au travail de nuit et de jour, au repos hebdomadaire, aux règles d'hygiène et de sécurité, et même sur les salaires minimums ou les droits de représentation collective.

s'immisçant dans la détermination de ces conditions d'exécution, les mesures prises au nom de la RSE, par la société donneuse d'ordre, ne font que répondre à cette obligation légale, mais dans des situations de sous-traitance externe et étrangère, situations non encore prévues par le législateur. S'il est peu probable que de telles mesures puissent *per se*, caractériser un lien de subordination et ainsi engager la responsabilité de sociétés donneuse d'ordre sur le fondement du co-emploi, elles pourraient néanmoins servir d'indice au juge afin de caractériser ce lien de subordination dès lors qu'elles participent à définir les conditions d'exécution du travail chez les sous-traitants. Tout dépend en réalité du seuil à partir duquel le juge considère l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre, comme pouvant produire des effets sur les salariés d'une autre, ou plus précisément, altérer leur lien de subordination juridique avec leur employeur *de jure*. En effet, limiter le lien de subordination au pouvoir de direction direct, c'est ne pas prendre en compte l'existence d'un pouvoir d'influence, sur les conditions d'exécution du travail, issu des relations commerciales. Au-delà des conditions d'exécution des conditions de travail, les mesures prises par certaines entreprises donneuses d'ordre peuvent d'ailleurs s'apparenter à celles prises par un employeur.

367. L'entreprise Adidas a par exemple annoncé le 24 avril 2013 [936] avoir signé un accord avec des syndicats indonésiens afin d'indemniser les ouvriers d'une usine de l'un de ses sous-traitants indonésien. Suite à la fermeture de cette usine de fabrication de chaussures de sport et au licenciement de ses 2800 salariés en avril 2011 que cela a entraîné, les ouvriers n'avaient pas obtenu le paiement des indemnités légales de licenciement tandis que les derniers mois de salaires de certains d'entre eux ne leur avaient pas été payés. Le chef d'entreprise de l'usine avait en effet disparu avec la trésorerie restante. Les ouvriers ont alors demandé aux grandes marques clientes telles qu'Adidas ou Nike, de contribuer à l'indemnisation des ouvriers. Nike avait accepté de verser 1,3 millions d'euros aux ouvriers, tandis qu'Adidas avait dans un premier temps refusé toute indemnité, au motif que si le droit indonésien prévoyait bien le paiement par l'employeur d'indemnité de licenciement, cette obligation n'incombait pas à une entreprise cliente. Pour autant, Adidas avait créé, en novembre 2011, un programme de placement d'emploi (« job placement programme »), avec une société de conseil en

[936] Communiqué de presse Adidas Group, 24 avril 2013, disponible sur : http://www.adidas-group.com/en/sustainability/News/2013/PT_Kizone_April_2013.aspx, site visité le 6 mai 2013.

ressources humaines. Ce programme a permis à 1000 ouvriers de retrouver du travail suite à la fermeture de l'usine et à 200 autres d'être reclassés au sein d'autres de ses sous-traitants[937]. En initiant de telles mesures en faveur des travailleurs de l'un de ses partenaires commerciaux défaillant, Adidas se comporte comme un employeur à l'égard des salariés de son sous-traitant, alors même que la direction directe de leur travail ainsi que le pouvoir disciplinaire y afférent ne lui sont pas transférés.

368. Finalement, que la société donneuse d'ordre prenne directement des mesures de RSE ou qu'elle incite ses partenaires à en prendre, son influence sur les conditions d'exécution du travail, voire même sur l'embauche, les droits de représentation collective ou encore les conditions de licenciement des salariés de ses sous-traitants, est certaine. Qu'elle s'exerce de manière directe ou non sur les travailleurs, la société donneuse d'ordre n'exerce en revanche que très rarement de pouvoir de direction sur ces travailleurs. On voit mal en effet comment un tel pouvoir pourrait s'exercer sur des travailleurs situés sur des sites et des pays différents. Un pouvoir s'exerce malgré tout et la notion de co-emploi pourrait bien à l'avenir combler l'absence de cadre juridique sur cette question. Cette notion n'a pas en effet pour finalité de sanctionner la substitution d'un employeur par un autre, mais bien d'organiser un partage des responsabilités entre des personnes exerçant, d'une manière ou d'une autre, un pouvoir sur les travailleurs. Concernant donc spécifiquement ces conditions de travail, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que la théorie du co-emploi puisse servir de fondement à la mise en cause d'une responsabilité solidaire de la société donneuse d'ordre et ce, en dehors même de toute action relative au licenciement économique[938].

369. A défaut de loi encadrant ces relations, la co-responsabilité en matière d'emploi commence d'ailleurs à être directement prise en charge par les entreprises concernées, comme l'illustre l'accord passé entre des syndicats du textile bangladais, IndustriALL[939],

---

[937] Communiqué de presse Adidas group, « Update on Adidas Group's effort to support workers affected by PT Kizone closure », 23 juil. 2012, disponible sur : http://www.adidas-group.com/en/sustainability/News/2012/Update_PT_Kizone_July_2012.aspx, site visité le 6 mai 2013.

[938] Seul domaine auquel les juges limitent initialement l'application de la théorie, mais qu'ils commencent déjà à étendre au-delà. Sur cette question, voir *supra*, p. 212 et s.

[939] IndustriALL est une fédération syndicale internationale créée en juin 2012 à Copenhague. Elle est le fruit de la fusion entre la Fédération internationale des

plusieurs ONG et collectifs d'ONG locales et internationales[940], avec des société représentants des grandes marques telles que Calvin Klein et Tommy Hilfinger, en novembre 2012 et portant sur la sécurité des bâtiments et la prévention des incendies au Bangladesh.

370. Cet accord d'un nouveau genre, vise spécifiquement les usines situées au Bangladesh. Il est en revanche signé par des entreprises multinationales avec des syndicats et ONG aussi bien locaux, qu'internationaux. Son objet est la création d'un groupe de travail multi parties prenantes, dirigé par un comité de surveillance, chargé de mener un programme de deux ans afin d'améliorer la sécurité des bâtiments et la prévention des incendies dans les usines du Bangladesh. Les entreprises multinationales signataires en situation de donneuses d'ordres s'engagent à délivrer une liste de leurs sociétés sous-traitantes représentant 65 % de leur production, afin qu'elles puissent être évaluées et inspectées par le Comité. L'inspecteur pourra proposer des mesures correctives et chaque société donneuse d'ordre signataire s'engage à mettre en œuvre tous leurs efforts afin que leurs sous-traitants s'y conforment. Les signataires de l'accord chercheront à s'assurer que les travailleurs d'usines subissant des ruptures de leur contrat de travail du fait des travaux de réhabilitation, retrouvent du travail dans des conditions sécurisées. Les travailleurs pourront d'ailleurs avoir recours à une procédure de plainte relative aux conditions de sécurité auprès du groupe de travail mis en place par l'accord. Les sociétés signataires doivent en outre demander à leurs sous-traitants la création de comités de santé et sécurité. L'accord prévoit également que les sociétés signataires demandent à leurs sous-traitants de participer pleinement aux opérations d'inspections, de correction, de formation et aux activités organisées par les comités de santé et sécurité. La signature d'un tel accord vise à organiser les responsabilités entres les sociétés donneuses d'ordre qui peuvent avoir les mêmes sociétés sous-traitantes. Une

---

organisations de travailleurs de la métallurgie (FIOM), la Fédération internationale des syndicats de la chimie, de l'énergie, des mines et des industries diverses (ICEM), et de la Fédération internationale des travailleurs du textile, de l'habillement et du cuir. Sur les fédérations syndicales internationales, voir *supra,* p. 189, note 628.

[940] La *Clean Clothes Campaign*, *International Labor rights Forum,* Consortium des droits des travailleurs, Réseau de solidarité Maquila et IndustriALL global Union. Voir le communiqué de presse « Tchibo signe un accord sur la sécurité dans les usines de vêtements au Bangladesh », 20 sept. 2012, disponible sur : http://www.industriall-union.org/fr/tchibo-signe-un-accord-sur-la-securite-dans-les-usines-de-vetements-au-bangladesh, site visité le 8 mai 2013.

clause prévoit que tout différend relatif à la mise en œuvre ou à l'interprétation de l'accord pourra être porté devant n'importe quelle cour ayant compétence sur les sujets visés par l'accord ou sur les parties[941].

371. La question de l'effet d'un tel accord sur les travailleurs eux-mêmes se pose car en cas de non exécution, aucune voie de recours ne leur est ouverte à l'encontre des sociétés donneuses d'ordre, ce qui renforce par là même leur influence et non leur responsabilité, juridique. Ce nouveau type d'accord organisant des co-responsailités, devrait se développer au cours des années à venir, comme le suggère la création en 2011 du *Global Forum for Sustainable Supply Chain*, par la Fair Labor Association (FLA). La création de ce forum vise en effet à proposer un espace de « médiation » afin que travaillent

---

[941] Il est intéressant de constater avec quelle force les règles de droit international public ont pu influencer les conditions « d'entrée en vigueur » d'un accord conclu entre personnes privées, mais ayant un champ d'application international. En effet, celui-ci ne devait prendre effet qu'à la signature d'au moins quatre entreprises. Cette condition n'est pas sans rappeler celle relative à l'entrée en vigueur des traités internationaux. Rappelons en effet que pour entrer en vigueur, un traité doit recueillir un certain nombre de ratification (conformément à la Convention de Vienne sur *le droit des traités* du 23 mai 1969), qui sont des actes réalisés par les organes compétents de chaque Etat. Cet acte de ratification n'intervient cependant que dans un second temps, après la signature, laquelle ne permet donc pas à un Etat de devenir partie à un traité puisqu'elle ne suffit pas à son entrée en vigueur. La signature marque simplement son adoption, c'est-à-dire la fin de la phase d'élaboration et donc de négociation. Pour autant, un Etat signataire « *doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but* » (Art. 18 Convention de Vienne sur le droit des traités). Une telle condition permet d'entamer des négociations et de proposer un cadre à une situation, sans que tous les sujets potentiellement intéressés n'ait été présents. La signature par un Etat ne marque pas pour autant le consentement d'un Etat à être lié, sauf accord en forme simplifiée (par opposition aux traités en forme solennelle). En signant un tel accord portant sur la sécurité des bâtiments, mais en soumettant son entrée en vigueur à un nombre minimum d'entreprises signataires, la question se pose donc de l'expression du consentement de ces entreprises à être liées par un tel accord. Seule son entrée en vigueur, sa mise en œuvre et l'évaluation des résultats obtenus à l'issue de la période des deux ans permettront de répondre à cette question. (Sur la conclusion des traités, voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., 7° éd., 2002, p. 125 et s.). Notons que les sociétés Tchibo, dont le siège se situe en Allemagne et PVH corp.dont le siège social se trouve aux Etats-Unis, ont été les premières signataires de cet accord. Il est intéressant de relever que depuis le 1er janvier 2012, PVH corp. ayant des bureaux dans l'Etat de Californie, est soumise à l'obligation de publier des informations sur la manière dont elle participe à éradiquer l'esclavage et la traite d'humains dans sa chaine de sous-traitance. Cette obligation, qui vise tant les détaillants que les fabricants, est issue de la *California Transparency in supply chain Act* de 2010 (SB 657). En signant un tel accord, cette société s'assure dans une certaine mesure, du respect de cette loi.

ensemble, les diverses parties prenantes des chaînes de sous-traitance internationales. En l'absence de cadre juridique adapté aux chaînes de sous-traitances internationales[942], et sous la pression de catastrophes à l'origine de milliers de morts comme celle du Rana Plaza[943], les entreprises commencent ainsi à organiser elles-mêmes le cadre de leurs responsabilités, sans que de tels dispositifs ne permettent pour autant de garantir le respect des droits des travailleurs et des sociétés dominées mais participe davantage à renforcer le pouvoir qu'exercent d'ores et déjà certaines sociétés.

[942] « The Global Forum supports stakeholders in developing programs to address regulatory gaps throughout their supply chains, especially related to multi-faceted issues including violations of labor and human rights or environmental protection », http://www.fairlabor.org/global-forum-sustainable-supply-chains, site visité le 8 mai 2013.
[943] *Supra*, p. 239.

CONCLUSION

SECTION 2

372. Les relations inter-entreprises au sein des réseaux sont délimitées par des contrats, qui déterminent les droits et les obligations des parties. En dehors des termes du contrat, chaque société du réseau est évidemment autonome juridiquement, ce qui implique une autonomie de gestion et de décision. De ces relations contractuelles peuvent pourtant naître des relations déséquilibrées, l'une des parties pouvant exercer un pouvoir sur l'autre. Au sein d'une chaîne de sous-traitance composée de plusieurs sociétés, l'exercice de ce pouvoir peut produire des effets au-delà des parties, sur toutes les sociétés de la chaîne. Le droit corrige parfois le déséquilibre ainsi créé en imposant certaines obligations aux sociétés dominantes qui peuvent voir leur responsabilité engagée ou des sanctions prononcées à leur encontre. La notion de « dépendance économique » permet par exemple de reconnaitre l'existence de relations contractuelles déséquilibrées. La sanction d'une immixtion dans la gestion est également utilisée pour sanctionner l'exercice disproportionné d'un pouvoir par une société sur une autre. La notion de « direction de fait » permet quant à elle d'imputer la responsabilité à la personne exerçant en réalité le pouvoir de direction et de gestion. Dans tous les cas, le droit intervient donc pour rétablir des équilibres rompus et sanctionner des abus de pouvoir. Nous avons pu néanmoins constater que ces interventions, législatives ou jurisprudentielles, restent limitées à certains domaines ou à certaines relations. En l'état du droit positif, l'exercice du pouvoir dans les relations inter-entreprises reste de toute évidence plus facilement sanctionné au sein des groupes de sociétés qu'au sein des réseaux.

373. En étendant les démarches RSE aux sous-traitants, il semblerait que les sociétés donneuses d'ordre retrouvent la responsabilité qu'elles avaient perdue grâce aux contrats de sous-traitance. En réalité, ces démarches renforcent leur pouvoir et leur influence sur leurs partenaires, mais ne permettent pas de rétablir leur responsabilité juridique. En l'absence d'obligations et de régime de responsabilité qui réponde aux particularités de ces relations inter-entreprises, les solutions existantes semblent en effet difficilement applicables à ces relations. Elles permettent néanmoins de démontrer que l'exercice d'une influence ou d'un pouvoir justifie que des obligations pèsent sur certaines sociétés même si ce pouvoir trouve sa source dans un contrat. Il est en effet devenu surprenant

que d'un côté le droit permette à certaines sociétés de transférer et de s'exonérer de leurs responsabilités et que de l'autre, ces mêmes sociétés développent des politiques et des mesures de RSE qui ne rétablissent en réalité que de manière illusoire leurs responsabilités. En s'engageant dans ces démarches, les sociétés dominantes démontrent pourtant leur volonté de se responsabiliser. Le droit pourrait-il s'appuyer sur ces démarches pour encadrer ces nouvelles relations ?

CONCLUSION

CHAPITRE 2

374. L'organisation des entreprises sous forme de réseau a été mise en évidence par certains auteurs depuis quelques années déjà. Leur organisation restait pour autant encore floue, car opaque. Si les relations de pouvoir intra-réseau ont pu être révélées, la multiplication des pôles d'imputation en leur sein rend encore difficile l'identification de leur détenteur. La RSE est à cet égard intéressante puisqu'elle incite les entreprises à plus de transparence dans leurs relations inter-entreprises. Certaines entreprises sont ainsi amenées à dévoiler publiquement leurs partenaires commerciaux, tandis que d'autres se contentent de développer des démarches RSE pour, ou avec, leurs partenaires. Les procédures mises en place organisent ainsi les relations au sein du réseau. Il en ressort l'exercice d'un pouvoir ou d'une influence par certaines entreprises du réseau, identifiables grâce aux engagements de RSE. L'organisation de ces relations à travers la RSE, a la particularité d'affecter des domaines relevant en théorie du pouvoir d'organisation propre à chaque société en vertu de leur autonomie juridique et du pouvoir de gestion qui en découle. Il s'agit en effet d'harmoniser des procédures, des pratiques et des comportements relevant des domaines environnementaux, sociaux ou sociétaux, domaines traditionnellement éloignés des préoccupations contractuelles. Cette harmonisation formalise l'organisation des réseaux et permet par la même occasion à certaines sociétés d'asseoir leur pouvoir et leur influence sur les membres du réseau. C'est l'absence de cadre juridique adapté à ces nouvelles formes d'organisation des relations inter-entreprises qui pousse les entreprises à se responsabiliser et à s'organiser. La RSE tend néanmoins à montrer ses limites dans les relations de sous-traitance externes internationales car elle continue de favoriser des sociétés dominantes au détriment de sociétés dominées, contraintes de suivre les engagements de leurs clients sous peine de perdre des marchés ou de voir leurs relations contractuelles rompues. Le développement de démarches RSE ne leur ôte d'ailleurs aucune responsabilité, en l'état du droit positif, les sociétés donneuses d'ordre ne pouvant que difficilement engager leur responsabilité aux côtés de leurs partenaires commerciaux à l'égard des tiers. Seuls les travailleurs de la chaîne pourraient peut-être bénéficier des engagements de RSE, mais en l'absence de décision jurisprudentielle sur cette question, une telle solution reste théorique et nécessiterait de toute évidence une intervention législative afin de clarifier le partage des responsabilités entre les sociétés donneuses d'ordres et leurs partenaires.

CONCLUSION

TITRE 2

375. L'entreprise évolue et s'organise pour se diversifier et se développer en utilisant les instruments fournis par le droit. Pour autant, les impératifs économiques commandent aux entreprises de s'organiser non pas en fonction des solutions que leur offre le droit mais en fonction des besoins économiques et sociaux[944]. Leur objectif « consiste à créer une forme d'organisation de l'entreprise, qui permette d'exercer un certain contrôle économique sur les partenaires de l'entreprise, sans avoir à assumer la responsabilité juridique pour leurs activités »[945]. L'utilisation du contrat ou du capital fournit aux entreprises deux outils pour atteindre cet objectif. Dans le premier cas on est en présence d'une chaîne de contrat et dans le second, de groupes de sociétés. Alors que cette dernière forme d'organisation, bien que toujours difficilement saisissable par le droit, n'est pas nouvelle, la première est plus récente. Elle est le résultat du mouvement d'externalisation qui s'est développé ces quinze dernières années et qui, au vu des observateurs internationaux, va continuer de croître[946]. Le recours au contrat permet en effet une plus grande liberté d'organisation de l'entreprise. Comme le note A. LYON-CAEN, « à première vue donc, groupes et réseaux, qui prennent appui sur la limitation des responsabilités associées à la plupart des formes sociétaires utilisées, constitue donc des vecteurs de répartition ou d'aménagement de risques et de responsabilités[947] ».

---

[944] A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes, L.G.D.J., 2002, p. 15.

[945] *Idem*, p. 15-16.

[946] Le rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde, réalisé en 2011, préconisait ainsi aux Etats que : « (…) les politiques visant à améliorer l'intégration des pays en développement dans les chaînes mondiales de valeur doivent aller au-delà de l'IED et du commerce. Les décideurs doivent envisager des modes de production internationale sans participation au capital (SPC) − par exemple, sous-traitance manufacturière, externalisation de services, agriculture contractuelle, franchisage, concession de licences, contrats de gestion, et autres types de relations contractuelles qui permettent aux STN de coordonner les activités des entreprises du pays d'accueil sans détenir de participation au capital de ces entreprises », tout en notant le risque que « les STN n'aient recours à ces modes de production SPC pour échapper à l'application de normes sociales et environnementales », CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, UNCTAD/WIR/2011, 2011, p.8.

[947] A. LYON-CAEN, « Retrouver l'entreprise ? », *Dr. ouvrier*, mars 2013, n° 776, p. 197.

376. Face à ces nouveaux besoins, la RSE tend à devenir une technique d'organisation de l'entreprise transnationale, au même titre que la société[948] ou le droit social[949] peuvent également être des techniques d'organisation de l'entreprise. Mais comme nous l'avons vu, son efficacité dépendra de la capacité du droit à intégrer ces normes et ces techniques nouvelles. Les relations de travail au sein des entreprises transnationales en donnent une bonne illustration. La formation d'entreprises transnationales à structure complexe participe à l'éclatement de la communauté de travail. En ayant recours à la sous-traitance internationale ou à la filialisation internationale, les relations individuelles et collectives se diluent, affectant inévitablement l'organisation sociale de l'entreprise. La mise en place de mesures de responsabilité sociétale au sein des entreprises participe à la reconstruction de cette organisation sociale. L'entreprise transnationale n'apparaît plus comme une structure juridique éclatée. La RSE permet en effet d'institutionnaliser les relations entre travailleurs, liés contractuellement à différentes sociétés. Elle organise cette communauté de travail par-delà des séparations juridiques. Les ACI spécifiquement, signés dans leur majorité depuis les années 2000, démontrent cette prise en compte de l'entreprise dans sa réalité organisationnelle, et ceci tant de la part de la direction, que de celle des acteurs sociaux. Si le droit positif ne leur reconnaît pas encore de valeur juridique, la signature d'un ACI pourrait en revanche devenir pour le juge un indice de l'existence d'une communauté de travail « au-delà des constructions juridiques abstraites ou artificielles[950] ». Rappelons en effet que le fait que des salariés soient régis par une même convention collective constitue, pour la Cour de cassation, un indice de l'unité sociale constitutive d'une unité économique et sociale[951]. Cette unité sociale correspond à l'existence d'une communauté de travail. Or, si les ACI devaient un jour être qualifiés de convention collective internationale[952], comme s'interrogent certains

---

[948] J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967.

[949] J. BARTHELEMY, Droit social, technique d'organisation de l'entreprise, éd. Liaisons, 2003, 495 p.

[950] Pierre SARGOS utilise cette expression à propos de l'UES, P. SARGOS, « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *Rapport annuel Cour de cassation*, 2004, p. 109.

[951] L'auteur rappelle d'ailleurs que l'application de plusieurs conventions collectives n'a pas d'incidence sur la reconnaissance d'une UES (C. Cass. Soc. 12 janvier 2005, pourvoi n° 03-60.477), ce qui confirme que l'existence d'une UES ne remet pas en cause l'existence juridique des sociétés la composant, *Idem*, p. 98.

[952] Selon Reynald BOURQUE, les ACI « se rapprochent d'une convention collective traditionnelle en raison de la portée des droits énoncés et des obligations formelles qu'ils

auteurs, ils constitueraient alors très certainement un indice constitutif d'une communauté de travail au sein de l'entreprise transnationale à structure complexe, au-delà des séparations juridiques mais également des frontières géographiques de l'entreprise.

377. L'autodétermination des critères de délimitation des responsabilités et de leur étendue montre toutefois ses limites. Une entreprise inscrite dans une démarche responsable peut par exemple s'engager unilatéralement dans un code de conduite à faire respecter certaines valeurs dans toutes ses filiales et à tous ses sous-traitants, tout en signant un accord-cadre international limité à certains de ses sous-traitants et en rédigeant un rapport RSE sur la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales par ses filiales. Trois types d'engagements donc, pour une même politique, applicable sur trois périmètres différents. Si toutes ces démarches peuvent toutefois participer à définir les frontières des entreprises à structure complexe, à organiser et à formaliser les relations propres aux entreprises transnationales, ce sera à condition que des critères harmonisés soient utilisés et que le droit intègre ces divers « outils » qui se dégagent de la RSE.

---

imposent à l'employeur, notamment en ce qui concerne les sous-traitants, la durée et le renouvellement de l'accord, et les procédures de suivi et de règlement des différends prévues dans l'accord » (p. 11). Il ajoute cependant que « Les ACI ne sont pas des conventions collectives traditionnelles, mais plutôt des accords-cadres sur les principes et droits fondamentaux du travail que des accords nationaux ou locaux peuvent reprendre ou bonifier, créant ainsi un nouvel espace au plan international où ces droits peuvent se développer grâce à l'action syndicale » (p. 23), R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », Organisation internationale du Travail (Institut international d'études sociales), DP/161/2005, 2005, Genève, Disponible sur : http://www.ilo.int/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp16105.pdf, site visité le 7 aout 2011.

CONCLUSION

PARTIE I

378. Les entreprises transnationales se caractérisent par leur éclatement territorial et leur morcellement structurel, duquel découle une dispersion du pouvoir. Certains auteurs les qualifie d' « entreprise transnationale à structure complexe[953] », ce terme permettant « d'identifier un fait économique qui s'est développé avec la globalisation de l'économie [954]» et que le droit ne saisit que partiellement du fait du morcellement apparent de sa structure[955]. Ce morcellement induit une atomisation de son organisation économique, ainsi qu'une insaisissabilité des pôles de pouvoirs. L'entreprise, comme ensemble unifié, n'existerait plus. L'étude de ce morcellement démontre pourtant qu'il n'en est rien. La « grande » entreprise n'est certes plus un ensemble fermé, composé de quelques sociétés facilement identifiables, aux dirigeants connus. Elle reste malgré tout une structure organisée, aussi complexe soit son organisation.

379. Les sociétés entretiennent en effet entre elles des relations commerciales très diverses, qui peuvent aller jusqu'à créer des formes organisationnelles intégrées. Construites entres sociétés juridiquement autonomes, ces relations peuvent conduire à la constitution de groupes de sociétés, de réseaux, ou d'entreprises hybrides mêlant les deux. Les notions ainsi que les catégories juridiques existant commandent pourtant de choisir entre l'un et le multiple. Soit ces relations deviennent intégratives et l'ensemble ainsi formé est appréhendé comme unité, au détriment des multiples sociétés la composant ; soit ce sont ces multiples relations qui sont saisies, au détriment de l'unité

---

953 I. DAUGAREILH, « La négociation collective internationale», *Revue Travail et Emploi*, n° 104, 2005, p. 75.

954 I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », *in* I. Daugareilh (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, L.G.D.J., 2005, p. 363 *;* J-P. LABORDE, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », *in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derrupé*, éd. Joly- Litec, 1991, p. 49.

955 Sur la double relation de subordination/coopération qui se noue entre sociétés composant une entreprise transnationale, voir I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », in *Mondialisation, travail et droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 362-365.

qu'elles peuvent par ailleurs former. Comme le relève M. KOCHER[956], cette approche, fruit de la pensée analytique développée par Descartes[957], empêche de conceptualiser la dimension collective du groupe[958] et plus largement, de l'entreprise transnationale. Or, en réduisant l'entreprise transnationale au morcellement juridique de sa structure, le droit ne parvient pas à la saisir. La structure tentaculaire de l'entreprise complexe ne doit pourtant pas empêcher le droit de remplir sa fonction de régulateur.

380. Face à ce constat, des auteurs ont proposé une approche systémique de la pensée. La pensée complexe invite à appréhender l'entreprise comme système. Elle suggère de mettre en évidence « la manière dont se forme une nouvelle entité à partir de l'organisation des relations entre ses membres [959]». Ce système se compose de trois éléments interdépendants que sont « la totalité, l'interrelation et l'organisation[960] ». En tant que système, il n'est ni clos, ni statique, mais évolutif[961]. Appliquant cette méthode d'analyse au groupe, M. KOCHER a ainsi pu démontrer que les relations entre les diverses sociétés d'un groupe pouvait former une entité, et que l'un et l'autre formaient une *unitas multiplex*. Le groupe peut dès lors être appréhendé en tant que tel, sans que soit nié les multiples sociétés le composant. A l'inverse, la prise en compte des multiples sociétés ne remet pas en cause l'existence du groupe comme unité. C'est en démontrant

---

[956] M. KOCHER, *La notion de groupe en droit du travail*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010.

[957] « Cette méthode consiste à réduire un phénomène en autant d'éléments isolés qu'il est possible de le décomposer pour les analyser séparément. », S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, Paris, 2007, p. 347, cité par M. KOCHER, *idem*, p. 302.

[958] M. KOCHER relève que « le groupe n'apparaît pas comme une unité organisationnelle complexe, mais comme la somme des relations qui unissent des entités juridiquement autonomes à une même entité également juridiquement autonome mais sur lesquelles elle exerce son pouvoir. La dimension collective du groupe ne parvient à s'émanciper des relations entre les entités membres, ce qui se traduit concrètement par la difficulté du droit à établir des relations horizontales de groupe entre entités « sœurs » et à concevoir des représentations juridiques de groupe autres que de type pyramidale », id., pp. 304-305.

[959] *Id.*, p. 315.

[960] « Des interactions entre des éléments divers mais dépourvus d'organisation ne peuvent conduire à la formation d'une unité systémique. Sans organisation, un système ne peut exister, aucune unité globale ne peut se former », *ibidem*.

[961] « L'unité complexe n'est pas une structure présumée invariable et obéissant à des lois générales immuables quasiment indépendantes de l'activité du système, mais un système en perpétuel mouvement interdépendant des éléments qui le composent et de son environnement », id., p. 318.

l'unité organisationnelle du groupe, les relations dynamiques qui se développent entre ses membres, mais également entre eux et l'unité, que M. KOCHER fait ressortir les relations d'interdépendance qui caractérisent ce système. Elle s'oppose en cela à une approche institutionnelle de l'entreprise qui aurait pour effet d'enfermer cette dernière dans une réalité unitaire, au détriment des entités la composant[962]. Appréhender l'entreprise transnationale selon la méthode d'analyse d'E. MORIN permet de prendre en compte les diverses relations qui unissent les sociétés à un moment donné et d'accepter leur évolution. Ces relations interentreprises peuvent dépasser la simple relation commerciale pour devenir source d'intégration à un ensemble plus vaste prenant la forme d'une entreprise transnationale, dès lors que ces relations se nouent entre acteurs situés sur plusieurs pays[963]. L'entreprise transnationale reste alors un ensemble économique configuré par le droit, formée d'entités liées entre elles et à l'ensemble, par des relations juridiques diverses et variées.

C'est de cette manière que la RSE appréhende l'entreprise transnationale, en prenant appui sur son organisation économique existante. En ne s'embarrassant pas des principes juridiques qui conduisent au morcellement de sa structure, la RSE conduit peu à peu à une consolidation de l'organisation sociale de l'entreprise transnationale. Les démarches initiées sur ce fondement permettent en effet de pénétrer l'entreprise pour identifier l'existence de rapports sociaux organisés. L'entreprise, qui d'un point de vue strictement structurel et juridique pouvait encore sembler éclatée, apparaît sous une forme organisée, que le droit n'a plus qu'à saisir. Comme le constate B. TEYSSIER : « il n'est point d'organisation sociale qui n'ait d'incidences économiques...comme il n'est point d'organisation économique qui n'appelle un effort d'organisation sociale[964] ». L'immixtion de la RSE dans le droit de l'entreprise participe ainsi à dévoiler l'existence d'une organisation sociale coordonnée dépassant les séparations juridiques. Face à la formalisation de cette organisation, le droit s'étend peu à peu à la RSE, interrogeant

[962] M. KOCHER, *id.* p. 322 et s.
[963] Voir B. BAUDRY, *L'économie des relations interentreprises*, La Découverte, coll. Repères, 1995.
[964] B. TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail: variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n° 17.

alors inévitablement l'imputation des obligations et des responsabilités[965] de l'entreprise transnationale.

[965] Cette question est particulièrement traitée par E. PESKINE, qui cherche à redéfinir le schéma d'imputation de responsabilité en présence d'une relation triangulaire faisant intervenir une entreprise de rattachement, un salarié et un utilisateur de la force de travail, dans le cadre d'une mise à disposition par exemple. E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, *op. cit*., p. 97 et s.

PARTIE II.

L'EXTENSION DU DROIT

À LA RSE

381. Alors que la RSE invite les entreprises à responsabiliser leurs comportements dans le cadre de leurs activités internationales, les affaires mettant en cause leur responsabilité pour des violations des droits de l'Homme ou des actes de pollution n'ont jamais été aussi nombreuses. Les systèmes juridiques existant rendent pourtant difficile l'engagement de leur responsabilité juridique, tant du fait de l'absence d'obligations visant expressément les relations internationales existantes entre les sociétés et leurs activités en découlant, que de part l'absence de régime de responsabilité adapté à ces organisations transnationales complexes. Le caractère « soft » de la RSE permet en revanche de dépasser les approches strictes du droit pour prendre en compte la réalité des relations qui se nouent entre ces diverses sociétés et les impacts que celles-ci peuvent avoir sur les tiers ou sur l'environnement. Ce faisant, elle bouscule le droit, lequel intègre peu à peu les préoccupations et les principes développés sur le fondement de la RSE. Ce constat concerne tant les actes pris sur le fondement de la RSE que les faits découlant d'activités développées par les entreprises dans le cadre de la RSE.

382. Les actes pris au titre de la RSE sont aujourd'hui nombreux. Les normes visant les problématiques extra-commerciales soulevées par les activités des entreprises transnationales sont adoptées tant par les Etats que par les organisations internationales, des organismes privés professionnels et surtout les entreprises elles-mêmes. Ces normes donnent peu à peu naissance à un cadre de régulation propre aux entreprises transnationales venant enrichir les règles juridiques existantes. A côté de ces normes, les entreprises transnationales peuvent également, à travers leurs activités et leur organisation internationale, être à l'origine de faits entrainant des dommages extra-commerciaux ou extra-financiers, dans les domaines visés par la RSE. Le droit de la responsabilité, tant par ses principes que par ses règles, reste pourtant inadapté à la mise en cause de la responsabilité de diverses sociétés situées sur des Etats différents et impliquées dans la réalisation de tels préjudices, alors que la RSE invite au contraire à responsabiliser ces relations en les prenant en compte dans leur globalité. Finalement, l'extension du droit à la RSE prend deux directions. La première concerne l'enrichissement des règles applicables à l'entreprise transnationale par la RSE (Titre 1) ; la seconde concerne la manière dont le droit de la responsabilité, et spécialement la responsabilité de l'entreprise transnationale, pourrait évoluer au contact de la RSE (Titre II).

TITRE I. L'ENRICHISSEMENT PAR LA RSE DES RÈGLES APPLICABLES À L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE

383. La Responsabilité sociétale des entreprises a donné naissance à des normes élaborées par des acteurs tant publics que privés, dans des domaines jusqu'alors régis par le droit, et plus spécifiquement par l'Etat. Chaque société est en effet soumise au droit interne du pays sur lequel elle est constituée ou sur lequel elle exerce ses activités. Le principe de souveraineté des Etats limite en revanche la possibilité pour un Etat d'imposer des règles aux sociétés qui développent leurs activités « depuis » un territoire, sur un autre, une législation ne pouvant pas produire, en principe, d'effets extraterritoriaux. Une interprétation stricte du principe d'autonomie des sociétés empêcherait quoiqu'il en soit d'envisager une telle législation, dès lors que les relations de pouvoir pouvant exister entre sociétés ne sont pas expressément reconnues par le droit commun[966]. Ces deux principes conduisent à l'absence d'encadrement des activités internationales des entreprises par le droit interne. Le droit international ne permet pas plus d'encadrer ces activités. L'organisation internationale des activités des entreprises produit malgré tout des impacts sur les Etats et les individus. Aussi, les Etats ont-ils élaboré des normes[967] visant à responsabiliser les entreprises transnationales. Ces normes s'inspirent la plus part du temps des règles de droit international public, dont les destinataires ne sont alors plus les Etats, mais les entreprises transnationales. Dépourvues de force obligatoire, ces normes d'origine publique ou interétatique, inspirent la production de normes à destination d'acteurs privés. Les entreprises élaborent en effet elles-mêmes leurs propres normes de conduite. Parallèlement, d'autres acteurs tels que des organisations plurilatérales publiques/privées, des organisations non gouvernementales, des organismes privés travaillant spécifiquement sur les questions relatives à la RSE, des agences de notation etc. produisent aussi des normes pour accompagner les entreprises dans leurs démarches de responsabilisation.

---

[966] Même si, comme nous avons pu le constater, certaines législations prévoient des exceptions. Tel est notamment le cas des dispositions spécifiques applicables aux groupes de sociétés ou aux chaînes de sous-traitance. De telles législations restent malgré tout limitées à certains domaines et surtout, à un territoire national donné. Voir *supra*, Partie I, p. 82 et s.

[967] Nous utilisons ici le terme de « norme » dans son acception large et non dans un sens qui la réduirait à une règle de droit. Elle peut ainsi être un modèle de référence pour l'organisation des rapports sociaux, sans revêtir de force obligatoire et contraignante, contrairement à la règle de droit. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives phil. du droit*, 2008, p. 343 ; C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J., Bruylant, 2009, 912 p.

384. Toutes ces normes, en provenance d'auteurs divers, ont des champs d'application variés. Elles ont surtout pour caractéristique commune d'être dépourvues de force contraignante. Selon la théorie classique du droit, l'Etat est en effet « l'unique source du droit », si bien que l'espace normatif ne peut être constitué que de normes émanant des autorités publiques. Comme le démontre M. DELMAS-MARTY, un triple mouvement d'internationalisation, de décentralisation et de privatisation des sources du droit démontre pourtant que l'Etat n'a plus le monopole de la norme[968]. Individus, sociétés, associations, organismes professionnels participent également à l'élaboration de normes, d'application tant nationale qu'internationale[969]. Ces normes sont particulièrement nombreuses dans le domaine de la RSE. Quels que soient leurs auteurs, les normes de RSE ont toutes la particularité d'édicter des « règles » de comportement, de proposer des lignes de conduite aux entreprises, sans pour autant les contraindre à les suivre. En principe, le non respect de ces normes de RSE n'est en effet assorti d'aucune sanction. La RSE n'aurait donc pas pour vocation de contraindre les entreprises à conduire leurs activités de manière responsable et à prendre en compte les impacts de leurs activités ; il s'agirait avant tout de les inciter à s'engager sur cette voie, à charge pour elles de déterminer si cela est opportun ou non de le faire. Dépourvues de contrainte, ces normes de RSE seraient ainsi exclues du domaine juridique pour entrer dans la catégorie des normes de *soft law*. Les auteurs s'interrogent pourtant depuis plusieurs années sur la juridicité de ces normes. Est-ce du droit ? En effet, le droit se limite-t-il à sa nature contraignante, « sanctionnable » ? Dans la négative, sont-elles pour autant dépourvues de tout effet juridique ? Les débats portant sur le caractère juridique ou non des normes de *soft law* n'est pas nouveau. Pour reprendre une définition proposée par un auteur, les normes de *soft law* sont avant tout « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient

---

[968] M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, La librairie du XX° siècle, éd. du Seuil, 1994, p. 53.

[969] I. DAUGAREILH parle à cet égard de « régulation *sui generis* de l'entreprise globalisée », I. DAUGAREILH, « La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : Observations sur une normativité à vocation transnationale », *in* M-A. MOREAU, F.CAFFAGI, F.FRANCIONI, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, PUAM, Aix-Marseille, 2007, p. 279.

que des obligations peu contraignantes[970] ». Les normes de RSE s'inscrivent a priori dans cette définition, qu'il s'agisse des normes publiques comme des normes privées.

385. Si les normes de RSE ne font ainsi que raviver un débat non encore totalement résolu, elles ont néanmoins la spécificité d'en élargir les termes. Les normes de RSE s'intéressent en effet à des domaines qui relèvent traditionnellement de l'ordre public et de l'intérêt général : le respect des droits de l'Homme, la promotion des droits de travailleurs, la défense de l'environnement, la lutte contre la corruption etc. les règles ayant pour objet de règlementer ces domaines n'invitent généralement pas les individus à choisir de se comporter de manière responsable. Il s'agit d'une obligation, juridiquement contraignante. Mais comme nous l'avons vu, le caractère international des activités des entreprises rend difficile la mise en place d'un cadre contraignant qui soit adapté à ces activités. De ce point de vue, la souplesse offerte par les normes de *soft law*, tant dans les modes d'élaboration que dans leur application, pourrait permettre de combler ce vide. Ces normes de RSE créent au surplus des attentes chez leurs destinataires, raison pour laquelle il est nécessaire de s'interroger sur leur portée juridique.

386. En puisant ses sources dans le droit « dur », la RSE étend finalement aux entreprises des obligations initialement imposées aux Etats. Il en ressort un nouveau *corpus* de normes propres aux entreprises transnationales, acteurs du commerce international mais non pris en compte par le droit dans sa dimension internationale. Le foisonnement de ces normes contraint néanmoins le droit « dur » à intégrer peu à peu ces principes de RSE et à les rendre contraignants. C'est alors à un phénomène d'appropriation de la RSE par le droit auquel nous assistons et donc à une confirmation du rôle changeant des entreprises dans la Société. Ce phénomène emprunte deux directions : les règles de droit sont d'abord absorbées par la RSE (chapitre 1), qui est à son tour capturé[971] par le droit (chapitre 2).

---

[970] A. PELLET, « Le 'bon droit' et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement », *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes - Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, 1984, p. 482.

[971] Voir F. COCHOY, A. LACHEZE, « Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de*

CHAPITRE 1. DES RÈGLES DE DROIT ABSORBÉES PAR LES NORMES DE RSE

387. La RSE est à l'origine d'un certain nombre de normes, édictées par des acteurs privés ou étatiques, mais qui restent pour leur grande majorité, du domaine du « droit mou », ou *soft law*. La *soft law* traduit l'absence de contrainte. Elle s'apparente ainsi à la régulation, par opposition à la règlementation laquelle est composée de règles juridiques contraignantes, dites de *hard law*. Pour reprendre une définition proposée par M-A. MOREAU, la *soft law* désigne un ensemble de « règles de conduite qui se situent dans une sphère juridiquement non contraignante (dans le sens de contraignantes et sanctionnées), mais qui selon l'intention de leur auteur doivent être considérées comme relevant de la sphère juridique [972]». Le constat de l'émergence d'un « droit souple » n'est pas nouveau, même si certains inscrivent le développement de la régulation et de l'autorégulation avec le développement de la RSE. Ce sont les Etats qui les premiers ont eu recours à la *soft law*, en droit international public, avant d'être aujourd'hui utilisée par les acteurs privés, comme l'illustrent la *lex mercatoria*[973], la *lex electronica*[974] ou encore la *lex sportiva*[975] qui sont des exemples de droit spontané à l'origine de normes dont la juridicité est depuis longtemps discutée. La RSE ne fait donc que reprendre un mode de régulation utilisé par ailleurs dans d'autres domaines. Le recours à la *soft law* n'est ainsi que la continuité d'un mouvement plus global de déréglementation.

---

l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 31.

[972] M-A. MOREAU, « Nouvelles configurations normatives européennes », note 1, pp. 1-2, *in Rapport général sur la place de la soft law dans la conduite des relations internationales de la Communauté*, Workshop des 17/18 juin 2005, CERIC, cité par C. ETRE, « Code de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : soft law et droit », *in* B. BOIDIN, N. POSTEL, S. ROUSSEAU (dir.), *La responsabilité sociale des entreprises, une perspective institutionnaliste*, Septentrion, 2009, p. 73.

[973] F. OSMAN, Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ, 1992, 515 p.

[974] B. BARRAUD, Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit, L'Harmattan, 2012, 394 p.

[975] F. LATTY, *Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. Études de droit international, 2007, 849 p.

388. On comprend aisément que les marchands préfèrent se soumettre à des règles qu'ils se donneraient spontanément et qui seraient peut être plus adaptées aux besoins de leurs échanges, en s'affranchissant du droit étatique[976]. C'est ce que reflète par exemple la *lex mercatoria*[977], issue de la *societas mercatorum*, dont l'objectif n'est autre que l'intérêt économique. La *lex mercatoria* a en effet pour objet l'encadrement des relations commerciales entre professionnels. On y retrouve des principes régissant la formation, l'exécution mais également l'interprétation des contrats internationaux, ainsi que des principes généraux, tirés de la pratique mais également des arbitres du commerce international[978]. L'objectif de la *societas mercatorum* est pourtant bien différent des ordres étatiques et international pour lesquels « l'intérêt économique, s'il existe et s'il est essentiel, ne constitue qu'une part très relative de la solidarité sociale ». La confrontation de ces deux objectifs conduit P. KAHN à parler de hiérarchie des ordres[979], l'ordre mercatique étant tourné exclusivement vers les échanges internationaux ; les ordres étatiques et internationaux ayant la charge en sus, d'assurer la cohésion sociale. C'est alors qu'apparaît l'une des distinctions et des particularités majeures entre les normes tirées de la *lex mercatoria* en particulier et celles de *soft law* issues de la RSE. L'objet des secondes n'est pas tant de réguler les échanges internationaux entre professionnels, que de s'assurer du maintien de la solidarité et de la cohésion sociale. En d'autres termes, la RSE vise avant tout à responsabiliser les acteurs économiques dans leurs relations avec la société et ses individus, domaines traditionnellement réservés à la puissance publique et donc à la loi, en vu du maintien de l'ordre public. Par le développement de normes spontanées, dans des domaines jusqu'alors réservés à la

---

[976] P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria », in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, p.126.

[977] Plusieurs acteurs participent à l'élaboration de ces normes de droit souple. La *lex mercatoria* a largement été développée par la Chambre de Commerce International par exemple, qui a fait œuvre de « législateur » en proposant un certain nombre de normes en matière contractuelle, aujourd'hui utilisées par les acteurs du commerce international et reconnues comme du droit coutumier. Tel est le cas des règles internationales pour l'interprétation des termes usuels (INCOTERMS) ou encore les Règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire (ICC), qui sont aujourd'hui utilisés internationalement dans les relations contractuelles du commerce international. Sur cette question, voir notamment, F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*, p. 276 et s.

[978] *Idem*, 515 p.

[979] P. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », *in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p.100.

puissance publique, la RSE se détache ainsi des expériences jusqu'alors connues de droit spontané. En utilisant les mécanismes de régulation tirés de la *soft law* (Section 1), la RSE participe donc à développer des normes nouvelles par leur contenu (Section 2).

SECTION I - L'APPROPRIATION DE LA *SOFT LAW* PAR LES NORMES DE RSE

389. La RSE est perçue comme étant à l'origine de normes produites par les acteurs privés du commerce international. Réduire l'étude des normes issues de la RSE à celles élaborées par les entreprises ne reflèterait pourtant pas la réalité du phénomène. Une telle réduction s'explique peut-être par des tentatives de rapprochement du phénomène à celui de la *lex mercatoria*, qui se caractérise par un ensemble de normes[980] issues directement des usages du commerce international. Les normes produites en matière de RSE ne se limitent pourtant pas aux usages des acteurs privés du commerce international mais font également intervenir les Etats ainsi que de nouveaux acteurs privés. Elles se rapprochent à cet égard davantage de la *lex sportiva* du fait de « la dualité des sources normatives[981] ». Cette dernière est en effet composée de normes d'origines tant privée que publique, au champ d'application tant national qu'international, alors que *la lex mercatoria* se caractérise par l'origine essentiellement privée de ses normes[982].

390. Qu'il s'agisse des normes de la *lex mercatoria*, de la *lex sportiva* ou de la RSE, toutes ont en revanche en commun de faire émerger des normes dites de *soft law*, ou de « droit mou », par opposition à la *hard law* ou « droit dur »[983]. Les normes de *soft law* ont d'abord désigné les actes interétatiques fixant des principes et des orientations

---

[980] Sur la question de savoir si les normes issues de la *lex mercatoria* constituent un ensemble, voir *idem*, p.97.

[981] M. HOURCADE, « Le sport, l'Etat et le droit », *R.J.E.S*, n°36, sept. 1995, p. 7, cité par F. LATTY, *Lex sportiva : recherche sur le droit transnational op. cit.*, note 175, p. 26.

[982] B. GOLDMAN définit ainsi la *lex mercatoria* comme les « règles transnationales que les partenaires des échanges économique internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention », B. GOLDMAN, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475.

[983] Pour une présentation des différentes terminologies proposées par les auteurs, voir F. CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, n° 15, 2005, mise en ligne 15 déc. 2007, disponible sur : http://leportique.revues.org/index591.html.

politiques en droit international public et n'ayant pas de caractère obligatoire. Les Etats peuvent en effet avoir recours à des instruments non visés par l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice. Il peut s'agir de déclarations, de recommandations, de lignes directrices, de chartes, de programmes ou encore de résolutions[984], dont la portée juridique n'est pas précisée[985], les plaçant ainsi à mi-chemin entre le droit international public et les relations internationales[986]. Les normes de *soft law* se sont ensuite développées sur le plan régional[987], ainsi qu'au sein des ordres juridiques internes. Le développement de normes non étatiques[988] a conduit à élargir le contenu de la *soft law* et à étendre ainsi le débat portant sur la juridicité de ces normes, vers celui de la légitimité de leurs auteurs posant alors la question des effets juridiques de ces nouvelles normes alternatives issues d'acteurs privés. Ces diverses manifestations normatives participent aujourd'hui à une remise en cause générale des théories classiques du droit[989] et plus particulièrement à celle des sources du droit, au point que certains auteurs s'interrogent aujourd'hui sur l'insertion de ces instruments de *soft law* dans la théorie des sources du droit[990]. Si le recours à la *soft law* n'est donc pas propre à la RSE, celle-ci participe en revanche à étendre leur utilisation dans des domaines relevant jusqu'alors de la compétence des Etats. La RSE participe donc à renforcer le recours à la *soft law* en

---

[984] Ibidem.
[985] Ibid.
[986] *Idem*, p.8.
[987] Voir N. RUBIO, « Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 597 ; Le Parlement européen a adopté une Résolution invitant entre autre la Commission européenne à ne pas utiliser la notion « d'instrument juridique non contraignant » dans les documents officiels, et à limiter son recours aux instruments juridiques non contraignants, Parlement européen, Résolution sur *Les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, 4 sept. 2007, 2007/2028(INI).
[988] Les acteurs privés sont à l'origine d'instruments de *soft law*, dans divers domaines tels que le sport (la *lex sportiva*), internet (la *lex electronica*), le commerce (la lex mercatoria), et aujourd'hui l'environnement, les droits de l'homme, les relations de travail, et l'éthique des affaires, à travers la RSE.
[989] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit, Publication des facultés universitaires Saint louis, Bruxelles, 2002, 596 p. ; J-B. POULLE, Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise : le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier, L'Harmattan, Paris, 2011, 407 p. ; K. BENYEKHLEF, Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation, Thémis, Montréal, 2008.
[990] Voir par exemple déjà B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, « Sources » du droit, T. 27, 1982, p. 43.

étendant ces instruments à de nouveaux domaines, aux fins de responsabiliser les entreprises transnationales (§1). Elaborées pour réguler des situations touchant à l'intérêt public, plusieurs acteurs sont alors conduits à intervenir, soit pour collaborer à l'élaboration de la norme, soit pour défendre leurs intérêts. La RSE participe par ce biais à renouveler les modes d'élaboration de ces normes de *soft law* (§2).

§ 1 . Des instruments de soft law étendus à la RSE

391. La RSE regroupe aujourd'hui un ensemble de normes élaborées tant par des acteurs étatiques que par des acteurs privés. Certaines sont même le fruit d'une collaboration entre ces deux types d'acteurs. On peut les qualifier de normes « mixtes ». Toutes ont pour objet la responsabilisation des entreprises transnationales en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'Homme et de consommation. De manière générale, il s'agit de normes qui visent donc à responsabiliser les entreprises non pas tant dans leurs relations économiques que dans leurs relations avec la Société au sens large. Elles ont alors la spécificité de viser les activités ou les relations internationales de ces entreprises. En dresser une présentation permet de constater le recours quasi exclusif à la *soft law*. La RSE est en effet devenue un domaine d'action nouveau pour les entreprises, les Etats, les ONG mais également divers organismes professionnels qui étendent l'utilisation de la *soft law*, jusqu'alors limitée à la stricte régulation des relations professionnelles, aux domaines couverts par la RSE. Il en ressort deux types de normes. Les premières, que l'on peut qualifier de normes de fond, se concentrent sur des principes de comportement ; les secondes, que l'on qualifier de normes de procédure ou de normes de mise en œuvre, proposent davantage des méthodes permettant de respecter les principes de comportement édictés par les premières. Si les normes de fond s'inspirent largement de normes juridiques contraignantes comme nous le verrons, la spécificité de ces normes de *soft law* tient surtout à l'existence des normes de procédure, lesquelles ne sanctionnent pas le comportement prescrit par les normes de fond, mais se contentent de suggérer les moyens de les respecter[991]. L'objet principal des normes de fond est ainsi de réguler le

[991] Distinguer les normes de fond des normes de mise en œuvre n'est pas sans rappeler la distinction opérée par H. HART entre les normes primaires et les normes secondaires. A la recherche de critères permettant d'identifier la juridicité des normes indépendamment

comportement des entreprises transnationales (A), alors que les normes de procédure visent à réguler le fonctionnement et l'organisation des entreprises (B), afin d'assurer l'effectivité des normes de fond.

A. Les activités des entreprises transnationales régulées par des codes de conduite

392. Les normes de RSE s'intéressent aux relations de l'entreprise avec la Société. A la différence des normes de *soft law* élaborées par des acteurs privés comme celles de la *lex mercatoria* par exemple, les relations professionnelles ne sont donc visées par les normes de RSE que dans la mesure où elles s'inscrivent dans cet objectif. C'est donc l'objet des normes de RSE qui les distinguent des autres normes de *soft law*. Les Etats ont ainsi élaboré des normes visant à responsabiliser le comportement des entreprises transnationales dans leurs activités en général, en élaborant des codes de conduite (intitulés parfois pacte, principes directeurs, déclaration). Les acteurs privés, non étatiques, ont également recours aux codes de conduite. Les uns comme les autres peuvent disposer d'un champ d'application matériel et/ou spatial plus ou moins étendu. Certains s'appliquent à une seule entreprise, tandis que d'autres visent tout un secteur ; ils peuvent également se limiter à un domaine de la RSE ou être transversal ; leur application peut enfin être nationale, régionale ou internationale. Les codes de conduite élaborés par les acteurs étatiques ou sous l'égide d'organisations intergouvernementales ont la particularité de contenir des principes et des devoirs qui doivent servir de norme de référence aux entreprises (1). Les codes élaborés par les acteurs privés se réfèrent quant à eux, dans leur grande majorité, à ces codes étatiques ou à la législation existante (2).

1) *Les codes de conduite des acteurs étatiques*

393. Dans un souci d'inciter les entreprises transnationales à respecter les droits de l'Homme, plusieurs textes de portée internationale, mais dépourvus de force

---

de leur conformité à la morale (dans la droite ligne de Kelsen, Hart a cherché à se détacher des *jusnaturalistes*), les normes primaires sont, selon Hart, légitimées par des normes secondaires, H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2° éd., 2005.

contraignante, ont été adoptés au niveau intergouvernemental. En vertu des règles de droit international public en effet, les mécanismes et organes conventionnels de promotion et de protection des droits de l'Homme n'imposent d'obligations directes qu'aux Etats. Le recours à des actes non conventionnels tels que des « principes directeurs », des « pactes », des « codes » ou encore des « chartes », est donc l'un des moyens utilisés par les Etats pour adresser des orientations et des avis aux particuliers ainsi qu'aux entreprises.

394. Sous l'impulsion du Secrétaire Général des Nations, le Pacte mondial des Nations Unies (ou *Global compact*, en anglais) a par exemple été proposé aux entreprises en juillet 2000[992]. Ce texte regroupe dix principes (relevant du domaine des droits de l'Homme, de l'environnement, de la lutte contre la corruption, des conditions de travail), auxquels les entreprises peuvent décider d'adhérer. Par cet acte d' « adhésion » au pacte, elles signalent leur engagement à respecter ces principes dans le cadre de leurs activités. Le suivi de ce Pacte est géré par le bureau du Pacte mondial, qui est une entité des Nations Unies rattachée au Secrétariat général. Ce pacte a reçu le soutien de l'Assemblée Générale[993] des Nations Unies, laquelle rappelons-le, est composée des représentants des 193 Etats membres des Nations Unies. Les Etats ont par ce biais, marqué leur soutien politique à cette démarche, sans que cela n'est aucun effet pour autant sur la valeur juridique de ce pacte. La gouvernance du Pacte mondial est organisée autour de plusieurs organes[994], au sein desquels se trouvent des représentants du monde des affaires, ce qui rend ce mécanisme particulièrement original puisqu'il s'agit d'un véritable partenariat entre les Nations Unies et le monde des affaires. Ce texte, de nature hybride, n'a aucune force contraignante. Les entreprises souhaitant exprimer leur

---

[992] Voir E. MAZUYER, L. BOISSON DE CHAZOURNES (dir.), Le Pacte Mondial des Nations Unies après 10 ans de mise en œuvre – The Global Compact of the United Nations 10 years after, éd. Bruylant, Bruxelles, 2011.

[993] Assemblée Générale des Nations Unies, *Towards global partnership*, Résolution, 26 mars 2006, A/RES/60/215.

[994] Le cadre de gouvernance du Pacte mondial est organisé autour de 6 entités : le sommet des dirigeants sur le Pacte mondial, les réseaux locaux, le forum annuel des réseaux locaux, le Conseil d'administration du Pacte mondial, le bureau du Pacte mondial, et l'équipe inter-agence des Nations Unies. Le réseau local France du Pacte mondial est par exemple une association loi 1901 et n'est donc pas doté des statuts ni des pouvoirs assimilables aux agences des Nations Unies. Pour plus de détails sur l'organisation de la gouvernance du Pacte mondial, voir www.unglobalcompact.org, site visité le 27 juillet 2013.

adhésion aux dix principes du Pacte se contentent d'envoyer un courrier au Secrétaire Général des Nations Unies par l'intermédiaire du Président de la société. A travers ce courrier, l'entreprise s'engage à adapter sa stratégie aux dix principes, de sorte notamment à les promouvoir dans le cadre de ses activités. Une « Communication sur le Progrès » doit ensuite être réalisée chaque année, publiée et envoyée au bureau du Pacte mondial. L'absence de cette communication peut entraîner la suppression du nom de l'entreprise de la liste des entreprises adhérentes au Pacte.

395. Dans un souci de responsabiliser les entreprises transnationales en matière de respect des droits de l'Homme, la Sous-Commission des droits de l'Homme des Nations Unies[995] a quant à elle adopté, en 2003, un Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises[996] (ci-après « le Projet de Normes »). Ce texte avait une ambition politique et juridique beaucoup plus large que celle du Pacte mondial[997]. Il a néanmoins été rejeté par la Commission des droits de l'Hommes[998] en 2004. Ce projet de Normes s'adressait

---

[995] La Sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies avait créé un groupe de travail de cinq membres en 1999 aux fins de travailler sur la question du respect des droits de l'Homme par les ETN ; O. DE FROUVILLE, « Les mécanismes onusiens de protection et de promotion », *in* E. DECAUX (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2010, p.170.

[996] E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

[997] Voir E. DECAUX, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales », *in* Isabelle DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 459-474.

[998] Dans cette décision, la Commission a affirmé ne pas avoir demandé à la Sous-Commission de réaliser un tel document, lui ôtant ainsi toute valeur juridique. Pour cette raison, la Sous-commission n'a pu assumer aucune fonction de surveillance en la matière. Le représentant spécial nommé en 2005 par le Secrétaire général des Nations Unies, suite à l'échec de ce projet de Normes, s'est en revanche vu confier explicitement le mandat d'identifier et de clarifier les normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises au regard des droits de l'homme (E/CN.4/RES/2005/69). Son mandat a notamment été défini par la décision de 2004 de la Commission des droits de l'Homme qui avait malgré tout prié le Haut Commissariat aux droits de l'Homme, tout en rejetant le Projet de Normes, « d'établir un rapport définissant la portée et le statut juridique des initiatives et des normes existantes concernant la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, notamment le projet de normes contenu dans le document de la Sous-Commission de la

directement aux entreprises, ce qui était d'une ambition majeure. Il s'agissait en effet d'imputer aux entreprises les obligations internationales des Etats en matière de respect des droits de l'Homme. Cette ambition était affichée dès le préambule, lequel constatait que les « sociétés transnationales et autres entreprises, en tant qu'organes de la société, ont, elles aussi, la responsabilité de promouvoir et de garantir les droits de l'Homme énoncés dans la Déclaration Universelle des droits de l'Homme[999] » et qu'elles et leur personnels, « sont tenus de respecter les principes et normes faisant l'objet d'une reconnaissance générale énoncés dans de nombreuses conventions des Nations Unies et autres instruments internationaux[1000] ». Le rejet de ce texte par la Commission des droits de l'Homme, organe intergouvernemental, s'explique par la portée juridique potentielle de ce texte puisque celui-ci visait à imposer des obligations directes aux entreprises[1001],

---

promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2), et d'autre part, concernant les questions en suspens, de consulter toutes les parties intéressées dans le cadre de l'établissement du rapport, y compris les États, les sociétés transnationales, les organisations patronales et les associations de salariés, les organisations et organismes internationaux concernés, les organes de suivi des traités et les organisations non gouvernementales, et enfin de présenter le rapport à la Commission, à sa soixante et unième session, afin qu'elle définisse les possibilités de renforcer les normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, et de les mettre en œuvre », Décision 2004/116 du 20 avril 2004. Le 25 juin 2014, le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies a adopté deux résolutions (A/HRC/26/L.22/Rev.1 et A/HRC/26/L.1) par lesquelles il affirme sa volonté de travailler à l'élaboration d'un « instrument international juridiquement contraignant ». L'adoption de ces deux résolutions démontre l'évolution politique et la volonté, au niveau international, de faire évoluer le cadre juridique applicable aux entreprises transnationales. Le mandat du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises est notamment prolongé pour une durée de trois ans afin d'entamer à partir de 2015, un processus de consultations avec les États pour envisager et faciliter la mise en commun des mesures juridiques et pratiques visant à améliorer l'accès aux recours, judiciaires et non judiciaires, pour les victimes de violations liées aux entreprises, notamment les avantages et les limites d'un instrument juridiquement contraignant, et d'établir un rapport sur la question. Un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée est également créé afin d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises**.**

[999] Préambule, §3 du projet de Normes.

[1000] Préambule, §4 du projet de Normes.

[1001] « (…) Chaque société transnationale ou autre entreprise adopte, diffuse et applique des règles internes de fonctionnement conformes à ces Normes », §17, point H *Dispositions générales de mise en œuvre*, Projet de Normes.

mais également aux Etats[1002]. Faute d'avoir été suivi par la Commission, mais décidé de continuer à traiter de la problématique soulevée par le respect des droits de l'Homme par les entreprises, un représentant spécial chargé de la question « des droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises », a donc été nommé en 2005 par le Secrétaire général des Nations Unies[1003]. L'exercice de ses deux mandats a permis l'élaboration puis l'adoption, par le Conseil des droits de l'Homme, du texte des Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme des Nations Unies[1004] (ci-après « les Principes directeurs des Nations Unies »), qui est aujourd'hui l'un des textes de référence en matière de responsabilité sociétale des entreprises[1005]. S'adressant en premier lieu aux Etats, ce texte reste un instrument de *soft law*. Dans la continuité du Projet de Normes, il proclame que « les entreprises devraient respecter les droits de l'homme [1006]». Les droits de l'Homme y sont entendus beaucoup plus restrictivement que dans le projet de Normes puisque ne sont visés que ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'Homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux

---

[1002] « Les États mettent en place et renforcent le cadre juridique et administratif nécessaire pour veiller à l'application par les sociétés transnationales et autres entreprises des Normes et autres textes nationaux et internationaux pertinents », §15, point H, *Dispositions générales de mise en œuvre*, projet de Normes.

[1003] Le Représentant spécial a d'abord reçu mandat d'identifier et de clarifier les normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises au regard des droits de l'Homme (E/CN.4/RES/2005/69). Son mandat a ensuite été renouvelé le 18 juin 2008 pour trois ans, par une Résolution du Conseil des droits de l'Homme, le chargeant entre autre de fournir des recommandations concrètes sur la manière dont les Etats peuvent remplir leur obligation de protéger les droits de l'Homme impliquant des entreprises transnationales ; d'approfondir la notion de « responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme » ; d'explorer des options et de faire des recommandations au niveau national, régional et international pour renforcer l'accès à des moyens de réparation aux personnes affectées par les violations des droits de l'Homme induites par les activités des entreprises (A/HRC/RES/8/7).

[1004] Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme des Nations Unies, Résolution 17/4, 16 juin 2011.

[1005] En adoptant les Principes Directeurs, le Conseil des droits de l'Homme a créé un groupe de travail sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, chargé de faire un rapport annuel à l'Assemblée générale des Nation Unies. Ce groupe de travail, dont les cinq membres sont nommés pour trois ans, ont notamment pour mission de promouvoir la diffusion et l'application des Principes Directeurs, de diffuser les bonnes pratiques et de formuler des recommandations sur la mise en œuvre des Principes, voir notamment le premier Rapport du groupe de travail sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/ HRC/20/29 du 10 avril 2012.

[1006] Principe 11, Principes Directeurs de l'OCDE.

au travail de l'OIT[1007]. A défaut de portée juridique contraignante, la portée politique de ce texte reste non négligeable puisqu'elle a notamment conduit à l'élargissement de la notion de RSE par l'insertion, dans certains textes, du devoir de respect des droits de l'Homme par les entreprises.

396. Tel est par exemple le cas du texte des Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises transnationales (ci-après « les Principes Directeurs de l'OCDE »), dans lequel a été ajouté un chapitre relatif aux droits de l'Homme lors de sa dernière révision en 2011. Elaboré dans le cadre de l'OCDE[1008], organisme intergouvernemental, ce texte n'a pas plus de valeur juridique contraignante que les textes mentionnés précédemment[1009]. Il s'agit de recommandations adressées par les 34 Etats membres de l'OCDE ainsi que 8 Etats adhérents aux Principes[1010], aux entreprises multinationales. Ce texte fait partie de la Déclaration sur l'investissement international des entreprises multinationales, auquel il est annexé[1011]. Si le texte contenant les Principes directeurs ne revêt pas de force contraignante, tel n'est en revanche pas le cas du texte ayant mis en place les Points de contact nationaux chargés de contribuer à renforcer l'efficacité des Principes[1012] qui relève de la catégorie des actes de Décisions de l'OCDE. Les Décisions sont des actes juridiquement contraignants pour les Etats membres de l'OCDE, même si elles ne constituent pas formellement des traités internationaux. Les Déclarations sont en revanche des actes solennels contenant des engagements politiques. Les Principes Directeurs ont ainsi une portée politique alors que les procédures de mise en œuvre des Principes, instituées à travers les Points de contact nationaux, sont quant à elles obligatoires pour les Etats membres de l'OCDE. Notons

---

[1007] Principe 12, Principes Directeurs de l'OCDE.

[1008] R. GEIGER, « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 413-428.

[1009] Chapitre I « Concepts et Principes », *Principes Directeurs de l'OCDE*; sur la portée juridique des actes concertés non conventionnels, voir notamment P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 7ème éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 389.

[1010] L'Argentine, le Brésil, l'Egypte, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Pérou et la Roumanie.

[1011] Première adoption le 21 juin 1976 (C(76)99/FINAL), dernier amendement le 25 mai 2011 (C/MIN(2011)11/FINAL).

[1012] Décision du Conseil *sur les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, 27 juin 2000 (C(2000)96/FINAL, amendé le 25 mai 2011 (C/MIN(2011)11/FINAL).

également que ce texte est plus large dans son contenu, que le texte des Principes Directeurs des Nations Unies, puisqu'il va au-delà du respect des droits de l'Homme en recommandant aux entreprises un certain type de conduite dans des domaines tels que la transparence, l'emploi et les relations professionnelles[1013], l'environnement, la lutte contre la corruption, la consommation, les sciences et la technologie, la concurrence et la fiscalité. Malgré son caractère régional, son application est internationale puisque sont concernées les entreprises multinationales « opérant dans ou depuis leur territoire ».

397. De manière plus spécifique, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales se concentre sur l'emploi, la formation et l'orientation professionnelle, les conditions de travail et de vie ainsi que les relations interprofessionnelles[1014]. De la même manière que l'OCDE, il s'agit de recommandations adressées aux entreprises, qui l'appliquent sur une base volontaire. En proclamant que toutes les parties, y compris les entreprises multinationales, « devraient respecter la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes internationaux correspondants[1015] », les auteurs de la Déclaration élargissent malgré tout le champ d'application matériel du texte au-delà des seuls droits sociaux.

398. Au niveau régional, les institutions de l'Union européenne ont également adopté divers textes en matière de RSE. La Commission européenne et le Parlement européen sont les deux institutions qui participent à la construction d'un cadre de référence de la RSE au niveau de l'Union, la première ayant recours à des communications, et la seconde adoptant des résolutions. A l'exception de certains textes, ces normes ne s'adressent pas directement aux entreprises, mais visent d'avantage les politiques publiques européennes et nationales intéressant la RSE. Ainsi, si la Commission

---

[1013] Sur les limites du chapitre IV des Principes directeurs relatif à l'emploi et aux relations professionnelles, voir I. DAUGAREILH, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 3, 2008, pp. 567-599.

[1014] I. DAUGAREILH, « La déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises transnationales, *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 429-458.

[1015] Déclaration tripartite de l'OIT, §8.

européenne a proposé une définition de la RSE[1016], ni elle ni le Parlement n'ont élaboré de code de conduite ou proposé d'inventaire de principes auxquels les entreprises européennes devraient se soumettre. Les textes internationaux que sont les Principes Directeurs de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT ou encore les Principes Directeurs des Nations Unies restent donc, pour la Commission européenne, les textes de référence[1017]. Ses communications sur la RSE sont toutefois un moyen d'informer les entreprises sur la manière dont celles-ci devraient se comporter, même si les recommandations qu'elles contiennent restent très générales. Les Résolutions du Parlement européen comportent pour leur part des recommandations d'action à l'attention de la Commission européenne, comme par exemple la Résolution du Parlement européen sur les « normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement : vers un code de conduite »[1018], laquelle s'appuie sur la Déclaration tripartite de l'OIT, les Principes Directeurs de l'OCDE mais également sur diverses conventions internationales relatives aux droits de l'Homme. Cette résolution comporte des recommandations à l'attention de la Commission et du Conseil tendant à l'adoption d'un code de conduite modèle pour les entreprises européennes. La Résolution adoptée par le Parlement européen « sur les victimes d'incendies survenus récemment dans les usines de textiles, en particulier au Bangladesh », vise en revanche directement les entreprises, le Parlement leur demandant de veiller à leurs chaînes d'approvisionnement afin « d'améliorer les normes de santé et de sécurité au travail »[1019].

2) *Les codes de conduite des acteurs privés*

399. Les entreprises choisissent de plus en plus de rédiger leur propre code ou charte. Si les codes de conduite s'inscrivant dans une démarche de RSE sont aujourd'hui devenus

---

[1016] Une première définition avait été proposée dans son livre vert en 2001 (COM(2001) 366), définition qui a évolué dans sa communication du 25 oct. 2011 (COM (2011) 681 final/2).

[1017] Commission Européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 25 oct. 2011, COM(2011) 681 final, p. 8.

[1018] JOCE, Résolution du 15 janvier 1999, C 104/180.

[1019] Parlement européen, Les victimes d'incendies survenus récemment dans les usines de textiles, en particulier au Bangladesh, Résolution, P7_TA(2013)0027, 17 janv. 2013.

un outil particulièrement utilisé par les entreprises, ces dernières n'ont fait qu'étendre une pratique déjà utilisée dans d'autres domaines. Souhaitant formuler les comportements souhaitables auxquels elles entendent se soumettre dans une activité donnée, les entreprises ont d'abord utilisé les codes pour affirmer leur respect des règles de la concurrence et exprimer ainsi une certaine éthique dans leurs politiques commerciales[1020]. Ces codes constituent à ce titre une source de la *lex mercatoria*. Les codes élaborés en matière de RSE ont toutefois la particularité de ne pas se limiter aux problématiques liées aux relations entre professionnels. Ils visent en effet plus largement les relations avec toutes les parties prenantes de l'entreprise. On retrouve dans les codes de RSE des engagements en faveur du respect de l'environnement, « l'attachement » ou « l'adhésion » d'une entreprise à des conventions internationales relatives aux droits de l'homme ou encore aux textes internationaux de référence relatif à la RSE.

400. Les codes peuvent être élaborés par et pour une entreprise, mais également collectivement, à travers un organisme professionnel. Ces codes peuvent alors devenir de « véritables règlementations professionnelles [1021] ». Citons par exemple les Principes d'Equateur[1022], qui ont été adoptés par plusieurs banques en 2003 afin de promouvoir l'utilisation de critères sociaux, environnementaux et sociétaux dans le choix des projets financés. Ces principes prévoient notamment la mise en place de « mécanismes de règlement des griefs » par l'emprunteur, afin qu'il puisse recueillir les « préoccupations et doléances sociales et environnementales des individus ou groupes appartenant aux communautés affectées et rechercher des solutions ». Certains codes peuvent se limiter à un seul aspect de la RSE, comme le code de pratiques commerciales de la Fédération internationale des industries du jouet, réalisé par la Fédération internationale des

[1020] Notons par exemple le code de la Chambre de commerce international sur les pratiques loyales en matière de publicité, rédigé en 1937 ; sur cette question, voir F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, p. 285.
[1021] *Idem*, p. 284.
[1022] Les Principes de l'équateur : un référentiel du secteur financier pour l'identification, l'évaluation et la gestion du risque social et environnemental en matière de financement de projet, juillet 2006, disponible sur : www. equator-principles.com.

industries du jouet, lequel code vise à assurer le respect des normes du travail dans le secteur, et principalement tout au long de la chaîne d'approvisionnement[1023].

401. L'entreprise peut également se doter de codes de conduite élaborés à la suite de négociations avec leurs destinataires. Les Accords-cadres internationaux en sont une illustration[1024]. Principalement axés sur l'amélioration des conditions de travail des travailleurs de l'entreprise au niveau international, ces codes sont négociés entre les représentants des travailleurs par le biais d'organisations syndicales internationales, et la direction de l'entreprise. Ils peuvent être qualifiés de « codes de conduite » dès lors qu'ils déterminent les principes de comportement que l'entreprise entend suivre dans le cadre de ses activités. Ils offrent l'avantage de prévoir des mesures de mise en œuvre et de suivi, que l'on retrouve très peu dans les codes de conduite élaborés unilatéralement.

402. Notons enfin que les codes de conduite ne sont plus utilisés uniquement par les acteurs économiques. La RSE est un domaine ayant vu le développement de normes également élaborées par des ONG. Celles-ci utilisent aujourd'hui les normes de *soft law*, initialement utilisées exclusivement par les acteurs économiques, afin de demander aux entreprises de respecter un certain nombre de principes ou de normes en matière sociale, environnementale ou de droits de l'homme. Citons par exemple les principes relatifs aux doits humains à l'intention des entreprises élaborés en 1998 par Amnesty international, lesquels s'appuient sur la DUDH, les pactes internationaux, les conventions de l'OIT[1025], et visant à guider les entreprises dans la rédaction de leurs codes de conduite et l'élaboration de mécanismes de contrôle de leur respect. D'autres normes peuvent être plus spécifiques, comme le code de la *Clean Clothes Campaign*, lequel vise également à accompagner les entreprises dans l'élaboration de leurs codes de conduite, mais en se concentrant sur la protection des droits des travailleurs, initialement dans le secteur de la production de vêtements. Ce texte se réfère aux conventions fondamentales de l'OIT pour inciter les entreprises à respecter les normes fondamentales du travail.

[1023] www.toy-icti.org, site visité le 20 juillet 2013.
[1024] Voir *supra*, Partie I, p. 188 et s.
[1025] Amnesty international, *Principes relatifs aux droits humains à l'intention des entreprises*, janv. 1998, Index AI : ACT 70/01/98, disponible sur : http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT70/001/1998/en/9c263242-e81c-11dd-9deb-2b812946e43c/act700011998fr.pdf, site visité le 3 septembre 2013.

3) *Les codes de conduite hybrides*

403. L'ISO 26000 « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale », a été publiée en novembre 2010. Cette norme internationale est avant tout une « norme de référence, un guide d'objectifs et de bonnes pratiques[1026] ». Dépourvue de procédure de certification, elle n'est pas une norme de gestion de part son contenu mais surtout son mode d'élaboration. Bien qu'élaborée sous l'égide de L'ISO, organisation privée internationale, toutes les parties prenantes intéressées à la RSE ont en effet été associées au processus d'élaboration, préfigurant « un usage international relatif à la responsabilité des sociétés, via des pratiques généralisées mises en lumière par l'ISO[1027] ». Cette norme énumère sept principes de comportement devant gouverner toute politique de responsabilité sociétale : la redevabilité, la transparence, le comportement éthique, la reconnaissance des intérêts des parties prenantes, le respect du principe de légalité, la prise en compte des normes internationales de comportement, le respect des droits de l'Homme. Elle s'articule autour de lignes directrices intervenant dans sept domaines relevant de la RSE : la gouvernance, les droits de l'Homme, les relations et conditions de travail, de l'environnement, de bonnes pratiques des affaires, de questions relatives aux consommateurs, et d'engagement sociétal à l'égard par exemple des communautés locales et du développement local. Cette norme, qui n'est ni « une norme de management, ni une norme à vocation contractuelle ou pouvant fonder une plainte en justice, ni processuelle[1028] », reste une norme de *soft law*. Son champ d'application, tant spatial que matériel, particulièrement large, marque la spécificité de l'ISO 26000 puisqu'elle définit entre autre des principes dans des domaines non couverts par la plupart des codes étatiques[1029].

B. L'organisation des entreprises régulée par des normes techniques

---

[1026] I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, 2010/4 t. XXIV, p. 402.
[1027] *Idem*, p. 404.
[1028] *Id.*, p. 418.
[1029] Voir M. CAPRON, F. QUAREIL-LANOIZELEE, M-F. TURCOTTE (dir.), ISO 26 000 : une Norme « hors normes » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale, Economica, 2010, 224 p.

404. De nombreux instruments et outils ont vu le jour pour accompagner les entreprises dans la mise en œuvre et le respect des principes contenus dans les codes. Ces instruments sont de nature très diverse et peuvent être élaborés tant par les acteurs étatiques que par les acteurs non étatiques eux-mêmes. On peut qualifier ces normes de « techniques » dans la mesure où elles prévoient essentiellement des procédures à mettre en place au sein des entreprises, indépendamment du contenu de leur démarche.

405. Les entreprises s'engageant dans une démarche responsable sont par exemple invitées à être transparentes et à communiquer sur la manière dont elles mettent en œuvre leurs engagements. Elles y sont invitées tant par les codes interétatiques[1030] que par certaines législations nationales[1031]. Le recours au rapport RSE, également appelé rapport développement durable, est ainsi un moyen, pour les entreprises, d'informer leurs parties prenantes de leurs engagements et des procédures mises en place pour les respecter. De tels rapports n'informent en revanche que très rarement des cas dans lesquels ces engagements ne sont pas tenus ou des situations dans lesquelles les principes contenus dans les codes étatiques ne sont pas respectés. Il est donc intéressant de bien distinguer les informations concernant les procédures mises en œuvre, des résultats effectifs de ces procédures en matière de respect des droits de l'Homme, de l'environnement etc. De par l'objet même de l'information à rapporter, les entreprises sont en effet amenées à compiler davantage d'informations qualitatives que quantitatives. Libres sur la manière d'élaborer ces rapports, elles choisissent les informations à y inclure, informations qui peuvent donc varier d'une année à l'autre, voire même d'une entreprise à une autre. Afin d'harmoniser cette pratique, certains guides ont été élaborés afin d'accompagner les entreprises à réaliser ces rapports. Le plus utilisé d'entre eux par les entreprises est aujourd'hui celui du *Global reporting initiative* (GRI). Le GRI a vu le jour en 1997 à l'initiative de la coalition pour les économies environnementales responsables (CERES)[1032], en association par le Programme d'environnement des Nations Unies (PNUE). Les diverses parties prenantes

---

[1030] Que sont les Principes Directeurs des Nations Unies, Les Principes Directeurs de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT, le Pacte mondial.
[1031] Article L. 225-102-1 du Code de commerce.
[1032] Le CERES est une coalition d'investisseurs, d'entreprises, et d'organisations créé en 1989 aux Etats-Unis et dont l'objet est la diffusion et l'adoption, par les entreprises, de bonnes pratiques en faveur du développement durable. Voir le site internet www.ceres.org, site visité le 30 juillet 2013.

participent à l'élaboration des lignes directrices du GRI. Sont ainsi invitées des représentants d'ONG, des entreprises, des organismes de comptabilité etc. Ce document propose des référentiels d'indicateurs afin de guider les entreprises dans l'élaboration de leurs rapports, concernant les questions économiques, environnementales, droits de l'homme, sociales etc. Ce guide concerne essentiellement les entreprises travaillant à l'international, tout secteur confondu. Cela reste une initiative privée. Le recours à ce guide par de très nombreuses entreprises tend toutefois à en faire un instrument de référence, y compris pour les institutions européennes. La proposition de directive européenne de la Commission européenne du 16 avril 2013[1033] visant à modifier les Quatrièmes[1034] et Septièmes directives[1035] portant sur les comptes annuels consolidés[1036], vise ainsi expressément « les cadres nationaux, de l'UE ou internationaux ». Aux termes de cette directive, certaines catégories d'entreprises[1037] seront invitées à établir dans leur rapport de gestion un exposé fidèle sur l'évolution des affaires et « une déclaration non financière comprenant des informations relatives au minimum aux questions d'environnement, sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption ». La proposition de directive précise que ces cadres de référence nationaux, de l'UE ou internationaux sont notamment « le Pacte mondial de l'ONU, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme mettant en œuvre le cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, la norme ISO 26000, la Déclaration de Principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT et la «Global Reporting Initiative»[1038]. Ce projet de directive prévoit de

---

[1033] Proposition adoptée par le Parlement européen le 15 avril 2014.
[1034] Directive 78/660/CEE.
[1035] Directive 83/349/CEE.
[1036] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil européen modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes, 16 avril 2013, COM(2013) 207 final, 2013/0110 (COD). Voir N. CUZACQ, « Proposition de directive relative à la publication par les entreprise d'informations extra-financières et d'information relatives à la diversité », RDT, 2013, p. 563.
[1037] « Pour les sociétés qui ont employé en moyenne plus de 500 salariés sur l'exercice et qui, à la date de clôture du bilan, affichent soit un total du bilan supérieur à 20 000 000 EUR, soit un chiffre d'affaires net de plus de 40 000 000 EUR », Article 1er, modifiant l'Article 46 b) de la Directive 78/660/CEE, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil, 2013/0110 (COD).
[1038] *Idem*, p. 7.

laisser le soin aux entreprises de choisir entre l'obligation d'établir un rapport « exhaustif » extra-financier, et celle d'établir une déclaration non financière. Aucune sanction n'est en revanche prévue en cas de fausse déclaration ou d'absence de déclaration, la Directive ayant choisi d'utiliser la procédure anglo-saxone dite du « *comply or explain*[1039] ».

406. Les rapports RSE sont ainsi un moyen pour les entreprises, de gérer leur politique de RSE et d'informer les tiers. D'autres normes servant à guider les entreprises dans la gestion de leurs politiques et stratégies de RSE ont également vu le jour, tel que le guide SD 21000 « Développement durable – Responsabilité sociétale des entreprises – Guide pour la prise en compte des enjeux du développement durable dans la stratégie et le management de l'entreprise », élaboré par l'AFNOR en 2003[1040]. Ce guide vise à accompagner les entreprises à élaborer leur stratégie de RSE et à la mettre en œuvre. De nombreuses normes de gestion ont également été élaborées dans des secteurs spécifiques afin de répondre aux problématiques soulevées par un secteur en particulier. A défaut de cadre juridique adapté aux chaînes d'approvisionnement internationales du secteur des minerais par exemple, des acteurs du secteur public et privé ont ainsi créé une alliance pour le commerce responsable des minerais intégrant le devoir de diligence, tel qu'énoncé par les Principes Directeurs de l'OCDE et les Principes Directeurs des Nations Unies tout au long de la chaîne, et ceci spécialement pour l'étain, le tantale, le tungstène et l'or. L'objet est de mettre en place un processus de collaboration, de transparence et de traçabilité des minerais tout au long de la chaîne afin de s'assurer que les minerais ne proviennent pas de l'exploitation de mines sous contrôle de groupes armés qui pourrait alimenter un conflit et participer ainsi à la violation des droits de l'Homme[1041]. D'autres normes ont été élaborées pour répondre aux problèmes soulevées

---

[1039] « Lorsqu'une société n'applique pas de politique sur l'une ou plusieurs de ces questions, elle fournit une explication de ce fait », *id.*

[1040] Guide publié par l'AFNOR ; voir également C. BRODHAG, N. GONDRAN, K. DELCHET, « Du concept à la mise en œuvre du développement durable : théorie et pratique autour de guide SD 21000 », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Volume 5 Numéro 2, nov. 2004, mis en ligne le 01 novembre 2004, http://vertigo.revues.org/3482 ; DOI : 10.4000/vertigo.3482, consulté le 03 sept. 2013.

[1041] Voir par exemple l'Alliance entre les secteurs public et privé pour un commerce responsable des minerais, signée le 1er sept. 2011 entre le Département d'Etat des Etats-Unis, l'Agence des Etats-Unis pour le Développement international, des entreprises et association industrielles utilisant des minerais en provenance de la région des Grands

par un domaine spécifiques. La Norme SA 8000 par exemple, créée en 1997 par la *Social Accoutability International*[1042], se limite à accompagner les entreprises sur les questions relatives au respect des droits sociaux en se référant aux conventions internationales de l'OIT. Ces multiples normes s'apparentent aux normes de qualité[1043] qui peuvent faire l'objet de certification et donc d'audits. Les domaines couverts par la RSE que sont la lutte contre la corruption, le respect des droits de l'homme, des droits sociaux et la protection de l'environnement sont donc désormais également susceptibles de faire l'objet de procédures de certification, au même titre que les produits. Ils incitent les entreprises à mettre en place des systèmes de gestion particuliers. Dans le domaine environnemental, la norme ISO 14001 ou le Système communautaire de management environnemental et d'audit (SMEA, plus connu sous son acronyme anglo-saxon EMAS)[1044] sont ainsi des normes de gestion qui visent à accompagner les entreprises dans les efforts mis en œuvre pour respecter l'environnement. Notons que toutes ces normes techniques ne se réfèrent pas à des textes juridiques. Certaines d'entres elles se contentent en effet de proposer des principes à respecter, indépendamment des normes juridiques internationales. Le risque est donc de voir se multiplier le recours à de telles normes techniques, indifférentes aux sources du droit et donc aux obligations internationales, si bien que les processus de certification proposés n'apportent finalement aucune garantie de respect des principes internationaux contenus dans les codes de conduite interétatiques, et encore moins des règles juridiques.

Lacs, des organisations d'exécution de programmes de validation et de développement des mines dans la région des Grands Lacs, disponible sur : www.resolv.org/site-ppa/files/2011/10/Alliance-MOU-for-DRC-090111-FINAL_word_FRE_FINAL_V2.pdf, consulté le 3 sept. 2013.

[1042] Cette norme a été élaborée initialement par une association américaine, le *Council on Economic Priorities*, devenue la *Social Accountability International* (SAI), www.sa-intl.org.

[1043] Sur cette question, voir M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source de droit légitime ? », *RFDA*, 2005, p. 738.

[1044] Règlement du Parlement européen et du Conseil, (CE) n°1221/2009 du 25 nov. 2009, concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

§ 2 . Les modes d'élaboration des normes de soft law renouvelés par la RSE

407. Le passage d'un système de règlementation à celui d'une régulation s'observe dans de nombreux domaines. Elle est aujourd'hui un choix politique, tant au niveau européen qu'au niveau national, qui vise à « mieux légiférer[1045] ». La régulation s'entend comme « le rôle d'un mécanisme capable de maintenir constant ou de faire varier selon les lois déterminées le fonctionnement d'un système ». La régulation a pour finalité de « maintenir un équilibre ou d'y revenir s'il y a lieu[1046] ». Tout système de régulation induit dès lors une coopération des autorités publiques avec le secteur privé afin d'atteindre cet équilibre. D'abord utilisé dans le domaine économique, « les régulations économiques ont finalement toutes pour but de maintenir un tel équilibre entre les effets des initiatives individuelles et les impératifs de l'intérêt général [1047]». Cela se traduit par une déconcentration des tâches vers des organismes de régulation. L'Etat n'est donc pas absent des mécanismes de régulation dès lors qu'il crée, définit et organise les compétences et pouvoirs de ces autorités administratives de régulation. La France a vu se multiplier les domaines soumis à la régulation par la création d'autorités administratives indépendantes depuis les années 1970. Issue d'un mouvement anglo-saxon dénommé « New Public management », il s'agit pour l'Etat de déléguer une partie de ses fonctions vers des organismes spécialisés dotés d'une autonomie plus ou moins étendue selon le choix politique opéré et le domaine concerné[1048]. La multiplication d'organismes régulateurs n'est pourtant pas sans poser des « risques de conflits entre eux, ou avec les pouvoirs judiciaires et politiques[1049] ». Certaines autorités administratives de régulation ont vu en effet leurs pouvoirs et leurs compétences se renforcer ces dernières années, jusqu'à participer « à l'élaboration des politiques

---

[1045] Comité Economique et Social, L'amélioration du cadre règlementaire de l'Union européenne en amont et en aval : une véritable priorité politique, Rapport, CESE/2005/16/FR, 2005.
[1046] A. DELION, « Régulation : progrès et problèmes, actualisation 2006-2008 », *in* T. REVET, L. VIDAL (dir.), *Annales de régulation*, Vol. 2, IRJS éd., 2009, p. 6.
[1047] Ibidem.
[1048] Pour sur cette question : P. GELARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport n° 404, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, T. II, 15 juin 2006, 449 p.
[1049] A. DELION, « Régulation : progrès et problèmes, actualisation 2006-2008 », *op. cit.*, p. 1.

publiques et à l'évolution générale du droit [1050]». La régulation peut prendre différentes formes. En matière de RSE, deux modes de régulation sont particulièrement utilisés : l'autorégulation (A) et la corégulation (B). Nous verrons que s'ils s'inspirent des modes de régulation utilisés déjà dans d'autres domaines, ils s'en détachent malgré tout sur certains aspects, du fait de l'activité normative encore très récente dans ce domaine.

A. Le recours à l'autorégulation en matière de RSE

408. L'absence de législation adaptée aux activités internationales des entreprises conduit ces dernières à s'autoréguler. L'autorégulation représente un modèle privé de régulation dont le contrat est la source première. Parler de volontariat en matière de normes de RSE ne fait finalement référence qu'aux fondements même du droit privé des obligations que sont l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle et la volonté individuelle[1051]. Les individus sont libres de définir le cadre de leurs échanges et de leurs relations. Instrument privilégié des relations économiques, le contrat est également utilisé dans l'organisation des rapports sociaux. De ce point de vue, les entreprises sont libres d'organiser leurs relations avec leurs diverses parties prenantes et donc, de s'autoréguler. Les entreprises utilisent néanmoins les principes offerts par le droit des obligations pour élaborer des normes d'un type nouveau. Le principe de la liberté contractuelle est encadré par le droit étatique qui définit notamment les conditions de formation, d'exécution et d'extinction des contrats. Or, ces nouvelles normes issues de l'autorégulation sont élaborées en dehors de ce cadre, puisqu'elles ne sont pas nécessairement négociées avec leurs destinataires alors même qu'elles expriment, en apparence du moins, un engagement, et qu'elles prévoient souvent un champ d'application spatial international. Les normes de RSE issues de l'autorégulation soulèvent ainsi des questions particulières et ce d'autant qu'elles ont pour objet non pas l'organisation des relations marchandes, mais l'organisation des relations entre l'entreprise et la Société et touchent donc à des préoccupations d'ordre public. L'autorégulation s'oppose alors à la régulation publique ou plus exactement à la

---

[1050] *Idem*, p. 2.
[1051] I. DAUGAREILH, «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica», *Cuadernos de relaciones laborales*, n°1, vol.27, 2009, pp.93-123.

règlementation, apanage de l'Etat, garant de la cohésion sociale et selon une conception classique, seul compétent pour dire le droit dans certains domaines.

409. Le recours à l'autorégulation n'est pourtant pas nouveau et est utilisé depuis plusieurs années en matière de publicité, dans les relations commerciales, sociales, dans le domaine comptable, en matière d'internet[1052] etc. Diverses raisons peuvent l'expliquer. Il peut s'agir d'une volonté d'évitement d'une règlementation étatique ou de son inadaptation dans un domaine trop technique. Dans tous les cas, l'autorégulation est généralement utilisée pour réguler des relations entre professionnels et porte sur des questions particulières et techniques. Les auteurs ayant étudié ce modèle de régulation ont ainsi pu constater que « la norme d'autorégulation suppose, en quelque sorte, non seulement un « pouvoir législatif interne » en charge de la mise en place des normes, mais aussi « un pouvoir exécutif et judiciaire », qui devra veiller à leur interprétation et à leur respect[1053] ». La liberté laissée aux entreprises dans le domaine de la RSE pose pourtant deux difficultés qui remettent en cause une telle définition. La première tient à la détermination du contenu de la norme, c'est-à-dire au choix des valeurs et des principes auxquels adhère l'entreprise ; la seconde porte sur les mécanismes de mise en œuvre de la norme.

410. L'autorégulation permet en effet aux entreprises de déterminer elles-mêmes le contenu des normes. Elaborées en dehors de tout cadre de référence, la RSE est à l'origine d'un foisonnement de normes qui diffèrent d'une entreprise à une autre. Les entreprises peuvent en effet choisir de se référer à un texte international plus qu'à un autre et de se doter de principes de comportement qui relèverait davantage du domaine de l'éthique que de celui du droit[1054]. Cette liberté dans le choix des thèmes et des textes de référence fait craindre certains auteurs du risque de « *self service* » normatif qui

---

[1052] On pense par exemple à la netiquette, qui constitue un *corpus* de règles générales pour encadrer l'univers numérique ; B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, 2012, p. 216 et s.

[1053] J-Y. TROCHON, F. VINCKE (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruylant, coll. Feduci, 2006, p. 290.

[1054] Sur une distinction entre éthique et RSE, voir par exemple N. POSTEL, S. ROUSSEAU, « Ethique, entreprise et RSE », *in* B. BOIDIN, N. POSTEL, S. ROUSSEAU (dir.), *La responsabilité sociale des entreprises, une perspective institutionnaliste*, Septentrion, 2009, p. 119.

s'allie mal avec le principe d'indivisibilité des droits de l'Homme[1055]. En matière sociale par exemple, la santé et la sécurité au travail sont des thèmes que l'on retrouve dans de nombreux codes, au détriment souvent des questions portant sur la liberté syndicale et la négociation collective ou encore celle du travail forcé[1056]. De plus, l'autorégulation laisse la liberté aux entreprises de choisir les normes auxquelles se référer dans leur code, si bien que certains d'entre eux peuvent se limiter à « lutter contre la discrimination », sans se référer à une loi ni même à la convention n°111 de l'OIT relative à la discrimination ou encore au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels[1057]. De telles disparités s'expliquent par la liberté laissée aux entreprises de s'autoréguler en matière de RSE et donc d'arbitrer elle-même les domaines dans lesquels s'investir. Au-delà de toute considération juridique, les raisons qui conduisent une entreprise à se fixer des règles de conduite en matière environnementale plutôt qu'en matière sociale par exemple, sont par ailleurs rarement expliquées et peuvent ne pas correspondre aux réels impacts des activités de l'entreprise concernée, ce qui peut alors conduire à une remise en cause de l'effectivité de la norme. Ces normes peuvent malgré tout participer à étendre les droits et principes reconnus internationalement et à les rendre « opérationnels ». Pour autant, lorsque de telles normes visent des droits fondamentaux, la question se pose de la nature volontaire de leur respect par des entreprises[1058]. Le recours à l'autorégulation par les entreprises vient en effet pallier une absence de législation applicable aux entreprises au niveau international, dans les domaines visés par la RSE. En matière de droits fondamentaux, elle ne devrait pourtant rester qu'un relai et non venir se substituer à toute règlementation. Outre les questions relatives au maintien de l'ordre public et à la défense de l'intérêt général, se pose en effet la question de l'interprétation que les entreprises

---

[1055] I. DAUGAREILH, « Les limites de l'autorégulation de la RSE par les entreprises transnationales », présentation à la Conférence « on corporate social responsability : CSR at the global level, what role for EU ? », Bruxelles, 7 déc. 2007.

[1056] Voir l'étude menée par J. DILLER sur 215 codes de conduite et 12 programmes de labels sociaux, J. DILLIER, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des code de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *RIT*, 1999, vol. 138, n°2, p. 107, cité par E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse 1, janv. 2004, p. 237.

[1057] E. DEHERMANN-ROY, Les codes de conduite et les labels sociaux, idem, p. 240.

[1058] I. DAUGAREILH, « Les limites de l'autorégulation de la RSE par les entreprises transnationales », *op. cit.*

peuvent donner aux principes et droits internationalement reconnus ou même aux sujets sur lesquels elles doivent s'engager.

411. Au-delà de la question soulevée par le contenu parfois flou et hétérogène de ces normes, la question de leur application et de leur contrôle se pose également. Pour certains auteurs, la mise en œuvre des normes et leur contrôle par leurs destinataires, est un critère permettant de caractériser un texte d'autorégulation. Cela implique que toutes les personnes visées par le texte, en premier lieu les travailleurs d'une entreprise, veillent à son respect et à son application. Selon M. VIRALLY, cette coopération est « la seule caractéristique qui puisse être retenue pour définir ce qu'est un code de conduite[1059] ». Les Accords-Cadres internationaux traduisent ce type de coopération puisqu'ils sont le fruit d'une négociation bilatérale avec les représentants des travailleurs. Certaines entreprises signent également des accords de partenariat avec des ONG ou avec des communautés locales en vue de définir les principes qui gouverneront un projet donné et les conditions de leur mise en œuvre. La majorité des codes de conduite sont en revanche élaborés de manière unilatérale, en dehors de toute négociation avec leurs destinataires qu'il s'agisse des travailleurs, des clients, des sous-traitants et fournisseurs ou des communautés locales. La coopération de ces parties prenantes dans l'application des textes adoptés est alors absente, à moins que le texte ne soit inséré dans un contrat liant l'entreprise auteur du texte, à ses sous-traitants, par exemple. De manière générale pourtant, l'utilisation de l'autorégulation en matière de RSE ne conduit pas à une telle coopération. Soit les normes issues de l'autorégulation ne prévoient aucun mécanisme de vérification de leur application, soit de tels mécanismes de suivi sont prévus mais sont alors contrôlés par l'auteur même de la norme, sans aucune coopération avec les parties concernées. L'autorégulation permet en effet aux entreprises de choisir les moyens du contrôle du respect de ces normes, et ce sont bien souvent des normes techniques externes, c'est-à-dire élaborées par des tiers, qui permettent de vérifier la mise en œuvre de la norme. L'audit devient alors le moyen permettant de s'assurer du respect du contenu de la norme. La majorité des audits reste malgré tout assurés par des organismes privés, clients des entreprises pour lesquels ils sont réalisés. De manière générale,

---

[1059] M. VIRALLY, « Les codes de conduite, pour quoi faire ? », *in* J. TOUSCOZ, *les transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre économique*, P.U.F., 1978, cité par J-Y. TROCHON, F. VINCKE (dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, *op. cit.*, p. 290.

l'autorégulation pose ainsi la question de l'effectivité des normes issues de ce mode d'élaboration. Le non respect des normes de *soft law* n'entraînant pas *per se*, de risque de sanction juridique.

412. La diversité des modes d'élaboration des textes en matière de RSE rend ainsi difficile la recherche d'une définition ou d'un critère permettant de définir clairement l'autorégulation telle qu'elle est utilisée dans le domaine de la RSE. Nous pouvons malgré tout retenir que « le modèle public de régulation présuppose la séparation entre auteurs et destinataires de la régulation », alors que « l'autorégulation implique la coïncidence des deux (les régulés étant en même temps les régulateurs)[1060] ». Un tel mode de régulation dans le domaine de la RSE peut créer un risque « d'individualisation de normes générales[1061] ». En autorégulant leurs activités pour prévenir ou limiter les impacts négatifs de leurs activités sur l'environnement, les travailleurs, les citoyens et plus largement les Etats et leurs partenaires commerciaux, les entreprises interviennent dans des domaines traditionnellement règlementés par des règles générales et abstraites, car applicables et opposables à tous.

413. On comprend que ce modèle de régulation trouve ses racines dans les philosophies néo-libérales, lesquelles réfutent toute intervention de l'Etat, même si « un certain degré de régulation est considéré par la plupart des néo-libéraux comme une forme acceptable de néo-interventionnisme d'Etat, nécessaire au bon fonctionnement des marchés[1062] ». C'est d'ailleurs ce qui explique que la régulation d'autorité soit parfois venue compléter l'autorégulation dans certains domaines, se traduisant par exemple par l'encadrement des organes de supervision de l'audit afin d'organiser le contrôle des professions chargées du contrôle de l'application des normes[1063], ou par la collaboration entre les acteurs privés et publics dans leur élaboration. Le recours à la corégulation tend à cet

---

[1060] J. CHEVALIIER, « Contractualisation et régulation », *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 88.

[1061] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint louis, Bruxelles, 2002, p. 108.

[1062] A. DELION, « Régulation : progrès et problèmes, actualisation 2006-2008 », *op. cit.*, p. 2.

[1063] Création le 14 décembre 2005, par la Commission européenne, d'un groupe européen des organes de supervision d'audit, par exemple.

égard à se généraliser dans le domaine de la RSE, ce qui pourrait conduire à une consolidation des normes de RSE. Cela pourrait d'ailleurs répondre aux attentes du Parlement européen qui estime « qu'il est nécessaire de situer le débat sur la RSE dans un contexte plus large qui, tout en préservant le caractère principalement volontariste, ouvre la porte à un dialogue sur des mesures réglementaires, le cas échéant[1064] »

B. La corégulation comme nouveau modèle normatif

414. La RSE donne peu à peu naissance à un système de corégulation du comportement responsable des entreprises[1065]. Il n'existe pas de définition générale de la notion de « corégulation ». La Commission européenne définit la corégulation comme une technique associant des « mesures législatives ou règlementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique[1066] ». La corégulation est « la traduction du concept de gouvernance dans les termes des théories de la régulation[1067] ». Cette notion s'inscrit à mi-chemin entre la règlementation et l'autorégulation. Elle peut ainsi désigner un processus collaboratif d'élaboration de la norme. Il s'agit alors d'un processus de collaboration/négociation entre les autorités publiques et les acteurs privés, afin d'élaborer une norme[1068]. La collaboration entre acteurs privés et pouvoirs publics se poursuit tout au long de l'élaboration de la norme, par le biais de consultations publiques par exemple, ce qui peut renforcer sa légitimité car issue d'un consensus. Cette norme reste une norme juridique contraignante. Cette démarche est par exemple celle qui a été suivie par le Grenelle de l'environnement qui a associé toutes les parties prenantes, en amont et en

---

[1064] Résolution du Parlement européen, La responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 6 fév. 2013, 2012/2098 (INI)), §4.

[1065] Sur cette question voir L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, «Corégulation et responsabilité sociale des entreprises», *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR *et al.* (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 147 et s.

[1066] Commission européenne, *Gouvernance européenne*, Livre Blanc, Bruxelles, 25 juillet 2011, p. 25.

[1067] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, p. 150.

[1068] A. ROGER, « Quelle implication des destinataires de la norme ? La voie de la corégulation », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors série 6, nov. 2009, mis en ligne le 09 novembre 2009, http://vertigo.revues.org/8956, consulté le 02 août 2013.

aval du vote de la loi. L'obligation d'information extra financière telle qu'étendue par la loi « Grenelle 2[1069] » avait ainsi été le fruit de consultations diverses avec les parties prenantes, de même que les discussions portant sur le choix des indicateurs. La corégulation peut également désigner les interactions entre des normes privées déjà élaborées ou à élaborer, si bien que les « pouvoirs publics ne déterminent plus *a priori* de normes substantielles, mais associent un sommaire cadre formel à des fins définies plus précisément, laissant aux acteurs privés la charge de discuter et adopter les moyens[1070] ». Selon cette seconde approche, soit les conditions d'élaboration de la norme ainsi que les objectifs à atteindre sont définis *ex ante*, par une norme juridique contraignante, soit la norme juridique reprend une norme issue de l'autorégulation *ex post*. Selon ces deux approches, elle traduit le résultat d'une combinaison des instruments d'autorégulation et de règlementation[1071], si bien que les normes issues de la corégulation conservent un lien avec la pyramide des normes.

415. Les modes de régulation issues de la RSE se démarquent quelque peu de ces deux approches. Si une collaboration entre autorités publiques en charge de faire le droit, et acteurs privés existe, celle-ci ne donne pas nécessairement naissance à des normes pouvant être rattachée *per se* à la pyramide des normes. En d'autres termes, la corégulation issue de la RSE donne naissance à des normes de *soft law*. Certains auteurs préfèrent d'ailleurs parler de « système de corégulation » concernant les modes de régulations induits par la RSE, cette expression traduisant selon eux les enchevêtrements existants entre normes issues de l'autorégulation et de la règlementation. Donnant naissance à des normes de *soft law*, en collaboration avec les pouvoirs publics, la RSE s'illustre comme un domaine dans lequel la corégulation s'exprime davantage à travers la conception de la norme. C'est donc la coopération qui est avant tout recherchée, entre les diverses partie prenantes. En matière de RSE, la corégulation se rapproche ainsi d'un mode de négociation de la norme dès le stade de son élaboration. Il s'agit de normes de consensus faisant intervenir les parties intéressées. Ce phénomène se retrouve tant pour les normes élaborées au niveau international, européen que national.

[1069] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

[1070] B. BARRAUD, Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit, op. cit., p. 194.

[1071] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité social des entreprises », *op. cit.*, p. 155.

416. La version actuelle des principes directeurs de l'OCDE est par exemple issue de sa dernière révision qui est intervenue en 2010, et qui a conduit à l'adoption de la version révisée des Principes directeurs en 2011. Toutes les parties prenantes ont été associées au processus de révision par le biais de « consultations intensives » menées par les gouvernements adhérents aux Principes, auprès des divers acteurs. Les syndicats[1072], les ONG[1073], le représentant spécial des NU pour la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales, l'OIT, les entreprises, ont ainsi pu émettre des avis sur le contenu du texte et son évolution[1074]. Ces mêmes parties prenantes avaient en outre été associées, en amont, au processus d'élaboration des termes de références de la révision des Principes Directeurs encadrant le processus de révision des Principes[1075]. De manière générale, entreprises, syndicats et ONG sont appelés à exprimer leurs points de vue sur « la manière d'améliorer l'efficacité des Principes Directeurs » lors de la réunion annuelle des Points de contact nationaux[1076].

417. De la même manière, les Principes Directeurs de Nations Unies ont été élaborés suite à de très nombreuses consultations menées par le représentant spécial des Nations Unies avec de nombreux experts provenant de divers pays et les parties prenantes. Un site internet a été créé à cet effet afin de centraliser les documents de travail du représentant spécial. De même, un forum de discussion était accessible, permettant aux diverses parties prenantes de commenter les travaux en cours. 47 consultations internationales ont également été menées pendant les six années de mandat du représentant spécial ; des réunions, groupes de travail avec les représentants des entreprises, les entreprises elles-mêmes, les ONG, des cabinets d'avocat, des

---

[1072] Représenté par la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE par exemple.
[1073] Dont l'une des porte-paroles des ONG est *OECDwatch*.
[1074] Principes Directeurs de l'OCDE, p. 4.
[1075] « Consultations with stakeholders and non-adhering countries, including at the initiative of individual adhering countries, will be an integral part of the update process. The consultation process should be transparent, participatory, inclusive and timely while allowing for solicitation of inputs from targeted expert partners. It should encourage constructive inputs from consultations partners and actively involve non-adhering governments », OCDE, *Terms of reference for an update of the OECD guidelines for multinational enterprises*, Investment Division, 4 mai 2010.
[1076] OCDE, *La responsabilité des entreprises : renforcer un instrument unique*, Rapport annuel sur les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, 2010.

universitaires, des organisations internationales etc. Chaque partie prenante a ainsi pu proposer son expertise et émettre un avis au cours du processus d'élaboration des Principes Directeurs. Si les parties prenantes n'ont pas pris part à la rédaction ni au vote de la version finale des Principes Directeurs, leur élaboration reste le fruit d'un processus collaboratif[1077].

418. Même si les parties prenantes n'ont eu à jouer qu'un rôle consultatif dans l'élaboration de ces deux textes de référence, le pouvoir d'adoption final revenant dans les deux cas aux Etats, elles ne sont pas moins le fruit d'un long travail de collaboration entre les diverses parties prenantes, issue des nombreuses réunions de travail organisées à cet effet mais également des nombreux avis et rapports envoyés aux organismes en charge de l'élaboration de ces textes.

419. L'ISO 26000 illustre en revanche un processus de corégulation beaucoup plus poussé, faisant dire à un auteur qu'elle représente « une forme de démocratie participative par une approche empirique d'identification des parties prenantes et également de démocratie représentative à l'image des Etats de droit souverains[1078] ». Toutes les organisations de la société civile[1079] y ont été représentées, palliant ainsi le « déficit démocratique lié à la mondialisation [1080]». Les réunions ont duré presque cinq ans[1081], au cours desquelles la rédaction de la norme a dû suivre plusieurs étapes afin

---

[1077] Pour une liste des très nombreux documents de travail soumis au Pr. J. RUGGIE et ceux réalisés par le représentant spécial et son équipe, voir www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home.

[1078] I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, 2010/4 t. XXIV, p. 406-407.

[1079] Ont ainsi été représentées à travers des délégations nationales de presque 90 pays, les collectivités territoriales, les ONG, associations de consommateurs, syndicats, entreprises et PME, organisations internationales, gouvernements, chercheurs et consultants (représentés au sein de la catégorie Services, support, recherche et autres).

[1080] Sur cette question, voit L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RIDE*, 2003, n° 3/4 p. 471. Pour une lecture critique de cette « démocratie » apparente, voir I. DAUGAREILH, « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'inter-normativité », *in* M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée, M.F.Turcotte, *ISO 26000 : une Norme 'hors norme?*, éd. Economica, Paris, 2010, pp. 147-163.

[1081] Pour plus de détails sur le processus d'élaboration de la norme, voir notamment M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, M.F. TURCOTTE (dir.), *ISO 26000 : une Norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*,

d'accroître le consensus[1082]. La norme ISO 26000 est en effet « un document établit par consensus qui fournit pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités et leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné[1083] » . Cette forme de corégulation remet néanmoins en cause la place des gouvernements dans l'élaboration de la norme. Les Etats ont en effet été des parties prenantes comme les autres. En associant simplement les Etats au processus d'élaboration et de vote, cela remet en cause leur rôle dans la régulation. Elaborée sous l'égide d'une organisation privée, l'ISO, on peut alors parler de corégulation privée, l'Etat n'étant plus l'acteur principal à l'initiative de la norme mais un simple « invité » parmi d'autres.

420. On constate une tendance similaire au niveau européen. Les politiques, stratégies et textes adoptées au niveau européen au sujet de la RSE le sont principalement par la Commission européenne, travaillant en étroite collaboration avec les parties prenantes, parmi lesquelles les entreprises. Les entreprises sont des partenaires privilégiés, les autres parties prenantes étant régulièrement mentionnées dans les documents de la Commission portant sur la RSE, sans que ces derniers ne soient définis, ni leur rôles précisés. Les entreprises intervenant surtout via des organismes de coordination tels que *CSR europe*, cela crée une asymétrie avec les autres parties prenantes que sont par exemple les syndicats, ONG ou associations de consommateurs[1084]. La corégulation et

---

Economica, 2010 ; I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *op. cit*.

[1082] L'ISO définit le consensus comme « a general agreement, characterized by the absence of sustained opposition to substantial issues by any important part of the concerned interests and by a process that involves seeking to take into account the views of all parties concerned and to reconcile any conflicting arguments. NOTE Consensus need not imply unanimity» (ISO/TMB WG SR, 2008a, p. 2). Plusieurs étapes ont ainsi été respectées en passant par les *working draft*, les *Comity draft*, les *Draft International Standard*, et le *Final Draft International Standard* ; Voir M. HANQUEZ, *Le processus de normalisation ISO 26000 : La formation d'un compromis international et multipartite sur la définition de la responsabilité sociétale*, Mémoire, Université du Québec, Montréal, février 2011, disponible sur : http://www.archipel.uqam.ca/3901/1/M12024.pdf, site visité le 5 août 2013.

[1083] Guide ISO/CEI 2.

[1084] J. IGALENS, « Corégulation, l'expérience européenne », *in* C. GENDRON, B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal*, Armand Collin, coll. Recherches, 2013.

l'autorégulation en matière de RSE sont aujourd'hui devenus les modes privilégiés de régulation au niveau européen.

421. La Commission a d'ailleurs très tôt choisi de faire participer toutes les parties prenantes aux discussions portant sur le cadre européen de la RSE, avec l'organisation en 2002, d'un Forum pluripartite auquel ont participé toutes les parties prenantes intéressées. L'objet de ce forum était de promouvoir la RSE et d'entamer un dialogue entre les entreprises, les organisations syndicales, les ONG, les universitaires afin d'explorer les voies possibles pour l'établissement de principes communs sur la RSE, qui prennent en compte le cadre international et européen déjà existant. La mise en place de ce forum a très tôt marqué la position de la Commission européenne de ne pas proposer de cadre législatif contraignant. A l'issu du premier forum en 2004, seuls des objectifs ont été fixés, sans qu'aucun texte de consensus ne voit le jour[1085]. Ce Forum n'a donné lieu qu'à une Communication de la Commission, adoptée le 22 mars 2006, sur l'Alliance européenne pour la RSE[1086]. A défaut de recourir à un processus législatif, c'est un cadre général, ouvert sur une base volontaire, qui est proposé aux entreprises pour communiquer sur la RSE. Le « dialogue » entre parties prenantes qui aurait dû donné naissance à la « détection de domaines pour lesquels une action au niveau communautaire serait approprié[1087] », n'a en réalité pas abouti aux résultats escomptés puisque c'est sur la base de réunions informelles avec les groupes de représentants d'entreprises que le texte sur l'Alliance a finalement été adopté[1088]. Cette situation a inévitablement conduit à une rupture du dialogue avec la société civile [1089]. Si le Forum plurilatéral n'a pas abouti à l'élaboration de principes ou de standards propres à l'Union européenne, il a néanmoins permis de mobiliser les acteurs sociaux, les ONG, les entreprises et les chercheurs. La collaboration entre la Commission européenne, les

---

[1085] G. DE CASTRO, « Corporate social responsability and retructuring in the UE : a historical overview of recent developments », *in* Document de travail *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, DP/182/2007, Institut international d'études sociales (IIES) de l'OIT, Genève, 2008, p.95.

[1086] Commission européenne, *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,* Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité économique et social européen, 22 mars 2006, COM/2006/0136 final.

[1087] I. DAUGAREILH, « La Responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », Sociologie du travail, n° spécial L'Europe social, n°4, vol. 51, 2009, p. 503.

[1088] *Idem,* p. 506.

[1089] Ibidem.

entreprises et les autres parties prenantes dépasse aujourd'hui la simple définition du cadre européen pour la RSE, la Commission souhaitant associer les parties prenantes à l'élaboration des normes. C'est ce qu'il ressort de la Communication de la Commission du 25 octobre 2011 sur la Responsabilité sociale des entreprises[1090]. Il semble que la Commission considère que la participation des entreprises à l'élaboration des normes facilite leur responsabilisation : « *L'expérience montre que l'autorégulation et la corégulation sont le plus efficaces: lorsqu'elles sont fondées sur une étude préliminaire publique des enjeux, effectuée avec le concours de toutes les parties prenantes concernées, en présence et, si nécessaire, sur convocation des pouvoirs publics tels que la Commission européenne; lorsqu'elles débouchent, à un stade ultérieur, sur des engagements clairs de toutes les parties prenantes concernées, assortis d'indicateurs de performances; lorsqu'elles prévoient des mécanismes de suivi objectifs, l'analyse des performances et la possibilité d'améliorer les engagements pris dans la mesure où c'est nécessaire; lorsqu'elles s'appuient sur un système de responsabilisation qui permet de traiter efficacement les plaintes introduites pour non-respect de la réglementation*[1091] ».

422. Ce choix s'inscrit dans une politique plus large de l'Union européenne de « mieux légiférer », issue d'un accord interinstitutionnel signé entre le Conseil, le Parlement et la Commission le 6 décembre 2003[1092] lequel consacre l'autorégulation et la corégulation comme de nouveaux modes privilégiés de régulations alternatives aux instruments juridiques. La corégulation y est définie comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ». C'est donc un acte législatif qui définit le cadre de la corégulation. En

---

[1090] Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM (2011) 681 final, 25 oct. 2011, *spéc*. p. 7 et p.12.

[1091] « La Commission a recensé plusieurs facteurs qui contribueront à améliorer l'efficacité de la politique menée par la Commission en matière de RSE, notamment : (…) la nécessité d'envisager sur la mise en place de mécanismes d'autorégulation et de corégulation, sur lesquels les entreprise s s'appuient beaucoup pour s'acquitter de leurs responsabilités sociales », *idem*, p. 7.

[1092] Parlement européen, Conseil, Commission européenne, *Mieux légiférer*, Accord interinstitutionnel, 21 déc. 2003, 2003/C 321/01.

annonçant dans sa nouvelle stratégie, son intention « d'engager avec les entreprises et les autres parties prenantes, un processus d'élaboration d'un code de bonnes pratiques en matière d'autorégulation et de corégulation, le but étant d'améliorer l'efficacité du processus RSE », la Commission européenne se détache pourtant de l'accord institutionnel de 2003 à deux égards (alors même qu'elle s'y réfère expressément dans sa communication).

423. Tout d'abord, ce n'est pas un acte législatif qui définira le cadre d'autorégulation et de corégulation de la RSE, mais un « code de bonnes pratiques » défini entre les parties prenantes. Il s'agira pourtant d'intervenir dans des domaines qui relèvent de la compétence d'autres institutions européennes telles que la consommation, le travail, l'environnement, les droits de l'Homme etc. Cela présage donc l'élaboration de normes en parallèle de la législation européenne dans ces domaines, à moins que peu à peu ces normes issues de la corégulation ou de l'autorégulation ne se substitue à la législation européenne. Ensuite, l'accord interinstitutionnel prévoit que le recours à la corégulation n'est pas applicable « si les droits fondamentaux ou des choix de politiques importants sont en jeu (…)[1093] ». Or, depuis 2011, les droits de l'Homme font partie intégrante de la RSE ; de même, des choix intervenant dans le domaine social ou environnemental peuvent produire des effets sur les droits fondamentaux. Quels seront les critères permettant de déterminer si telle question relève de « politiques importantes » ? Le recours à la corégulation en matière de RSE, au niveau européen, laisse présager un élargissement des domaines aujourd'hui susceptibles d'être éligibles à la corégulation d'après l'accord interinstitutionnel de 2003. Or, comme le démontre l'expérience du Forum plurilatéral de 2004, une telle solution pourrait conduire à de nombreux blocages.

424. En France, la mise en place, le 17 juin 2013, d'une plateforme dédiée à la RSE, pourrait bien marquer les prémisses d'un cadre de corégulation propre à la RSE[1094]. La

---

[1093] *Idem*, Paragraphe 17.

[1094] Cette plateforme n'est pas sans rappeler le Forum des droits sur l'Internet, association créée le 31 mai 2001 sous l'impulsion du député Christian Paul, dissoute en décembre 2010 et remplacée en 2011 par le Conseil National du Numérique. Cette idée était apparue pour la première fois dans un rapport du Conseil d'Etat en 1998 à propos d'internet et des réseaux numériques. Ce forum visait à être un espace de dialogue et de réflexion pour l'élaboration de normes et d'usages, entre les parties prenantes (utilisateurs d'internet, acteurs économiques, étatiques etc.). Les recommandations

Plateforme d'actions globales pour la responsabilité sociétale des entreprises (et autres organisations) est une instance de concertation et de réflexion spécialisée au sein du Commissariat général à la stratégie et à la prospective auprès du Premier ministre. Ses mission et objectifs ont été fixés par lettre du Premier ministre le 7 juin 2013[1095]. Elle regroupe une quarantaine de membres répartis en 5 pôles représentant les principales catégories d'acteurs[1096] de la RSE. L'un de ses groupes de travail a par exemple pour mission de préciser la responsabilité des sociétés-mères à l'égard de leurs filiales et de promouvoir l'effectivité des textes internationaux de RSE[1097]. Ces pistes de travail se situent dans le champ du droit et pourraient bien conduire à influencer l'évolution de la législation sur ces questions.

425. De manière générale, on peut constater que l'objet même de la RSE suscite le développement d'un modèle de corégulation particulier qui fait intervenir des parties

---

issues de ce forum ont ainsi largement inspiré les politiques publiques. Sur cette question, voir B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, *op. cit*., p. 198 et s.

[1095]Lettre du Premier ministre du 7 juin 2013, 1081/13/SG, consultable sur : http://www.strategie.gouv.fr/blog/wp-content/uploads/2013/09/13-06-17-plateforme-RSE-lettre-PM-au-ministre-environnement.pdf. La Plateforme a ainsi pour missions principales : « de faire toute recommandation qu'elle juge pertinente à l'Etat, au Parlement ou à d'autres institutions et organisations, susceptible de renforcer les pratiques sincères de responsabilité sociale des entreprises et autres organisations, en particulier concernant la valorisation des démarches de RSE; participer aux consultations auxquelles des administrations souhaiteraient l'associer, notamment à l'issue des conférences nationales environnementales et sociales, dans le cadre de saisines ou en réponse à des sollicitations internationales ; Contribuer à la formulation et à l'actualisation d'un projet de «plan national d'actions 2 prioritaires» en faveur de la RSE regroupant les politiques publiques et les initiatives privées »;

[1096] On retrouve les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et professionnel ainsi que d'autres organisations « du monde économique » (tels que chambres de commerce, association français des entreprises privées, collège des directeurs de développement durable etc.) ; des organisations syndicales et salariées ; des organisations de la société civile ; des organisations expertes ; des institutions publiques. Pour plus de détails sur la composition et les modalités de fonctionnement de la plateforme, voir *Principes provisoires d'organisation et de fonctionnement de la Plateforme d'actions globale pour la responsabilité sociétale des entreprises (et autres organisations)*, adoptés le 16 janvier 2014, consultable sur : http://www.strategie.gouv.fr. Site consulté le 16 juin 2014.

[1097] Plateforme RSE, « Les implication de la responsabilité des entreprises sur leur chaîne de valeur (filiales et fournisseurs) telle que recommandée par les normes internationales », Feuille de route du groupe 3, 17 déc. 2013, disponible sur : http://www.strategie.gouv.fr, site consulté le 16 juin 2014.

prenantes traditionnelles, telles que les entreprises. Leur implication est circonscrite au stade de la consultation, et de la mise en œuvre des normes élaborées, les pouvoirs publics conservant les compétences pour leur adoption. L'influence de ces consultations sur l'adoption d'un texte ne fait néanmoins aucun doute. Il serait en effet difficilement envisageable que, fruit de longues consultations prenant souvent l'allure de négociations, une norme qui soit le fruit d'un consensus ne soit pas adoptée. Dans un tel processus, les pouvoirs publics deviennent davantage une chambre d'enregistrement qu'une force de proposition.

426. Certains gouvernements peuvent au contraire choisir de rester force de proposition et de ne pas faire produire d'effet juridique aux normes élaborées par ces instances. Tel est par exemple le cas du code international de bonne conduite des entreprises de sécurité privée[1098], né à l'initiative du gouvernement Suisse en 2010, élaboré en collaboration avec des associations industrielles et des organisations de la société civile. En avril 2013, ce code comptait 600 entreprises privées de sécurité signataires. Ce code prévoit le respect, par ces entreprises, des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans le cadre de leurs activités. Les entreprises signataires s'engagent à mettre en place un système de gestion interne visant à s'assurer du respect des principes contenus dans le code. Seules les entreprises de sécurité privée sont éligibles à la signature, les autres parties prenantes pouvant en revanche endosser politiquement ce code. Il s'agit donc d'un code de portée internationale, élaboré avec des parties prenantes Suisse et non Suisse, mais en collaboration avec la confédération Suisse uniquement. Ce code a pour objectif d'inciter les autres Etats à « faire de l'engagement à signer ce code une condition préliminaire à l'octroi de licences. Un autre objectif consiste à obtenir des clients – qu'il s'agisse d'Etats d'industries d'extraction ou d'organisations humanitaires - qu'ils intègrent le code dans leurs contrats[1099] ». Un mécanisme de surveillance et de gouvernance est mis en place, à travers la création en

---

[1098]Confédération Suisse, Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, 9 nov. 2013, Disponible sur : ww.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_Final_with_Company_Names_-_FRENCH.pdf, site visité le 7 août 2013.

[1099] Information tirée du site internet du Département fédéral des affaires étrangères de la Confédération Suisse : http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=36144, site visité le 7 août 2013.

juillet 2013 d'une association de droit Suisse, dont l'objet est de « promouvoir la prestation de services de sécurité privés responsable, ainsi que le respect des droits de l'homme et du droit national et international grâce à un mécanisme de gouvernance et de surveillance indépendant de la mise en œuvre du Code de Conduite. Ce mécanisme exercera ses fonctions par la voie de la certification, du monitoring des droits de l'homme (y compris sur le terrain), et des procédures de traitement des plaintes[1100] ». La mise en place de ce code vise à palier la non application directe du droit international aux acteurs non étatiques[1101], alors que les Nations Unies étudient « la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international, y compris, entre autres, l'option consistant à élaborer un instrument juridique contraignant relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité, y compris leur responsabilité [1102]». L'élaboration de ce code illustre un nouveau type de corégulation visant à réguler les activités internationales d'entreprises, tout en étant le fruit d'une élaboration commune entre un Etat et les acteurs privés d'un secteur.

[1100] http://www.icoc-psp.org.

[1101] Voir à cet égard Communiqué de Presse, « Code international de bonne conduite signé par une soixantaine d'entreprises de sécurité privées », 9 nov. 2010, Département fédéral des affaires étrangères, http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=36144, site visité le 7 août 2013.

[1102] Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées, 1er Résolution 15/26, oct. 2010.

CONCLUSION

SECTION 1

427. Le recours à des instruments de *soft law* n'est pas propre à la RSE. Les entreprises, les ONG, les syndicats, les organismes professionnels et même les Etats ne font qu'intégrer les problématiques liées à l'environnement et aux droits de l'Homme à des instruments de régulation utilisées par ailleurs pour régir les relations entre professionnels. L'objet même des normes de RSE rend en revanche le recours à la *soft law* particulier. Les Etats tendent en effet à participer volontiers à leur déploiement, transférant sur les entreprises des devoirs relevant jusqu'alors de leurs responsabilités. Incapables de règlementer les activités internationales de ces dernières, la souplesse offerte par la *soft law* permet alors de proposer un cadre de normes aux entreprises afin qu'elles prennent en compte des considérations autres qu'économiques dans le cadre de leurs activités. Peu à peu se développent ainsi des normes de *soft law*, nouvelles par le contenu, qui viennent compléter le paysage déjà dense de la *soft law* et donc, de la régulation.

SECTION II - DES NORMES DE *SOFT LAW* NOUVELLES PAR LEUR CONTENU

428. Comme le relève M. DELMAS-MARTY, « ni la lex mercatoria, ni le droit de l'OMC ne permettent de réintroduire les valeurs non marchandes face à l'absolutisme du marché[1103] ». Les règles du droit du commerce international répondent en effet à une finalité propre aux échanges économiques, sans prendre en compte les effets de ces échanges sur la Société et les individus. Ces conséquences sont laissées à la discrétion des Etats, en charge du maintien de l'ordre public et garant de l'intérêt général sur leur territoire. Face à des acteurs privés internationaux, le cadre étatique est devenu inadapté. Le recours à des normes de *soft law* permet alors, dans une certaine mesure, l'application du droit international par des acteurs non étatiques responsables directement de leur respect : les entreprises transnationales. Les normes de RSE ont en effet la particularité de trouver leur source dans le droit. Il ne s'agit donc pas tant de normes spontanées dépourvues de lien avec les ordres juridiques, que de normes d'application du droit, malgré leur support « soft ».

429. Les normes de RSE ont surtout comme caractéristique de puiser leur source dans des règles touchant non seulement à l'ordre public économique mais surtout à l'ordre public politique, social et moral[1104]. Un tel constat ressort de l'étude de leur contenu qui les différencient des normes de *soft law* jusqu'alors connues du droit des affaires. Les normes de RSE commandent en effet aux entreprises de respecter le droit et d'aller au-

---

[1103] M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal éthique de la mondialisation », *Revue de science criminelle*, 2004, p. 3.

[1104] Si la notion d'ordre public ne reçoit pas de définition uniforme, restant une notion fonctionnelle, la doctrine tend malgré tout à distinguer l'ordre public politique et moral, de l'ordre public économique. Le premier vise à protéger les individus, la famille, les bonnes mœurs et l'Etat. Il préserve les valeurs de la Société et est garant des libertés fondamentales. Le second est propre aux relations économiques, lesquelles, bien qu'inscrites dans un cadre libéral marqué par la volonté des parties, peuvent nécessiter l'intervention de l'Etat pour interdire des comportements nuisibles dans les relations économiques. L'ordre public économique peut ainsi viser à protéger la partie faible. G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Etudes Gény*, 1934, Tome II, p. 347 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963 ; J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », *in* T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 33; J-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., 1999 p. 7 et s.

delà. Il ne s'agit donc pas tant des règles de droit commercial ou de droit des contrats, qui concerneraient les relations commerciales entre professionnels, que des règles visant au respect de l'environnement, des droits sociaux, des droits de l'Homme, et de manière générale aux relations entre les entreprises et la Société, composée d'individus pouvant être affectés d'une manière positive ou négative par les activités commerciales. Les normes de RSE se caractérisent ainsi par leur finalité sociétale, ce qui les différencie des normes de *lex mercatoria* par exemple, essentiellement portées sur les obligations contractuelles et procédurales des acteurs du commerce. Malgré la grande hétérogénéité dans le contenu des normes de RSE, laquelle s'explique notamment par les modes de régulation utilisés, un socle commun de principes propres à la RSE ressort de ces normes. Les mettre en exergue c'est permettre de différencier les normes de RSE de toutes les normes qui sont prises aujourd'hui au titre de la RSE, et qui ne sont souvent que des outils de communication ou des activités philanthropiques. C'est en étudiant les sources des normes de RSE à travers leur contenu, que nous avons choisi de procéder. Le droit international apparaît alors comme l'une des sources principales de ces normes. Or, rappelons que le droit international et notamment le droit international des droits de l'Homme, fait peser sur les Etats des obligations matérielles et des obligations procédurales[1105]. Les obligations matérielles impliquent de prendre des mesures permettant la jouissance des droits garantis par des conventions. De telles obligations visent à prévenir toute violation des droits en adoptant des règlementations permettant de garantir l'effectivité des droits ce qui suppose de prendre des mesures permettant de faire appliquer ces règlementations. Les obligations procédurales sont complémentaires des précédentes, puisqu'elles visent l'organisation de procédures permettant une meilleure protection des droits et donc leur pleine effectivité. Le droit à la vie, protégé à l'article 2 de la CEDH, se décompose ainsi en des obligations matérielles et des obligations procédurales pour les Etats. Les premières induisent la mise en place d'un cadre juridique permettant de prévenir la violation de ce droit, les secondes impliquent l'obligation d'enquêter en cas de violation[1106]. Ces deux types d'obligation font peser sur

---

[1105] Sur les obligations positives pesant sur les Etats selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'interprétation du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, voir notamment, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 11° éd., P.U.F., 2012, p. 180 et s.

[1106] *Giuliani et Gaggio c. Italie* (Cour EDH, G.C. 24 mars 2011, Req. n° 23458/02), N. HERVIEU, « Obligation de protection du droit à la vie dans le contexte d'une manifestation de grande ampleur », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 mars 2011.

les Etats « une obligation de "diligence", afin de prévenir "raisonnablement" toute violation des droits de l'Homme[1107] ».

430. Cette dichotomie n'est pas sans rappeler les principes qui se dégagent de la RSE. Puisant leur source dans le droit, il était logique que l'on retrouve cette distinction dans les normes de RSE, lesquelles transposent une partie des obligations pesant sur les Etats, aux entreprises. De manière générale, la RSE commande en effet aux entreprises d'agir de manière préventive. Cela implique l'adoption de mesures positives, tant matérielles que procédurales. Les premières sont dictées par des normes que l'on peut qualifier de « substantielles », les secondes, de « procédurales ». Les premières ont la particularité de rappeler les droits ainsi que les grands principes internationaux en matière de droits de l'Homme, d'environnement, de droits sociaux, et de manière générale de relations économiques ; les secondes trouvent également leur source du droit mais correspondent davantage à des règles procédurales visant à mettre en œuvre les principes énoncés dans les normes substantielles. C'est donc pour le respect des premières que ces secondes normes existent. Sans les premières, elles ne sont finalement que des normes de gestion classiques. L'introduction de « valeurs non marchandes[1108] » dans les relations économiques et commerciales passe ainsi par une transposition du droit dans des normes substantielles de RSE (§1), et par une adaptation des normes procédurales (§2) à ces principes nouveaux pour les relations économiques et commerciales.

§ 1 . Le droit transposé dans des normes substantielles de RSE

431. Les principes que l'on retrouve dans les normes de RSE ne sont pas apparus avec la RSE. Ils trouvent leurs sources dans des instruments de droit déjà existants. Ce qui est nouveau en revanche c'est que la RSE les étende aux entreprises. Etablir ces sources permet de cerner le cadre des principes fondateurs de la RSE et de clarifier le contenu de

---

[1107] Cour interaméricaine des droits de l'Homme, aff. Velasquez Rodriguez c/ Honduras, 29 juillet 1988, Série C, n°7, §172 et s., obs. G. Cohen-Jonathan, *RGDIP*, 1990, p. 455, cité par F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 3ème éd., 1997, p. 181-182 et s.

[1108] H. ULLRICH, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *Revue internationale de droit économique*, 2003, pp. 291-311.

cette notion. Pour ce faire, il est intéressant de distinguer les sources des normes interétatiques de RSE (A), de celles des normes privées (B).

A. Les sources des normes interétatiques de RSE

432. Les normes interétatiques de RSE se fondent toutes sur des textes de droit international, ne créant pas de droits nouveaux, mais inventoriant ceux pouvant être affectés par les activités des entreprises. Ces textes permettent de déterminer les domaines dans lesquels les entreprises doivent développer des mécanismes de responsabilité afin de se conformer au droit international. Il se dégage de ces textes un socle commun d'obligations propres aux entreprises, en circonscrivant les droits qu'elles sont susceptibles d'affecter à travers leurs activités. Au regard de ces textes de référence, il est permis d'affirmer que toute activité, initiative, programme ou norme de RSE qui s'inscrirait en dehors de ce cadre de référence, de ce socle commun de principes, échappe à la qualification de RSE.

433. Les normes interétatiques de RSE ne créent pas de droits, pas plus qu'elles ne reconnaissent l'existence de « nouveaux » droits qui n'auraient pas été au préalable consacrés par le droit international. Ces textes se rapprochent à cet égard des textes déclaratoires relatifs aux droits de l'Homme tels que la Déclaration Universelle des droits de l'Homme. Comme le note F. SUDRE, « les textes internationaux (ou nationaux), ne « créent » pas les droits de l'homme mais les reconnaissent et, pour certains, les érigent en catégorie juridique et leur confèrent un régime protecteur[1109] ». En se fondant sur les textes internationaux, les normes de RSE ne font donc que constater l'existence de ces droits. La nouveauté de ces normes réside dans les destinataires de ces déclarations, qui ne sont pas les Etats, mais les entreprises. Il s'agit d'une réaffirmation du caractère indivisible et universel de ces droits, dont l'existence ne dépend pas des sujets de droits en charge de leur respect et de leur promotion. Leur protection reste en revanche de la compétence des Etats[1110]. Les sources matérielles de la RSE se trouvent ainsi dans les conventions internationales de l'OIT, des droits de l'Homme, mais encore dans celles relatives à l'environnement auxquels il est fait référence dans chaque norme interétatique de RSE.

[1109] F. SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit., p.38.
[1110] Voir à cet égard les Principes Directeurs des Nations Unies.

434. En matière de droits de l'Homme, le respect par les entreprises, des droits contenus dans la Déclaration Universelle des droits de l'Homme ainsi que dans les deux Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, est réaffirmé par les normes principales de RSE. On retrouve leur référence tant dans les Principes Directeurs des Nations Unies[1111], que dans les Principes Directeurs de l'OCDE[1112] ou encore la Déclaration tripartite de l'OIT[1113]. Il peut également être fait référence à d'autres droits, comme ceux des peuples autochtones, des femmes, des minorités ethniques, religieuses etc. Le droit international humanitaire est également une source des Principes Directeurs des Nations Unies[1114]. Le Pacte mondial ne précise pas les conventions visées, se limitant à énoncer le devoir de respect et de promotion du droit international relatif aux droits de l'Homme par les entreprises[1115]. Or, on peut définir le droit international relatif aux droits de l'Homme comme « l'ensemble des règles juridiques internationales qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles[1116] ». Cette référence vise donc tant la Charte internationale des droits de l'Homme que les traités et autres instruments adoptés depuis 1945 au niveau international. Il s'agit donc des divers textes internationaux reconnaissant les droits de l'Homme[1117]. En se référant au « droit international des droits de l'homme », le Pacte mondial ne distingue pas les droits que doivent respecter les Etats, de ceux que doivent respecter les entreprises. En l'absence de précision, les entreprises signataires du Pacte doivent donc rendre compte de la manière dont elles respectent et dont elles promeuvent l'ensemble des droits de l'Homme reconnus internationalement.

435. A côté des droits de l'Homme, les conventions de l'OIT, mais surtout la Déclaration de 1998 sont des sources matérielles des normes interétatiques de RSE couvrant le volet social. La Déclaration tripartite expose en effet des principes

---

[1111] Principes Directeurs des Nations Unies, Principe 12.
[1112] Principes Directeurs de l'OCDE, §39.
[1113] Déclaration tripartite de l'OIT, §8.
[1114] Principes Directeurs des Nations Unies, Principe 12.
[1115] Pacte mondial, Principe 1.
[1116] F. SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit. , p.14.
[1117] Pour une liste complète de ces textes, voir http://www2.ohchr.org/french/law/index.htm#core.

concernant les domaines de l'emploi, de la formation, des conditions de travail et de vie et des relations professionnelles directement inspirées par les conventions et recommandations de l'OIT[1118]. Le Pacte Mondial comme les Principes Directeurs des NU et ceux de l'OCDE se fondent également sur les principes énoncés dans la Déclaration de l'OIT de 1976 ainsi que sur les huit conventions internationales dont elle s'inspire. Les droits fondamentaux au travail tels que visés par la Déclaration de 1998 constituent ainsi le socle du volet social de la RSE. Ce constat tend à confirmer les craintes exprimées par certains auteurs lors de l'adoption de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail. Cette Déclaration vise en effet à imposer aux Etats, indépendamment de leur volonté, l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser, les droits fondamentaux[1119] contenus dans la Déclaration. En se concentrant sur certains droits, la Déclaration opère néanmoins une distinction entre les droits tirés du *corpus* normatif des conventions internationales de l'OIT. Ainsi, même si cette Déclaration a permis une appropriation des droits fondamentaux et une certaine application par les Etats, et aujourd'hui par les entreprises, on ne peut que s'interroger sur le respect des autres droits non énumérés par la Déclaration de 1998 et non repris dans les normes de RSE. A l'instar des droits de l'Homme, les normes interétatiques auraient pu se référer plus largement aux conventions internationales de l'OIT contenant les droits pouvant être violés ou promus par les entreprises, sans se limiter aux droits énumérés dans la Déclaration de 1998. La référence permanente à cette Déclaration permet néanmoins de constater que ces normes « peuvent être perçues comme une manière d'appliquer le droit international, manière qui a clairement été voulue par l'OIT lors de l'adoption de la Déclaration, de 1998[1120] ».

436. Le volet environnemental est une autre composante de la RSE que l'on retrouve dans les normes interétatiques de RSE. Les sources matérielles sont néanmoins plus pauvres, ce domaine étant plus « jeune » que celui des droits de l'Homme ou du droit

---

[1118] Une liste des conventions et recommandations de l'OIT est présentée dans le texte même de la Déclaration tripartite.

[1119] Liberté d'association, reconnaissance effective du droit de négociation collective, élimination du travail forcé et du travail des enfants, de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

[1120] « Rapport de recherche ESTER », 2007, extrait, *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 845.

international du travail, et les conventions internationales encore peu nombreuses. L'absence de reconnaissance de droits substantiels participe en outre à faire du droit de l'environnement un droit davantage procédural, mettant l'accent sur les procédures de gestion ainsi que sur les grands principes de prévention. L'absence d'une organisation internationale chargée de coordonner les questions environnementales au niveau mondial doit à cet égard être soulignée puisqu'une telle institution permettrait certainement la mise en place d'un cadre international approprié[1121]. A défaut d'une reconnaissance d'un droit à l'environnement[1122] par le droit international, certains droits de l'Homme couvrent toutefois directement ou indirectement des questions relatives à l'environnement, notamment lorsque sont en cause les droits de la santé ou de la sécurité des individus[1123]. Notons que les Principes Directeurs de l'OCDE disposent d'un chapitre propre à l'environnement. Ces Principes sont tirés de la Convention internationale Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, de la Déclaration de RIO sur l'environnement et le développement et de l'Agenda 21 qui en découle[1124], ainsi que de la convention sur la diversité biologique. De même, les principes 7 à 9 du Pacte mondial sont consacrés au respect de l'environnement par les

---

[1121] Le programme des Nations Unies pour l'environnement est aujourd'hui la seule instance traitant de la question sur la scène internationale. Il ne compte que 58 Etats membres.

[1122] A l'instar par exemple de la Constitution péruvienne du 12 juillet 1979 qui reconnaît, dans son article 123, à toute personne « le droit de vivre dans un milieu sain, écologiquement équilibré et approprié au développement de la vie ainsi qu'à la préservation du paysage et de la nature ». Sur la question de l'environnement comme entrant ou non dans la sphère des droits fondamentaux, voir A. KISS, « Environnement, droit international, droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, janv. 2004.

[1123] Ainsi, l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 prévoit que les Etats ont l'obligation de lutter contre la maladie « compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel » ; des dispositions de la Convention de l'OIT n° 169, relative à la protection des peuples indigènes, imposent également aux Etats de prendre des mesures pour protéger leur environnement. Notons que ces deux conventions sont expressément visées par les normes interétatiques de RSE.

[1124] La Déclaration de RIO a été adoptée à la suite de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en juin 1993. Elle énonce 27 principes que les Etats sont invités à mettre en œuvre. Elle conserve en effet une portée politique et non impérative, mais exprime le consensus de 176 Etats présents à cette conférence. De nombreux Etats ont mis en œuvre certains des principes contenus dans la Déclaration, comme le principe de précaution, qui a aujourd'hui en France, une valeur constitutionnelle.

entreprises. Ils se fondent sur la Déclaration de RIO de 1993. Les Principes Directeurs des Nations Unies, s'ils se concentrent davantage sur les droits de l'Homme, reconnaissent indirectement l'existence des études d'impacts environnemental et social que les entreprises sont invitées à réaliser par les autres normes de RSE, en les incitant à y incorporer des processus d'évaluation sur les droits de l'Homme[1125]. Surtout, l'environnement fait partie intégrante des droits de l'Homme, tel qu'énoncé au Principe 3.

437. La lutte contre la corruption est également un volet important de la RSE, même s'il n'est pas visé par la Déclaration tripartite de l'OIT ou directement par les Principes directeurs des NU. On retrouve ainsi des principes incitant les entreprises à agir contre la corruption au Principe 10 du Pacte mondial, de même qu'au chapitre dédié à cette question dans les Principes directeurs de l'OCDE. Ce texte se fonde sur la Convention des Nations Unies contre la corruption, entrée en vigueur le 14 décembre 2009, ainsi que sur la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1999[1126]. D'autres domaines sont enfin visés par ces normes interétatiques. Les Principes directeurs font ainsi une place à la question du respect de l'intérêt des consommateurs[1127], question que l'on retrouve dans les indicateurs du GRI relatifs à la responsabilité du fait des produits. En l'absence de convention internationale spécifique sur la consommation, ce sont ici les travaux de la Chambre de commerce international qui constituent la source matérielle principale. Notons que si les Principes directeurs des NU visent plus largement les droits de l'Homme, ils prennent néanmoins en compte les consommateurs lorsqu'ils énoncent que les entreprises doivent « s'efforcer de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences [1128]».

[1125] Principe 18, Principes Directeurs des Nations Unies.
[1126] OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 17 déc. 1997.
[1127] Chapitre VIII, Principes Directeurs des Nations Unies.
[1128] Principes directeurs des Nations Unies, Principe 13

438. Il est enfin intéressant de relever les renvois respectifs opérés entre les différentes normes interétatiques de RSE. Les Principes directeurs de l'OCDE se réfèrent par exemple tant à la GRI qu'à la Déclaration tripartite de l'OIT ou aux Principes Directeurs des NU. Ce dernier se réfère aux Principes directeurs de l'OCDE ou à la Déclaration de l'OIT de 1998. Ces renvois illustrent les convergences de principes entre tous ces textes et l'émergence d'un socle commun de principes en matière de RSE. L'émergence d'un tel socle est d'ailleurs confirmée par l'étude des sources matérielles des normes privées de RSE.

B. Les sources des normes privées de RSE

439. De nombreuses normes, notamment privées, contiennent davantage de valeurs éthiques et de références à des pratiques de bonne gestion, que des références au respect de certains droits. De telles normes pourraient être qualifiées « d'incomplètes » car elles se contentent d'énumérer des valeurs et des techniques de gestion sans se référer à aucune cadre. Un certain nombre de normes privées se réfèrent en revanche directement ou indirectement au droit international. Cette « transposition du droit international public à la sphère des entreprises privées[1129] » participe à distinguer les normes de RSE des activités et normes éthiques ou philanthropiques avec lesquelles la RSE est parfois confondue.

440. L'autorégulation favorisant une grande liberté dans la détermination du contenu des normes de RSE, les normes privées ont en effet un contenu très disparate. L'intégration des conventions internationales relatives au droit du travail ou aux droits de l'Homme dans leurs politiques de RSE caractérisent pourtant les normes de RSE des engagements simplement éthiques. Cette intégration peut se faire soit par référence directe à un texte de droit international, soit indirectement, en fondant la politique RSE sur les normes de référence de RSE, comme les Principes Directeurs de l'OCDE ou la Déclaration tripartite de l'OIT. Cette tendance se constate tant dans les normes

[1129] « Rapport de recherche ESTER », 2007 (extrait), Annexe, *in* Isabelle DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, op. cit.*, p.845.

unilatérales que dans les normes négociées[1130]. L'adhésion au Pacte mondial témoigne d'une autre démarche car elle implique l'expression écrite d'une volonté de l'entreprise, auprès du bureau du Pacte mondial, de respecter ses dix principes, dont la contrepartie est l'envoi d'un rapport annuel sur la manière dont elle a respecté ces principes. Il s'agit donc d'un acte unilatéral, impliquant une obligation. Le droit international reste ainsi la source matérielle des normes privées de RSE. Certains codes peuvent également exprimer leur volonté de suivre à la fois les textes de droit international et les normes interétatiques de RSE, alors même que ces dernières, comme nous l'avons vu, puisent déjà leurs sources dans le droit international.

441. Les normes techniques trouvent également leurs sources dans le droit international. La GRI par exemple, appliquée par les entreprises choisissant de rédiger un rapport RSE en application de cette norme, commande aux entreprises de rendre compte de leur « performance en matière de droit de l'Homme ». La GRI se fonde sur la Charte internationale des droits de l'Homme, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, et à la Déclaration de Vienne de 1993[1131], ainsi que sur la Convention n°169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de 1989 et n° 107 sur les populations indigènes et tribales de 1957. La norme ISO 26000, bien que dépourvue de certification, se réfère également aux droits de l'Homme, en rappelant que toute organisation a la responsabilité de respecter les droits de l'Homme, y compris dans sa sphère d'influence. Les droits de l'Homme sont précisés comme étant composés de la Charte internationale des droits de l'Homme mais également d'un certain nombre d'instruments « majeurs », énumérés par la norme[1132]. Concernant les relations de travail, la GRI propose des indicateurs en matière

---

[1130] I. DAUGAREILH, « Corporate norms on CSR and international norms », *in* J-C. JAVILLIER (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, 2007, pp. 44-54.

[1131] *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, A/CONF.175/23, 12 juillet 1998.

[1132] La convention internationale sur toutes les formes de discrimination raciale de 1965 ; La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 ; conventions sur les droits de l'enfants de 1989 ; convention relative aux droits des personnes handicapés de 2006 ; convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 1990 ; convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 ;

d'emploi, de relations entre la direction et les salariés, de santé sécurité au travail, de formation et de diversité et d'égalité des chances directement inspirés du droit international tels que la Convention n° 135 de l'OIT relative aux représentants de travailleurs, la convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, ou encore la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective. Les mêmes droits sont visés par la norme ISO 26000, laquelle se fonde également sur les droits visés par la Déclaration de l'OIT de 1998 et ses huit conventions.

La référence à des textes de droit international permet une application du droit international par les acteurs privés eux-mêmes. Certains droits contenus dans les textes internationaux nécessitent pourtant une intervention législative des Etats[1133]. Le respect, par une entreprise, de droits et libertés garantis par des conventions internationales, pourrait pourtant conduire la même entreprise à se retrouver dans l'illicéité par rapport au droit local. Pensons par exemple au respect de la liberté syndicale, garanti par la convention de l'OIT n°87 mais dont la liberté n'est pas reconnue, voire même interdite expressément par la loi, dans certains pays. La référence à des normes contraignantes par des normes privées non contraignantes fait également craindre à certains auteurs, que celles-ci ne se substituent peu à peu aux normes juridiques contraignantes. Les entreprises, de même que les organismes privées, auteurs de ces normes, proposent en effet leur propre interprétation, puisque non soumis à la censure du juge dans l'application de ces normes[1134]. Le risque d'un « self-service normatif » est également soulevé[1135], les entreprises choisissant de se référer à tel texte de droit international plutôt qu'à tel autre ; de promouvoir et de s'engager à respecter tels droits plutôt que d'autres. L'intégration du droit international des droits de l'Homme dans les normes

---

convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 etc.

[1133] « Rapport de recherche ESTER », (extrait), Annexe, in I. DAUGAREILH (dir.) Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, op. cit.

[1134] E. GRAVEL, « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité ? », *in* J-C. JAVILLIER (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, 2007, pp.55-70.

[1135] A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Dalloz, 2004, pp. 541- 542.

privées de *soft law* peut ainsi conduire à un renforcement du droit, tout autant qu'à une remise en cause de leur caractère universel et indivisible[1136].

§ 2 . Le droit adapté par des normes procédurales de RSE

442. On retrouve dans les normes de RSE, trois grands principes de mise en œuvre des normes substantielles que sont la transparence, le dialogue avec les parties prenantes, et la redevabilité. Ces principes ne sont pas propres à la RSE et trouvent leur fondement dans le droit et plus particulièrement dans le droit public et le droit l'environnement[1137]. Le principe de transparence trouve sa source dans l'obligation d'information du public ; le dialogue avec les parties prenantes se fonde sur le principe de participation du public au processus décisionnel ; la redevabilité renvoi au droit d'accès à la justice. Ces obligations pèsent, en droit interne comme en droit international, sur les Etats. De ces obligations découlent des droits qui sont reconnus aux individus dans leurs rapports avec l'Etat. Les normes de RSE ont donc la particularité de transposer aux entreprises, des obligations pesant initialement sur les Etats. De telles obligations ne sont toutefois pas méconnues des entreprises qui sont également soumises, par le droit des affaires notamment, à un certain nombre d'obligations d'information, et par le droit du travail, à une obligation d'information, de consultation voire de négociation. Les normes de RSE ont en revanche la particularité d'élargir les titulaires de ces droits puisqu'elles incitent les entreprises à mettre en œuvre ces principes dans leurs relations avec les citoyens, créant ainsi une relation directe entre l'entreprise et les individus.

443. Le *principe de transparence* se retrouve ainsi dans toutes les normes de RSE. Il se traduit par la publication d'informations à laquelle les entreprises sont invitées par tous les textes de référence interétatiques. Le Pacte mondial, de même que les Principes Directeurs de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT et enfin les Principes Directeurs

---

[1136] N. CUZACQ, « Le respect des droits fondamentaux par les sociétés transnationales, de l'ombre à la lumière », *in Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011, pp. 191-211.

[1137] Rappelons que la convention d'Aarhus est fondée sur trois grands principes que sont le droit d'accès à l'information, le droit de participation du public au processus décisionnel et enfin le droit d'accès à la justice ; *Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998.

des NU, incitent les entreprises à publier des informations sur leur politique de RSE dans leur rapport annuel ou à réaliser un rapport sur le développement durable ou la RSE. Cette transparence peut concerner la publication de la politique et des engagements de l'entreprise, comme celle de leur mise en œuvre ou encore les actions réalisées pour remédier aux violations commises par les entreprises ou leurs partenaires. La norme ISO 26 000 définit le principe de transparence comme « l'accessibilité des informations relatives aux décisions et aux activités ayant une incidence sur la société, l'économie et l'environnement, et la volonté d'en assurer une communication claire, exacte, opportune, honnête et complète ». Ce principe de transparence découle du droit d'accès à l'information que l'on retrouve dans diverses dispositions législatives ou conventionnelles. Le droit de l'environnement a largement participé à faire évoluer l'obligation pesant sur les pouvoirs publics de communiquer un certain nombre d'informations aux citoyens. En droit interne, le droit d'accès à l'information se limite pourtant à la relation entretenue entre l'administration et ses administrés, ces derniers n'ayant aucun droit à l'égard des entreprises concernant des informations pouvant les affecter. Les entreprises sont quant à elles soumises à plusieurs obligations d'information, mais les informations visées par la loi dépendent des destinataires. Actionnaires[1138] et salariés[1139] disposent ainsi d'un certain nombre de droits à l'égard de

[1138] L'actionnaire dispose d'un droit d'information destiné à lui permettre de contrôler la gestion des affaires sociales et la vie sociale en général. Il bénéficie d'un droit à l'information permanente (art. 225-117 du Code de commerce) et d'un droit d'information occasionnel (art. 225-115 du Code de commerce). Ce droit se traduit par la possibilité d'obtenir, à sa demande, l'envoi de certains documents et renseignements énumérés par la loi (les comptes annuels, liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance, les rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et des commissaires aux comptes, qui seront soumis à l'assemblée etc.) ; il peut consulter au siège social ou administratif les documents que la société doit tenir à sa disposition ; il peut poser des questions écrites préalablement à une assemblée etc. Il s'agit d'un droit à l'information exigible puisque des voies de recours sont offertes aux actionnaires afin de contraindre le détenteur de l'information à leur communiquer les informations manquantes, ou de le voir condamner. Le droit à l'information dont sont titulaires les actionnaires leur permet de faire des choix et donc de voter en toute connaissance de cause, mais également d'effectuer un contrôle ce qui leur confère une fonction de surveillance sur la gestion de la société dont ils détiennent des parts.

[1139] Le droit du travail reconnaît un droit à l'information aux Délégués du personnel, au Comité d'entreprise et au CHSCT. Ce droit diffère selon la taille de l'entreprise. par exemple, l'employeur d'une entreprise de moins de 300 salariés a une obligation d'information trimestrielle (sur l'évolution générale des commandes et de la situation financière, l'exécution des programmes de production ; les retards éventuels dans le

l'entreprise. L'obligation d'information diffère donc selon le détenteur de l'information (pouvoirs publics ou entreprises) et selon le destinataire de l'information (entreprise, pouvoir public, parties prenantes traditionnelles de l'entreprise ou parties prenantes externes, administré etc.). De manière générale les citoyens ne disposent pas d'accès direct aux informations détenues par l'entreprise alors que celles-ci pourraient pourtant les intéresser. En proposant un principe de transparence, les normes de RSE comblent cette lacune. Les Principes Directeurs de l'OCDE consacrent un chapitre à la publication d'informations par les entreprises. Y sont précisées les informations attendues des entreprises ainsi que leurs destinataires. Le non respect de ce chapitre par une entreprise peut être dénoncé auprès des Points de Contacts Nationaux, chargés du contrôle de la procédure de mise en œuvre des Principes Directeurs[1140]. De même, le principe 21 des Principes Directeurs des Nations Unies invite les entreprises à communiquer « en externe » les informations portant sur les incidences de leurs activités sur les droits de l'Homme. La RSE permet ainsi d'étendre certaines obligations légales d'information aux entreprises, dans leurs relations avec leurs parties prenantes, même si cela reste un principe de transparence, reposant sur la volonté de l'entreprise de communiquer et non encore un véritable droit à l'information.

444. *L'instauration d'un dialogue*, avec les parties prenantes tant internes qu'externes à l'entreprise est un deuxième principe que l'on retrouve dans les textes de référence interétatiques de RSE. Cela implique pour l'entreprise d'identifier au préalable ses parties prenantes afin de prendre en compte leurs attentes et d'évaluer les effets de leurs activités sur ces dernières. Des normes techniques proposent aux entreprises des indicateurs leur permettant de réaliser ces évaluations. En effet, la mise en œuvre de ce principe reste très aléatoire car dépendante des seuls critères de l'entreprise, celle-ci

---

paiement etc. art. L. 2323-46 du Code du travail) et annuelle (rapport sur la situation économique de l'entreprise qui porte sur l'activité et la situation financière de l'entreprise, le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise etc., art. L. 2323-47 du Code du travail). L'employeur doit également fournir au CHSCT toutes les informations qui lui sont nécessaires pour exercer ses missions (art. L. 4614-9 du Code du travail). Voir également G. SANTORO, « L'information et la consultation relatifs aux licenciements économiques dans les groupes multinationaux », *Dr. social*, 2011, 9-10, pp. 952-963 ; L. LEROUGE « Risques psychosociaux au travail : quel rôle du CHSCT aujourd'hui ? », *SS Lamy*, 2012, Supplément (1532), pp. 49-56.

[1140] Pour plus de détails concernant la procédure de mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE, voir *supra*, Partie I, p. 197 et s.; voir également Principes Directeurs de l'OCDE, version révisée 2011, Partie II.

pouvant restreindre la définition du terme « partie prenante » afin de n'y inclure que les parties prenantes traditionnelles de l'entreprise[1141]. La signature d'accords-cadres internationaux traduit la mise en œuvre de ce principe dès lors qu'elle implique la mise en place d'un dialogue entre la Direction de l'entreprise et les représentants des travailleurs. Certaines entreprises ont également signé des *Memorundum of understanding* avec des communautés locales vivant à proximité de leur site de production afin de définir le cadre des relations avec ces dernières et les engagements de l'entreprise[1142]. Ce dialogue implique pour l'entreprise de prévoir des réunions, des auditions et des consultations avec les communautés potentiellement affectées par le projet d'une entreprise[1143]. Ce principe de participation du public dans le processus décisionnel n'est pas propre à la RSE. Il trouve sa source notamment en droit de l'environnement, mais également dans les droits de l'Homme. Ce principe de bonne gouvernance s'inscrit dans une démarche préventive et doit donc être mise en œuvre au moment de la réalisation des études d'impacts réalisées par les entreprises avant leur implantation sur un site, dont elle est une composante. Cette obligation de consultation du public incombe traditionnellement aux pouvoirs publics comme le démontre par exemple le droit des marchés publics. Le droit de l'environnement est également aujourd'hui un domaine garantissant aux individus le droit d'être consulté[1144]. Telle est notamment le cas en France où l'article 7 de la Charte de l'environnement reconnaît à tous un droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement[1145]. Au même titre que le principe de transparence, le principe d'instauration d'un dialogue entre l'entreprise et les parties prenantes étend finalement aux entreprises, une obligation initialement imposée aux Etats. Cela permet de créer un lien direct entre cette dernière et les personnes potentiellement affectées par son activité.

[1141] Sur la distinction des parties prenantes, voir *supra*, Partie I, p. 106 et s.

[1142] M.M. SALAH, L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?, L.G.D.J., 2012, p. 223.

[1143] Voir par exemple §25, commentaires sur les Principes Généraux, *Principes Directeurs OCDE*, version révisée 2011.

[1144] Cette obligation incombant aux Etats trouve sa source dans la Convention Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière du 25 fév. 1991 et entrée en vigueur le 10 sept. 1997, ainsi que la Convention Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement.

[1145] En application de ce principe, la loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 *relative à la mise en œuvre du principe de participation du public*, est venue modifier le code de l'environnement.

Si les Principes Directeurs de l'OCDE[1146], des Nations Unies ainsi que l'ISO 26000 en font un principe central de toute politique de RSE, rien n'oblige en revanche les entreprise à conduire de telles consultations ni à prendre en compte les avis et objections émises par les parties prenantes comme le prévoit par exemple la Convention d'Espoo pour les Etats[1147]. Un certain nombre de circonstances spécifiques ont à cet égard été déposées devant divers Point de Contact Nationaux pour dénoncer le non respect de ce principe par les entreprises transnationales[1148].

445. En l'absence d'autres mécanismes permettant aux parties prenantes de faire valoir leurs intérêts auprès des entreprises transnationales, un troisième principe se retrouve dans toutes les normes de RSE, celui de *redevabilité*. Terme utilisé pour la première fois par la norme ISO 26000, cette norme n'a fait que consacrer un principe déjà présent dans les autres normes de RSE. L'ISO 26000 le définit comme la capacité, pour une

---

[1146] Les §24 et 25 du Chapitre II Principes Généraux, des Principes Directeurs prévoient par exemple que: « Les entreprises sont également encouragées à participer à des initiatives privées ou multipartites et au dialogue social sur une gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement, telles que celles qui sont engagées dans le cadre de « l'agenda proactif » du Comité préconisé par la Décision du Conseil de l'OCDE sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et aux Lignes de procédure figurant en annexe. 25. L'engagement des parties prenantes repose sur des procédures interactives avec les parties prenantes concernées grâce par exemple à des réunions, des auditions ou des consultations. Un engagement efficace des parties prenantes suppose une communication à double sens et la bonne foi de tous les participants. Un tel engagement peut être particulièrement utile lorsqu'il s'agit de planifier et de prendre des décisions sur des projets ou d'autres activités impliquant par exemple une utilisation intensive de terres ou d'eau, susceptibles d'avoir des retombées significatives sur les populations locales ». Le Chapitre IV Environnement prévoit quant à lui que les entreprises devraient « entrer en temps voulu en communication et en consultation avec les collectivités directement concernées par les politiques de l'entreprise en matière d'environnement, de santé et de sécurité et par leur mise en œuvre ».

[1147] Art. 4.2 et 6.1 de la Convention d'Espoo et Principe 8 de Principes du PNUE de 1987, qui prévoient : « Les Parties concernées devant veiller à ce que les « observations » et les « objections » du public des zones susceptibles d'être affectées par un projet, soient prises en compte au moment de la décision définitive sur un projet », M. TIGNINO, « Les contours du principe de la participation publique et la protection des ressources en eau transfrontières », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors série 7, juin 2010, mis en ligne le 14 juin 2010, http://vertigo.revues.org/9750, consulté le 20 août 2013.

[1148] Pour une liste complète des affaires mettant en cause la violation des principes Directeurs sur cette question, voir :
http://oecdwatch.org/cases-fr/recherche-avancee/principes-directeurs/casesearchview?type=Guideline, site visité le 21 août 2013.

organisation, d'être « en mesure de répondre de ses impacts sur la société, l'économie et l'environnement ». Les Principes Directeurs de l'OCDE évoquent quant à eux la nécessité pour l'entreprise, de mettre en place des « mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise, disponibles pour les personnes susceptibles d'être affectées par les activités de l'entreprise[1149] ». Cette même idée se retrouve dans les Principes Directeurs des Nations Unies[1150], lesquels incitent les entreprises à mettre en place des « mécanismes de réclamation » à destination des personnes susceptibles d'être affectées par leurs activités. Il s'agit de véritables « voies de recours[1151] » que les entreprises sont invitées à ouvrir aux victimes, afin de réparer les atteintes aux droits de l'Homme qui découleraient de leurs activités, « en l'absence d'indications juridiques spécifiques[1152] ». Certaines entreprises prévoient de tels mécanismes[1153], notamment dans les accords-cadres internationaux. Tel est par exemple le cas lorsque l'accord prévoit une procédure permettant aux travailleurs de saisir la direction de l'entreprise[1154]. Ces mécanismes s'inspirent largement des textes internationaux visant à garantir aux citoyens un accès à la justice. La mise en place de ces mécanismes de « plainte » et de réparation, accessibles aux personnes affectées par les activités des entreprises, sont une garantie d'efficacité, à tout le moins d'effectivité, du respect des engagements pris en matière de RSE. Si les normes interétatiques proposent des critères permettant de s'assurer de

---

[1149] § 46, Chapitre Droits de l'Homme, *Principes Directeurs OCDE*, version révisée 2011.

[1150] Voir spécialement les Principes 28 à 31 des *Principes Directeurs des Nations Unies*.

[1151] Principe 22, Principes Directeurs des Nations Unies.

[1152] Commentaire sous Principe 24, Principes Directeurs des Nations Unies.

[1153] Voir par exemple le document de l'entreprise Total, « Droits de l'Homme, Guide Pratique de l'entreprise », document destiné à appliquer le Code de conduite de l'entreprise, et qui prévoit « s'agissant par exemple du respect du droit de propriété, le Groupe s'assure, en conformité avec les lois locales et en liaison avec les autorités publiques, lorsque cela est nécessaire, qu'un plan de compensation et éventuellement de relocalisation, est bien mis en place. Ce plan intègre les éventuels impacts de nos activités sur la propriété et/ou le mode de subsistance des communautés et il propose des mesures d'atténuation (par exemple de remise en état ou de substitution, de préférence dans des conditions meilleures) », disponible sur : www.total.com/fr/nos-enjeux/garantir-l-ethique-dans-nos-activites/le-respect-des-droits-de-l-homme/realisations-recentes-202060.html, p. 17, site consulté le 21 août 2013.

[1154] Sur cette question voir *supra*, Partie I, p. 194 et s. Voir également l'accord signé entre l'association Sherpa, Médecin du monde et l'entreprise Areva, prévoyant la mise en place d'observatoires de santé en faveur des travailleurs d'une société étrangère dans laquelle Areva Nc détient une participation, voir *supra*, Partie I, p**.** 220 et s.

l’efficacité de tels mécanismes, le choix de la mise en place de ces procédures reste malgré tout à la discrétion de l’entreprise.

CONCLUSION

SECTION 2

446. L'étude des sources et du contenu des normes de RSE a permis de faire apparaître l'existence de principes substantiels d'une part, et de principes procéduraux, d'autre part, propres aux normes de RSE. Une telle dichotomie permet de distinguer une norme de RSE qui va au-delà de la loi, d'une simple norme de gestion ou norme technique qui « correspond plutôt à une mesure "à côté de la loi"[1155] ». Ce clivage naissant entre les normes procédurales et les normes substantives dans la régulation internationale n'est de toute évidence pas propre à la RSE[1156]. Certaines normes, comme l'ISO 14 001, proposent en effet des systèmes de gestion sans se référer aux conventions internationales mais en se référant à leurs propres prescriptions, si bien qu'une entreprise peut « être certifiée même si elle contrevient aux lois et règlements environnementaux, du moment que ses processus de gestion sont conformes aux dix-sept prescriptions de la norme ». Distinguer les normes substantielles, qui transposent des règles juridiques, des normes procédurales, qui s'en inspirent, permet finalement de rattacher les normes de RSE au droit positif, et de distinguer alors les normes de RSE de simples outils de communication ou d'actes philanthropiques. Une norme de RSE qui se limiterait par exemple à des prescriptions procédurales ne saurait ainsi être qualifiée de norme de RSE sans prescription matérielle qui corresponde aux standards internationaux inscrits dans les normes substantielles. La transposition aux entreprises des obligations traditionnellement imputables aux Etats, via des normes de *soft law*, soulève d'ailleurs un certain nombre de questions. Cela pourrait en effet avoir pour conséquence de renforcer la protection des droits de l'Homme dès lors que pèse directement sur l'entreprise, une obligation positive d'agir. Un tel raisonnement ne peut évidemment trouver d'effet juridique que si les normes de RSE étaient intégrées par le droit.

[1155] Idem.

[1156] C. GENDRON, A. LAPOINTE, M-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relation industrielles*, vol. 59, n°1, 2004, p. 90 et s.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

447. Au départ circonscrit à des domaines spécifiques tels que la finance ou la comptabilité, le recours à la régulation tend ces dernières années à s'étendre à de nouveaux domaines comme la santé ou les transports[1157]. La RSE s'inscrit dans cette tendance de déréglementation, illustrée par le recours de plus en plus important à la régulation, laquelle permet l'intervention des acteurs privés. Les nouveaux modes de régulation que sont l'autorégulation et la corégulation se généralisent en effet dans différents domaines et ne sont pas l'apanage de la RSE, comme nous avons pu le constater. Les normes de RSE qui en sont issues ne touchent pourtant plus seulement aux relations entre professionnels, déjà marquées par la régulation, mais concernent désormais également l'environnement, le travail et les droits de l'Homme, entendus au sens large. La RSE vient ainsi compléter un paysage normatif de droit souple déjà bien fourni. Les normes de RSE se démarquent également par leurs auteurs, puisqu'elles peuvent être élaborées tant par des acteurs étatiques que par des acteurs privés. La liberté laissée à ces derniers dans l'élaboration de ces normes tend à discréditer certaines d'entres elles, notamment en raison du flou de leur contenu. La transposition des règles du droit international public ou de normes interétatiques dans les normes de RSE permet toutefois de les distinguer de simples normes de gestion ou d'outils de communication.

448. Il ressort d'ailleurs de l'étude de ces normes, tant de leur support que de leur contenu, une dissociation entre les normes visant à énoncer des principes et des valeurs internationalement reconnus de celles participant à leur mise en œuvre. Les supports choisis, de même que les sources, diffèrent souvent dans un cas comme dans l'autre. De cette étude des normes apparaît un *corpus* de principes propres à la RSE permettant de caractériser des normes de RSE d'autres types de normes, particulièrement des normes éthiques ou déontologiques, du fait notamment de l'appropriation des règles de droit par ces normes. Finalement, et comme le note I. CADET, « les questions de société, la responsabilité et le développement durable ne sont plus l'apanage des États. L'ISO, par la création de cette norme, démontre que les États et les organisations gouvernementales

[1157] Création en 2009 d'une autorité de régulation des transports ferroviaires par la loi n°2009/1503 du 8 déc. 2009.

n'ont plus, en la matière, l'exclusivité de la production de normes[1158] ». Touchant à des questions d'ordre public, notamment dans les normes substantielles, les normes de RSE soulèvent malgré tout un certain nombre de questions. Les entreprises ne sont en effet pas en mesure de garantir la protection des droits énoncés dans leurs instruments de *soft law*. Seule une réappropriation des normes de RSE par le droit permettrait alors une pleine effectivité de ce nouveau *corpus* de normes.

[1158] I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *op. cit.*, p. 408.

CHAPITRE 2. LA RSE RATTRAPÉE PAR LE DROIT

449. Dans un souci d'évitement de la sanction, de l'application d'une loi ou tout simplement en l'absence de celle-ci, les entreprises élaborent des normes dont le non respect ne semble, a priori, pas pouvoir être sanctionné par le juge. Les normes de RSE émanant des entreprises ne sont en effet pas toujours respectées avec autant de spontanéité que l'expression de leur engagement peut l'être. Le non respect de ces engagements soulève alors la question d'un « comportement censé socialement responsable et non respecté, donc non vertueux[1159] ». Le non respect des normes de RSE ne peut pas en effet, en principe, être sanctionné, sauf sanction prévues par la norme elle-même. Mais il s'agit alors d'un processus d'auto-contrôle, n'ouvrant aucun droit aux tiers. Un tel constat découle du caractère *soft* ou souple de ces normes. Cette souplesse peut varier en intensité. L'imprécision du contenu peut conduire à les qualifier de normes de droit « flou ». Certaines normes conservent en revanche un contenu suffisamment précis mais restent incitatives car dépourvues de contraintes. De telles normes peuvent alors être qualifiées de normes « douces » dès lors qu'elles peuvent être appliquées, voire même respectées par leurs destinataires, sans que ces derniers ne soient contraints de s'y soumettre. Leur respect est donc dépendant d'un choix du destinataire de la norme. Lorsque le destinataire de la norme en est également l'auteur, l'application et le respect semble *a priori* aller de soi. Pourtant, tel n'est pas nécessairement le cas. Le caractère « mou » de ces normes apparaît alors, puisqu'elles ne sont assorties d'aucune sanction prédéterminée. Au-delà de sanctions médiatiques, des conséquences éventuellement commerciales ou financières qui peuvent découler du non respect d'une norme de RSE, la sanction juridique est-elle pour autant totalement exclue de ces normes ?

450. La question de la juridicité des normes de *soft law*, qui peuvent être « floues », « douces » ou « molles », est largement discutée par la doctrine. Une telle analyse

[1159] I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, fév. 2006, n°1214, pp. 254-261.

conduit inévitablement les auteurs à s'interroger sur ce qui relève ou non du droit, ce qui conduit à revenir sur la définition même du « droit ». Dans la pensée positiviste, la contrainte ou la sanction appliquée par les organes légitimes de l'Etat, restent les critères principaux du droit. D'autres auteurs ont néanmoins démontré l'émergence d'un droit « postmoderne[1160] » composé de normes nouvelles dites de *soft law*. Selon ces auteurs, le caractère *soft* ou souple de ces normes ne les prive pas pour autant d'une empreinte juridique, ce qu'ils démontrent en revenant sur les critères de validité de la règle juridique[1161]. Selon F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, la validité s'entend ainsi de l'efficacité juridique : « est valide la norme ou l'acte dont on reconnaît, dans un système juridique donné, qu'il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendaient lui attribuer[1162] ». Cette définition de la validité juridique d'une règle diffère de l'approche traditionnelle des positivistes, lesquels s'appuient sur le modèle pyramidal de Kelsen afin de déterminer la validité d'une norme. La légalité d'une règle s'appréciant par rapport à la norme supérieure, ce n'est que d'après ce modèle de validation qu'une norme tient sa force juridique et peut donc produire des effets juridiques, synonymes de contrainte et de sanction[1163]. Cette définition de la validité contribue à renforcer et à centraliser le pouvoir légitime de l'Etat, seul juge de cette validité et de la sanction. Il participe en revanche à nier et donc à exclure, tous les types de normes élaborées spontanément par des acteurs privés, voire édictées par les pouvoirs publics eux-mêmes, mais non définies dans la pyramide kelsennienne. La question de la juridicité des normes de *soft law* prend alors tout son sens puisque de telles normes sont aujourd'hui élaborées dans toutes les branches de droit, perturbant une approche traditionnelle du droit assimilée à la sanction du juge. Ne pas s'interroger sur la relation de ces « nouvelles » normes avec le système juridique traditionnel reviendrait donc à fermer les yeux sur un phénomène croissant, en prenant le risque de laisser se développer un système de normes para-légales, voire extra-légales, sans aucun rattachement avec le système juridique en place, alors que ces normes produisent des effets certains sur celui-ci.

[1160] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique», *Revue du droit public*, 1998, p. 659 et s.

[1161] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint louis, Bruxelles, 2002, p. 310 et s.

[1162] Les auteurs ajoutent : « un pouvoir est accordé, un droit est transmis ou attribué, une défense est comminée, un comportement est imposé, une faculté est ouverte, une procédure est mise en place (…) », *Idem*, p. 309.

[1163] Ibidem.

451. S'intéresser aux relations entretenues entre ces normes de *soft law* et le droit est donc aujourd'hui devenu nécessaire, spécialement concernant les normes de RSE, ces dernières s'immisçant dans des domaines jusqu'alors réservés à la puissance publique. Les normes de *soft law* élaborées dans le cadre de la RSE créent en effet des attentes sur la manière dont les entreprises devraient conduire leurs activités. Au-delà de simples attentes nées de normes de *soft law*, il s'agit de se demander si de telles normes peuvent créer des droits et des obligations à l'égard des destinataires directs et indirects de ces normes ainsi qu'à l'égard de leurs auteurs. Dans cette optique, la question de la portée juridique des normes de *soft law,* et plus particulièrement des normes de RSE, sera étudiée (Section 1), question qui conduira à s'interroger sur la capture, par le droit, des normes de RSE (Section 2).

SECTION I - LA PORTÉE JURIDIQUE DES NORMES DE RSE

452. La force juridique des normes de RSE s'inscrit dans le débat plus large de la portée juridique des normes de *soft law*. En application de la théorie positiviste, les normes de RSE sont la manifestation d'un « droit mou », par opposition au « droit dur » (§1). De ce point de vue, ces normes n'auraient donc aucune force juridique. Le développement des normes de droit mou a pourtant interpellé les auteurs car elles remettent en cause le critère même du droit. Le concept de « force normative » est alors apparu pour tenter d'élargir la portée juridique de ces normes. Celui-ci soulève pourtant un certain nombre de questions liées aux limites inhérentes aux normes *soft* de RSE (§2).

§ 1 . Les manifestations d'un « droit mou »

453. Les normes de RSE peuvent être qualifiées de normes de droit souple. Le droit souple est traditionnellement exclu du champ du droit. Selon la doctrine positiviste, seule la contrainte permet en effet de caractériser une norme de droit ; or, les normes de droit souple en sont dépourvues. Les normes publiques de RSE sont en effet des lignes directrices adressées par les Etats aux entreprises ; quant aux normes privées, elles expriment les principes et valeurs auxquels adhère l'entreprise. Le non respect des premières comme des secondes n'entraîne aucune sanction, les entreprises ne pouvant pas plus être contraintes de les respecter. En application de la théorie positiviste, les normes de droit souple ne peuvent donc pas être qualifiées de normes juridiques dès lors qu'elles ne peuvent pas produire d'effets juridiques, c'est-à-dire être sanctionnées par un juge, la contrainte étatique ne permettant alors d'assurer ni leur respect ni leur application.

454. Les normes de droit souple invitent en réalité à revenir sur les critères du droit comme ordre de contrainte, celui-ci pouvant ne plus être perçu comme une finalité, mais comme un moyen d'efficacité. Selon les positivistes, seule la contrainte étatique permet d'assurer l'efficacité de la règle. Face au développement intense des normes de droit souple, certains auteurs remettent en cause le critère de la contrainte comme seul gage

d'efficacité. Le concept de « force normative » est ainsi apparu, conférant une certaine légitimé aux normes de droit souple. Si le droit mou est ainsi par définition exclu du champ du droit (A), la question de la juridicité des normes de RSE n'en est pas moins posée, nécessitant alors le recours à de nouveaux critères juridiques (B).

A. Le « droit mou » exclu en principe du champ du droit

455. Le développement de normes et de textes élaborés en dehors du cadre de la pyramide kelsennienne invite à se demander si de telles normes peuvent être qualifiées de juridiques. En d'autres termes, s'il s'agit de droit ou non. Les normes de RSE, qu'elles soient élaborées par les entreprises, des organismes professionnels, des Etats ou des organisations internationales, ont en effet pour objet de proposer des normes de comportement souhaitable, sans revêtir de caractère contraignant[1164]. A priori donc, de telles normes sont exclues du droit. La règle de droit se caractérise en effet classiquement par la contrainte, ce qui implique que « certains types de conduite humaine ne sont pas facultatifs (…) mais obligatoires [1165]». En étant un élément de la juridicité des normes, la contrainte permet donc de distinguer la règle juridique des autres règles sociales et morales. RIPERT estimait à cet égard qu'il « n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but (…). Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient juridique grâce à une sanction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre [1166]». Cette contrainte extérieure est étatique. Les positivistes, suivant en cela le modèle de Kelsen, considèrent ainsi la sanction comme le critère central du droit. Par opposition, les normes dépourvues de contrainte sont donc qualifiées de souples, voire de « droit souple ».

456. Selon la doctrine positiviste, c'est la validité d'une norme qui permet de légitimer la contrainte (et donc de mesurer son effectivité). Cette validité se mesure par rapport au

---

[1164] F. OSMAN, Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., 1992, p. 283.
[1165] J. AUSTIN, *The Provonce of jurisprudence Determined*, 1832, cité par H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 19.
[1166] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1927, 2° éd., n°6, cité par D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 73.

modèle pyramidal de Kelsen, la légalité de la norme s'appréciant par rapport à la norme supérieure habilitante. On parle alors de validité formelle[1167]. Ce sont leurs modes d'élaboration, organisées par la loi ou la Constitution, qui conditionnent la validité juridique de ces règles et donc leurs effets. La norme est valide lorsqu'elle est identifiée comme appartenant au système juridique de référence[1168]. « Aussi, l'Etat de droit classique, pyramidal et légaliste, a-t-il multiplié les contrôles de conformité portant sur le respect de l'ordonnancement normatif hiérarchisé par l'ensemble des autorités juridiques[1169] ». Le contrôle de légalité permet ainsi de s'assurer de la légitimité de la contrainte insérée dans la règle. C'est donc la validité formelle d'une règle qui conditionne son entrée dans la sphère juridique. La manière dont ces normes sont réceptionnées par leurs destinataires importe peu pour leur conférer une force obligatoire. C'est donc bien la contrainte qui caractérise la force juridique de ces règles de droit.

457. Or, les codes de conduite, les Accords-cadres internationaux, les Principes directeurs élaborés par les organisations internationales, les accords passés entre entreprises et ONG, les guides de bonnes pratiques ou les normes techniques issues d'organismes professionnels privés ne sont encadrés ni par la loi, ni par la Constitution. Leur mode d'édiction n'étant prévu par aucun texte juridique, leur force juridique est dès lors en principe, nulle. Echouant au test de validité formelle, elles entrent donc dans la catégorie des normes de droit souple[1170], leur violation ne pouvant entraîner *per se*, aucune sanction juridique, à moins que la loi n'impose leur respect. Tel peut être le cas de certains guides de bonnes pratiques élaborés par un organisme professionnel dans un secteur donné[1171]. De même, la violation des obligations déontologiques imposées par

---

[1167] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit, op. cit., p. 324 et s.

[1168] Selon F.OST et V. KERCHOVE ; « est valide la règle qui présente les signes extérieurs d'appartenance, les critères d'identification que retiennent les « règles de reconnaissance» (Hart) propres au système », *idem*, p. 326.

[1169] *Id*., p. 327.

[1170] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ*., 2003, p. 599 et s.

[1171] Voir à cet égard la directive 93/43/CE du 14 juin 1993 relative à l'hygiène des denrées alimentaires, laquelle précise que « les exploitants d'une entreprise du secteur alimentaire sont responsables des conditions d'hygiène qui y règnent ; que la directive n'impose pas dès lors le respect des guides de bonnes pratiques d'hygiène qui n'ont pas force de loi », P. SABLIERE, « Les documents référents », une nouvelle source du

certains organismes professionnels à leurs membres ne suffisent pas à caractériser une faute civile[1172]. Seule une consécration législative ou règlementaire permet de leur conférer une force obligatoire[1173]. Tel est par exemple le cas des codes de déontologie de certaines professions, soumis au contrôle du Conseil d'Etat et promulgués par décret[1174]. De la même manière, les normes de RSE ne peuvent pas, en principe, être opposables ni à leur auteur ni à leur destinataire car elles ne répondent pas aux critères positivistes de validité de la norme juridique. Elaborées en dehors du cadre de référence, elles ne produisent pas d'effets juridiques. Sont-elles pour autant dépourvues d'effets ?

458. Certains auteurs remettent en cause le test de la validité formelle comme critère exclusif de détermination du caractère juridique d'une règle. Bien que non validé par une règle formelle, une norme pourrait alors revêtir le caractère juridique si elle est effective. La juridicité d'une norme ne se mesurerait plus par sa conformité au cadre de référence, mais par rapport à « son aptitude à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social[1175] ». Dans cette optique, les normes de RSE, bien qu'élaborées en dehors du cadre de référence, ne seraient pour autant pas dépourvues d'une certaine juridicité. Elles pourraient donc être qualifiées de normes de droit, bien que souples car sans contrainte.

---

droit ? », *AJDA* 2007, 66 et s., cité par C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Association Henri Capitant*, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 108. La législation en la matière a évolué en conférant une place encore plus importante aux « bonnes pratiques ». Le règlement CE n°852/2004 est ainsi venu remplacer la directive 93/43. Celui-ci introduit notamment un chapitre 3 consacré aux guides de bonnes pratiques afin que les Etats encouragent l'élaboration et la diffusion de ces guides, tout en précisant que « les exploitants du secteur alimentaire peuvent utiliser ces guides sur une base facultative », art. 7.

[1172] Voir C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Association Henri Capitant, Le droit souple*, *op. cit.*, p. 108 et la jurisprudence citée.

[1173] Certaines décisions peuvent néanmoins surprendre, à l'instar de celle rendue par la Cour de Cassation en juin 2000, laquelle semble, *a contrario*, conférer une force obligatoire à la « charte des détachés » du groupe Pechiney. Le salarié de l'une des sociétés du groupe Pechiney souhaitait se prévaloir de la charte des détachés. La Cour décide que cette charte, « applicable à chaque société du groupe Péchiney », ne l'est pas en l'espèce à la société en cause, non pas sur le fondement de l'absence de force obligatoire de cette charte, mais du fait que ladite société n'appartenait plus au groupe ; Cass. soc. 14 juin 2000, n°97-45560.

[1174] P. SARGOS, « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *D*. 2007, p. 811 et s.

[1175] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit, op. cit., p. 329.

B. La juridicité des normes de RSE en question

459. L'objet des normes de droit souple n'est pas de contraindre ou de sanctionner, mais de suggérer, d'inciter[1176], ce qui explique leur classement dans la catégorie de « norme souple ». Le développement de ces normes de *soft law* a donné naissance à une nouvelle approche de la juridicité, davantage axée sur l'effectivité de la norme, sur leur « application observable » par leurs destinataires[1177]. Le concept de « force normative » propose de traduire cette approche[1178]. Cette force normative est traditionnellement puisée dans la contrainte, la sanction. Selon la théorie classique du droit, le seul critère de juridicité d'une norme provient en effet de son auteur, le législateur, seul détenteur du pouvoir de contrainte permettant d'assurer le respect et l'application de la norme. Or, pour certains auteurs, la force normative des normes de droit souple se mesure davantage à leur réception par les destinataires que par les conditions de leur validité formelle, seul critère de la juridicité d'une norme selon la théorie classique[1179]. C'est alors l'adhésion volontaire à des normes de droit, même souples, qui leur confère une valeur obligatoire[1180]. Autrement dit, « selon qu'elles sont ou non reçues par leurs destinataires, les manifestations du droit souple franchissent ou non le seuil de la normativité[1181] ». Cette réception peut soit découler de la volonté des destinataires de ces normes de leur conférer une valeur obligatoire, ce qui peut avoir notamment pour conséquence de faire entrer des normes de droit souple dans la sphère juridique ; soit de la généralisation de l'application d'une norme de droit souple. Dans le premier cas, la contrainte réapparait pourtant puisque c'est par le droit que la force juridique de la norme sera mesurée ; alors

---

[1176] C. CORGAS-BERNARD, « Les mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *Les mutation de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Economica, études juridiques, n°43, 2011, p.75.

[1177] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE qualifient ce courant de réalistes, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 375 et s.

[1178] Voir en ce sens C. THIBIERGE (dir.), *La Force normative, naissance d'un concept*, L.G.D.J., Bruylant, 2009, 912 p. ; N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les mutations de la norme*, Economica, études juridiques, n°43, 2011, p. 17.

[1179] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. 2° éd. C. Eisenmann, Dalloz, coll. "Philosophie du droit", 7, 1962.

[1180] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Association Henri Capitant, Le droit souple, op. cit.*, p. 107.

[1181] Ibidem.

que dans le second cas, c'est l'acceptation d'une norme par le plus grand nombre, autant dire, sa « popularité », qui lui confère sa force normative. L'effectivité d'une norme, c'est-à-dire « son aptitude à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social [1182]», devient ainsi, avec ces nouvelles théories de droit souple, un critère permettant d'*évaluer* la juridicité d'une norme. L'effectivité d'une norme deviendrait alors le critère de validité. Autrement dit, une norme serait juridique et donc valide si elle est effective, c'est-à-dire appliquée spontanément. Finalement, cela revient à considérer que l'absence de force obligatoire d'une norme n'empêche nullement son effectivité[1183]. Il s'agit en réalité de s'insurger contre la théorie classique du droit selon laquelle la norme juridique n'aurait que pour seul objet de « briser les volontés et contraindre les individus à un comportement donné[1184] » alors qu'une norme juridique serait « avant tout un outil visant à promouvoir une direction d'ensemble aux conduites individuelles au sein d'un groupe donné[1185] ». Selon ces auteurs, l'application spontanée par ses destinataires suffit à permettre de garantir l'effectivité de la règle. Il nous semble malgré tout difficile d'affirmer qu'une application spontanée résulte plus d'une volonté d'adhésion à la norme que de la menace d'une sanction. L'un et l'autre ne seraient-ils pas nécessaires ?

460. Selon cette approche nouvelle du droit, les normes de RSE seraient en tout cas dotées d'une force normative certaine, malgré leur absence de force obligatoire. En se référant aux normes publiques de RSE, les entreprises leur confèrent en effet une force normative puisqu'elles les « font vivre » et participent ainsi à leur popularité. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales élaborés en 1977 ont par exemple été ignorés jusqu'à leur révision en 2000. Depuis cette date, les entreprises se réfèrent largement à ce texte, ce qui permet de lui assurer son effectivité, dès lors que l'on considère que c'est « la force de la norme qui est perçue, ressentie, ou

---

[1182] J-B. POULLE, Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise : le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier, L'Harmattan, 2011, §82.
[1183] A propos des normes de droit mou de droit international public, I. DUPLESSIS, « La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour la société décentralisée », *in* J-C. JAVILLIER (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, 2007, p. 4.
[1184] *Idem*, p. 5.
[1185] Ibidem.

encore vécue et conférée par ses destinataires [1186]» qui permet de déterminer sa portée normative. De même, les codes de conduite privés, bien que se référant à des législations existantes, peuvent être considérées comme dotées d'une certaine effectivité. Ces codes participent en effet à une meilleure connaissance de la loi par les destinataires des codes ; ils visent également à influencer le comportement de leurs destinataires.

461. Si les normes de RSE sont ainsi caractérisées par une élaboration et une application spontanée, leur respect est pourtant régulièrement remis en cause ce qui soulève plusieurs questions tenant à la détermination de cette « effectivité ». D'après quels critères peut-on en effet la mesurer ? Quels sont les destinataires à prendre en compte pour mesurer cette effectivité? Les entreprises, visées directement par les normes ou les parties prenantes, destinataires indirects ? La simple référence, par un code de conduite privé, à une norme publique « populaire », suffit-elle à lui conférer une effectivité ? Ou cette effectivité doit-elle se mesurer par rapport au respect du contenu de la norme ? Une entreprise peut par exemple s'engager dans un code de conduite à tout mettre œuvre pour que ses collaborateurs ou ses partenaires commerciaux respectent certaines conventions internationales. Pour ce faire, elle peut se contenter de mettre en place des procédures internes de gestion telles que des systèmes d'alerte éthique. Ces mesures suffisent-elles à conférer à ce code de conduite une force normative ? Dans l'affirmative, l'objectif ultime, qui est le respect des conventions internationales, n'est pourtant pas garanti d'être atteint. La question porte alors sur la nature de cet engagement : s'agit-il d'une obligation de moyen ou de résultat ? L'effectivité d'une norme touchant à l'ordre public et non aux relations commerciales ne peut se mesurer qu'en termes d'obligation de résultat. Pensons par exemple au respect des droits de l'Homme. Or, l'effectivité des normes de RSE ne peut se mesurer qu'en termes d'obligation de moyen puisque leur caractère souple ne permet pas de garantir une obligation de résultat.

462. De plus, si l'effectivité devient l'indice de détermination du droit, ce sont alors les modes d'élaboration des règles de droit qui peuvent être appelés à évoluer. Pour qu'une règle soit effective, il faudrait en effet qu'elle soit le fruit d'un consensus entre les

---

[1186] C. THIBIERGE, « Conclusion », *in La Force normative, naissance d'un concept*, L.G.D.J., Bruylant, 2009, p. 822.

personnes concernées afin qu'elle obtienne leur adhésion. C'est alors la légitimité du législateur qui pourrait être remise cause car seul, comment pourrait-il élaborer une norme qui soit effective ? Les normes de RSE sont élaborées selon des modes et par des auteurs différents des normes juridiques classiques. Prenons l'exemple des normes privées. Les ACI sont négociés et signés entre la direction d'une entreprise et des organisations syndicales internationales. Or, aucun de ces signataires ne possède la capacité juridique de négocier de tels actes. Comment de tels textes pourraient-il dés lors produire des effets de droit ? Les codes de conduite sont quant à eux rarement signés, de sorte qu'il est bien difficile de déterminer la personne qui a émis cet engagement. Ces textes produisent pourtant des effets, que leurs auteurs ont entendu faire produire, et notamment sur la gestion de leur entreprise ou encore les relations avec leurs partenaires commerciaux. Indépendamment des effets souhaités par leurs auteurs, de tels documents créent des attentes auprès des destinataires ou des tiers. Mais quelle est la force normative de ces textes ? Quelle est leur effectivité ? Si l'effectivité se mesure par rapport à la réception de la norme par ses destinataires, doit-on considérer que les destinataires des normes de RSE sont les entreprises, auteurs de ces normes ? Les normes privées de RSE énoncent en effet des engagements, l'adhésion à des valeurs, les lignes de conduite qu'entend suivre l'entreprise. De ce point de vue, la norme est bien réceptionnée par le destinataire, car élaborée par lui. Mais du point de vue des tiers, l'effectivité doit-elle être évaluée de la même manière ? Les lignes de conduite qu'entendent suivre les entreprises ont en effet pour finalité de garantir ou simplement d'informer les tiers, et parfois des parties prenantes identifiées, de la manière dont elles entendent se comporter. L'effectivité se mesure dès lors par rapport à la réalisation de cet objectif. Le non respect, par l'entreprise, de ses normes de RSE, conduit-il alors à remettre en cause leur « force normative » ? Concernant les normes publiques de RSE, les mêmes questions se posent. Les normes publiques proposent des guides de comportement aux entreprises. Si les entreprises se réfèrent à ces normes, on peut alors considérer qu'elles sont dotées d'une réelle force normative car réceptionnées par leurs destinataires. Pour autant, sont-elles respectées et modifient-elles la situation juridique des tiers concernés par les activités des entreprises et donc intéressés indirectement par ces textes ?

463. Finalement, en proposant un nouveau critère de juridicité fondé sur l'effectivité de la norme, la confusion règne. Si l'on considère en effet qu'il s'agit de l'aptitude d'une

norme à atteindre l'objectif poursuivi[1187], alors les normes de RSE peuvent se voir revêtir une certaine force normative dès lors que l'objectif est fixé dans la règle elle-même. Mais doit-on considérer le respect des principes de transparence et de participation du public par exemple, contenus dans de très nombreuses normes de RSE, comme un objectif en soi ou comme un moyen pour atteindre un objectif plus large de respect des droits de l'Homme par exemple ? Dans le premier cas, l'effectivité est atteinte dès lors que l'entreprise met en place des procédures de gestion. Dans le second, ces procédures seront insuffisantes à assurer le respect des droits. Surtout, lorsque ces normes sont le fruit d'une autorégulation, les objectifs de la norme sont déterminés par leurs auteurs, les entreprises. Or, les objectifs des entreprises sont-ils nécessairement les mêmes que ceux des personnes affectées par leurs activités? Ont-elles comme souci de prendre en compte l'intérêt général ? Dans la négative, peut-on parler de réelle effectivité de la norme si celle-ci n'est évaluée que par rapport aux objectifs fixés par les auteurs?

464. La question de l'effectivité des normes de droit « dur » comme celle de droit mou ne peut dès lors pas être mise sur un même plan, l'une n'étant pas exclusive de l'autre. S'il est indéniable que les normes de droit mou intègrent peu à peu le champ du droit, elles démontrent malgré tout leurs limites, redonnant par la même occasion toute sa place au droit dur.

§ 2 . Les limites inhérentes aux normes « soft » de RSE

465. Souvent mises en avant pour leur souplesse et donc leur flexibilité, les normes de *soft law* n'apportent pourtant pas les mêmes garanties que les règles juridiques de droit « dur », malgré les évolutions théoriques visant à les intégrer dans la sphère « classique » du droit. Les limites inhérentes à leur souplesse (A) ainsi que celles liées à l'autocontrôle (B) doivent pour ce faire, être étudiées.

[1187] Selon P. AMSELECK, « est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique », voir J-B. POULLE, *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise : le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, *op. cit.*, § 82.

A. Les limites inhérentes à la souplesse des normes de RSE

466. L'absence de hiérarchie entre les normes de *soft law* et plus spécialement les normes de RSE, offre une flexibilité aux entreprises, qui pourront choisir la norme la plus adaptée à leurs besoins, lesquels peuvent ne pas correspondre aux impacts réels sur la société. Un rapport réalisé dans le cadre du projet *CSR impact*[1188] a d'ailleurs démontré que la RSE était souvent tournée plus sur les apports de la démarche pour l'entreprise, que sur les impacts réels réalisés sur la Société et les individus. La souplesse dans le choix des normes ne peut qu'accentuer un tel constat. Il s'explique notamment par le manque de transparence dans les modes d'élaboration et le choix du contenu des normes, du fait de l'absence de cadre de référence[1189]. Les modes d'élaboration varient ainsi d'une entreprise à une autre, certains étant le fruit de négociation avec des syndicats, d'autres avec des ONG[1190], la majorité étant encore élaborée de manière unilatérale par la direction d'une entreprise. Cette hétérogénéité dans les modes et conditions d'élaboration, due à l'absence de cadre général[1191], s'accompagne d'une hétérogénéité du contenu.

467. Qu'elles soient privées ou publiques, les normes de RSE sont multiples, ce qui n'est pas sans créer une certaine concurrence entre elles, pouvant entraîner une confusion, voire des contradictions. En matière sociale, environnementale, de corruption ou de respect des droits de l'Homme, les entreprises peuvent se référer au Pacte mondial, aux Principes Directeurs des Nations Unies, aux Principes Directeurs de l'OCDE ou à la Déclaration tripartite de l'OIT. Chacune de ces normes développe des exigences plus ou moins précises selon les questions visées et proposent des commentaires propres à l'application de chaque texte. La référence à ces textes peut entraîner une confusion pour

---

[1188] CSR Impact, « Impact Project », Executive summary, sept. 2013, p. 5, disponible sur: http://csr-impact.eu/about.html, site visité le 17 oct. 2013.

[1189] Sur cette question, voir E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse 1, janv. 2004, p. 223 et s.

[1190] Certains auteurs notent les difficultés liées aux négociations réalisées avec des ONG, notamment quant aux critères de choix d'une ONG et à leur représentativité, voir sur cette question E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, *idem*, p. 231 et s.

[1191] La majorité des normes publiques incitent en effet les entreprises à élaborer des normes unilatérales et négociées, mais ne précisent pas comment procéder, notamment concernant le choix des parties prenantes, question pourtant fondamentale concernant les normes de RSE.

les entreprises, lesquelles choisissent alors de se référer à l'un plutôt qu'à l'autre, sans que ce choix ne soit toujours justifié. La confusion grandit lorsque ce sont des normes mixtes telles que l'ISO 26000 ou la *Global reporting initiative* par exemple, qui se réfèrent à une norme publique plutôt qu'à une autre, en proposant des outils et des techniques de gestion pour les appliquer. Ces normes peuvent elles-mêmes coexister avec des normes nationales ou régionales proposant d'autres principes de comportement, dans les mêmes domaines. D'ailleurs des études réalisées sur les codes de conduites ou les labels démontrent régulièrement cette hétérogénéité dans les thèmes abordés ainsi que dans le choix des normes de référence ou tout simplement des principes choisis. Certains textes privés vont par exemple se concentrer sur les questions liées au travail ou à l'environnement sans justifier leur choix sur l'impact réel des activités dans ces domaines. La même remarque peut d'ailleurs être faite au sein d'un même domaine. Pensons par exemple au droit du travail où certains auteurs relèvent que seulement 15% des codes étudiés abordent la question de la liberté syndicale et de la négociation collective alors que près de 45 % d'entre eux traitent de celle du travail des enfants[1192]. Les textes de référence choisis par les entreprises sont tout autant hétérogènes. Certaines peuvent ainsi se référer à la législation nationale pour régler par exemple la question du travail des enfants, tandis que d'autres choisissent de se référer à la convention de l'OIT n° 138 se limitant alors à la question de l'âge minimum d'admission à l'emploi, d'autres encore s'intéressant d'avantage aux pires formes de travail des enfants en se référant à la convention n° 182 de 1999, et d'autres enfin déclarant adhérer à une norme publique de RSE. Cette situation, qualifiée par un auteur de « self-service normatif[1193] », n'est pas sans soulever plusieurs questions d'effectivité de la norme de *soft law*.

468. La souplesse de ces normes pose également un problème de visibilité. Les destinataires de ces normes peuvent ne pas connaître le code de conduite appliqué par la direction d'une entreprise et dont ils sont pourtant, les destinataires. L'absence de

---

[1192] J. DILLER, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *RIT*, 1999, vol. 138, n°2, p. 107, cité par E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, *op. cit.*, p. 236.

[1193] A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541.

diffusion par un « canal officiel [1194]», que représente par exemple une loi, limite inévitablement leur accessibilité et donc leur effectivité. Concernant spécifiquement les normes privées, tout dépend de la diffusion de la norme, laquelle est organisée par l'entreprise elle-même. Certaines peuvent publier leur code de conduite sur le site internet de l'entreprise ; l'envoyer aux collaborateurs ainsi qu'aux partenaires commerciaux ; former les travailleurs au contenu de ces codes de conduite afin que ces derniers puissent l'appliquer pleinement. Une formation de quelques heures de même que la diffusion par internet ne suffit pourtant pas à s'assurer du respect des dispositions d'un code de conduite par ses destinataires. Certains collaborateurs n'ont d'ailleurs parfois pas connaissance de l'existence du code de conduite de leur entreprise. Les accords-cadres internationaux étant le fruit d'une négociation avec les représentants des travailleurs, leur diffusion auprès des travailleurs d'un groupe de sociétés semble a priori plus aisée. La même difficulté existe pourtant, les travailleurs de certaines filiales étrangères, voire des sous-traitants lorsque ces derniers sont visés par l'accord, sont rarement au courant de l'existence d'un tel accord. Difficile dans ces conditions de s'assurer du respect de la norme négociée. A titre de comparaison, un salarié situé sur le territoire français ne peut a priori ignorer l'existence d'une convention collective à laquelle il est soumis dès lors qu'elle est mentionnée à son contrat de travail. Seul l'encadrement par la loi permet de garantir une telle diffusion.

469. Concernant les normes publiques, certaines entreprises développent des normes de RSE sans connaître l'existence des normes publiques de référence en la matière. La participation des milieux d'affaires à l'élaboration de la norme ISO 26 000 ainsi que la souplesse de son contenu facilitent indéniablement sa diffusion auprès des entreprises, davantage que celle des Principes Directeurs de l'OCDE ou ceux des Nations Unies. Les Principes Directeurs de l'OCDE existent pourtant depuis 1976. Leur faible connaissance par les entreprises laisse à cet égard subsister un doute quant à l'efficacité d'une

---

[1194] Voir C. CORGAS-BERNARD, « Les mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *Les mutation de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Economica, études juridiques, 2011, p. 77. L'auteur note à cet égard l'existence d'un texte sanctionnant pénalement la non diffusion d'une règle de bonne pratique en matière de pêche maritime, l'art. L. 253-17 du code rural et de la pêche maritime. De telles sanctions restent encore très marginales mais participeraient sans nul doute à une meilleure diffusion des normes souples de RSE.

diffusion, elle-même « souple ». Or, le risque est qu'une faible diffusion de ces normes publiques, élaborées pourtant sous l'égide d'organisations intergouvernementales, ne les fasse sombrer dans l'oubli. Les normes publiques ne tirent d'ailleurs leur force que de leur large diffusion auprès des instances publiques et des entreprises. Le second risque est qu'une norme publique, bien que largement diffusée par son auteur, ne soit reprise comme norme de référence par un faible nombre d'entreprises et ce, pour des raisons uniquement subjectives. Dès lors que le choix est laissé à une entreprise de se référer ou non à une norme, on comprend qu'elle choisisse celle qui répondra aux mieux à ses intérêts. Or, faute de n'être pas suffisamment mentionnée par les entreprises, une norme peut ainsi perdre toute sa force normative, alors même qu'elle répond aux attentes d'autres parties prenantes. La diffusion d'une norme devient alors une condition *sine qua non* de sa potentielle force normative, laquelle, rappelons-le, n'est pas dépourvue de toute subjectivité. La souplesse offerte par les normes de *soft law* ne peut donc pas apporter la même sécurité qu'une loi, garantie par son caractère général et impersonnel.

B. Les limites inhérentes à l'autocontrôle

470. Les entreprises choisissent elles-mêmes de prévoir ou non la mise en place de procédures de contrôle ou un suivi de l'application des normes de RSE dont elles sont les auteurs. En cas d'absence de telles procédures, il est alors difficile d'évaluer l'efficacité d'une norme. Cela est d'autant plus vrai qu'étant des normes de droit souple, aucun texte n'impose aux entreprise de mettre en place des procédures de suivi. Seules les normes publiques de RSE et certaines normes mixtes le prévoient. Concernant les normes privées, les Accords-Cadres internationaux, négociés avec les organisations syndicales, prévoient dans leur majorité, des procédures de contrôle. Celles-ci sont généralement internes à l'entreprise multinationale et mises en œuvre en partenariat avec les organisations syndicales nationales des pays dans lesquels sont implantées les sociétés du groupe ou les partenaires commerciaux visés, auxquels peuvent également être associées les représentations syndicales des sites, lorsqu'elles existent[1195]. La mise en œuvre de ces procédures reste malgré tout peu transparente, si bien qu'il est difficile d'évaluer concrètement leurs effets sur l'amélioration des conditions de travail des travailleurs. Concernant les codes de conduites, peu d'entre eux prévoient des

[1195] Sur la mise en œuvre des ACI, voir *supra*, Partie I, p. 194 et s.

procédures de contrôle. Certains organisent des mécanismes de surveillance, interne, sous le contrôle des organes de direction de l'entreprise, mais ce contrôle reste alors dépourvu de moyens et les conditions de sa mise en œuvre opaques. Ces contrôles internes ne peuvent de toute évidence que manquer de crédibilité dès lors que l'entreprise se retrouve « juge et partie ». Ils permettent surtout de renforcer le pouvoir de l'entreprise émettrice du code et démontrent que leur mise en œuvre est finalement davantage déterminée par les intérêts de l'entreprise que par ceux des parties prenantes[1196], pourtant « protégées » par les dispositions du code puisqu'elles en sont la principale motivation.

471. Surtout, lorsque l'entreprise fait le choix de mettre en place un processus de suivi, de contrôle, d'évaluation et de correction, celui-ci peut malgré tout se révéler insuffisant s'il ne répond pas aux préoccupations des parties prenantes initialement concernées par les engagements. Citons par exemple le cas des accidents survenus au Bangladesh dans certaines usines de confection de textile, sous-traitantes de grandes marques occidentales. Certaines des entreprises occidentales donneuses d'ordre avaient par exemple organisé des audits auprès des usines, avant la catastrophe dite du « Rana Plaza » survenue le 24 avril 2013. Ces derniers n'ont pourtant pas permis d'identifier les problèmes de sécurité existant. Réalisé par le programme d'audit *Business Social Compliance initiative* (BSCI), spécialisé sur les audits sociaux et créé par l'association d'entreprises *Foreign Trade Association,* cette dernière a précisé que les questions de sécurité n'avait pas fait partie de sa mission[1197]. Le programme BSCI se fonde pourtant

---

[1196] A propos du contenu des codes, I. DAUGAREILH constate que « l'analyse des normes d'entreprise sur la responsabilité sociale à partir de leur genèse montre que leur contenu est déterminé par les intérêts de la compagnie et non par ceux des salariés ou de la société civile », I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », in *Mondialisation, travail et droits fondamentaux,* I. Daugareilh (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2005, p. 378.

[1197] La BSCI a effectué des audits sociaux auprès de deux usines. Un premier audit semble avoir été conduit pour le compte de l'un de ses clients, El Corte Inglès, en relation commerciale avec l'une de ces usines. La BSCI affirme par ailleurs dans un communiqué, avoir réalisé des audits auprès de l'autre de ces usines, « au sujet de ses relations commerciales », bien qu'aucun participant à la BSCI ne se soit approvisionné auprès d'elles, d'après les déclarations faites à la BSCI par les entreprises concernées, participant au programme BSCI. La BSCI déclare que ces audits n'ont pas porté sur la « construction du bâtiment ni sur son intégrité », alors que la BSCI avait connaissance des problèmes soulevés par la sécurité des usines de confection de textile au Bangladesh

sur les conventions principales de l'OIT dont la convention n° 155 sur la santé et la sécurité au travail. Cet exemple illustre les limites de l'autocontrôle, même lorsque celui-ci est réalisé par un organisme externe à l'entreprise. Les conditions de réalisation de ces contrôles sont en effet davantage tournés vers l'intérêt de l'entreprise cliente et ce notamment, lorsque l'auditeur est lié à l'entreprise[1198].

472. Les procédures privées d'autocontrôle prévoient enfin peu de sanction en cas de non respect des dispositions d'un code. Certaines entreprises peuvent parfois prendre des mesures correctives, comme la recherche d'une solution commune avec un partenaire commercial qui n'aurait pas respecté le code de conduite ou encore la rupture des relations contractuelles. Les sanctions visant les salariés restent, en France, limitées par les dispositions du code du travail, mais certains codes peuvent prévoir de telles sanctions pour des travailleurs situées à l'étranger. Dans tous les cas, de telles mesures restent rarement prévues, et si elles le sont, leur mise en œuvre n'est pas communiquée. Mais la question se pose surtout de la sanction visant les entreprises elles-mêmes, auteur de ces normes, et ne respectant pas leurs engagements à l'égard des tiers ou de l'environnement par exemple.

473. Les normes publiques pourraient à cet égard répondre à cette interrogation. Les Etats membres de l'OCDE ainsi que les Etats ayant signé les Principes Directeurs de l'OCDE sont en effet dans l'obligation de mettre en place des Points de Contacts nationaux, chargés de veiller à la mise en œuvre des Principes par les entreprises

---

(voir à ce sujet les documents de la BSCI antérieure à 2013) et que son programme se fonde sur les convention de l'OIT dont celle relative à la sécurité des lieux de travail, et que l'un des objectifs du BSCI affiché dans son code de conduite est la sécurité des lieux de travail. Or, l'audit étant limité par une lettre de mission et non par la vérification du respect des normes internationales, ces audits n'ont pas permis de prévenir la catastrophe du Rana Plaza. Voir à ce sujet l'article de T. LESCUYER, « Sécurité dans les usines : « l'accord signé au Bangladesh a beaucoup de qualités », Novethic, 25 juin 2013, disponible sur : http://www.novethic.fr/novethic/rse_responsabilite_sociale_des_entreprises,securite_au_travail,securite_dans_usines_accord_signe_bangladesh_beaucoup_qualites,139951.jsp, site visité le 10 octobre 2013 ; voir également le communiqué de la BSCI, en date du 6 mai 2013, réalisé par le Managing Director L. BERZAU, disponible sur : http://www.bsci-ch.org/fr/alerte-mise-jour-au-sujet-de-leffondrement-de-limmeuble-rana-plaza-savar-au-bangladesh, site visité le 10 octobre 2013.

[1198] P. BARRAUD DE LAGERIE, Les patrons de la vertu. Entrepreneurs de morale et instruments de mesure dans la construction de la responsabilité sociale des entreprises, Thèse, Sciences Po Paris, 2010.

multinationales[1199]. Cette mise en œuvre reste pourtant volontaire puisqu'une entreprise à qui l'on reproche le non respect des Principes peut refuser de venir s'expliquer auprès du Point de contact national du pays qui la convoque[1200]. De plus, cette procédure n'offre aucun moyen aux membres du Point de contact National. Les personnes dénonçant les violations commises par une entreprise sont donc dans l'obligation de rapporter toutes les preuves des violations dénoncées. Or, une étude des cas portés à la connaissance des différents points de contact nationaux[1201] permet de déterminer que les victimes de ces violations, bien que généralement soutenus par des ONG internationales, n'ont souvent que très peu de moyens financiers. La grande majorité des cas impliquent en outre des sociétés étrangères contrôlées ou liées à des sociétés situées dans les Etats membres de l'OCDE. Ce sont donc ces dernières qui sont visées, pour des violations commises par des sociétés à l'étranger. Or, les communautés victimes de telles violations ne sont que peu au fait de ce texte et de sa procédure de mise en œuvre. L'absence de visibilité de cette norme est à nouveau ici un obstacle à une pleine efficacité. Enfin, les Points de contacts nationaux ne peuvent que proposer des solutions aux entreprises, ces dernières n'étant pas contraintes de les suivre. Cette procédure de mise en œuvre reste malgré tout la seule accessible aux tiers, parmi les normes publiques de RSE. Le Pacte mondial prévoit en effet une simple procédure de surveillance vis-à-vis des entreprises ayant signé le Pacte. Cette surveillance se limite au respect de l'envoi d'un rapport annuel expliquant la mise en œuvre des engagements par l'entreprise signataire. Le bureau du Pacte mondial ne vérifie pas la véracité du contenu de ces rapports et se contente de supprimer de la liste des entreprises signataires du Pacte, toute entreprise qui n'enverrait pas ledit rapport. Quant à la Déclaration tripartite de l'OIT, aucune mesure de contrôle ni de mise en œuvre n'est prévue par le texte, si bien que les entreprises déclarant « adhérer » ou suivre les Principes contenus dans la Déclaration ne seront pas contrôlées. Seule une procédure de règlement des différends portant sur l'interprétation de la Déclaration est prévue[1202]. S'agissant enfin des Principes Directeurs

---

[1199] Sur cette question voir *supra*, Partie I, p. 197 et s.

[1200] M. MOHAMED SALAH, L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?, L.G.D.J., 2012, p. 228.

[1201] Les cas portés à la connaissance des points de contact nationaux sont référencés sur le site internet de l'ONG oecdwatch, www.oecdwatch.org.

[1202] Pour plus de détails sur la procédure d'interprétation de la Déclaration, voir BIT, La Déclaration de Principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale : guide à l'attention des utilisateurs, OIT, 2002, p. 30.

des Nations Unies, aucune procédure de contrôle de leur mise en œuvre n'est prévue au niveau des entreprises. Un groupe de travail a néanmoins été créé par une Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies en juin 2011[1203]. Ce groupe est notamment chargé de promouvoir la diffusion et l'application « efficace et globale » des Principes directeurs et « de mettre en évidence, partager et promouvoir les bonnes pratiques et les enseignements découlant de la mise en œuvre des Principes directeurs et de procéder à des évaluations et de formuler des recommandations s'y rapportant (…) [1204]». Aucune mesure portant sur le non respect de ces Principes, par les entreprises, n'est donc à ce jour prévue[1205].

474. La faiblesse dans les mesures de contrôle démontre que l'élaboration d'une norme de droit souple a pour conséquence inévitable le choix d'établir ou non un contrôle de son application et de son respect. Or, sans vérification de son application, comment établir l'effectivité d'une norme et donc son utilité à l'égard des tiers ? Lorsque de telles mesures existent, elles pêchent par leur manque de transparence et d'efficacité, tenant

---

[1203] Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 17/4, 6 juillet 2011, A/HRC/RES/17/4.

[1204] Ibidem.

[1205] Le *Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises* adopté par la Sous-commission des droits de l'Hommes des Nations Unies du 26 août 2003, prévoyait en revanche une mise en œuvre non moins molle, puisqu'était prévu que « chaque société transnationale ou autre entreprise adopte, diffuse et applique des règles internes de fonctionnement conformes à ces Normes. De plus, elles adoptent d'autres mesures pour permettre la mise en œuvre complète des Normes et garantir au moins une application rapide des protections prévues par les Normes et présentent régulièrement des rapports sur les mesures prises. Chaque société transnationale ou autre entreprise applique les Normes et les intègre à ses contrats ou autres accords et transactions avec des partenaires, sous-traitants, fournisseurs, concessionnaires, distributeurs ou toute autre personne physique ou morale qui conclut quelque accord que ce soit avec la société ou l'entreprise afin de garantir l'application et le respect des Normes ». De plus, les sociétés transnationales et autres entreprises devaient faire l'objet de contrôles et vérifications périodiques, par des mécanismes des Nations Unies et d'autres mécanismes nationaux et internationaux existants ou à créer, portant sur l'application des Normes. Ce contrôle devait être « transparent et indépendant » et prendre en compte l'apport des parties intéressées (y compris des organisations non gouvernementales), ainsi que, par conséquent, les plaintes déposées pour violation des Normes. Les sociétés transnationales et autres entreprises devaient par ailleurs conduire des évaluations périodiques de l'impact de leurs propres activités sur les droits de l'homme au regard des Normes, (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2).

notamment à l'absence de sanction, même privées. Comme nous le verrons, en l'absence d'un cadre de référence, l'établissement de telles normes ne permet donc pas d'atteindre seul, les objectifs visés par la RSE.

CONCLUSION

SECTION 1

475. Le constat d'une normativité plurielle où la contrainte ne serait plus la caractéristique essentielle de la norme juridique, participe à une remise en cause du positivisme et marque l'avènement du pluralisme normatif. Ce constat ne retire pourtant rien à l'utilité du droit « dur », la reconnaissance d'une normativité plurielle n'impliquant pas *ipso facto* de placer les normes de droit souple sur le même plan que celles tirées du droit dur. Nous avons en effet pu constater que la détermination d'une nouvelle force normative aux normes de droit souple ne permet pas d'assurer la sécurité juridique inhérente à tout système démocratique composé d'individus et d'intérêts différents, voire, divergents et, *a fortiori,* à la protection des droits des individus. Si certaines normes de RSE peuvent en effet revêtir une force normative par la généralisation de leur utilisation ainsi que par leur application par les entreprises, celle-ci met inévitablement de côté les tiers, ce qui n'est pas sans soulever des questions notamment sur l'efficacité de ces normes. Les normes de RSE sont en effet utilisées et appliquées par les entreprises, mais elles ne confèrent aucun droit aux tiers. Elles ne peuvent d'ailleurs *per se*, créer d'obligations à la charge de leurs destinataires qui ne seraient pas encadrées par le droit. Seul leur rattachement à des qualifications juridiques préexistantes permet, en l'état du droit positif, de s'assurer de leur respect. Seule une réception de ces normes par le législateur permettrait donc de leur faire produire de tels effets. C'est à cette double capture des normes de RSE par le droit qu'il convient à présent de s'attacher. En réceptionnant les normes de droit souple, le droit dur réapparaît en effet, les détachant de la sphère du droit souple et enrichissant par la même occasion, le droit dur.

SECTION II - LA « CAPTURE[1206] » PAR LE DROIT DES NORMES DE RSE

476. Les normes de RSE ne sont prévues ni encadrées par aucun texte légal. Ce sont des textes élaborés de manière spontanée par des acteurs privés ou publics, ne recevant donc a priori aucune qualification légale. N'ont-ils pour autant aucune valeur juridique ? En application de la théorie positiviste, seule la loi pourrait leur conférer cette valeur juridique en leur faisant produire des effets de droit, comme nous l'avons évoqué. En dehors de tout texte, le juge peut également être conduit à requalifier ces textes en fonction de la réalité de leur contenu ou les utiliser en support d'actions en responsabilité. Loin de rester en dehors de la sphère du droit, les normes de RSE apparaissent alors comme pouvant produire des effets juridiques potentiels qui peuvent varier selon qu'elles sont appliquées par le juge ou reprises par le législateur. Dans cette optique, nous étudierons dans un premier temps les voies empruntées par le juge pour réceptionner les normes de RSE (§1) ; nous examinerons dans un second temps l'intégration naissante de la RSE dans la législation (§2).

§ 1 . La réception des normes de RSE par le juge

477. Le juge peut être conduit à faire produire des effets juridiques aux normes de RSE. Cette réception diffère selon qu'il s'agit de normes privées (A) ou de normes publiques (B), chacune soulevant des problématiques différentes selon l'auteur de la norme. Comme le note C. PERES, c'est alors « par le jeu des qualifications juridiques préexistantes, et non de manière autonome [1207]», que ces normes peuvent être amenées à produire des effets juridiques.

[1206] F. COCHOY, A. LACHEZE, « Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 31.

[1207] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Association Henri Capitant, Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 111.

A. La réception incertaine des normes privées

478. L'analyse d'une réception des normes de RSE par le droit nécessite de distinguer selon que ces normes sont élaborées par des organismes professionnels s'adressant à toutes les entreprises en général, ou qu'elles sont édictées par et pour une entreprise en particulier. Dans le premier cas, les normes élaborées pour guider les entreprises ne créent pas de droits en faveur des individus. S'adressant exclusivement aux entreprises, les auteurs de ces normes n'ont d'ailleurs pas pour intention de s'adresser aux tiers, aux consommateurs ou aux salariés. Prenons l'exemple de la norme ISO 26 000 ou de la *Global reporting intiative.* Ces normes ne créent pas de droit à l'égard des tiers, lesquels ne peuvent donc pas en exiger le respect auprès d'un juge. Un consommateur ou un travailleur ne serait d'ailleurs pas plus fondé à dénoncer le contenu de ces normes ou leur mauvaise application auprès de leurs auteurs directement. Une norme mixte privée peut en revanche être utilisée par le législateur pour la mise en œuvre d'une loi par exemple, comme nous le verrons[1208]. Une telle réception n'est cependant pas toujours souhaitée par les auteurs de ces normes. Tel est par exemple le cas des auteurs de la norme ISO 26 000. Afin de prévenir tout risque de réception par le droit, il a été convenu de préciser que cette norme « n'est pas destinée à servir de base à une action en justice, une plainte, des arguments à décharge ou tout autre réclamation dans des procédures internationales, nationales ou autres. Elle n'est pas destinée à être citée comme une preuve de l'évolution du doit coutumier international[1209] ». Si ces normes ne peuvent donc pas être suivies d'effets juridiques *per se*, elles peuvent en revanche être prises en compte par le juge lorsqu'une entreprise s'y est référée ou a suivi l'une des procédures de gestion, d'audit et de certification proposées par ces normes.

479. Dans ce second cas, les normes de RSE élaborées par les entreprises elles-mêmes peuvent être retenues par le juge. Bien que qualifiés de prime abord de « droit mou », les normes privées de RSE peuvent en effet produire des effets juridiques, soit par la

[1208] Voir *infra* §2, p. 399 et s.
[1209] Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000, 1. Domaine d'application p. 2.

sanction de leur non respect, soit par celle de leur contenu[1210]. Le droit offre ainsi plusieurs possibilités dont les limites restent malgré tout patentes. Les solutions diffèrent selon que le destinataire de la norme est ou non lié juridiquement à la société émettrice de la norme de RSE. Les textes unilatéraux des entreprises pouvant s'adresser aux partenaires commerciaux, aux salariés, aux collaborateurs ou aux tiers, les actions pouvant être intentées par l'une ou l'autre de ces parties prenantes diffèrent selon la relation juridique existant entre l'entreprise émettrice de la norme et la partie à l'initiative de l'action en justice.

480. Les relations contractuelles existant entre une société émettrice d'un code et ses partenaires commerciaux permettent par exemple d'envisager l'application du droit des obligations à un code de conduite inséré à un contrat commercial. La simple référence au code dans les relations contractuelles pourrait conduire le juge à le requalifier en conditions générales accessoires au contrat[1211], lui faisant alors produire des effets obligatoires tant à l'égard du partenaire commercial que de la société émettrice d'ailleurs. Clients et fournisseurs de la société émettrice du code peuvent en effet exiger le respect des engagements pris par la société. Cette dernière peut également se voir reconnaître la possibilité de résilier un contrat pour non respect des engagements RSE contenus dans le code.

481. La question se pose également de savoir si un tiers à la relation contractuelle, mais subissant un préjudice du fait de la non exécution ou de la mauvaise exécution du code, serait fondé à engager la responsabilité des contractants. Dès lors qu'un code de conduite prévoit des dispositions relatives au respect de l'environnement ou aux droits de l'Homme par exemple, les tiers à la relation contractuelle peuvent en effet être intéressés par ses dispositions dès lors qu'elles produisent potentiellement des effets sur leurs droits. Tel est par exemple le cas de communautés avoisinant des sites de production ou des salariés d'une des sociétés contractantes, dès lors que le code prévoit le respect de leurs droits ou la mise en place d'actions spécifiques à leur égard. Des exceptions au

---

[1210] Voir par exemple un arrêt de la Cour de cassation ayant considéré comme abusif le dispositif d'alerte professionnelle mis en place par le code de conduite de Dassault-Système, Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, voir *infra*, p. 395.

[1211] C. JUBAULT, « Les codes de conduite privés », *in Association Henri Capitant, Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37.

principe de l'effet relatif des contrats peuvent conduire à envisager des actions judiciaires de la part de ces tiers intéressés, à l'encontre d'entreprises émettrices de codes de conduite, dont les dispositions n'auraient pas été respectées. La stipulation pour autrui ainsi que la promesse de porte-fort, prévues respectivement aux articles L. 1121 et L. 1120 du Code civil, en sont des exemples. Au sein d'un groupe de sociétés, les cocontractants des filiales, de même que les travailleurs de sociétés sous-traitantes liés par un contrat à une société donneuse d'ordres, pourraient invoquer la stipulation figurant dans le code de conduite[1212]. Cette question a par exemple été posée au juge américain dans le cadre d'une *class action* intentée contre la société Wal-Mart par des salariés de sociétés sous-traitantes[1213]. Le juge a considéré que le Code de Wal-Mart ne créait pas d'obligation pour Wal-Mart d'évaluer le respect, par ses sous-traitants, du droit local, mais seulement un droit d'inspecter ses sous-traitants et un droit de résilier le contrat en cas de violation. Une décision rendue en faveur des travailleurs aurait conduit à leur reconnaitre un droit découlant de l'obligation imposée par Wal-Mart à ses sous-traitants et donc à qualifier ce code de stipulation pour autrui[1214]. Une telle situation pourrait être étendue à de nombreux codes de conduite lorsqu'ils traduisent notamment la volonté d'une société d'obtenir d'une autre société, avec laquelle elle est liée par des relations commerciales, le respect de certains droits et principes. Il s'agit

---

[1212] Ibidem.

[1213] En 2005, des travailleurs des partenaires commerciaux de Wal-Mart auxquels ce dernier avait imposé le respect d'un code de conduite ont en effet demandé au juge de Californie de requalifier ce code de conduite en contrat, duquel ressortait des clauses dont ils étaient les bénéficiaires directs (Ce texte, intitulé « Standards for suppliers », établissait un devoir pour Wal-Mart de s'assurer que ses sous-traitants respectaient le droit du travail local. Ce texte permettait également à Wal-Mart de réaliser des inspections afin de s'assurer que cette obligation était bien respectée). Les salariés des sous-traitants reprochaient à Wal-Mart de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour garantir et sanctionner le respect des droits garantis par le contrat, alors que Wal-Mart disposait des moyens nécessaires pour le faire. Les travailleurs ont donc demandé réparation à Wal-Mart pour le préjudice subi par la violation de l'engagement pris dans le code de conduite. La Cour d'appel des Etats-Unis a confirmé la décision rendue en première instance(Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc., No. CV 05-7307 (C.D. Cal. Dec. 11, 2006) en considérant que le contrat ne permettait pas de démontrer que Wal-Mart avait l'intention de s'obliger à s'assurer du respect effectif de son code de conduite à l'étranger. Voir US Court of appeal for the 9th circuit, *Jane Doe I, et al vs. Wal-Mart Stores Inc*, n° 08-55706 D.C. No. 2:05-cv-07307-AG, 10 juill. 2009. Voir *supra,* p. 289.

[1214] Il s'agit, en droit de la common law, de « third party beneficiatry » ; voir B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source de droit global? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/02, disponible sur : http://wwwphilodroit.be, site visité le 14 septembre 2014.

traditionnellement du respect des droits de l'Homme et plus particulièrement des droits des travailleurs. La question reste pourtant de savoir si la société imposant ce code a eu l'intention de créer un droit dans le patrimoine du tiers. Dans tous les cas, la stipulation pour autrui ne confère pas de droit au tiers à l'égard du stipulant mais simplement à l'égard du promettant. Les tiers au contrat, salariés ou voisins, ne pourraient donc se voir reconnaître une action qu'à l'encontre de l'auteur direct de la violation du code, c'est-à-dire la société sous-traitante ou la filiale, et non à l'encontre de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre qui n'aurait pas exécuté la possibilité que lui offre le code d'inspecter son partenaire commercial. Une obligation légale imposant aux sociétés de surveiller leurs sous-traitants conduirait à une solution différente[1215].

482. Certains accords-cadres internationaux pourraient en revanche être assimilés à des promesses de porte-fort, lorsque la société signataire de l'accord s'engage à ce que ses sous-traitants et fournisseurs appliquent certains textes internationaux. L'accord de PSA Peugeot Citroën prévoit par exemple que « PSA PEUGEOT CITROËN s'engage à communiquer cet accord auprès de ces entreprises et demande qu'elles appliquent les conventions de l'OIT mentionnées. PSA PEUGEOT CITROËN demande à ses fournisseurs un engagement similaire à l'égard de leurs propres fournisseurs et sous-traitants ». Mais c'est surtout concernant les filiales que de tels accords pourraient être assimilés à des promesses de porte-fort, de la part de la société signataire de l'accord, envers ces dernières. La promesse de porte-fort correspond en effet à un engagement qu'un tiers exécutera ou ratifiera une convention. Or, de tels accords expriment l'engagement d'une société, le promettant, envers des travailleurs, les bénéficiaires, de l'application par les filiales du groupe, des dispositions du texte et donc de l'exécution d'une obligation. Les travailleurs de ces filiales pourraient dénoncer la non exécution de l'accord-cadre par les filiales et engager ainsi la responsabilité de la société signataire de l'accord-cadre. La reconnaissance de la qualité de bénéficiaire aux travailleurs de ces filiales reste malgré tout incertaine.

483. Un tiers peut également subir un dommage du fait de la mauvaise exécution d'un code de conduite inséré à un contrat ou de son inexécution par l'un des contractants. La jurisprudence reconnaît en effet la possibilité aux tiers d'invoquer la faute commise par

[1215] Voir *infra*, p. 496 et s.

l'un des contractants afin de lui demander réparation de son dommage[1216]. Cette possibilité est notamment reconnue aux victimes d'un préjudice par ricochet[1217]. Un tiers à un contrat peut ainsi invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage[1218]. Peuvent ainsi engager la responsabilité délictuelle d'une société, des salariés licenciés, ayant subi la violation d'un engagement de ladite société envers le comité d'entreprise de garantir l'exécution d'un plan social, dès lors qu'il en est résulté pour eux un préjudice[1219]. La question de la nature délictuelle ou contractuelle de la faute ne semble pas encore tout à fait tranchée, si bien qu'il faudrait, selon la question soulevée, démontrer le manquement à un devoir général de prudence par exemple. Toutefois, lorsque la sécurité des personnes est en jeu, la Cour semble rechercher la faute délictuelle du contractant[1220], tout en l'appréciant en fonction des critères contractuels[1221]. Il est tout à fait envisageable que le non respect d'engagements contractuels pris en matière de RSE puisse causer un préjudice aux tiers. Or, la nature de ces engagements, parce qu'ils trouvent leur source dans des conventions internationales ou des règles d'ordre public, devrait conférer à la règle inexécutée un caractère délictuel, bien qu'il s'agisse également d'une faute contractuelle ; c'est que l'objet même de l'obligation inexécutée intéresse inévitablement les tiers, même totalement étrangers au contrat, en tant que *penitus extraneus*.

[1216] La Cour affirme que « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été partie, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle », Cass. Com., 1er juill. 2003, *Resp. civ. Et assur*. 2003, comm. 251.

[1217] Cass. 2e civ., 23 oct. 2003, *Dame Galland c/ Axa* : Juris-Data n° 2003-020607 ; *Resp. civ. et assur*. 2004, comm. 2.

[1218] Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-14.862 : JurisData n° 2010-010240 ; *Resp. civ. et assur*. 2010, comm. 243 ; M. ESPAGNON, « Droit à réparation », *JCL civil, Fasc. 16-20*, 28 déc. 2004, n° 24.

[1219] Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-42.745 : JurisData n° 2007-041695 ; *Resp. civ. et assur*. 2008, comm. 51.

[1220] Voir à cet égard la responsabilité du fait des produits défectueux, art. L. 1386-1 à 136-18 du Code civil.

[1221] « Tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers », *JCP G* 1998, II, 10088, rapp. P. SARGOS et Cass. 1ère civ., 17 janv. 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 43 ; *D.* 1995, jurispr. p. 350, note P. JOURDAIN – G. VINEY, obs., *JCP G* 1995, I, 3583, n° 9 et s. – H. GROUTEL, obs., *Resp. civ. et assur*. 1995, chron. n° 16.

484. La notion d'engagement unilatéral, bien qu'appliquée avec prudence par le juge civil, pourrait également s'appliquer aux codes de conduites, dès lors qu'il en ressort l'expression d'une promesse d'accomplir une obligation naturelle, indépendamment de la volonté du créancier[1222]. La qualification d'engagement unilatéral aurait alors pour conséquence de transformer cette obligation naturelle en obligation civile, de sorte à rendre obligatoire son exécution. Tel est notamment le cas en matière de loteries publicitaires, le juge ayant été conduit à condamner les sociétés émettrices de telles publicités, dès lors qu'elles expriment un engagement faisant naître une croyance légitime du destinataire, en leur exécution. Qualifier certains codes de conduite d'engagement unilatéral aurait ainsi pour conséquence de les reconnaître comme des actes générateurs de créance au profit des tiers, sans que ces derniers n'aient été invités à donner leur consentement[1223]. Leur caractère initialement « volontaire » ne s'opposerait donc pas à ce qu'ils soient source d'obligation, l'engagement unilatéral n'étant finalement que l'expression unilatérale d'une volonté ! Cette reconnaissance serait conditionnée par la preuve de la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de l'auteur. Si la manifestation d'une volonté de s'engager en faveur de la protection de l'environnement, des droits de l'Homme et de lutte contre la corruption est généralement sans équivoque et exprimée clairement par les entreprises, la question de l'identification du destinataire de ces engagements reste toutefois encore floue et devrait être déterminée par le juge ou le législateur. Lorsque ne sont pas expressément nommés les fournisseurs ou les partenaires commerciaux, les salariés ou les collaborateurs à l'attention desquels s'adressent ces codes et chartes, il est en effet difficile de considérer que les tiers en sont les destinataires. Et pourtant, les raisons fondant ces engagements sont généralement exprimées dans les préambules de ces textes. S'ils ne sont alors pas nommés expressément, les tiers et les consommateurs sont toutefois les destinataires des codes de conduite, auprès desquels l'entreprise entend s'engager. En s'engageant expressément à l'égard des salariés, le code de conduite d'une société aurait ainsi surtout vocation à être qualifié d'engagement unilatéral de volonté de l'employeur. C'est surtout en droit du

---

[1222] Voir C. Cass. 4 janv. 2005, n° 02-18904 qui rappelle « qu'un engagement unilatéral de volonté pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation naturelle (transforme) celle-ci en obligation civile », cité par I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n°5, fév. 2006, 1214, p 261.

[1223] J-L. AUBERT, « Engagement unilatéral de volonté », *Rép. Droit civil*, Dalloz, juin 2013.

travail que cette notion est d'ailleurs utilisée par le juge, lequel n'hésite pas à qualifier comme tel « une circulaire de la direction, un courrier individuellement adressé aux salariés, une déclaration du chef d'entreprise devant le comité d'entreprise[1224] ». La recherche de la manifestation de la volonté de l'employeur conditionne l'identification de l'engagement unilatéral[1225]. En outre, de tels engagements ne peuvent déroger à la loi ou à la convention collective que dans un sens favorable aux salariés[1226]. Dès lors, un code de conduite s'adressant aux salariés pourrait être qualifié d'engagement unilatéral par le juge ce qui aurait notamment pour conséquence de lui conférer une force obligatoire, ne pouvant être remis en cause sans l'accord du salarié ou sans le respect d'une certaine procédure de dénonciation, à l'instar de l'usage[1227]. Une question reste toutefois en suspend s'agissant de l'étendue d'un tel engagement. Les codes élaborés par les entreprises transnationales visent en effet les salariés et collaborateurs de l'entreprise dans son ensemble, y compris les travailleurs des filiales, voire des sous-traitants et fournisseurs. L'application de la technique de l'engagement unilatéral pourrait-elle dès lors être reconnue en leur faveur ? Il serait en effet surprenant qu'une entreprise exprime une volonté de respecter certains droits des travailleurs au-delà des frontières de la société-mère sans que de tels engagements ne fassent naître chez ces travailleurs la croyance légitime en la naissance d'une créance à leur égard. Le juge n'a encore pas été amené à se prononcer sur une telle situation. A l'instar des travailleurs de Wal-Mart, il ne serait pourtant pas surprenant qu'une telle question lui soit un jour posée. En l'état du droit positif, la technique de l'engagement unilatéral serait alors amenée à évoluer sûrement concomitamment à celle du co-emploi. La question de l'implication de la société émettrice du code dans les relations de travail des travailleurs de l'entreprise transnationale dans son ensemble se pose en effet. En l'état du droit positif pourtant,

---

[1224] J. PELISSIER *et al.*, *Droit du travail* : Précis Dalloz, 2004, p. 131, cité par I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n°1214, fév. 2006, p . 260.

[1225] G. AUZERO, E. DOCKES, J. PELISSIER, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28ème éd., 2014, p. 744 et s.

[1226] Relevons à cet égard que la question pourrait être amenée à se poser de la supériorité d'un code de conduite ou non sur un accord-cadre international signé par la même société, de la même manière que le juge a eu à se prononcer sur la supériorité d'un accord collectif par rapport à un engagement unilatéral de l'employeur, antérieur et non dénoncé, voir par exemple, Cass. soc. 10 mars 2010, n° 08-44.950, *RDT*, 2010, 382, obs. H. TISSANDIER ; *Dr. Soc*., 2010, 1092, obs. M. VERICEL.

[1227] I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *op. cit*., p. 260.

l'engagement unilatéral ne pourrait pas apporter de solution à ces travailleurs qui souhaiteraient voir exécuter les engagements de l'entreprise.

485. Notons qu'en s'adressant aux salariés, un code de conduite peut également être assimilé au règlement intérieur, dès lors qu'il leur impose des obligations ou leur interdit certains comportements. Or, de telles prescriptions doivent être prises dans le respect des règles prévues à l'article L. 122-36 du Code du travail. Un employeur ne peut pas en effet recourir au code de conduite pour détourner l'application des dispositions applicables au règlement intérieur[1228]. Tel serait pourtant le cas si un code prévoyait des sanctions disciplinaires. La circulaire DGT n° 2008/22 du 19 novembre 2008 invite à ce propos l'inspection du travail à intervenir dans le contrôle des codes et des chartes éthiques dès lors qu'ils touchent au champ matériel du règlement intérieur.

486. Au-delà des salariés, les consommateurs peuvent également être intéressés par l'exécution et le respect des normes de RSE des entreprises. Sans viser les salariés précisément, un code de conduite peut en effet informer les tiers sur le comportement de l'entreprise dans la conduite de ses activités. Le non respect de ces informations pourrait être alors sanctionné au titre de l'infraction de publicité trompeuse définie aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation[1229], ce qui aurait pour conséquence de qualifier juridiquement ces codes ou chartes de publicité, malgré leur caractère initialement « soft ». Le droit de la consommation offre ici une possibilité aux consommateurs ainsi qu'aux associations de défense de l'intérêt des consommateurs, de faire sanctionner une société utilisant un code de conduite comme message publicitaire, si les informations diffusées reposent sur des allégations fausses. A travers un code de conduite, les sociétés diffusent en effet des messages pouvant créer une confusion dans

---

[1228] Voir par exemple l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire « Dassault », la Chambre sociale ayant considéré le 8 décembre 2009 que le dispositif d'alerte mis en place par le code de conduite de Dassault-Système en vu de se conformer à la loi américaine dite « Sarbanes Oxley », violait la loi française du 6 janvier 1978 relative à la protection des données personnelles. Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191.

[1229] Sur cette analyse, voir notamment I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, fév. 2006, n°1214, p. 254 et s. ; M. BRAC, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », *in* E. CLAUDEL et B. THULLIER (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004, disponible sur http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf, consulté le 10 novembre 2013.

l'esprit du consommateur[1230] dès lors que les informations sont fausses ou de nature à l'induire en erreur. La question se pose néanmoins de la qualification d'un code de conduite en publicité, sa diffusion étant souvent limitée au site internet de l'entreprise concernée. Les messages contenus dans ces supports de communication pourraient être qualifiés de publicité s'ils ont pour objet d'informer le consommateur des normes auxquelles l'entreprise entend se soumettre, dès lors qu'un tel message vise à inciter le consommateur à se déterminer dans un sens ou dans un autre. La Cour considère que constitue une publicité « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés[1231] » peu importe que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial[1232]. Une plainte a ainsi été déposée contre l'entreprise Samsung par les associations Sherpa et Peuples solidaires et par l'organisation syndicale Indecosa-CGT le 26 février 2013, afin de dénoncer les conditions de travail des travailleurs de sa chaîne de sous-traitance en Chine. Cette plainte fait suite aux résultats d'une étude menée par l'association China Labor Watch auprès de plusieurs fournisseurs chinois de l'entreprise Samsung. Selon cette étude, les droits fondamentaux relatifs à la santé et la sécurité des travailleurs, ainsi que ceux relatifs aux conditions de travail ne sont pas respectés chez les fournisseurs[1233]. Les plaignants dénoncent une pratique commerciale trompeuse de la part de Samsung, pour non respect de ses engagements éthiques. Samsung est notamment signataire du code de

---

[1230] A propos de l'affichage de la « charte du boulanger authentique », qualifiée de « support de la campagne publicitaire », et créant une confusion dans l'esprit du consommateur normalement attentif, voir Crim. 15 déc. 1992, *Bull. crim.*, n° 420, citée par P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *in Association Henri Capitant, Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 129.

[1231] Cass. crim 14 oct. 1998, n° 98-80527, Bull. Inf. Cass. 1er fév. 1999, p. 34, *D. aff.*1999, p. 203, *JCP* éd. E 1999, n° 11, p. 462, note Ph. CONTE, D. 2000. Somm 130, obs. GOZZI, *D.* 2000. Somm 281, obs 281, obs. O. TOURNAFOND, cité par M. BRAC, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », *op. cit.*.

[1232] Cass. crim. 6 mai 1998, n° 97-83023, *Bull. Actu. Lamy Droit Economique,* juill. 1998, n° 108, p. 11.

[1233] « Samsung accusé de fermer les yeux sur « les conditions de travail indignes » chez ses sous-traitants chinois, Le Monde, 26 février 2013, disponible sur : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/02/26/samsung-accuse-de-fermer-les-yeux-sur-les-conditions-de-travail-indignes-chez-ses-sous-traitants-chinois_1839009_3234.html, consulté le 10 novembre 2013.

conduite de l'*Electronic Industry Citizenship Coalition*[1234], lequel prévoit des dispositions précises en matière de conditions de travail et s'applique à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance. Le 8 juillet 2013, le Parquet a décidé d'ouvrir une enquête préliminaire. Cette action n'est pas sans rappeler l'action intentée par un résident de San Francisco, M. Kasky, contre l'entreprise Nike, devant le juge californien, le 20 avril 1998. M. Kasky reprochait à Nike ses mauvaises pratiques commerciales et sa publicité trompeuse. Faisant suite à la publication d'une étude commanditée par Nike sur les conditions de travail dans certaines de ses usines en Asie, Nike avait en effet utilisé plusieurs outils de communication afin d'informer sur les résultats positifs de cette étude. M. Kasky alléguait au contraire que les communications de Nike étaient fausses et trompeuses. L'entreprise Nike affirmait en effet que ses produits étaient fabriqués dans des conditions respectant le droit applicable, qu'elle payait le double des salaires minimum en vigueur en Asie, que les travailleurs ne subissaient aucun sévisse corporel etc. La demande de M. Kasky fut dans un premier temps rejetée par la Cour supérieure de Californie, et le jugement confirmé en appel le 20 mars 2000. Le débat ne portait alors pas sur la véracité ou non du message mais sur sa nature commerciale. La Cour a en effet considéré qu'il s'agissait d'informations publiques et non commerciales, protégées par le 1er amendement de la Constitution sur la liberté d'expression. La Cour suprême de Californie revint sur cette décision en considérant que les messages diffusés par Nike étaient de nature commerciale, car ils étaient émis par un commerçant et étaient destinés à une audience de consommateurs dans le but de promouvoir la vente de ses produits[1235]. Nike saisit alors la Cour suprême des Etats Unis le 4 octobre 2002 afin qu'elle se prononce sur le caractère commercial ou non de ses déclaration publiques et plus largement, sur l'étendue de la liberté d'expression des sociétés lorsque leurs déclarations ne sont pas de nature essentiellement publicitaires. Sans se prononcer sur le fond, et pour des raisons essentiellement procédurales, le recours fut rejeté le 26 juin 2003[1236].

[1234] Code de conduite de l'*electronic industry citizenship coalition*, version 4.0, 2012, Disponible en version française : http://www.eicc.info/documents/EICCCodeofConductFrench.pdf, site consulté le 10 novembre 2013.

[1235] Cour suprême de Californie, Kasky c/ Nike, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

[1236] Cour Suprême des Etats-Unis, *Nike v. Kasky*, 26 juin 2003, sur cette affaire voir F-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression.

487. Cette affaire, emblématique en la matière, soulève plus généralement la question du contrôle de l'information communiquée par les entreprises en matière de RSE, lequel permettrait d'assurer l'effectivité des codes de conduite. Sans contrôle juridique (et donc sans menace de sanction), le risque est en effet que les entreprises multiplient des messages positifs sur leur comportement, et que les consommateurs et les tiers soient mal informés sur le comportement réellement responsable des entreprises[1237]. On peut d'ailleurs craindre que l'absence de sanction ne favorise pas le développement d'actions concrètes de la part des entreprises en faveur du respect des droits des individus potentiellement affectés par leurs activités. Afin de s'assurer du respect, par les entreprises, de leurs normes de RSE, certains auteurs proposent de recourir à d'autres notions juridiques telles que celle de bonne mœurs[1238], d'engagement d'honneur[1239] ou de quasi-contrats[1240]. Le recours à la notion d'usages[1241] commerciaux, tant par le juge civil que par le juge pénal, conduirait par exemple ces codes de conduite à concourir à la qualification de certaines fautes ou infractions. De même, en remplissant les fonctions de standard, ils peuvent permettre au juge étatique ainsi qu'aux arbitres internationaux, d'apprécier le comportement des opérateurs du commerce international. Ils définissent en effet « abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé[1242] ».

488. Les divers procédés juridiques par lesquels les normes de RSE peuvent être réceptionnées démontrent qu'il est difficile de rechercher une nature juridique unique à

Considérations à partir de l'arrêt Nike v. Kasky », *Rev. sociétés*, 2004, n° 2, p. 261. C'est finalement une transaction entre les parties qui mit fin au différend le 12 septembre 2003. Celle-ci prévoit le versement par Nike de 1,5 million de Dollars à la *Fair Labor association*.

[1237] Sur les risques liés à l'absence de contrôle des codes de conduite, voir A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J., 2002, p. 134 et s.

[1238] C. JUBAULT, « Les « codes de conduite privés », *in Association Henri Capitant, Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 36.

[1239] Ibidem.

[1240] Voir par exemple I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, fév. 2006, n°1214, p. 261.

[1241] Voir V. WESTER-OUISSE, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *Revue de sciences criminelles*, 2000, p. 351 et s.; F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, p. 294 et s.

[1242] *Idem*, p. 287.

ces normes. Celles-ci peuvent revêtir plusieurs qualifications permettant de les rendre obligatoire, malgré leur nature en apparence molle. Parler de droit mou n'est à cet égard pas tout à fait exact dès lors que des effets juridiques contraignants peuvent leur être attachés.

489. Ces effets restent malgré tout limités. Les pistes présentées restent en effet très aléatoires dans les possibilités qu'elles offrent, notamment aux individus ne justifiant pas d'un lien de droit avec la société émettrice d'un code et néanmoins potentiellement affectés par son comportement. En d'autres termes, alors que ces normes de RSE ont pour objet de prévenir d'éventuels effets négatifs sur les droits des individus et l'environnement, l'absence de contrainte propre à ces normes ne permet pas de garantir le résultat escompté ni d'inciter les entreprises à l'atteindre. Surtout, elles n'offrent pas, pour la plupart d'entre elles, de solution à l'échelle internationale de l'entreprise. Alors que ces normes ont un champ d'application international et visent tant les travailleurs des diverses sociétés d'un groupe que les consommateurs du monde entier ou encore la protection de l'environnement (non pas d'un territoire donné mais l'environnement, dans son ensemble), leur exécution par le juge français se limite en l'état du droit positif, aux effets produits sur les personnes situées en France.

B. La difficile réception des normes publiques

490. En vertu de l'article 55 de la Constitution, les sources formelles[1243] de droit international public régulièrement incorporées en droit interne ne sont directement applicables que si celles-ci sont suffisamment claires et précises. Pour ce faire, elles doivent être *self-executing,* c'est-à-dire être suffisamment précises pour pouvoir être appliquées par les juges internes sans l'intervention d'une loi. Elles ne peuvent ensuite être invocables que si la disposition du traité en cause vise à créer des droits et des obligations aux personnes et ne s'adresse donc pas exclusivement aux Etats[1244]. Cette

[1243] Sur la distinction entre sources formelles sources matérielles en droit international public, voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public,* LGDJ, 7ème éd., 2002, p. 111 et s.

[1244] Dans un arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat a ainsi précisé qu' « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne

question de l'effet direct des conventions internationales[1245] oppose les théories monistes et dualistes[1246] que les juges appliquent selon les dispositions en cause. Si une telle possibilité est en tout cas parfois reconnue à certaines normes de droit comme les traités, tel n'est pas le cas en principe des normes internationales de droit souple et plus spécifiquement des normes publiques de RSE.

491. Les normes publiques internationales élaborées en matière de RSE sont en effet qualifiées de norme de droit souple, non pas qu'elles expriment « le vide absolu du droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique[1247] ». Surtout, à la différence des sources formelles, donc de droit dur, elles ne confèrent ni droits ni obligations aux personnes privées. Elles ne sont dès lors pas invocables par les individus. Le respect, par les entreprises, des Principes Directeurs de l'OCDE, de la Déclaration tripartite de l'OIT ou des Principes directeurs des Nations Unies adressés aux entreprises n'est pas plus obligatoire, ces textes n'étant pas des sources formelles de droit international. Leur violation n'entraîne dès lors aucune sanction juridique par le juge interne. Afin d'éviter d'ailleurs toute évolution jurisprudentielle en ce sens, le texte des Principes directeurs de l'OCDE précise que « le respect des Principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant[1248] ». Ils sont en revanche contraignants pour les Etats ayant adhéré aux Principes et qui prennent

---

requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; (…) l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit », CE, Ass.11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, req. n°322326.

[1245] Depuis un arrêt de la CPJI, *DANTZIG* rendu en 1928, qui a admis qu'un traité pouvait faire naître des droits au profit des particuliers, qu'il s'agisse de droits subjectifs ou du droit général d'invoquer une obligation internationale. CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, Recueil des avis consultatifs, Série B, n° 15.

[1246] Sur cette distinction, voir : P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit*., p. 92 et s. ; D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Phil. Droit*, 49, 2005, pp. 275-316.

[1247] J. CARBONNIER, Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 26.

[1248] Pour cette raison, il est précisé que les entreprises ont l'obligation de respecter la législation de leur pays. Dans le cas où une telle législation contredirait les Principes, le texte énonce pourtant que les entreprises devraient alors rechercher le moyen de respecter les Principes, tout en ne risquant pas de contrevenir à la législation nationale. Une telle formulation démontre un certain malaise dans le respect de la hiérarchie des normes, car même contraire aux Principes, le respect d'une loi nationale devrait dans tous les cas primer sur celui des principes. *Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, OCDE, 2011, I-Concepts et principes, p. 19.

l'engagement de les mettre en œuvre[1249], notamment par la mise en place de Points de contacts nationaux. De même, le caractère « volontaire » de la Déclaration tripartite de l'OIT est-il précisé dans un Addendum[1250] au texte.

492. Si ces normes ne peuvent pas être imposées aux entreprises, ni être invoquées directement par les individus, la question se pose en revanche des effets juridiques indirects de ces normes publiques internationales de droit souple, dès lors qu'une personne morale de droit privée a exprimé son intention de les respecter. Le caractère suffisamment précis du contenu des normes publiques de RSE[1251] permet en effet d'envisager qu'un juge sanctionne leur non respect par une entreprise qui aurait entendu s'y soumettre. C'est d'ailleurs ce que n'a pas hésité à faire une Cour d'appel d'Amsterdam en annulant une décision de fermeture d'usine pour violation des dispositions d'un code de conduite de l'OCDE qui imposait le respect d'une procédure de consultation des représentants des salariés, et auquel l'entreprise BAT INDUSTRIES avait manifesté son intention de se conformer dans la détermination de sa politique sociale[1252].

493. Au-delà d'une possible, mais néanmoins rare, réception juridique des normes publiques de RSE par le biais des normes privées, les normes publiques de RSE peuvent produire des effets juridiques divers, malgré leur absence formelle de caractère contraignant. Elles ont en effet une force normative qui n'est pas sans rappeler celle des avis et recommandations émis au niveau national par les Autorités administratives

---

[1249] *Idem*, Préface, p. 15.

[1250] Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, OIT, BIT, 4° éd., Genève, 2006, p. 16.

[1251] A la différence des traités internationaux, les normes publiques de RSE que sont les Principes directeurs des Nations Unies, la Déclaration tripartite de l'OIT ou encore les Principes Directeurs de l'OCDE ont un contenu particulièrement précis, et ce d'autant qu'ils sont accompagnés de « commentaires » explicitant les Principes qu'ils contiennent, permettant ainsi une application autonome par leurs destinataires directs: les Etats et les entreprises. Ils peuvent ainsi éclairer le juge sur les attentes des Etats et de la communauté internationale à l'égard du comportement des entreprises.

[1252] « Bat Industries have accepted the OECD-guidelines for its policy. Also under these guidelines a consultation with employee representative should take place in case like this », P. SANDERS, « Codes of conduct and sources of law », *in Le droit des relations économiques internationals, études offertes à Berthold Goldman*, p. 293, cité par F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, p. 290

indépendantes (AAI). Qualifiés par certains auteurs de « droit proposé » appartenant à la catégorie du droit souple du fait de leur absence de force juridique contraignante, ces avis et recommandations énoncent des normes de conduite dans divers domaines, sans qu'elles ne soient pour autant justiciables directement[1253]. La Cour de cassation refuse en effet de connaître de la méconnaissance de recommandations qui ne seraient pas génératrices de règles[1254], maintenant ces avis et recommandations dans le statut de simples recommandations. Ces recommandations ne sont pas plus susceptibles de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ayant rappelé qu'elles ne constituaient pas de décisions administratives faisant grief[1255]. De telles normes sont néanmoins qualifiées d'actes administratifs unilatéraux, malgré leur caractère non décisoires[1256]. Certaines d'entre elles, par leur large diffusion notamment, sont malgré tout suffisamment utilisées et connues de leurs destinataires pour que l'on puisse évoquer leur effectivité[1257]. Cette effectivité diffère selon le destinataire de la norme. Certaines AAI peuvent ainsi émettre des recommandations qui s'adresseront tant aux pouvoirs publics qu'aux individus. C'est alors en devenant une source de réflexion et d'inspiration pour le législateur que leur portée juridique s'affirme, même si elles ne sont créatrice ni de droits ni d'obligations directs pour les individus[1258].

[1253] A-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, pp. 61-71.

[1254] A propos de recommandations émises par la Commission des clauses abusives, Civ. 1ère, 13 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n° 399 ; *D.* 1997. Somm. 174, obs. P. Delebecque, cité par A-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Association Henri Capitant, Le droit souple, op. cit.*, p. 66.

[1255] A propos d'un refus de recours pour excès de pouvoir, voir CE 27 sept. 1989, JCP 1990. II. 21525, note J. FRAYSSINET, cité par A-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Association Henri Capitant, Le droit souple, op. cit.*, p. 68.

[1256] Un avis ou une recommandation rédigée de façon impérative peut en revanche être soumis au contrôle du juge dans le cadre d'un contrôle de légalité.

[1257] Voir les exemples donnés par l'auteur concernant par exemple les avis et recommandations de certaines AAI telles que le CSA ou la HALDE, A-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Association Henri Capitant, Le droit souple, op. cit.*, p. 66.

[1258] Les pouvoir publics peuvent en effet convier les juges à donner pleine valeur à ces règles de bonnes pratiques, en homologuant par exemple des recommandations de bonnes pratiques. Telle situation s'est ainsi présentée devant le Conseil d'Etat, lequel a admis que des recommandations homologuées par le Ministre et prises sur le fondement de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, pouvait constituer une circulaire administrative, CE 26 sept. 2005, n° 270234, cité par C. CORGAS-BERNARD, « Les

494. Les normes publiques de RSE s'adressent de la même manière aux Etats et aux entreprises. A défaut de produire des effets juridiquement contraignants, les normes publiques de droit mou sont ainsi dotées d'une certaine autorité, tirée de la légitimité de leurs auteurs. Cela se traduit par exemple dans l'influence qu'elles peuvent exercer sur le droit dur et notamment sur l'action normative des Etats[1259]. Les Principes directeurs des Nations unies ont ainsi conduit les Etats et l'Union européenne[1260] à se déterminer sur les politiques et législations à mettre en place pour l'application de ces principes, alors même que ce texte n'a aucune valeur contraignante[1261]. Le Ministre français délégué chargé des affaires européennes et le Ministre délégué chargé du Développement ont ainsi saisi la Commission consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) le 21 février 2013 afin que celle-ci propose un plan d'action français de mise en application des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme. La CNCDH a rendu son avis le 24 octobre 2013[1262]. Elle propose plusieurs actions législatives afin que l'Etat français remplisse son obligation de protection des droits de l'Homme, mais également diverses actions permettant d'assurer l'effectivité des voies de recours aux victimes des activités des entreprises[1263]. A ce titre, la CNCDH

---

mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *Les mutation de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Economica, études juridiques, 2011, p. 81.

[1259] Sur cette question, voir par exemple J. CAZALA, « Le soft law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 66, pp. 41-84.

[1260] A travers la Commission européenne, les Etats sont ainsi invités à établir des plans nationaux de mise en application des Principes directeurs des Nations unies. De même, sur le fondement de ces Principes, la Commission a exprimé son intention de « déterminer les moyens d'inciter les entreprises à avoir un comportement responsable dans le cadre de ses futures initiatives visant à favoriser une reprise et une croissance plus inclusives et durables dans les pays tiers », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, 25 janv. 2011, COM(2011) 681 Final, pp. 17-18.

[1261] « La Commission invite les Etats membres à établir, avant la fin 2012, des plans nationaux de mise en application des principes directeurs de Nations Unies », Communication de la Commission, 25 oct. 2011, COM(2011)681 final, p. 17.

[1262] CNCDH, Avis sur les en jeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, Assemblée plénière, JORF n° 0266, 16 nov. 2013, texte n° 56.

[1263] Il s'agit ici de la mise en application du Principe 26 relatif aux mécanismes judiciaires relevant de l'Etat, du Principe 27 relatif aux mécanismes non judiciaires relevant de l'Etat, et du Principe 8 relatif aux mécanismes non judiciaires relevant de

recommande entre autre que le « droit français (…) permette une réelle responsabilisation des sociétés-mères pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger[1264] ». Elle recommande également expressément « d'inscrire dans la loi une obligation de vigilance à la charge de la société-mère à l'égard de ses filiales visant à prévenir les violations des droits de l'homme qui peuvent intervenir dans le cadre de ses activités [1265]». Malgré son caractère non obligatoire, les Principes Directeurs des Nations unies pourraient ainsi avoir une influence directe sur le droit français. Deux propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre ont à cet égard été enregistrées à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013[1266]. Cette proposition de loi traduit une mise en œuvre concrète des Principes Directeurs des Nations Unies à l'attention des entreprises[1267] et démontre une intégration naissante de la RSE dans la législation.

§ 2 . L'intégration naissante de la RSE dans la législation

La RSE s'introduit peu à peu dans la législation, soit par la mise en place de règles visant les instruments de RSE (A), soit par l'intégration de son contenu, par le biais d'obligations plus générales de comportement (B).

A. L'intégration des instruments de RSE dans la législation

495. Les entreprises expriment leur engagement en faveur du respect des droits de l'Homme et de l'environnement ou de la lutte contre la corruption dans des textes ou à travers des instruments de *soft law*. Le choix de développer une politique responsable dans ces domaines relève de la liberté de chaque entreprise. La loi peut pourtant les inciter à initier de telles démarches, le recours à l'autorégulation devenant alors, une

---

l'entreprise ; *Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme.*

[1264] CNCDH, Entreprises et droits de l'Homme : avis sur les en jeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, ibidem, p. 15.

[1265] *Idem,* p. 17.

[1266] Propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre, 6 nov. 2013, n° 1519 et n°1524.

[1267] Voir à cet égard l'exposé des motifs de la proposition de loi qui s'inscrit notamment dans le cadre des récents développements concernant les normes publiques de référence applicables en matière de RSE.

obligation. La loi américaine dite *Sarbanes-Oxley*[1268] impose par exemple aux émetteurs de titres d'expliquer les raisons pour lesquels ils choisissent de ne pas publier de code. Le recours à l'adage « *comply or explain* » devient un moyen d'inciter les entreprises à s'autoréguler. La détermination du contenu de ces codes reste néanmoins de la compétence des entreprises elles-mêmes. Une telle loi n'apporte donc pas de garantie d'inciter les entreprises à élaborer des codes aux contenus moins flous ou à engager des procédures concrètes en faveur des droits de l'Homme ou de l'environnement. Elle se limite à inciter les entreprises à rédiger des codes de conduite. La même démarche incitative est suivie par la loi française concernant les codes de gouvernement d'entreprise[1269]. Dans cette perspective, il serait tout à fait envisageable que la loi invite les entreprises à élaborer des codes de conduite décrivant leurs engagements en faveur du respect des droits de l'Homme et de l'environnement ou qu'elle les incite à ouvrir des négociations avec les représentants syndicaux afin d'organiser les relations de travail à l'échelle internationale du groupe dès lors que le siège se trouve en France. Si en l'état actuel du droit positif, l'élaboration de codes de conduite ou d'accords-cadres internationaux n'est pas explicitement imposée par la loi, les entreprises y sont malgré tout indirectement incitées à travers l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, modifiée par la loi dite « Grenelle II »[1270], certaines

---

[1268] Loi américaine du 23 janv. 2002, Section 406.

[1269] L'article L. 225-37 du Code de commerce, complété par la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008, dispose ainsi que « 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 ».

[1270] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement qui a élargie le champ d'application du dispositif aux sociétés non cotées dont le total de bilan ou de chiffre d'affaires et le nombre de salariés dépassent des seuils fixés par décrets et qui a étendu le champ des informations devant figurer dans le rapport de gestion (article 225 de la loi). La détermination des seuils devant déclencher le dispositif ont été renvoyés à un décret d'application. Celui-ci a été publié le 24 avril 2012. Il marque cependant un recul par rapport à la loi. Comme le note un rapport d'information du Sénat, « Les actions de lobbying des associations patronales ont conduit à une première entorse à l'article 225 de la loi Grenelle II avec le vote de la loi de régulation bancaire et financière adoptée en octobre 2010. Cette loi a supprimé la possibilité pour les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes d'émettre un avis sur le volet développement durable du rapport annuel des sociétés

sociétés[1271] sont en effet dans l'obligation d'insérer dans leur rapport de gestion des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité, ainsi que sur leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable. L'élaboration de codes de conduite, la négociation d'accords-cadres internationaux, la signature d'accords divers avec des tiers en faveur du respect des droits de l'Homme et de l'environnement ou encore l'adhésion à des normes de RSE sont autant d'instruments qui leur permettent de formaliser cet engagement et d'en informer les tiers. Cette obligation reste toutefois limitée dans son contenu et son influence puisque les informations contenues dans le rapport sont limitées par celles énumérées par le décret d'application[1272]. La liste fixée par ce décret démontre que ces informations visent davantage à informer les actionnaires que les tiers intéressés potentiellement impactés par les activités de ces sociétés.

496. L'intégration de cet instrument de RSE dans la législation reste ainsi limitée dans ses effets. En insérant cette législation dans les dispositions relatives au rapport de gestion, la loi limite l'étendue des personnes juridiquement intéressées par ces

---

anonymes à leurs actionnaires. Le lobbying a ensuite visé à rehausser les seuils de déclenchement de l'obligation de *reporting* social et environnemental afin de réduire le nombre d'entreprises concernées par la réforme (…) » (L. ROSSIGNOL, L. NEGRE, *Rapport d'information fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois (1) sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement(Grenelle II)*, Sénat, N° 290, 23 janv. 2013, pp. 37-38). Enfin, un arrêté du 13 mai 2013 précise les conditions dans lesquelles ces rapports RSE doivent faire l'objet d'une vérification par un tiers indépendant (Arrêté *déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission*, JORF n°0136 du 14 juin 2013 p. 9861). A propos du décret, voir N. CUZACQ, « Les nouveautés issues du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *RDT*, 2013, p. 15.

[1271] Le Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale prévoit une entrée en vigueur progressive des différentes dispositions selon la taille des entreprises. Les sociétés visées sont les sociétés cotées, les sociétés non cotées dont le bilan ou chiffre d'affaires dépasse 1 milliard d'euros, et dont le nombre de salariés est supérieur à 5 000, les sociétés non cotées dont le bilan ou chiffre d'affaires dépasse 400 millions d'euros et dont le nombre de salariés dépasse 2 000; les sociétés non cotées dont le bilan ou chiffre d'affaire dépasse 100 millions d'euros et dont le nombre de salariés dépasse 500.

[1272] Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale. Un nouveau décret est en cours de préparation.

informations sociales et environnementales. Les actionnaires restent en effet les premières personnes intéressées et donc visées par ces informations, alors que celles-ci sont susceptibles d'intéresser les individus potentiellement affectés par les activités de ces entreprises. Cette loi laisse donc le soin aux actionnaires et aux travailleurs de veiller au respect, par les entreprises, de leurs engagements en faveur du développement durable puisque cette législation leur reconnaît un droit à l'information. Les consommateurs sont quant à eux visés par une autre législation puisque le droit de la consommation prévoit que tout professionnel prestataire de services doit mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service avant la conclusion du contrat et l'exécution de la prestation de services[1273]. Il doit, pour ce faire, mettre à la disposition du consommateur, « de manière claire et non ambigüe[1274] », les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis, ainsi que l'adresse électronique à laquelle ces codes peuvent être consultés. Si le code prévoit des recours extrajudiciaires de règlement des litiges, le consommateur doit également en être informé[1275]. Les professionnels sont ainsi dans l'obligation d'informer les consommateurs de la procédure de règlement des différends prévue par les Principes directeurs de l'OCDE, notamment lorsque leur code s'y réfère. Cette obligation s'inscrit dans leur obligation générale d'information à l'égard du consommateur, prévue à l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Elle se limite pourtant aux codes de conduite et ne s'étend pas aux rapports extra-financiers des entreprises ni aux résultats des audits réalisés. De plus, aucun droit n'est ici reconnu aux tiers potentiellement affectés par les activités des entreprises.

497. L'adoption d'un cadre fixant les conditions d'élaboration de ces normes ainsi que les domaines concernés permettrait la prise en compte de l'intérêt de toutes les parties prenantes de l'entreprise, à l'instar de la législation applicable au règlement intérieur. A la différence du règlement intérieur, dont la rédaction est obligatoire dans certaines circonstances, une entreprise pourrait conserver la possibilité ou non de rédiger un code de conduite, un accord-cadre international ou tout autre type de document. Le choix d'y avoir recours s'inscrirait en revanche dans un cadre légal explicitant les catégories de personnes devant être consultées pour l'élaboration de la norme. Une telle solution aurait

[1273] Art. L. 111-2 alinéa 1er, Code de la consommation.
[1274] Art. L. 111-2 alinéa 2, Code de la consommation.
[1275] Ibidem.

le mérite de maintenir le choix des entreprises d'élaborer ou non des normes de RSE[1276]. Elle ne permettrait pas en revanche de garantir leur respect par les entreprises. Seules les conditions de leur élaboration pourraient en effet être sanctionnées. Un tel mécanisme permet un équilibre entre une liberté totale laissée aux entreprises dans l'élaboration de ces normes et un encadrement trop strict empêchant toute flexibilité. Il montre néanmoins ses limites dans la mesure où rien ne garantit le contrôle du respect de ces normes.

498. Pour cette raison, la loi pourrait se contenter d'obliger les entreprises à mettre en place des procédures de contrôle dès lors que de telles normes sont adoptées, et proposer ainsi un cadre homogène aux procédures d'audit[1277]. C'est d'ailleurs ce processus qui a été suivi en matière d'audit financier. La loi sur la sécurité financière de 2003[1278] a en effet créé un Haut Conseil au Commissariat aux comptes chargé d'émettre un avis sur les normes d'exercice de la profession avant que celles-ci ne soient homologuées par le

---

[1276] Le rapport Antonmattei propose d'ailleurs une autre alternative, en soumettant ces codes à la législation applicable au règlement intérieur mais en conservant la liberté de l'employeur de rédiger ou non un tel document : « L'employeur qui souhaite énoncer par écrit des comportements des salariés à caractère disciplinaire, éthique ou déontologique doit les intégrer dans le règlement intérieur. Les clauses relatives à ces comportements ne sont pas soumises aux articles L. 122-37 et L. 122-38 du Code du travail », P-H. ANTONMATTEI, P. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, La Documentation française, coll. Des rapports officiels, janv. 2007, p. 26.

.

[1277] Le projet de loi *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale* va d'ailleurs en ce sens en proposant par exemple que : « La politique de développement et de solidarité internationale prend en compte l'exigence de la responsabilité sociétale des acteurs publics et privés. La France promeut cette exigence auprès des pays partenaires et des autres bailleurs de fonds. Dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires. La France encourage les sociétés ayant leur siège sur son territoire et implantées à l'étranger à mettre en œuvre les principes directeurs énoncés par l'Organisation de coopération et de développement économiques à l'intention des entreprises multinationales et les principes directeurs sur les entreprises et les droits de l'homme adoptés par le Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies ». Projet de loi *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale,* n°1627, 11 décembre 2013, adopté par le Sénat le 23 juin 2014 (n° 140), article 8.

[1278] Loi n° 2003/706 du 1er août 2003.

Garde des sceaux. Par une loi du 24 décembre 2007[1279] cette Haute autorité s'est vu doter de la personnalité morale, devenant une autorité publique indépendante. Cette autorité a déjà pu émettre un avis défavorable à l'homologation des normes d'exercice professionnel proposées par la profession, conduisant ainsi à un processus de concertation avec les professionnels aux fins de leur élaboration[1280]. Il serait tout à fait envisageable que la Plateforme RSE récemment mise en place[1281] suive le même parcours et veille à une homogénéisation des normes de référence en matière d'audit RSE. L'absence de cadre légal portant sur les organismes chargés par les entreprises de vérifier leurs engagements de RSE ne permet pas en effet de garantir l'indépendance et le niveau de contrôle réalisé par ces organismes. La loi de sécurité financière de 2003 se limitant au cadre des audits financiers, le contrôle des informations de RSE en est exclu. Cette exclusion conduit aujourd'hui à la création de multiples organismes proposant aux entreprises la réalisation d'audit RSE fondés sur des critères plus ou moins sérieux.

499. De même, certaines agences de notation se sont développées en matière de RSE afin d'évaluer la qualité de la stratégie RSE des entreprises selon leurs propres critères. Ces agences proposent de noter les entreprises afin de renseigner principalement les investisseurs. Si le flou règne encore autour de ces agences, il est intéressant de voir les évolutions qui ont eu lieu dans certains pays à l'égard des agences de notation financière. La *Wall street Reform and Consumer Protection Act,* adopté le 29 juin 2010 aux Etats Unies, a par exemple admis la possibilité d'introduire des actions en responsabilité contre ces agences[1282]. Des actions ont d'ailleurs été intentées à l'encontre de certaines d'entre elles pour leur absence d'indépendance[1283]. En France, la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière a introduit les articles L. 544-5 et L. 544-6 au Code monétaire et financier, lesquels fixent les conditions de

---

[1279] Loi n° 2007/1822 du 24 décembre 2007, art. 86.

[1280] Sur cette question, voir A. DELION, « Régulation : progrès et problèmes, actualisation 2006-2008 », *in* T. REVET, L. VIDAL (dir.), *Annales de régulation*, Vol. 2, IRJS éd., 2009, p. 4 et s.

[1281] A propos de cette plateforme, voir *supra*, p. 341 et s.

[1282] *Dodd-Franck Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 19 juin, 2010, titre IX, subt. C, Pub. L. 111-203, H.R. 4173, disponible sur : /http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf, visité le 14 nov. 2013.

[1283] N. GAILLARD, *Les agences de notation*, La Découverte, coll. Repères, 2010, p. 18, cité par M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *RCDIP*, 2011, §11.

responsabilité des agences de notation financière. Leur enregistrement et leur contrôle est confié à l'Autorité des marchés financiers. Le nouveau régime de responsabilité de ces agences ne vise néanmoins pas les agences de notation de RSE. En l'état actuel du droit positif, les individus trompés par la notation d'une entreprise délivrée par une agence ne peuvent donc que difficilement mettre en cause sa responsabilité[1284]. Ils ne peuvent pas plus remettre en cause les critères sur lesquels se fondent la notation. L'ampleur de ces agences de notation sur la RSE et le développement durable conduira certainement à ce que leur régime de responsabilité s'aligne sur celui des agences de notation financière. Une telle évolution ne devra pourtant pas omettre de prendre en compte l'intérêt des individus intéressés par ces notations, en leur qualité notamment de consommateur ou d'investisseur.

500. Les possibles évolutions législatives en matière de contrôle du respect des normes de RSE ne sont toutefois pas créatrices de droits pour les individus, lesquels restent exclus de ces mécanismes. Ces derniers peuvent pourtant être intéressés par leur respect en subissant par exemple les conséquences de leur violation. A cet égard, la loi peut prévoir que les codes de conduite, exprimant les bonnes pratiques attendues des entreprises en matière sociétale, servent de fondement à l'évaluation de la responsabilité d'une entreprise. Il ne s'agit alors pas tant de sanctionner le non respect d'un code ou d'une norme de RSE, que d'y avoir recours comme norme de référence, à l'instar de l'article L. 222-3 du Code de la consommation lequel prévoit que la conformité d'un produit à l'obligation générale de sécurité est évaluée en prenant en compte notamment « (…) les guides de bonne pratique en matière de sécurité des produits en vigueur dans le secteur concerné[1285] ». Une telle disposition autorise expressément le juge à prendre en compte les engagements des entreprises, alors qu'en l'absence d'une telle disposition, cela relève de sa propre discrétion. Une telle loi incite surtout indirectement les entreprises à adopter des démarches responsables et des normes pour les mettre en œuvre.

501. Au-delà des normes exprimant des engagements responsables et organisant les responsabilités entre les entreprises, la RSE exprime avant tout des principes de

[1284] Pour une étude complète du régime de responsabilité applicable aux agences de notations financières, voir M. AUDIT, *idem*, p. 581 et s.
[1285] Alinéa 4, art. L. 222-3 Code de la consommation.

comportements, des indicateurs de conduite et de manière générale, un objectif dans la manière dont les entreprises devraient conduire leurs activités. La loi peut alors viser non pas tant les instruments servant de support aux engagements de RSE que les Principes de RSE eux-mêmes. C'est alors le contenu de la RSE qui peut intégrer la législation.

B. L'intégration du contenu de la RSE dans la législation

502. La RSE est apparue ces dernières années dans des instruments n'étant pas à proprement parler des normes de RSE. Citons par exemple les contrats de marchés publics, les aides publiques à l'export, les contrats d'investissements socialement responsables. L'intégration de la RSE dans ces instruments juridiques vise à inciter les entreprises à engager des démarches responsables (1). Outre cette incitation indirecte, la loi peut également imposer aux entreprises une obligation de comportement responsable, source potentielle de responsabilité (2).

1) *Des législations incitant à l'adoption de comportements responsables*

503. La RSE tend à être intégrée dans des politiques économiques et leurs textes de mise en œuvre. Des instruments n'étant pas propres à la RSE intègrent ainsi peu à peu soit des principes de RSE, soit des objectifs de comportement responsable ou de développement durable. Au niveau international, les pays ayant adhéré aux Principes Directeurs de l'OCDE ont par exemple chacun pris des mesures visant à intégrer les Principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales dans leurs programmes de crédit à l'exportation ou de promotion et de garantie des investissements. En Grande-Bretagne, les services de garantie de crédit à l'exportation (*Export Credit Guarantess Department*) doivent « vérifier la conformité aux chapitres consacrés à l'environnement, l'emploi, la corruption et la transparence »[1286]. Les entreprises néerlandaises souhaitant bénéficier d'aides publiques pour leurs activités commerciales à l'étranger reçoivent une

[1286] OCDE, *La responsabilité des entreprises dans le monde en voie de développement*, Rapport annuel sur les Principes Directeurs à l'attention des entreprises multinationales, 2005, p. 19.

copie des Principes directeurs et doivent déclarer qu'elles ont connaissance des Principes et qu'elles feront de leur mieux pour s'y conformer[1287].

504. Afin d'encourager les Etats à intégrer les objectifs du développement durable dans leurs politiques nationales et internationales d'investissement, la CNUCED a de son côté formulé un document intitulé « cadre de politique de l'investissement pour un développement durable »[1288]. La CNUCED souhaite par ce cadre que les Etats encouragent les « comportements responsables chez les investisseurs » et intègrent « les principes de RSE »[1289]. A cet effet, la CNUCED propose que les Etats se réfèrent, dans les Accords internationaux d'investissement, « à des normes internationales généralement reconnues (par exemple les Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme) et favorisent la diffusion des normes de RSE – qui prennent une importance accrue dans les politiques d'investissement [1290]». Cette démarche est d'ailleurs celle suivie par le Parlement européen, lequel a adopté une résolution sur « la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux », le 25 novembre 2010[1291]. Cette résolution demande notamment à la Commission d'intégrer dans tous les accords commerciaux internationaux de l'Union européenne[1292], une clause RSE « fondée en partie sur les Principes directeurs de l'OCDE[1293] ». A cette fin, le Parlement propose que cette clause comporte « des incitations pour encourager les entreprises à prendre des engagements en matière de RSE, négociés avec l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise, y compris les syndicats, les organisations de consommateurs, les collectivités locales et les organisations de la société civile concernées[1294] » ; « une obligation de diligence pour les entreprises et groupes d'entreprises, c'est-à-dire l'obligation de prendre des mesures

---

[1287] *Idem*, p. 21.
[1288] CNUCED, *Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, Rapport sur l'investissement dans le monde, 2012, p. 29 et s.
[1289] *Idem*, p. 30.
[1290] *Id.*, p. 42.
[1291] Parlement européen, La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux, Résolution 2012/C 99 E/19, 25 novembre 2010.
[1292] En étendant le pouvoir de codécision du Parlement européen au domaine de la politique commerciale de l'Union européenne, ce dernier doit désormais donner son approbation à tous les accords commerciaux (art. 218.6 du TFUE).
[1293] Parlement européen, La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux, op. cit.
[1294] *Idem*, § 26-b.

anticipatives afin d'identifier et de prévenir toute violation des droits de l'homme et des droits environnementaux, la corruption ou l'évasion fiscale, y compris dans leurs filiales et leurs chaînes d'approvisionnement, c'est-à-dire leur sphère d'influence[1295] » ; « une obligation, pour les entreprises, de s'engager à consulter sur une base libre, ouverte et informée, les acteurs locaux et indépendants avant de lancer un projet ayant des incidences sur le territoire d'une collectivité locale[1296] » ; « les deux parties devraient s'engager à favoriser la coopération judiciaire transnationale, à faciliter l'accès à la justice pour les victimes des agissements d'entreprises dans leur sphère d'influence, et, à cet effet, à soutenir la mise en place de procédures judiciaires et sanctionner les infractions à la loi commises par les entreprises, et de mécanismes de recours non judiciaires adéquats [1297]». Ces propositions s'inspirent largement des principes énoncés dans les normes interétatiques de RSE auxquels ils se réfèrent. En l'absence de précision quant aux principes à respecter par les entreprises, c'est bien l'objectif de responsabilisation des entreprises en matière de respect des droits de l'Homme, des droits sociaux et de l'environnement qui est visé.

505. Au niveau européen, cette même tendance se constate dans le domaine des marchés publics[1298]. Alors que le critère d'attribution d'un marché s'est longtemps limité au prix, ces dernières années ont vu se développer l'introduction de nouveaux critères liés au développement durable et à la RSE. Le domaine des marchés publics s'est ouvert peu à peu à l'introduction de valeurs non marchandes liées à l'environnement, au travail, à la santé, même si celles-ci restent encore limitées par le respect des règles définies par l'OMC. Le processus de révision des directives applicables dans ce domaine devrait permettre d'élargir ces modalités. Le droit français est à cet égard plus ambitieux puisque depuis le décret du 7 janvier 2004 et l'arrêté du 26 février 2004, il est permis d'introduire des critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres. L'article 14 du code des marchés publics permet en effet l'insertion de clauses sociales et

[1295] *Id.*, § 26-e.
[1296] *Id.*, § 26-f.
[1297] *Id.*, § 27 b.
[1298] Voir Directive CE 2004/17CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant Coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; Directive 2004/18/ce du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à La coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOUE 30 avril 2004)

environnementales dans le cahier des charges[1299]. Surtout, l'article 5 du même code impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte des objectifs du développement durable, c'est-à-dire « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social[1300] ». L'intégration de la RSE devrait d'ailleurs continuer de se renforcer dans ce domaine puisqu'elle s'inscrit dans le cadre du Plan national de développement de la RSE[1301]. Ce plan national constitue la politique française en matière de RSE dans divers domaines tels que la finance, les actions des collectivités territoriales ou la commande publique. L'Etat français y réaffirme le cadre de référence de son action, qui s'inscrit dans les divers engagements internationaux de la France. Ce plan d'action traduit la mise en œuvre par la France, des diverses normes de référence de la RSE[1302]. Aussi, si les textes ne se réfèrent pas encore tous expressément aux normes internationales de référence[1303], la politique française en matière de développement de la RSE s'inscrit quant à elle clairement dans ce cadre, qu'elle commence à mettre en œuvre[1304].

2) *Des législations imposant une obligation de comportement responsable*

506. Outre l'incitation indirecte à l'attention des entreprises d'adopter des comportements responsables, certaines législations ont d'ores et déjà tenté d'imposer des obligations de comportement responsable aux entreprises. Tel est par exemple le cas du législateur australien qui a tenté d'adopter un code de conduite obligatoire visant les sociétés nationales ayant des activités à l'étranger, à travers la proposition de loi

---

[1299] Voir à cet égard la Circulaire relative au *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, NOR: EFIM1201512C, 14 février 2012.
[1300] CE, 23 nov. 2011, *communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.
[1301] Document préparatoire au Plan national français de développement de la RSE, janv. 2013, 44 p.
[1302] *Idem*, p. 8.
[1303] La circulaire du 3 décembre 2008 *relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics* prévoit toutefois comme moyen d'action de « faire référence dans les marchés publics au respect des huit conventions fondamentales de l'OIT ».
[1304] Pour une illustration de l'intégration de la RSE dans des législations étrangères, voir par exemple B. FRYDMAN (dir.), *Self-regulation and co-regulation of corporate social responsabilty in europe*, Centre Perelman de Philosophie du droit, Université Libres de Bruxelles, Final report, mai 2007, p. 38 et s., disponible sur : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Perelman_Centre_-_Final_report_Self_regulation_and_Co_regulation.pdf, consulté le 14 nov. 2013.

Corporate Code of Conduct Bill 2000[1305] déposée par les sénateurs démocrates. Ce code, aurait dû viser les sociétés australiennes ainsi que leurs filiales qui emploient un certain nombre de personnes en dehors d'Australie, comporte diverses obligations en matière sociale, environnementale et de respect des droits de l'Homme. Ce texte prévoit également la compétence de la Court Fédérale pour les actions civiles découlant du non respect par une société (« overseas corporation ») à l'étranger, des dispositions du code, lorsque cette violation a entraîné un préjudice à toute personne, physique ou morale[1306]. Intitulé « code de conduite », ce texte n'en revêtait pas moins les contours et le contenu d'une loi[1307]. Le *Joint Committee* du Parlement chargé de l'examen du texte conclut toutefois à l'absence de consensus sur la proposition, ainsi qu'au manque de preuve permettant de démontrer un éventuel comportement irresponsable des sociétés australiennes. La proposition fut donc rejetée en 2004[1308]. Cette proposition n'est pas sans rappeler la proposition de loi canadienne C-300[1309] du 9 février 2009 sur la responsabilisation des sociétés canadiennes à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement et rejetée par les députés fédéraux le 27 octobre 2010. Le texte avait en effet compilé un certain nombre de lignes directrices que les entreprises du secteur visé par le titre de la loi devaient respecter dans leurs activités à l'étranger. Cette proposition de loi prévoyait de reconnaître le droit à tout citoyen ou résident permanent canadien ou « tout résident ou citoyen d'un pays en développement ou de telles activités ont lieu », de porter plainte auprès des ministres pour violation de ces principes. Une enquête pouvait être diligentée par ces derniers, les résultats étant rendus publics. L'Angleterre de même que les Etats-Unis ont également tenté d'introduire des législations semblables à travers respectivement la *Corporate*

[1305] Disponible sur : http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004B01333, visité le 15 nov. 2013.

[1306] A propos de cette loi, voir notamment S. DEVA, « Corporate code of conduct Bill 2000 : overcoming hurdles in enforcing human rights obligations against overseas corporate hands of local corporations», *Newcastle Law review*, Vol. 8, 2004, pp. 87-116.

[1307] Voir B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », Série de workings papers du Centre Perelman de Philosophie du droit ; n° 2012/02, Université libre de Bruxelles, disponible sur http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP_-_Frydman_Lewkowicz_-_codes_de_conduite_-_source_du_droit_global.pdf, p. 9 et s.

[1308] S. BOTTOMLEY, A. FORSYTH, « The new corporate law», Working paper n° 1, Corporate law and Accountability research group, Monash University, juin 2006, 24p., disponible sur http://law.anu.edu.au/sites/all/files/lrsj/bottomley_corp_law.pdf, site visité le 1 déc. 2013.

[1309] Texte disponible: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3658424&file=4, site visité le 15 nov. 2013.

responsability Bill, introduite à la Chambre des communes le 12 juin 2002[1310], et la *Corporate code of conduct act* introduite en 2006 dans sa dernière version[1311]. La proposition de loi anglaise visait notamment à introduire une obligation de publication de rapport aux entreprises sur les préoccupations sociales, environnementales et économiques, à spécifier la responsabilité des directeurs, à établir un droit d'accès à l'information détenue par les entreprises, à imposer aux entreprises une obligation de consultation des parties prenantes même à l'étranger, et à fournir des voies d'actions aux personnes affectées par leurs activités. La proposition américaine visait quant à elle à imposer aux nationaux américains employant plus de 20 personnes dans un pays étranger de mettre en œuvre un code de conduite relatif notamment aux conditions de travail.

507. A défaut d'avoir adopté la *Corporate responsability Bill*, la loi anglaise a introduit un certain nombre de ses propositions dans la loi sur les sociétés, adoptée en 2006[1312]. Celle-ci spécifie par exemple l'étendue et la nature des devoirs généraux des directeurs de sociétés[1313]. Ces derniers doivent agir de bonne foi afin de promouvoir le succès de l'entreprise et celui de ses membres. Ce faisant, ils doivent notamment prendre en compte les conséquences sur le long terme de leurs décisions, l'intérêt des employés,

---

[1310] Corporate responbsablity Bill, Bill 129, 53/2

[1311] Cette proposition dite « McKinneys », du nom de la représentante ayant introduit cette proposition à la Chambre des représentants, a en effet été introduite une première fois au congrès américain le 7 juin 2000 sous la référence H. R. 4596 (106th), avant d'être réintroduite le 2 aout 2011 sous la référence H. R. 2782 (107th) et à nouveau le 5 octobre 2006 sous la référence H. R. 5377 (109th).

[1312] *Companies Act 2006* (c. 46), Part 10, chap. 2, § 172 «Duty to promote the success of the company", lequel dispose que: (1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to:
(a) the likely consequences of any decision in the long term,
(b) the interests of the company's employees,
(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
(f) the need to act fairly as between members of the company. (…) ».

[1313] Voir S. LEADER, P. LOKIEC, « Gouvernement d'entreprise et droit des salariés : l'apport du "Companies Act" (2006) », *RDT*, n°3, 2008, pp. 201-203.

l'impact des opérations de l'entreprise sur la communauté et l'environnement, la nécessité pour une entreprise de maintenir des standards élevés de comportement. Ces exigences sont une traduction législative directe des objectifs de RSE. C'est ce que traduisent également certaines lois qui imposent aux sociétés l'exercice d'un devoir de vigilance en matière de respect des droits de l'Homme, comme la loi américaine adoptée le 12 juillet 2010 dite « Dodd-Franck », laquelle, dans sa section 1502, impose aux sociétés américaines de s'assurer qu'elles n'ont pas acheté de minerais en provenance du conflit de République démocratique du Congo ou des pays voisins. Cette loi impose seulement aux sociétés, non pas de stopper toute relation commerciale dès lors qu'ils impliquent des minerais en provenance de cette zone, mais d'informer la SEC de l'origine de ces minerais, si l'entreprise en a connaissance[1314]. Evidemment, la mise en œuvre de cette loi a eu pour effet d'inciter les entreprises du secteur à mettre en place des mesures permettant de connaître la provenance des minerais et de prévenir l'achat des « minerais de guerre ». La Commission européenne devrait d'ailleurs proposer un cadre similaire. C'est en tout cas ce qu'il ressort de la consultation publique[1315] lancée le 27 mars 2013 par la Commission européenne sur les «minerais provenant de zones de conflit», c'est-à-dire des minerais extraits des régions en guerre ou récemment en guerre et des zones exposées à une instabilité politique ou à des troubles civils. Ces législations démontrent une volonté générale d'introduire dans le droit « dur », les objectifs généraux et les principes de la RSE, que ce soit pour répondre à des problématiques particulières ou pour imposer une obligation générale de comportement responsable aux entreprises. Ces quelques exemples démontrent la difficulté liée à la mise en place d'une législation nationale dont l'objet tend à encadrer les activités internationales des sociétés. Le refus

---

[1314] Dans chaque rapport périodique déposé auprès de la SEC, les exploitants miniers doivent inclure certains renseignements relatifs à l'émetteur et à toute filiale qui exploite une mine durant la période couverte par ledit rapport. L'information exigée par l'article 1503 de la loi comprend par exemple le nombre total de violations de normes de santé et de sécurité obligatoires pouvant contribuer de manière significative et substantielle à un risque pour la sécurité ou pour la santé minière en vertu de la U.S. Federal Mine Safety and Health Act (la Mine Safety Act) et pour lesquelles l'exploitant s'est vu décerner une contravention de la part de la U.S. Mine Safety and Health Administration (MSHA). Sur cette question voir K. D. CRAMER, « Nouvelles obligations de déclaration imposées aux sociétés minières en vertu de la Loi Dodd-Franck », *Bulletin droit minier*, déc. 2010, Bulletin électronique disponible sur :
http://www.osler.com/NewsResources/Default.aspx?id=2974&col=10, consulté le 15 nov. 2013.

[1315] Disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_150845.pdf, site visité le 18 nov. 2013.

d'adopter certaines de ces législations s'est en effet notamment fondé sur l'extraterritorialité de ces textes. Certaines législations ont pourtant été adoptées par des Etats dans des domaines précis, à l'image de la législation américaine. La question est donc encore loin d'être résolue, l'introduction de la RSE dans le droit posant inévitablement la question de l'effet extraterritorial de la législation dès lors que les activités à encadrer sont internationales. Lorsque de tels textes sont adoptés, ils n'ouvrent en revanche pas de nouveaux droits aux individus à l'égard desquels les entreprises multinationales pourraient engager leur responsabilité alors que, paradoxalement, la responsabilité de leur comportement s'adresse tant aux parties prenantes traditionnelles de l'entreprise qu'aux parties prenantes nouvelles[1316].

508. La loi pourrait alors imposer directement le respect de principes de bonne conduite aux entreprises en leur laissant le soin de décider de la manière de les appliquer. De telles législations existent d'ailleurs déjà dans certains domaines. Cette pratique légale pourrait s'étendre à la RSE, dont les principes sont aujourd'hui acceptés tant par les Etats que par les entreprises elles-mêmes. En matière de transparence par exemple, qui est l'un des principes fondamentaux de la RSE[1317], nous avons pu constater que certaines législations imposaient aujourd'hui une obligation aux entreprises de réaliser des rapports extra financiers. Ce principe de transparence n'est toutefois pas accompagné d'un droit des personnes à être informé des impacts des activités des entreprises sur l'environnement, la santé, ou de manière générale sur les droits de l'Homme, de sorte qu'une personne ne peut se prévaloir du non respect du principe de transparence par une entreprise[1318]. A l'instar du Code de la santé, un tel droit pourrait être proclamé en matière de RSE et être mis en œuvre en suivant les recommandations de bonnes pratiques existantes. L'article L. 1111-2 alinéa 6 du Code de la santé prévoit en effet, à

[1316] Sur la distinction entre les parties prenantes traditionnelles et les parties prenantes nouvelles, voir *supra*, Partie I, p. 106 et s.
[1317] Sur cette question, voir *supra*, p. 355 et s.
[1318] Une obligation générale d'information existe en droit français (art. 111-1 Code de la consommation) dans la relation entre les professionnels et les consommateurs, accompagnée d'une obligation générale de conformité et de sécurité des produits et des services, visées respectivement aux articles L. 212-1 et L. 221-1 du Code de la consommation. Une telle obligation, qui pèse sur le professionnel, se limite toutefois au rapport juridique existant entre les parties à un contrat de vente, dès lors que ne sont visés que les consommateurs. Or, la RSE vise plus largement tout types d'impacts sur la Société en général et donc sur les individus, peu importe qu'une relation juridique existe préalablement entre la société visée et ces individus.

propos du droit de chaque personne d'être informée de son état de santé, que « des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé ». Comme le souligne un auteur, ce texte ne prévoit aucune conséquence quant au non respect de ces bonnes pratiques[1319]. Le droit des personnes d'être informée est néanmoins proclamé, les modalités permettant son respect étant précisées dans des recommandations. Concernant spécifiquement la RSE, la loi pourrait donc se limiter à imposer le respect d'un corps de règles de bonnes pratiques, sans que leur contenu ne soit expressément visé par le texte, à l'instar du Code de la santé publique. Les Principes directeurs de l'OCDE, ceux des Nations Unies ainsi que la Déclaration tripartite de l'OIT, forment en effet aujourd'hui un *corpus* de recommandations de bonnes pratiques adoptées par les Etats et acceptées par la majorité des entreprises multinationale qui s'y réfèrent dans leurs politiques de RSE. De même, certaines règles de bonnes pratiques sont incorporées au droit dur à travers des décrets. Tel est par exemple le cas des règles de bonnes pratiques applicables aux produits de santé et énumérés sous la sous-section 3 intitulée « règles de bonne pratique », aux articles D. 5231-10 et s. du Code de la santé publique. Rien ne s'oppose donc à ce que les recommandations des textes de référence en matière de RSE soient incorporées de la même manière par décret, à la législation.

[1319] C. CORGAS-BERNARD, « Les mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *Les mutation de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Economica, études juridiques, 2011 p. 80. Voir également l'article L. 1111-9 du Code de la santé publique qui dispose qu'« un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de la présente section. Les modalités d'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès, font l'objet de recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé ».

CONCLUSION

SECTION 2

509. La réception par la jurisprudence et par la loi des normes de RSE sont deux voies qui conduisent peu à peu à l'insertion de la RSE dans le droit « dur », leur faisant ainsi produire des effets juridiques initialement non souhaités par leurs auteurs. Affectant les droits des tiers de par leur objet, et touchant plus largement à des préoccupations d'intérêt général, de telles normes ne pouvaient en effet rester longtemps en dehors du droit « dur ». Cette réception est récente, à l'image de ces instruments dont la prolifération ne date pas de plus d'une quinzaine d'années. Elle reste malgré tout fragile. Le juge reste en effet limité dans ses moyens d'actions, étant dépendant des catégories juridiques existantes pouvant accueillir ces normes *sui generis* de RSE. Une telle situation n'est pas sans entraîner une certaine insécurité juridique, tant pour les auteurs de ces normes que pour leurs destinataires. Leur réception législative reste également délicate car elle n'est pas sans heurter le droit international économique et plus spécifiquement le droit des investissements[1320]. Prenons l'exemple de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) qui autorise les membres de l'OMC à adopter des normes techniques pouvant limiter les échanges dès lors que celles-ci visent à accomplir un objectif légitime de l'OMC. L'introduction de lois visant à encadrer le comportement des entreprises dans certains secteurs pourraient ici entrer en contradiction avec le droit de l'OMC, selon que de telles mesures soient jugées compatibles ou non avec ces accords[1321]. Le législateur pourrait ainsi voire son champ de compétence restreint en la matière. Le droit de l'Union européenne peut également

---

[1320] Voir à titre d'illustration le document intitulé « Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux », élaboré par la Commission européenne le 2 mars 2011, dans lequel la Commission répond que : « Les principes de RSE ne peuvent pas régir l'action d'un pays dans la mesure où ils ne sont ni ratifiés ni mis en pratique par les pays mais constituent plutôt une forme d'autoréglementation volontaire qui s'applique aux entreprises individuelles. Par conséquent, l'introduction de critères de RSE dans les régimes SPG mettrait en péril la légalité d'un régime qui, en vertu de la réglementation de l'OMC, doit reposer sur les pays », SP(2011)1476_2-0, p. 3, §7, en ligne *www.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=19039&j=0&l=fr*, visité le 15 novembre 2013.

[1321] Sur cette question, voir par exemple G. MARCEAU, A. DOUSSIN, « Le droit du commerce international, les droits fondamentaux et les considérations sociales », *L'observatoire des Nations Unies*, 2009, n°2, vol. 27, pp. 1-16.

freiner une telle évolution, comme l'illustre une décision de la CJUE condamnant les Pays-Bas dans l'utilisation de ses pouvoirs adjudicateurs, pour avoir conditionné l'octroi d'un marché de fourniture de produits issus de l'agriculture biologique et du commerce équitable, à un label déterminé[1322]. Les Etats ne sont pas plus à l'abri d'actions intentées par les entreprises elles-mêmes, à l'instar des actions menées contre des législations interdisant ou conditionnant l'exploration ou l'exploitation de certaines matières premières par exemple[1323]. Si diverses voies sont ainsi aujourd'hui ouvertes pour que la RSE soit capturée par le droit « dur », elles restent encore éparses car empruntées au « coup par coup », et isolément. Elles ne permettent surtout pas toutes de garantir le respect et la protection des droits des individus lorsque ceux-ci peuvent être affectés par des entreprises dites « responsables ».

[1322] La CJUE a en effet jugé que les exigences formulées par le pouvoir adjudicateur « relatives au respect des "critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises » ainsi qu'à l'obligation de "contribue[r] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable" ne présentent pas un degré de clarté, de précision et d'univocité tel que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète quels sont les critères que recouvrent ces exigences ». Voir R. GRAND, « La référence à un éco-label dans une procédure de marché ne peut pas être exclusive », à propos de CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Dalloz actualité*, 29 mai 2012.

[1323] Voir par exemple les poursuites récentes entamées contre le gouvernement du Canada par l'entreprise américaine Lone Pine Resources Inc le 8 novembre 2012 sur le fondement du chapitre 11 de l'ALENA, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage pour avoir annulé un permis d'exploration en matière d'exploration de gaz de schiste en déclarant un moratoire au Québec sur la fracturation hydraulique. Cette action n'est qu'un exemple des poursuites intentées par les entreprises contre les Etats. Il illustre les limites pouvant être celles du droit des investissements internationaux face à une volonté du législateur d'intervenir pour imposer des obligations non commerciales aux entreprises.

CONCLUSION

CHAPITRE 2

510. La nature juridique des normes de RSE n'est pas figée. Elle dépend largement des destinataires de ces normes, de leur contenu, de leurs auteurs et des attentes qu'elles créent chez leurs destinataires. Ce constat est d'ailleurs partagé par M. BETTATI pour qui leur nature juridique n'est pas statique. Selon cet auteur, « le code est soumis à des tensions permanentes et son contenu a toute chance d'évoluer de façon incessante et hétérogène. Mais ce sont finalement peut-être ses ambigüités qui, loin de le condamner font toute sa richesse[1324] ». Un tel constat pourrait favoriser le développement de normes de droit souple au détriment d'un recours à la loi. Pour les partisans de la *soft law*, le droit serait en effet trop rigide et empêcherait toute flexibilité. Les codes de conduite seraient alors l'une des solutions permettant de répondre aux besoins d'évolution et d'adaptation des acteurs économiques. Le droit des contrats permet pourtant de laisser toute latitude aux parties de s'entendre et d'organiser leurs relations, tout en proposant un cadre sécurisé à celles-ci mais également aux tiers. Les relations commerciales et individuelles ont en effet su évoluer depuis des siècles au sein d'un cadre soucieux de garantir aux parties une certaine liberté d'action, tout en protégeant les droits des tiers. L'objet du droit vise justement à la recherche permanente du juste équilibre entre le respect de la liberté des uns et la sanction du non respect des obligations des autres. Cette recherche du juste équilibre permet surtout de garantir le respect des droits des tiers pouvant être affectés par des relations non contractuelles dont ils sont exclus. Les normes privées de RSE s'inscrivent dans cette logique de libre détermination du contenu des normes et des « obligations » que devraient respecter les entreprises. Elles ont en revanche la particularité de viser des préoccupations initialement non prises en compte par les relations contractuelles, à savoir des préoccupations touchant à l'environnement et plus largement aux droits de l'Homme. Cela revient finalement à prendre en compte les droits des tiers, lesquels sont pourtant généralement exclus du processus d'élaboration de ces normes. En laissant aux acteurs privés le soin de gérer seuls ces

---

[1324] M. BETTATI, « Réflexion sur la portée du Code de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambigüité », in Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à C.A. COLLIARD, Paris, Pédone, 1984, pp. 102-104, cité par F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992, p. 287.

préoccupations, les tiers en sont donc totalement exclus alors que ces normes visent finalement indirectement à respecter leurs droits. Cette exclusion se révèle tant au niveau du processus d'élaboration des normes de RSE, malgré les prescriptions des normes publiques à cet égard, qu'à celui de leur mise en œuvre, car dépendant des processus de contrôle mis en place ou non par les entreprises. Sauf à pouvoir être accueillies par le juge ou par le législateur, ces normes n'offrent donc aucune protection véritable aux tiers. Surtout, leur réception par le juge reste dépendante des catégories juridiques existantes permettant de recevoir ces normes nouvelles de RSE ; l'encadrement juridique des normes de droit souple n'est pas gage de sécurité, voire d'effectivité ou d'efficacité. Une norme de RSE reste en effet pour une entreprise « un indicateur de conduite, plutôt qu'une obligation de comportement[1325] ». Ainsi, sauf à transposer le contenu de la norme de RSE dans un texte de loi et à sanctionner son non respect, la réception des normes de RSE par le droit risquerait de rester insuffisante. Les personnes pouvant être affectées par les activités des entreprises qui ne peuvent en outre se prévaloir de ces textes, doivent alors puiser dans le droit commun des obligations ou le droit pénal, une solution à leur litige. Or, comme nous le verrons, le droit commun est aujourd'hui inadapté aux activités des entreprises transnationales, tant dans ses règles de fond que de procédures. C'est ici que l'une des grandes ambivalences de la RSE apparaît : favoriser un comportement responsable des entreprises d'une part, tout en excluant les personnes potentiellement affectées par leurs comportements d'autre part.

[1325] C. CORGAS-BERNARD, « Les mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *op. cit.*, p.80.

CONCLUSION

TITRE 1

511. Les relations entre les Etats et les entreprises transnationales peuvent être de nature diverse. En tant qu'investisseur, l'Etat peut entretenir des relations contractuelles avec les entreprises ; il peut également être en charge de définir le cadre juridique des relations des investisseurs privés internationaux. Si l'Etat d'origine d'une entreprise transnationale recherche alors traditionnellement la protection des sociétés qui opèrent sur des Etats d'accueil, en tant qu'Etat d'accueil, c'est le respect des règles d'une juste concurrence par les investisseurs étrangers implantés sur son territoire qui sera davantage recherché. Le cadre de ces relations forme le droit international économique, comprenant le droit du commerce international, le droit des investissements internationaux et le droit des échanges internationaux, qui encadre les relations entre Etats et entreprises transnationales, mais également entre les Etats, pris comme acteur économique, et les entreprises. Si l'on peut parler de droit international économique, c'est qu'un *corpus* de règles existe, applicable tant aux acteurs privés que publics, et que des instances de règlement des différends sont chargées de veiller à leur bonne mise en œuvre. Les relations entre les Etats et les entreprises transnationales se limitent donc, en droit international, aux relations économiques. La RSE vient modifier cette situation en incitant les Etats à surveiller les entreprises opérant depuis ou sur leur territoire, sur des questions extra-économiques, ce qui pose la difficile question de l'adoption de normes extraterritoriales. Au-delà des relations économiques, la RSE fait également naître une nouvelle forme de relation entre les Etats et les entreprises, ces dernières devenant peu à peu partenaires dans l'élaboration de normes touchant à l'ordre public. Cette coopération dans l'élaboration de normes relevant traditionnellement de la compétence exclusive des Etats, n'est pas sans soulever un certain nombre de questions concernant notamment le renforcement du recours à la régulation au détriment de la règlementation et par voie de conséquence de l'accès au droit. Les normes issues de la régulation ne permettent pas en effet d'accéder au juge puisqu'elles ne créent pas de droits à l'égard des tiers, qui restent donc exclus du processus de mise en œuvre de ces normes. Lorsque celles-ci sont en revanche intégrées par le droit « dur », elles peuvent créer des obligations à la charge des sociétés, sans que leur non respect n'entraîne toutefois de sanction. Si le recours à la régulation est d'ores et déjà utilisé en droit économique, elle restait encore éloignée des préoccupations touchant à l'intérêt général tel que les droits de l'Homme ou

l’environnement. La RSE tend pourtant à étendre son champ. Dans ce contexte, seule une réception par le droit, et notamment par le droit de la responsabilité, permettrait de garantir les droits des individus face à la complexité organisationnelle des entreprises transnationales. C’est alors la question de la responsabilité juridique des entreprises transnationale qui doit être étudiée, à la lumière de la RSE.

TITRE II - LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES RENFORCÉE PAR LA RSE

513. La « responsabilité » qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'Homme fait aujourd'hui partie intégrante de la RSE, même si cette « responsabilité » a pu un temps être mise à l'écart des débats portant sur la RSE. La référence au respect des droits de l'Homme et des travailleurs dans les normes de RSE rend difficile le recours exclusif au droit mou car à la différence des questions portant sur l'environnement, tout un système normatif, institutionnel et juridictionnel existe, que ce soit tant au niveau national, régional, qu'international, pour assurer leur respect. Surtout, les droits de l'Homme relèvent, dans les systèmes nationaux, du domaine pénal, réfractaire par essence au droit mou. L'introduction des droits de l'Homme dans les diverses normes de RSE, privées comme publiques, n'est donc pas sans conséquence sur le glissement qui s'opère depuis quelques années d'une responsabilité morale ou éthique des entreprises *à les respecter*, vers une responsabilité juridique en cas *de non respect*. Celle-ci tend néanmoins à emprunter une direction nouvelle. La responsabilité juridique classique vise en effet à sanctionner ou à réparer un comportement illicite, fautif ou même négligent. Or, en l'état actuel du droit positif, la mise en œuvre d'une telle responsabilité se heurte à un certain nombre d'obstacles imputables aux fondements même du droit de la responsabilité, lequel se révèle inadapté à l'organisation des entreprises transnationales et à leurs activités internationales. C'est d'ailleurs l'un des principaux apports de la notion de RSE, laquelle invite, à travers le terme « responsabilité » à une évolution plus générale du droit de la responsabilité.

514. Parler de « responsabilité » des entreprises à respecter les droits de l'Homme n'a en effet, en principe, aucune conséquence juridique, dès lors qu'il ne s'agit ni d'un devoir ni d'une obligation. Or, dans tout système juridique, la mise en œuvre de la responsabilité ne peut être fondée que sur le non respect d'une obligation ou d'un devoir,

inscrit dans une règle juridique. Telle que formulée en matière de RSE, la « responsabilité » de respecter les droits de l'Homme, ou plus largement celle de prendre en compte les impacts sociaux et environnementaux de leurs activités, semble pourtant confondre les deux, au point de rendre cette responsabilité « a-juridique »[1326], floue, molle, en un mot : *soft*. Aucune norme internationale n'impose en effet une telle obligation aux sociétés, faute de les reconnaître expressément comme des sujets de droit international ; quant aux normes nationales, celles-ci se trouvent limitées par le principe de souveraineté des Etats, lequel limite fortement la possibilité pour ces derniers de règlementer les comportements ainsi que les activités internationales des sociétés. Cette situation ne permet ni de prévenir certaines entreprises transnationales de commettre ou d'être impliquées dans des actes de violation des droits de l'Homme et de non respect de l'environnement, ni de les sanctionner pour de tels actes. Autrement dit, cela favorise le risque de violation des droits des individus par certaines sociétés, leur organisation transnationale rendant difficile la mise en cause de leur responsabilité pour de tels comportements.

515. Pour cette raison, certaines normes, telles que les Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme[1327], ont intégré le principe « d'accès à des voies de recours efficace » comme devant guider l'action des Etats, mais également celle des entreprises. Celui-ci fait aujourd'hui partie intégrante de la stratégie de l'Union européenne en matière de RSE[1328]. L'introduction, dans la notion de RSE, de cet objectif d'efficacité, à travers l'accès à des voies de recours judiciaires et extra-judicaires, réintroduit le droit « dur » et participe à une juridicisation de cette notion de responsabilité. Les Etats sont en effet invités par ce biais à présenter un plan d'action[1329] sur la mise en application des Principes Directeurs, ce qui les conduit inévitablement à

[1326] Pour une utilisation de ce terme à propos de la notion de « dignité humaine », voir J-P. THERON, « Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable », *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles Bruylant, 1998, p. 296.

[1327] Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, Résolution 17/4, 16 juin 2011.

[1328] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM (2011) 681 final, 25 oct. 2011, pp. 16-17.

[1329] Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur les enjeux de l'application par la France des principes directeurs des Nations unies*, JORF n°0266, texte n°56, 16 nov. 2013.

une remise en cause des règles de fond et de procédure qui pourraient faire obstacle à un tel objectif[1330].

516. En procédant de la sorte, c'est bien vers une juridicisation de la RSE à laquelle nous assistons, voire même peut être à un encadrement juridique de celle-ci. Cette évolution est en réalité inévitable tant les fondements du droit de la responsabilité, mais également les règles de procédure liées à la mise en œuvre d'actions en responsabilité comportant un élément d'extranéité, sont aujourd'hui inadaptés à l'organisation transnationale des entreprises et de leurs activités. En étudiant ces obstacles, nous serons en mesure de comprendre les raisons qui appellent à une évolution du droit de la responsabilité dans ce domaine, afin que les normes de RSE deviennent réellement effectives, pour les individus, les entreprises, mais également les Etats.

Chapitre 1 – Les difficultés de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales

Chapitre 2 – La RSE, vers un nouveau principe de responsabilité

[1330] Voir à cet égard, pour le cas de la France, l'avis rendu par la CNCDH, *ibidem*.

CHAPITRE 1. LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

517. La RSE invite les sociétés à exercer leur pouvoir de contrôle ou d'influence sur leurs partenaires commerciaux[1331] en vue de responsabiliser les comportements de chacune des sociétés liées à leurs activités, là où le droit de la responsabilité ignore ces relations. La RSE les incite ainsi à s'immiscer dans les activités, voire parfois dans la gestion des sociétés placées sous leur contrôle ou leur influence, par le biais par exemple de procédures de mise en œuvre des politiques de RSE définies par une société-mère ou une société donneuse d'ordre. Une telle implication, de la part de certaines sociétés sur d'autres, n'a en principe aucune conséquence juridique sur leur responsabilité. En cas de dommage ou d'infraction commise par la société « dominée », la société « dominante » ne pourra pas être inquiétée et ce, principalement pour deux raisons. La première tient au schéma d'imputation du droit de la responsabilité, lequel suppose de condamner l'auteur d'un acte fautif. La seconde se trouve dans le principe d'autonomie juridique des personnes morales, lequel prévient en principe, toute mise en cause de la responsabilité d'une société pour les fautes commises par une autre. Dans les affaires mettant en cause la responsabilité des entreprises transnationales pour violation des droits de l'Homme ou des faits de pollution, seule la responsabilité de la société auteur direct du dommage, peut par conséquent être engagée.

518. La mise en cause des sociétés « dominantes » du fait de leur implication dans l'organisation de ces activités est pourtant de plus en plus fréquente. Ce phénomène répond à l'invitation faite par la RSE de responsabiliser les entreprises dans leur ensemble, au-delà des personnalités juridiques propres à chacune des sociétés composant

[1331] Afin de faciliter la démonstration, nous qualifierons ces sociétés de « dominantes », au sens commun du terme, et non au sens juridique ; et celles placées sous contrôle ou sous influence de « dominées ».

l'ensemble que constitue un groupe de sociétés ou de contrats[1332]. Cela conduit à une remise en cause des schémas d'imputation lesquels, en l'état du droit positif, rendent difficile l'engagement de la responsabilité des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre (Section 1). Au-delà des obstacles de fond, le maintien d'un schéma d'imputation traditionnel est également un frein à la mise en œuvre procédurale d'actions judiciaires mettant en cause la responsabilité d'entreprises transnationales (Section 2).

[1332] Voir *supra*, Partie I, p. 126 et s.

SECTION I - LES OBSTACLES DE FOND À UNE MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

519. Tout régime de responsabilité est construit autour de l'implication de deux sujets de droit : l'auteur d'un acte et la personne victime de cet acte. Dans certaines circonstances, l'action en responsabilité peut également viser un troisième sujet : le co-auteur ou le complice, du fait de sa participation dans la commission de l'acte. Certains régimes de responsabilité prévoient encore la possibilité de mettre en cause un autre sujet, soit que sa responsabilité se substitue à celle de l'auteur direct du dommage, soit que celui-ci soit appelé en garantie, indépendamment d'une faute qui lui soit imputable. Dans tous les cas, ces régimes de responsabilité permettent la mise en cause de plusieurs personnes, dont il faut déterminer les responsabilités propres. De la même manière, étudier la responsabilité des entreprises transnationales revient à distribuer les responsabilités au sein d'un groupe de sociétés ou d'un groupe de contractants.

520. La mise en cause de la responsabilité de plusieurs sociétés appartenant à un même groupe de sociétés ou de contrats nécessite en réalité de distinguer deux situations, selon que la responsabilité de la société-mère ou d'une société donneuse d'ordre est mise en cause pour son implication directe dans les faits reprochés à la société filiale ou sous-traitante, auquel cas c'est au titre de sa responsabilité personnelle que celle-ci pourra être engagée ; ou selon qu'il s'agit d'imputer à la société dominante une acte fautif commis par sa filiale ou son sous-traitant, indépendamment de son implication directe dans les faits en cause. La première situation, si elle semble appeler non sans trop de difficulté l'application d'un régime classique de responsabilité personnelle, n'en soulève pas moins la délicate question du lien de causalité pouvant exister entre la réalisation du dommage ou de l'infraction, et l'acte imputable à son auteur (§1). La seconde soulève davantage la question de la levée du voile de la personnalité, dès lors qu'il s'agit d'imputer à une société, une obligation de réparation en dehors de toute faute ou d'implication directe dans la réalisation des faits reprochés (§2).

§ 1 . Les limites posées par une responsabilité personnelle fondée sur la faute de la société-mère ou donneuse d'ordre

521. Dans le cadre d'un litige mettant en cause la responsabilité d'une personne morale, seule la responsabilité personnelle de l'auteur direct d'un dommage ou d'une infraction est en principe recherchée par le juge. Les relations particulières entretenues au sein des groupes de sociétés ou de contrats montrent pourtant que les sociétés-mères ou donneuses d'ordres ne sont pas toujours étrangères aux préjudices ou aux infractions subies par les victimes des activités ou des comportements de leurs filiales ou de leurs sociétés sous-traitantes. Les litiges mettant en cause la responsabilité des entreprises transnationales ont en effet la particularité d'impliquer, aux côtés de l'auteur direct du dommage ou de l'infraction, les sociétés exerçant un contrôle ou une influence sur ces dernières. Or, en l'absence d'un régime de responsabilité adapté aux relations de groupes de sociétés et de contrats, seul un acte ou un fait illicite imputable à une société-mère ou donneuse d'ordre peut être de nature à engager sa responsabilité, personnelle, aux côtés de l'auteur direct du dommage ou de l'infraction.

522. La responsabilité personnelle des sociétés-mère ou des sociétés donneuses d'ordre peut alors être mise en cause soit sur le fondement d'une faute en lien direct avec le dommage ou l'infraction, soit sur le fondement d'un acte ou d'un fait illicite commis dans l'exercice de son pouvoir de contrôle ou d'influence. Dans certaines circonstances, la loi impose en effet des obligations aux sociétés-mères et donneuses d'ordres, fondées uniquement sur leur pouvoir de contrôle ou d'influence. Leur violation est alors de nature à être sanctionnée. Si le non respect de certaines de ces obligations peut avoir participé indirectement à la réalisation d'un dommage causé par une filiale ou un sous-traitant, ces situations restent très limitées du fait du peu d'obligation incombant aux sociétés-mères et sous-traitantes fondées sur l'exercice de leur pouvoir de contrôle ou d'influence. Seule la responsabilité de la société débitrice de cette obligation peut donc par principe, être engagée. Que ce soit pour réparer un préjudice ou pour sanctionner un comportement, il s'agit dans tous les cas de rechercher un fait qui soit imputable à la société-mère ou donneuse d'ordre, que celui-ci soit en lien avec l'exercice d'un pouvoir de contrôle ou d'influence (A), ou qu'il concerne plus directement le dommage causé par le comportement d'une filiale ou d'un sous-traitant (B). Rappelons en effet qu'en l'état du droit positif, il ne découle de ces relations sociétaires ou commerciales aucune

obligation générale permettant de fonder une responsabilité, ni aucun principe de responsabilité solidaire.

A. La violation d'une obligation fondée sur l'exercice d'un pouvoir de contrôle ou d'influence

523. Dans le cas d'un préjudice subi par une personne physique ou morale découlant d'un acte commis par une société, la responsabilité de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre peut être mise en cause non pas sur le fondement d'un acte fautif ayant contribué directement à la réalisation du dommage mais du fait d'une obligation légale fondée sur la relation de contrôle ou d'influence existante entre ces sociétés. La mise en cause de cette responsabilité personnelle reste toutefois restreinte aux groupes de sociétés et circonscrite à des questions précises (1). Concernant les relations contractuelles, de telles obligations restent très limitées, et ne permettent pas pour des tiers à la relation contractuelle de fonder une action en responsabilité (2).

1) *Des obligations légales imputables aux groupes de sociétés, circonscrites à certains domaines*

524. Concernant les groupes de sociétés, la loi impute certaines obligations particulières aux sociétés-mères, fondées uniquement sur l'appartenance au groupe ou sur l'exercice d'un contrôle. Celles-ci restent néanmoins circonscrites à des domaines particuliers si bien qu'elles ne répondent pas de manière générale aux problématiques extra-commerciales et extra-financières soulevées par les activités des entreprises transnationales. Comme nous avons déjà pu le relever, certaines obligations relèvent par exemple strictement du droit des sociétés. Les obligations incombant aux sociétés-mères en matière comptable[1333] ou fiscale[1334], du fait de l'exercice d'un contrôle sur d'autres sociétés, n'ouvrent en effet pas de droits à l'égard des tiers, victimes de leurs activités internationales. A côté du droit des sociétés, le droit du travail tend en revanche à imputer certaines obligations aux sociétés-mères, dans leurs rapports avec leurs filiales.

[1333] Concernant l'obligation de consolidation comptable, voir par exemple les articles L. 233-16 et s. du Code de commerce.

[1334] A propos du régime fiscal des groupes de sociétés, voir par exemple, art. 223 A du Code général des impôts.

Celles-ci restent malgré tout limitées à des problématiques bien précises soulevées en droit du travail et découlant de la structure des groupes de sociétés. Ainsi par exemple de l'obligation incombant aux sociétés-mères de rapatrier et de réintégrer un salarié dont le contrat de travail a été transféré auprès d'une filiale étrangère et dont il a été par la suite licencié[1335]. Cette obligation vise d'ailleurs moins la relation existante entre la société-mère et sa filiale – ce qui aurait eu alors des conséquences à l'égard des salariés de la filiale - que celle entretenue entre la société-mère, employeur, et son salarié transféré. Le droit du travail tend également à prendre en compte les relations intra-groupes, indépendamment des liens de domination pouvant exister entre les sociétés, pour imposer aux sociétés-mères ou sœurs, une obligation de reclassement des salariés licenciés dans le cadre d'un licenciement économique. Ce sont alors le groupe ou l'unité économique et sociale qui sont visés[1336]. Le juge interprète cette obligation de manière restrictive puisque l'employeur reste soumis à cette obligation malgré l'absence d'informations fournies par les autres sociétés du groupe concernant les emplois disponibles[1337], ce qui démontre bien que cette obligation n'en impose aucune aux autres sociétés du groupe avec lesquelles le salarié n'a pas de relation de travail. D'ailleurs, en dehors d'un licenciement économique, les autres sociétés du groupe n'ont aucune obligation à l'égard des salariés des autres sociétés. Ces dispositions tendent donc davantage à limiter les effets du groupe sur la relation de travail que d'imposer de nouvelles obligations aux sociétés-mères à l'égard des salariés des autres sociétés du groupe.

525. La situation est quelque peu différente en matière de représentation collective, puisque la société-mère a l'obligation de constituer un comité de groupe, afin de permettre une représentation des travailleurs à l'échelle du groupe[1338]. Une telle obligation pèse donc sur la société-mère, à l'égard des travailleurs du groupe dans son ensemble. Celle-ci a d'ailleurs été étendue récemment puisque le droit de consultation du Comité d'entreprise s'étend aujourd'hui aux orientations stratégiques des grandes

[1335] Art. L. 1231-5 Code du travail.
[1336] Voir les articles L. 1235-10 et L. 1233-4 al. 1 du Code du travail relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi intervenant dans le cadre d'un licenciement économique.
[1337] Voir à cet égard Cass., soc. 7 juillet 2009, n° 07-45584, *aff. Métaleurop*.
[1338] Art. L. 2331-1 et s. Code du travail.

entreprises[1339]. Cette même loi a également crée une base unique de données économiques et sociales mise à disposition des représentants syndicaux et du personnel, laquelle sera particulièrement utile en présence d'un groupe de sociétés[1340]. Il incombe à la société-mère de mettre en place cette base unique. Si ces dispositions tendent à prendre en compte la réalité organisationnelle des groupes de sociétés, elles restent malgré tout limitées à des questions spécifiques ne permettant pas à des travailleurs de diverses sociétés du groupe d'engager la responsabilité de la société-mère en cas de non respect de leurs droits individuels ou collectifs par la filiale, leur employeur direct, en dehors des cas précédemment décrit. Les engagements pris en matière de RSE par les sociétés-mères s'étendent en revanche aux travailleurs des filiales du groupe, leur permettant même parfois, de l'interpeller directement. Cela crée des situations bien paradoxales dans lesquelles, sur le fondement de la RSE, les sociétés-mères se reconnaissent une responsabilité et un pouvoir d'action à l'égard du respect des droits des travailleurs du groupe dans son ensemble, situation à laquelle la loi ne reconnaît que peu d'effets juridiques.

526. Seul le droit de l'environnement prévoit finalement de faire produire des effets juridiques au choix d'une société détenant plus de la moitié du capital d'une autre société, de prendre à sa charge, en cas de défaillance de cette dernière, tout ou partie de ses obligations de prévention et de réparation tirées de la réglementation relative à la responsabilité environnementale[1341]. Il s'agit là d'un choix de la société contrôlante, qui n'offre pourtant aucune garantie aux tiers, victimes des activités de la société contrôlée, puisqu'en cas de refus de la société contrôlante, ces derniers ne se voient reconnaitre aucun moyen d'action devant le juge, à l'encontre de la société-mère.

527. Ce bref état des lieux permet de comprendre qu'en l'absence d'obligation légale, ce sont surtout des actes juridiques qui pourront fonder la responsabilité des sociétés-mères à l'égard des tiers, du fait de l'exercice d'un pouvoir de contrôle ou d'une autorité sur leur filiale, exprimé à travers des normes de RSE, et non du fait des activités de ces

---

[1339] Art. 8 de la Loi relative à la sécurisation de l'emploi, du 14 juin 2013, n°2013-504.
[1340] Voir le décret d'application relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'experts, n°2013-1305, 27 déc. 2013, JORF n°0304, 31 déc. 2013, p. 22409.
[1341] Voir article L.233-5-1 Code de commerce.

filiales. Dès lors que les normes de RSE peuvent être qualifiées d'acte juridique, leur violation peut en effet être source de responsabilité, personnelle, pour des effets allant au-delà des frontières de la société- mère. C'est par exemple ce qu'illustre la mise en cause de la responsabilité pénale de la société Samsung France pour pratique commerciale trompeuse, par des ONG françaises et une association de consommateurs, qui a donné lieu à une plainte déposée auprès du Parquet de Bobigny le 26 février 2013[1342]. Les Associations dénoncent le non respect des droits des travailleurs[1343] fabricants les produits de la marque dans les usines situées en Chine. Samsung France n'étant pas l'employeur de ces travailleurs, aucune obligation (au titre de la loi française ou de la loi chinoise) ne lui incombe. La société s'engage en revanche dans son code de conduite, ainsi qu'à travers la signature du code de conduite de l'*Electronic Industry Citizenship Coalition*[1344], à ce que les normes visant à assurer les conditions de travail soient respectées, dans sa chaîne de sous-traitance. En l'absence d'une législation imposant aux sociétés contrôlantes une obligation générale de surveillance à l'égard de leur chaîne de sous-traitance ou de leurs filiales, ou une obligation plus spécifique de veiller au respect des engagements pris en matière de RSE auprès de leurs partenaires commerciaux, les travailleurs lésés ne peuvent pas engager la responsabilité des sociétés du groupe pour violation d'une telle obligation. Ils n'ont pas non plus la possibilité de mettre en cause la responsabilité des autres sociétés du groupe en sus de celle de leur employeur, du fait de l'absence d'une législation applicable à leur contrat de travail, leur reconnaissant les droits visés par le code de conduite du groupe. La relation commerciale entretenue entre la société Samsung France et ses filiales et sociétés sous-traitantes situées en Chine, et employeurs directs de ces travailleurs, ne permet pas non plus d'étendre l'application de la législation française à ces travailleurs, du fait des limites posées par le principe de non extraterritorialité des lois. Ces travailleurs ne seraient donc pas fondés à demander le respect de leurs « droits », lesquels ne leurs sont reconnus par aucun texte, si ce n'est éventuellement par la législation chinoise. Dans ce contexte, les

---

[1342] Plainte déposée par les associations Sherpa, Peuples solidaires et Indecosa-CGT, suite à une enquête conduite par l'association *China Labor watch* auprès des usines situées en Chine, sociétés sous-traitantes des sociétés du groupe, www.asso-sherpa.org.

[1343] Et plus spécifiquement le recours à des heures supplémentaires excessives, le non respect des règles de sécurité et de santé des travailleurs ainsi que des actes de discrimination.

[1344] Code de conduite disponible sur le site http://www.eicc.info/eicc_code.shtml, site visité le 20 janvier 2014.

normes de RSE, aux effets extraterritoriaux, représentent le seul fondement, pour ces travailleurs, de mise en cause de la responsabilité des sociétés du groupe. Les effets d'une telle action sont néanmoins limités puisqu'elle ne vise pas à assurer le respect des droits de ces travailleurs, ni à réparer leurs « violations », ne se situant pas sur le terrain de la responsabilité de l'employeur, mais à faire condamner une société ayant exprimé son engagement à ce que certaines normes internationales de droit du travail soient respectées chez ses filiales et sous-traitants, sur le fondement de la législation applicable en matière de pratique commerciale trompeuse[1345]. Le 8 juillet 2013, une enquête préliminaire a été ouverte par le Parquet de Bobigny[1346], laquelle devrait déterminer l'état ou non des violations dénoncées par les associations, et réfutées par la société Samsung France. D'autres sociétés ont pu voir leur responsabilité mise en cause par des associations sur des fondements similaires[1347]. Mais en l'absence de législation encadrant ces normes de RSE, ou imposant une obligation spécifique aux sociétés-mères ou donneuses d'ordre, les possibilités de mise en cause de leur responsabilité personnelle restent limitées, malgré l'étendue de leurs engagements. Cette situation est encore plus limitée en matière de chaîne de sous-traitance ou de groupes de contrats, les obligations

---

[1345] Art. L. 121-1 et s. Code de la consommation.

[1346] « Plainte contre Samsung, accusé de bafouer ses engagements éthiques en Chine », Novethic, 27 fév. 2013, disponible sur : http://www.novethic.fr/novethic/rse_responsabilite_sociale_des_entreprises,ressources_humaines,conditions_de_travail,_plainte_contre_samsung_accuse_bafouer_ses_engagements_ethiques_en_chine,139325.jsp, consulté le 13 déc. 2013.

[1347] L'association Indecosa-CGT, la CGT Schneider Electric et la fédération de la métallurgie FTM-CGT ont par exemple porté plainte contre les sociétés Schneider Electric SA, Schneider Industries SAS et Schneider Electric France SAS pour non respect de leurs engagements en matière de protection de l'environnement et de développement durable, le 27 fév. 2013, sur le fondement de la législation relative aux pratiques commerciales trompeuses. Dans le même sens, des associations avaient dénoncé auprès de l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) le code de conduite de l'entreprise Disney. Ce dernier garantissait une conduite éthique et responsable en ce qui concerne toutes (ses) opérations » ainsi que « le respect des droits de l'individu dans tous les cas ». Ce code était applicable à tous les fabricants de Disney. Les associations *China Labor watch* et SACOM, après avoir mené des enquêtes sur les conditions de travail des ouvriers dans les usines des sous-traitants chinois de Disney, ont dénoncé le non respect des normes internationales applicables en matière de conditions de travail chez ces sous-traitants. L'ARPP a néanmoins considéré que ce code de conduite ne constituait pas une « publicité à caractère commercial » au sens de son règlement intérieur et s'est donc déclarée incompétente pour se prononcer sur les dénonciations des associations.http://www.asso-sherpa.org/disney-en-chine-rse-instrumentalisee-fins-commerciales/#.UrCPT-LyGSo, site visité le 13 déc. 2013.

légales incombant aux sociétés donneuses d'ordre du fait des relations étroites entretenues avec leurs partenaires commerciaux étant quasi inexistantes.

2) *Des obligations légales quasi inexistantes concernant les relations au sein des chaînes de sous-traitance*

528. En l'état du droit positif, les victimes du comportement ou de l'activité d'une société ne peuvent que difficilement mettre en cause la responsabilité des autres sociétés avec lesquelles l'auteur direct du dommage ou de l'infraction entretient des relations commerciales. La violation d'une obligation légale imputable aux partenaires commerciaux du fait de leurs relations commerciales permettrait de telles procédures. La loi intervient pourtant très peu dans ces rapports contractuels, laissant le soin aux parties d'un contrat ou d'un groupe de contrat d'organiser leurs obligations et donc leurs responsabilités. L'exercice d'une autorité par une société sur une autre, de même que le constat de relations de dépendance économique ne donnent d'ailleurs naissance qu'à des obligations très limitées, de sorte à ne pas contrarier la liberté contractuelle. Tel est par exemple le cas de la législation en droit du travail qui impute certaines obligations spécifiques au donneur d'ordre afin de lutter contre le travail illégal. En cas de violation, celui-ci peut voir sa responsabilité pénale et civile engagée[1348]. Il s'agit essentiellement pour le donneur d'ordre, d'une obligation de surveillance à l'égard de son sous-traitant, afin de s'assurer de la vigilance de ce dernier dans les conditions d'emploi de ses salariés en s'acquittant des déclarations sociales et du paiement des cotisations. Le respect de cette obligation se manifeste par la remise d'une attestation de vigilance par le sous-traitant au donneur d'ordre[1349]. Il s'agit ici de renforcer le rôle des donneurs d'ordre dans la lutte contre le travail dissimulé[1350]. Ce devoir de vigilance a été étendu au cas de détachement de travailleurs, avec l'adoption de la Directive européenne 2014/67/UE relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services[1351]. Cette Directive prévoit la

---

[1348] Voir *infra*, B, p. 435 et s.

[1349] Voir à cet égard la Circulaire interministérielle relative *à l'attestation de vigilance (obligations déclaratives et paiement des cotisations sociales*, N°DSS/SD5C/2012/186, NOR : AFSS1225441C, 16 novembre 2012.

[1350] Ibidem.

[1351] Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre

possibilité pour les Etats membres d'instaurer un régime de responsabilité solidaire du donneur d'ordre/employeur et de ses sous-traitants directs pour ce qui concerne toute rémunération nette impayée, et/ou certaines cotisations à des fonds ou institutions gérés conjointement par les partenaires sociaux[1352]. La Directive prévoit à cet égard la possibilité pour les Etats de prévoir que la responsabilité d'un contractant puisse être limitée lorsqu'il a pris des mesures de diligence qui auraient été fixées dans le droit national[1353]. La Directive innove en prenant en compte certains effets des relations de sous-traitance sur les travailleurs détachés. Elle reste toutefois très limitée dans son champ d'application matériel, et géographique.

529. A l'inverse, certaines obligations de ne pas faire peuvent être imposées aux sociétés donneuses d'ordre, à l'instar de celle interdisant le recours au travail temporaire pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux figurant sur une liste établie par voie réglementaire[1354]. Une telle obligation n'ayant pas d'effet extraterritorial, rien n'interdit en revanche une société d'externaliser de telles activités vers des pays tiers, en ayant recours à des travailleurs temporaires embauchés dans ces pays.

530. Le peu d'obligations prenant en compte ces relations de sous-traitance explique que les entreprises organisent elles-mêmes leurs relations commerciales concernant les effets extra-commerciaux liés à ces relations et aux activités qui en sont l'objet, à travers

---

d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»), 15 mai 2014. Voir également à ce propos l'accord intervenu au Conseil des ministres de l'Union européenne chargés de l'emploi et de la politique sociale et relatif à Une «orientation générale» relative à la proposition de directive visant à contrôler l'application de la législation en matière de détachement des travailleurs, IP/12/267, 9 décembre 2013.

[1352] Art. 12, Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»), 15 mai 2014.

[1353] Art. 12-§5, Directive 2014/67/UE. La Directive précise que de telles mesures peuvent concerner la documentation relative au respect des exigences administratives ainsi que des mesures visant à assurer un contrôle effectif du respect de la règlementation applicable en matière de détachement de travailleurs. Considérant n°37, Directive 2014/67/UE.

[1354] Art. L. 4154-1 Code du travail.

des normes de RSE[1355]. L'accord international signé le 13 mai 2013 entre 40 sociétés de l'industrie du textile, des organisations syndicales et l'OIT sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments dans les usines sous-traitantes et fournisseurs au Bangladesh, illustre la situation[1356]. Les sociétés donneuses d'ordres signataires de l'accord s'engagent à lister leurs sous-traitants de rang 1 à 3, en fonction des volumes de production que représentent pour eux ces derniers. Les sous-traitants ainsi listés devront accepter des inspections et appliquer en tant que de besoin des mesures correctives[1357]. Ces derniers ne sont pourtant pas partie à l'accord. L'obligation pèse donc sur les donneurs d'ordre qui doivent s'assurer que leurs sous-traitants respecteront ces engagements. Les rapports d'inspection seront rendus publics en vertu du paragraphe 11 de l'accord. Les actions correctives qui seraient proposées suite aux inspections menées auprès des sous-traitants seront communiquées directement aux donneurs d'ordres, qui devront exiger leur mise en œuvre par leurs cocontractants, non parties à l'accord. Ces derniers recevront néanmoins directement les rapports d'inspection. De plus, les donneurs d'ordres devront exiger « que leurs usines fournisseuses qui sont inspectées au titre du programme maintiennent la relation d'emploi des travailleurs et les revenus réguliers durant la période pendant laquelle l'usine (ou une partie de l'usine) est fermée pour rénovation nécessaire afin que ces actions correctives soient menées à bien sur une période ne dépassant pas six mois [1358]». Cette même obligation pèse sur le donneur d'ordre concernant les effets de ses commandes sur l'emploi des travailleurs de ses sous-

---

[1355] M-A. MOREAU, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *RDT*, 2014, n°5, p. 413.

[1356] *Accord on fire and building safety in Bangladesh*, 13 mai 2013, disponible sur: http://www.workersrights.org/linkeddocs/Accord%20on%20Fire%20and%20Building%20Safety%20in%20Bangladesh%205.12.2013.pdf, dernière visite, 17 sept. 2014.

[1357] Une expérience similaire a été initiée en 2001 par le gouvernement du Cambodge en partenariat avec les employeurs de l'industrie du textile et les syndicats, afin d'améliorer les conditions de travail dans les entreprises. La mise en place de ce système, fondé sur le dialogue social et le respect de la législation du travail ainsi que de la Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail de 1998, fut facilité par le BIT. Appelé *Better Factories Cambodia*, il donna naissance en 2007 à un programme plus large appelé *Better Work*, en partenariat entre l'OIT et la International Finance Corporation (IFC), lequel développe des activités dans neuf pays. Voir à cet égard C. VARGHA, « Promouvoir le travail décent dans les chaînes de production mondiale. L'expérience de *Better Factories Cambodia* », *in* I. DAUGAREILH, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, *op. cit.*, pp. 395-409 ; M-A. MOREAU, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *op. cit.*

[1358] Paragraphe 13, Accord on fire and building safety in Bangladesh, op. cit.

traitants puisque ce dernier devra déployer « des efforts raisonnables pour veiller à ce que tout travailleur licencié par suite de commandes dans une usine se voit offrir un emploi auprès de fournisseurs sûrs, si nécessaire par le biais d'une collaboration active avec d'autres fournisseurs afin d'assurer un recrutement préférentiel à ces travailleurs ». De telles obligations ne sont pas sans rappeler les obligations de reclassement pesant sur l'employeur à l'égard de ses salariés, en application de la législation française. En vertu de cet accord, les sociétés donneuses d'ordres signataires, devront en effet adopter un comportement semblable à celui des sociétés-mères à l'égard des salariés détachés auprès de leurs filiales, alors qu'aucun contrat de travail n'aura été signé entre les travailleurs de l'usine située au Bangladesh et la société donneuse d'ordre située dans le pays tiers.

531. C'est donc le pouvoir d'influence et non la relation de travail qui fonde cette obligation, contractuelle. La question reste néanmoins en suspend quant aux éventuels droits que cet accord pourraient ouvrir aux travailleurs concernés des usines sous-traitantes, tiers à cet accord, mais dont l'objet reste leur sécurité et leurs conditions de travail. La responsabilité délictuelle des sociétés signataires pourraient certainement être mise en œuvre en application de la théorie des tiers au contrat[1359]. Mais c'est alors à nouveau la volonté des parties qui conditionne la protection des droits des tiers. En dehors de tout acte juridique permettant de fonder une telle responsabilité, les victimes des activités des entreprises transnationales devront alors fonder leur action sur un fait juridique de nature à entraîner la responsabilité personnelle de la société-mère ou donneuse d'ordre exerçant l'autorité ou l'influence sur l'auteur du dommage.

B. La recherche d'un acte imputable à la société-mère ou donneuse d'ordre en lien avec le dommage

532. La relation étroite existante entre une société-mère et sa filiale, de même que celle entretenue entre une société donneuse d'ordre et son sous-traitant, peut conduire à les impliquer dans la réalisation d'un préjudice subi par la victime des activités de la filiale ou de la société sous-traitante. La mise en cause de la responsabilité d'une entreprise transnationale revient en effet à s'interroger sur la présence d'une pluralité de

[1359] Voir *supra*, p. 384 et s.

responsables et par voie de conséquence, d'une pluralité de causes. Dans ces circonstances, la responsabilité personnelle de la société-mère ou donneuse d'ordre peut être recherchée aux côtés de celle de sa filiale ou de son sous-traitant, en dehors de la violation de toute obligation légale. Deux situations doivent néanmoins être distinguées, selon qu'il s'agit de faire contribuer les sociétés-mères et donneuses d'ordre à la dette de leurs filiales ou sous-traitants, ou qu'elles en soient obligées.

533. La contribution à la dette vise à répartir la charge entre les co-obligés, en fonction de leurs parts de responsabilité respectives, alors que l'obligation à la dette permet d'imputer le paiement de la totalité de la dette à l'un des coobligés, peu importe la part de responsabilité de chacun, à charge pour ce dernier de se retourner ensuite contre les coauteurs[1360]. On parle dans un cas de responsabilité conjointe et dans le second, de responsabilité *in solidum*. Dans ce dernier cas, comme l'explique P. JOURDAIN, « s'il apparait que plusieurs faits peuvent se voir attribuer la qualité de cause juridique du dommage, tous seront considérés comme ayant causé l'intégralité de celui-ci, peu importe que ces faits soient concomitants ou successifs[1361] ».

534. En présence d'un groupe de sociétés ou d'une chaîne de sous-traitance, la question se pose alors de savoir si le lien de contrôle ou d'influence exercé par une société sur une autre peut constituer *per se*, une cause juridique du préjudice subi par la victime de l'activité d'une filiale ou d'un sous-traitant, et constituer donc à lui seul, un fait causal. Seul le régime de responsabilité du fait d'autrui en matière de responsabilité délictuelle prévoit une telle situation. Il s'agit du régime de responsabilité de plein droit fondé sur l'autorité exercée par les parents sur leur enfant, peu importe que celle-ci soit fautive[1362]. En dehors de ce cas, seul un acte ou un fait juridique imputable à la société-mère ou à la société donneuse d'ordre peut donc être de nature à engager leur responsabilité, conjointement ou solidairement au côté de celle de leur filiale ou de leur sous-traitant.

[1360] Pour une étude sur le rôle du lien de causalité selon cette distinction, voir H-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 13 déc. 2011, p. 268 et s.

[1361] P. JOURDAIN, *La causalité*, Rapport au séminaire de Genève, mars 2010, 12 p. www.grerca.univ-rennes1.fr.

[1362] Nous verrons toutefois plus loin que son application à des relations intra-groupe ou à une chaine de sous-traitance n'est pas, en l'état du droit positif, sans soulever certaines questions.

Dans ces circonstances, la recherche d'un acte ou d'une action de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre conduisant à une implication de celle-ci dans la réalisation de l'infraction ou du dommage[1363] reste donc une étape nécessaire à la mise en cause de leur responsabilité dès lors que seul un acte ou un fait causal peut être de nature à engager leur responsabilité.

535. La situation dans laquelle plusieurs personnes peuvent être à l'origine d'un dommage n'est d'ailleurs traité que par le droit pénal, ainsi que dans des régimes spécifiques de responsabilité[1364]. On retrouve malgré tout quelques dispositions visant à sanctionner des sociétés dont l'organisation des relations commerciales peut conduire au non respect des dispositions protectrices des droits des travailleurs. Tel est par exemple le cas des délits de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d'œuvre, et d'emploi d'un étranger sans titre de travail, infractions intentionnelle qui se manifestent par une dissimulation d'activité ou d'emploi salarié[1365]. Celles-ci peuvent en effet entraîner une responsabilité financière, solidaire, entre la société donneuse d'ordre – utilisatrice- et la société sous-traitante. Cette responsabilité est également de nature pénale et donc personnelle, pour sanctionner le recours, en toute connaissance de cause, au travail dissimulé[1366].

[1363] E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail : à propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT*, 2012, p. 347.

[1364] Tel est par exemple le cas du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux pesant avant tout sur le producteur (art. L. 1386-1 et s. Code civil) ; les pères et mères sont également tenus solidairement à l'égard des tiers, des faits dommageables commis par leur enfant (art. L. 1384 al. 4 Code Civil) ; le fabricant d'un ouvrage est de la même manière responsable solidairement des obligations mises à la charge du locateur d'ouvrage, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage (art. L. 1792-4 Code civil).

[1365] Article L. 8211-1, Code du travail. L'objet de cette infraction vise d'ailleurs essentiellement à lutter contre le non paiement des charges sociales par des sociétés utilisatrices ayant recours au travail de personnes employées par une société intermédiaire, et de manière plus générale, à protéger les salariés lorsque le recours au travail dissimulé ou au marchandage par exemple, prive le salarié des dispositions protectrices de la législation sociale et des conventions collectives. Voir en ce sens, Cass. crim., 4 sept. 2012, n° 11-87.418, *D.*, JurisData n° 2012-021486.

[1366] Voir à cet égard la circulaire interministérielle relative à l'attestation de vigilance (obligations déclaratives et paiement des cotisations sociales, *op. cit*.

536. En dehors de ces cas, ce sont la jurisprudence et la doctrine qui ont été amenées à proposer l'idée d'obligation civile solidaire ou *in solidum*[1367]. La solidarité est initialement prévue par le droit des contrats. En vertu de l'article L. 1202 du Code civil, elle ne se présume pas puisqu'elle doit résulter soit d'un accord de volonté, soit de la loi[1368]. Les juges ont pourtant été amenés à faire évoluer cette solidarité en dehors des cas prévus par la loi, et notamment en droit de la responsabilité civile délictuelle. Afin de la distinguer de l'obligation solidaire prévue par l'article L. 1202 du Code civil, certains auteurs parlent ainsi d'obligation *in solidum*. L'idée reste malgré tout bien celle d'une solidarité, sans qu'il soit besoin dans cette démonstration que l'on s'attache à cette distinction. Une telle évolution dépend inévitablement de l'interprétation retenue de la causalité. En effet, en application de la théorie de la *causa proxima* par exemple, une telle solidarité se rapprocherait davantage d'un partage de responsabilité à hauteur des fautes respectives de chacun des auteurs, ce qui reviendrait en réalité, à une responsabilité conjointe, sans avantage particulier pour la victime. En retenant en revanche la théorie de l'équivalence des conditions, plusieurs auteurs peuvent avoir contribué à la réalisation du dommage puisqu'en application de cette théorie, il suffit qu'un fait ait été l'une des conditions nécessaires à la réalisation du dommage pour qu'il soit considéré comme causal, en dehors de toute faute commune[1369]. L'articulation du droit commun et du droit spécial peut dans ces circonstances conduire le juge à retenir une responsabilité *in solidum*.

537. La Cour d'Appel de Rennes[1370] s'est par exemple prononcée en ce sens en retenant la coresponsabilité d'un navire aux côté de celle d'une commune. Suite à la collusion de

---

[1367] Le droit européen s'intéresse au cas de la multiplicité des causes en droit de la responsabilité civile, comme l'illustre le projet européen d'harmonisation du droit de la responsabilité civile : *Principles European Tort Law* et la *draft common Frame of reference*. Sur cette question voir, P. JOURDAIN, *La causalité, op. cit.*

[1368] Voir par exemple la distinction entre la co-traitance conjointe et la co-traitance solidaire en droit des marchés publics (art. 51 du Code des marchés publics).

[1369] Voir par exemple : Cass. 2e Civ., 27 mars 2003, Bull. civ. III, n° 76, par lequel la Cour énonce que : « la pluralité des causes, à supposer qu'elle soit démontrée, n'est pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par l'auteur initial par application du principe de l'équivalence des causes dans la production d'un même dommage en matière de responsabilité délictuelle ».

[1370] CA Rennes, 7e ch., 6 fév. 2008, n°06/05517, *Cne de Bénodet c/ Chabardes* : JurisData n° 2008-375476, M. NDENDÉ, « Coresponsabilité entre un navire et... une commune au

deux bateaux dans un port à l'occasion d'une tempête, une faute d'imprudence du propriétaire de l'un des deux navires a été retenue sur le fondement de l'article 6 de la loi du 7 juillet 1967, de même que celle de la commune, dans l'attribution des mouillages, lesquels n'ont pas permis de veiller à ce que les rayons d'évitage entre les navires ne puissent se couper entre eux. Les deux auteurs sont donc condamnés *in solidum* au versement de dommages et intérêts au propriétaire du bâteau endommagé. Un raisonnement similaire a été suivi par la jurisprudence sociale en dégageant la théorie du co-emploi. Ce n'est pas tant en effet le lien de subordination entre le salarié et la société-mère qui justifie que la responsabilité de cette dernière soit retenue aux côtés de celle de sa filiale, ce lien étant généralement absent, mais l'immixtion de la société-mère dans la gestion de sa filiale pouvant entraîner une confusion d'intérêts, d'activité et de direction. Cette co-responsabilité ne substitue donc pas la responsabilité de la société-mère à celle de sa filiale. Elle s'ajoute au contraire à la responsabilité de l'employeur principal afin de faire peser sur la société-mère une responsabilité tirée de l'exercice effectif de son pouvoir de décision – pour ne pas dire, de direction. Si elle offre des perspectives nouvelles concernant des régimes de responsabilité solidaire, la théorie du co-emploi reste malgré tout limitée dans ses conditions d'application. En l'état actuel de la jurisprudence, celle-ci ne s'appliquerait en effet que difficilement à une relation de travail au sein des chaînes de sous-traitance, l'interprétation retenue par les juges des critères permettant d'établir la triple confusion d'intérêt, d'activité et de direction étant entendus restrictivement[1371]. Surtout, celle-ci reste limitée aux problématiques soulevées

---

cours d'un abordage : compétence judiciaire et responsabilité in solidum », *Revue de droit des transports,* n° 6, Juin 2009, comm. 125.

[1371] Voir *supra*, Partie I, p. 212 et s.

en matière de licenciement, même si une extension à d'autres problématiques relatives au droit du travail pourrait voir le jour[1372].

538. De manière générale, les régimes de responsabilité solidaire potentiellement applicables à une société-mère et sa filiale restent totalement indifférents à la nature de la relation entretenue entre ces sociétés puisque comme nous l'avons constaté, ce n'est pas tant la relation entretenue entre les coauteurs qui est prise en compte par les juges que leur implication dans la réalisation du dommage. La logique de la responsabilité du fait personnel est donc de ce point de vue, inadaptée à une prise en compte de la particularité des relations pouvant exister entre des sociétés-mère et leurs filiales ou entre des sociétés donneuses d'ordres et leurs sous-traitants. La mise en cause de leur responsabilité dépendra donc d'une faute ou d'une négligence tirée par exemple d'une décision ayant entrainé le dommage ou l'infraction, aux côtés de la responsabilité de l'auteur « direct » du dommage. Une telle démonstration reste toutefois difficilement réalisable pour des victimes de pollution ou de violation des droits fondamentaux, situés en outre dans des pays différents de ceux du siège de ces sociétés.

539. C'est pourtant cette solidarité qui ressort des engagements de RSE. Cette responsabilité solidaire s'exprime en effet à travers les engagements de RSE des sociétés elles-mêmes, que ce soit à travers les codes de conduite ou les ACI dans lesquels les sociétés donneuses d'ordres ou les sociétés-mères expriment leur souci de veiller au respect par leurs partenaires commerciaux et leurs filiales, de certaines normes sociales, environnementales et de droits fondamentaux. Cette responsabilité solidaire se retrouve également dans les normes publiques de RSE, les entreprises étant invitées à faire preuve de solidarité dans leurs relations commerciales comme vis-à-vis des tiers. Certains

---

[1372] Voir à cet égard l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris infirmant le jugement du 11 mai 2012 du Tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun dans l'affaire opposant Areva à Mme Venel, lequel avait condamné la société-mère Areva NC au titre du co-emploi. La Cour d'appel est revenue sur cette interprétation en considérant que les éléments du co-emploi n'étaient pas réunis. Notons malgré tout que la Cour ne semble pas en l'espèce remettre en cause l'application de cette théorie par le tribunal, à une autre problématique que le licenciement. CA Paris, 12e ch., 24 oct. 2013, RG n° 12/05650-12/05651-12/05777. Sur la question du co-emploi, voir G. AUZERO, « Les co-employeurs », *in* E. Le Dolley (dir.), *Les concepts émergeants en Droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 43.

accords signés sur le fondement de la RSE pourraient malgré tout produire des effets en termes de responsabilité solidaire, sur le fondement du droit des contrats, dès lors que certaines sociétés s'engagent solidairement au respect, par leurs sous-traitants ou filiales, des droits fondamentaux. A défaut, les engagements de RSE laissant apparaître un engagement de solidarité peuvent participer à renforcer la responsabilité personnelle des sociétés auteurs de ces engagements[1373].

[1373] C'est par exemple ce qu'il ressort de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 sept. 2012 dans l'affaire dite de « l'Erika » (Cass. crim. Arrêt Erika n° 3439, 25 sept. 2012, n° 10.82-938, Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012-021445 ; *Gaz. Pal*. 25 oct. 2012, n° 299, note B. PARANCE). Confirmant la décision de la Cour d'appel ayant retenu la culpabilité du mandataire du propriétaire du navire l'Erika, du dirigeant de l'entreprise chargée de sa gestion technique, de la société de classification et de Total SA pour délit de pollution involontaire (prise sur le fondement de l'article 8 de la loi n°83-583 du 5 juillet 1983), la Cour de cassation a toutefois cassé l'arrêt d'appel en retenant la responsabilité civile de Total SA sur le fondement de la faute de témérité. Aux termes de l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983, le délit de pollution maritime suppose « une imprudence, négligence ou inobservation des lois et règlements » à l'origine de l'accident. Afin de démontrer la culpabilité de l'auteur indirect du dommage (Total SA en l'espèce), s'agissant d'un délit non intentionnel, il devait être démontré une faute caractérisée de la part de ce dernier, ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité et que l'auteur ne pouvait ignorer (art. L. 121-3 al. 4 du Code pénal). En l'espèce, aucune norme internationale n'imposait à Total SA de procéder à un « contrôle technique des navires », comme le relèvent les juges. Total avait toutefois mis en place un contrôle de qualité des navires appelés « vetting » afin de renforcer la sécurité des navires de sa propre initiative, sans qu'une législation ne lui impose. La Cour d'appel a ainsi considéré qu'« en s'affranchissant des règles relatives à la fréquence des inspections *Vetting*, (Total) a commis une imprudence qui a permis que l'Erika navigue (...) par un temps très dur ce qui a contribué à créer une situation ayant permis le naufrage et la pollution qui s'en est suivie ». La Cour d'appel impute donc à Total une faute caractérisée, de celle « qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité » et qui trouve donc sa source dans le non-respect de l'engagement volontaire de Total (CA Paris, 11^{e} ch., 30 mars 2010, RG n° 08/02278). Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation qui a considéré que Total n'avait pas accompli « les diligences normales qui lui incombait », et que Total s'était en réalité engagé volontairement à faire. Comme le note L. NEYRET, la Cour a ainsi transformé « l'engagement éthique de Total de procéder à un contrôle renforcé des navires en une obligation juridique contraignante source de culpabilité. (…) Un tel engagement, comme la procédure de vetting de l'arrêt commenté, constitue donc une « norme de comportement, un standard » utilisé par le juge pénal pour évaluer le caractère fautif ou non des agissements du prévenu, à l'image du standard bien connu du bon père de famille » (L. NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2238). En prenant en compte l'engagement volontaire de Total SA, la Cour de cassation consacre finalement l'adage *tu patere legem quam ipse fecisti* (respecte la loi que tu as toi-même faite) (voir en ce sens L. NEYRET,

540. Dans tous les cas, la responsabilité pénale des sociétés mères ou des sociétés donneuses d'ordres peut être retenue sur le fondement de la complicité[1374], à condition que ces sociétés soient soumises au droit français, reconnaissant la responsabilité pénale des personnes morales. Cette responsabilité est conditionnée par la démonstration de *l'actus reus* et du *mens rea*. La responsabilité pénale des sociétés peut être recherchée sur ce fondement soit qu'elles se soient rendues complice d'un acte principal commis par une société du groupe ou de la chaîne de sous-traitance, soit d'un acte commis par un Etat ou l'un des ces organes. Si la première situation soulève surtout des problèmes liés à l'extraterritorialité des litiges, comme nous le verrons, la seconde reste difficile à mettre en œuvre devant les juridictions françaises[1375]. La responsabilité des complices ne peut en effet être recherchée que si celle de l'auteur principale a été établie par un tribunal. Or, les affaires mettant en cause la complicité des entreprises transnationales dans la violation des droits de l'Homme commises par des Etats ou ses organes visent pour leur grande majorité le recours à la force armée par ce dernier contre des populations. Pour des raisons tant politiques que juridiques, il est, dans ces circonstances, difficile d'envisager que ces populations victimes soient en mesure d'engager la responsabilité de leur Etat de nationalité, auteur principal. Dans tous les cas, la dissociation géographique entre la société-mère, la filiale et la victime, rend d'autant plus difficile la démonstration matérielle et morale de son implication, à moins que le droit n'ait prévu des cas de présomption de responsabilité fondée sur les relations de contrôle ou d'influence. Une telle solution ne concerne alors plus le droit pénal.

---

ibidem ; E. DAOUD, C. LE CORRE, « Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit pénal des affaires*, n° 122, nov. 2012 pp. 1-7) ; voir également Ph. DELEBECQUE « L'arrêt Erika : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil », *D.* 2012, p. 2711.

[1374] Art. L. 121-6 et L. 121-7 Code pénal.

[1375] Comme le démontre par exemple l'affaire « Rougier », dans laquelle des villageois camerounais ont déposé une plainte avec constitution de partie civile en mars 2002 auprès des juridictions françaises à l'encontre de la société forestière française Rougier et de sa filiale de droit camerounaise sur le foncement de l'article L. 113-5 du Code pénal pour complicité dans la destruction de biens appartenant à autrui, faux et usages de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaires. « La plainte a été rejetée car les plaignants n'établissaient pas l'impossibilité d'obtenir une condamnation de l'auteur principal par les juridictions camerounaises, alors même qu'une documentation abondante démontrait l'existence d'un climat de corruption généralisée au Cameroun, rendant impossible la poursuite en justice des principaux opérateurs camerounais », M-C. CAILLET, Y. QUEINNEC, « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, *op. cit.*, p. 649.

§ 2 . Les limites posées par la responsabilité du « fait d'autrui »

541. Le droit de la responsabilité permet, sous certaines conditions, d'engager la responsabilité civile d'une personne, physique ou morale[1376], qui devra répondre non de son fait personnel, mais des dommages causés par des personnes qu'elle avait le pouvoir ou le devoir de contrôler, de surveiller ou de garder. Ces régimes de responsabilité soulèvent alors deux questions : pourquoi et comment « imputer une action à quelqu'un qui ne l'aurait pas commise ?[1377] ». Ces situations visent évidemment les cas de responsabilité délictuelle du fait d'autrui, mais pas uniquement. Alors qu'aucun régime général de responsabilité du fait d'autrui ne vise la relation existante entre deux sociétés, le droit permet malgré tout que soit imputé, dans certaines circonstances, à une société, un acte ou un fait illicite commis par une autre, fondé sur l'exercice fautif ou non, du contrôle. Ces possibilités restent néanmoins limitées au droit de la concurrence et aux procédures collectives. Dans ces situations, c'est malgré tout le lien de contrôle qui permet d'identifier un autre responsable que l'auteur matériel des faits ; et la faute ou non, dans son exercice, qui fonde la responsabilité, à l'instar du régime général de responsabilité du fait d'autrui[1378]. Les régimes de responsabilité fondés sur l'exercice d'un contrôle, d'un pouvoir de garde ou de surveillance soulèvent tous la question de

---

[1376] Le principe général de responsabilité du fait d'autrui a été dégagé par la Cour de cassation, statuant en assemblée plénière, dans le célèbre arrêt Blieck, en reconnaissant la responsabilité d'un centre éducatif pour les dommages causés par les personnes handicapées mentales placées sous sa garde. Cass. Ass. plén. 21 mars 1991, *JCP G* 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, note J. GUESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note C. LARROUMET ; *Resp. civ. ass.* 1991, chron. 9, H. GROUTEL ; *RTD civ*. 1991, p.541, P. JOURDAIN; *RFPA* 1991, p.487, M. BEHAR-TOUCHAIS.

[1377] Sur la question de l'imputation en droit du travail, voir E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail : à propos de la *responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique* », *RDT*, 2012, p. 347.

[1378] Le principe d'autonomie juridique, traditionnellement mis en avant pour expliquer la non application d'un tel régime aux groupes de sociétés, n'est donc pas convaincant, comme nous l'avons démontré plus haut. Ce principe n'est en effet pas un obstacle à l'engagement de la responsabilité d'une société pour des faits commis par une autre. Il vise seulement à protéger le patrimoine des sociétés afin que les unes ne subissent pas les mauvais choix ou les fautes commises par les autres. Mais dans les cas où l'exercice de ce contrôle est abusif voire, fautif, des « exceptions » existent, qui se justifient par l'implication d'une société dans la situation dommageable créée par une autre. Parfois même, le droit impute une obligation en amont, à la société dominante ou contrôlante, fondée uniquement sur l'exercice du contrôle, indépendamment donc de toute faute dans son exercice, ce qui démontre que le principe d'autonomie juridique n'est qu'un obstacle « illusoire » à l'encadrement de ces relations. Voir *supra*, Partie I, p. 138 et s.

l'étendue de la responsabilité, puisque celle-ci devient dépendante de la définition du contrôle ou du pouvoir de surveillance. On comprend alors que les régimes de responsabilité du fait d'autrui cumulent d'autres conditions liées par exemple à la proximité géographique ou temporelle entre l'auteur matériel des faits et la personne juridiquement responsable. L'étude des divers régimes de responsabilité fondés sur l'exercice d'un contrôle, d'un pouvoir de garde ou de surveillance démontrent en réalité que l'approche du contrôle ou du pouvoir varie selon que le régime de responsabilité vise à répondre à l'absence d'autonomie de l'auteur matériel des faits (A), ou à combler l'absence de capacité financière de ce même auteur matériel, à l'égard de la victime (B). Dans les deux cas, il s'agit de mieux protéger les victimes en facilitant la réparation de leur dommage. Ces deux situations laissent apparaître qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à la reconnaissance d'un régime de responsabilité prenant en compte le comportement et les relations des entreprises transnationales vis-à-vis du respect des droits de l'Homme et de l'environnement. Un tel régime n'existe pourtant pas et en l'état actuel du droit positif, il reste difficile d'appliquer ces logiques de responsabilité aux relations sociétés-mère/filiales ou sociétés donneuses d'ordre/sous-traitants.

A. La responsabilité de la société-mère en réponse à l'absence d'autonomie de sa filiale

542. Parce que « l'imputation ne peut être rapportée qu'à un sujet capable d'évaluer la conséquence de l'acte qu'il va commettre[1379] », certaines personnes peuvent devoir répondre des actes commis par une personne placée sous leur contrôle ou leur surveillance. Leur responsabilité peut alors être engagée soit du fait de l'exercice fautif du contrôle ou de la surveillance, soit du simple fait de l'existence de ce contrôle, en dehors de toute faute commise dans son exercice.

543. L'exercice d'une autorité ou d'un pouvoir sur une personne ayant causé un dommage à autrui peut en effet fonder la mise en cause de la responsabilité de la personne détentrice de cette autorité. Les régimes de responsabilité du fait d'autrui prévoient une présomption de faute pesant sur le détenteur du pouvoir. Il s'agit plus précisément d'une présomption de faute dans la surveillance de l'auteur direct du

[1379] E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail : à propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *op. cit.* p. 347.

dommage, dont la personne peut s'exonérer en démontrant qu'elle a respecté son obligation de surveillance, découlant de ce lien de contrôle. La responsabilité des parents répondaient initialement à ce régime de présomption. La cohabitation des parents avec l'enfant, auteur du dommage, était une autre condition de la mise en œuvre de leur responsabilité. Elle permettait en effet de justifier l'accomplissement ou non de diligences afférentes à l'obligation de surveillance. En d'autres termes, la condition de cohabitation permettait de déterminer l'exercice ou non d'un pouvoir effectif de contrôle. L'évolution des relations familiales dans notre société a conduit les juges à une objectivisation des conditions de cohabitation et de faute, retenant une interprétation *in abstracto* de la cohabitation d'une part, ne cherchant plus la cohabitation effective, l'absence de faute dans la surveillance de l'enfant ne pouvant plus, d'autre part, exonérer les parents de leur responsabilité[1380]. Ce régime reste malgré tout celui applicable au commettant du fait de leurs préposés, aux instituteurs du fait de leurs élèves, et aux artisans du fait de leurs apprentis. Plus largement, toute personne physique ou morale ayant le pouvoir d'organiser, de contrôler et de diriger l'activité d'autrui, peut voir sa responsabilité engagée[1381]. Si la responsabilité des parents est fondée sur l'autorité parentale, celle des commettants l'est quant à elle sur un lien de préposition alors que celle des instituteurs et des artisans l'est sur un pouvoir de surveillance. Ce sont ces divers fondements qui justifient l'imputation d'une responsabilité du fait d'autrui, bien qu'ils ne soient pas à eux seuls, suffisants. En plus de la démonstration d'une faute de l'auteur du dommage, doit en effet être démontré un certain nombre d'éléments permettant de limiter l'étendue de la responsabilité du détenteur du pouvoir ou du contrôle. Il peut s'agir d'éléments spatio-temporels en lien avec la réalisation du dommage ; c'est alors l'exercice effectif du pouvoir ou du contrôle qui est visé puisque la démonstration de l'absence de faute dans la surveillance ou le contrôle, peut exonérer le responsable. Tel est par exemple le cas des instituteurs et des artisans, leur responsabilité se limitant au temps de surveillance des élèves ou des apprentis. De même, la responsabilité des commettants ne peut être engagée que si le préposé a causé un dommage dans le cadre des fonctions pour lesquelles il a été employé. Une telle

[1380] Depuis l'arrêt Bertrand de la 2° chambre civile, l'absence de faute des parents dans la surveillance de l'enfant découlant de l'autorité parentale et de la cohabitation n'est plus une cause exonératoire de leur responsabilité, Civ. 2,19 fév. 1997, *Bertrand, JCP* 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY *; D. 1997,* 265, note P. JOURDAIN.

[1381] Cass. Ass. plén. 21 mars 1991, *op. cit.*.

condition permet de délimiter un espace spatio-temporel ainsi qu'éventuellement, des moyens matériels fournis par le commettant pour l'accomplissement de la fonction, ces deux éléments justifiant que la responsabilité de ce dernier puisse être engagée dès lors que, dans cet espace, il avait les moyens de veiller à prévenir la réalisation du dommage. La responsabilité du fait d'autrui peut également être limitée par la nature et l'origine du contrôle ou du pouvoir de surveillance. La responsabilité d'une personne physique ou morale ne peut en effet être engagée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er que si la personne s'est vue confier la garde de l'auteur du dommage, par la loi ou une décision de justice (ce qui est par exemple le cas des associations chargées d'assistance éducative, et non des assistantes maternelles auxquelles la garde de l'enfant est confiée par contrat), ces derniers disposant alors d'un pouvoir juridique. En revanche, les associations culturelles et sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres statutairement, peuvent voir leur responsabilité être mise en cause[1382] en cas de dommage causé par l'un de ses joueurs à l'occasion, par exemple, d'une compétition sportive. Alors que la responsabilité des personnes morales auxquelles la loi ou une décision de justice fondent le pouvoir de surveillance, est de plein droit, celle des associations sportives et culturelles repose en revanche sur la preuve d'une faute commise par l'auteur du dommage[1383]. Dans tous les cas néanmoins, ces régimes de responsabilité reposent tous sur l'existence d'un lien de préposition, de surveillance ou de garde, lequel permet l'exercice d'un pouvoir de vigilance de la part de son détenteur. La responsabilité peut alors être mise en œuvre, selon que l'exercice de ce pouvoir ait été ou non fautif. Alors que les commettants ne peuvent s'exonérer de cette responsabilité qu'en prouvant un cas de force majeure ou le fait que le proposé ait agi en dehors de ses fonctions, un instituteur peut en revanche démontrer son absence de faute pour se libérer de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui en vertu de l'article L. 1384-4 du Code civil.

[1382] Pour une décision *a contrario*, la Cour ayant considéré que « les associations de chasse n'ont pas pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres et n'ont donc pas à répondre de ceux-ci», Cass. 2è civ., 11 sept. 2008, n° 07-15.842 ; *JCP G* 2008, II , 10184, note J. MOULY; *Resp. civ. et assur*. 2008, comm. 313, note H. GROUTEL; A. PAULIN, *RLD civ*. mars 2009, n° 58, p.16.

[1383] Cass., ass. plén., 29 juin 2007, *D*. 2007. 2408, note J. FRANÇOIS ; *RLDC* 2007. 2690, chron. M. MEKKI; *D.* 2007. pan. 2903, obs. Ph. BRUN ; *JCP* 2007. II. 10150, note J-M. MARMAYOU.

544. Si le droit commun de la responsabilité ne prévoit pas expressément de régime similaire applicable aux sociétés-mères, le droit de la concurrence tend en revanche à s'en rapprocher fortement. Le droit communautaire de la concurrence, dont le juge français s'inspire largement[1384], permet en effet d'imputer à une société-mère les pratiques anticoncurrentielles de ses filiales. Pour cela, elle fait peser sur la société-mère une présomption d'influence déterminante sur sa filiale. La détention de la totalité des capitaux par une société-mère permet en effet à la Commission européenne de considérer que la filiale n'a pas déterminé de façon autonome son comportement sur le marché. Dans ces circonstances, la responsabilité de la société-mère peut être engagée, solidairement, aux côtés de sa filiale[1385]. Ce régime de responsabilité s'apparente à la logique qui fonde le régime de droit commun de la responsabilité du fait d'autrui dans la mesure où la société-mère n'a pas participé matériellement à la pratique anticoncurrentielle reprochée. Elle s'en éloigne malgré tout dans la mesure où sa responsabilité ne se substitue pas à celle de sa filiale mais s'y ajoute.

545. Cette approche comparative de diverses branches de droit explique certainement le projet de réforme du Code civil conduit par P. CATALA, lequel a proposé l'introduction d'un nouveau régime de responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales[1386]. Il s'agissait d'un cas particulier de responsabilité du fait d'autrui fondé, à l'instar du régime classique, sur l'absence d'autonomie de la filiale, située en état de dépendance[1387]. Pour autant, aux termes de ce projet, la victime devait établir que le fait

---

[1384] G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com*. 2007, n° 4, p. 281.
[1385] O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, n°5.
[1386] P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. Clément, Garde de sceaux, La documentation française, 22 sept. 2005, 208 p.
[1387] L'avant-projet proposait l'introduction d'un nouvel article 1360 au Code civil : « En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.
De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du

dommageable était en relation avec l'exercice du contrôle, condition que l'on ne retrouve pas dans les autres cas de responsabilité du fait d'autrui, mais qui n'est pas sans rappeler la notion d'influence déterminante utilisée en droit de la concurrence, laquelle permet de créer un lien, même indirect, entre la commission de l'infraction et la société mère. Ce projet ne proposait donc pas un cas de présomption de responsabilité à l'instar des régimes existants, mais un nouveau type de responsabilité du fait d'autrui. Les nombreuses critiques dont a fait l'objet cette proposition sont surprenantes. La Cour de cassation a ainsi craint que « la société mère, rendue responsable du fait de sa filiale, soit tentée, si ce n'est par la délocalisation de ses activités de holding, risque déjà évoqué, par une immixtion croissante et malsaine dans la conduite des affaires de la société contrôlée. Par une ironie du sort, le système, poussé à ses extrêmes, pourrait "retomber sur ses pieds", car la société mère peut d'ores et déjà en droit positif engager sa responsabilité du fait de sa filiale lorsque la seconde est devenue une entité fictive du fait de l'ingérence de la première[1388]». Or, la notion de fictivité n'a encore jamais été appliquée par le juge pour mettre en œuvre la responsabilité civile délictuelle d'une société mère, et n'a été utilisée qu'en matière de procédure collective. Il semblerait que ce soit d'ailleurs davantage des raisons politiques que juridiques qui aient fondé la position de la Cour de cassation, laquelle a considéré que « la mesure proposée est à ce point imprécise quant à son champ d'application qu'elle apparaît dangereuse au point de receler en germe des risques de dépaysement de holding implantées en France et plus généralement de délocalisation des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie. En l'état, la mesure apparaît inopportune[1389] ». De même, le Sénat relève qu'« une plus grande prise en compte par la législation des caractéristiques de l'état de dépendance économique est souhaitée par une partie de la doctrine » afin de rapprocher le droit français de la responsabilité « d'autres législations qui permettent de mettre en

---

contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires ». Les auteurs y précisent que « les hypothèses visées par les deux alinéas de cet article ne sont pas exactement les mêmes : L'alinéa 1er désigne les "salariés libres", c'est-à-dire ceux qui ne reçoivent pas "d'ordres ni d'instructions" (par exemple le médecin salarié). L'alinéa 2 vise essentiellement les rapports franchiseurs-franchisés, sociétés mères-filiales (d'où la précision "bien qu'agissant pour son propre compte") », P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, idem*, p. 178.

[1388] Cour de cassation, Rapport du groupe de travail sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

[1389] *Idem*, §79

cause la responsabilité d'une société-mère pour les agissements de sa filiale[1390] ». Pour cette raison entre autre, le Groupe de travail de la commission des lois du Sénat ne s'est pas montré favorable à cette proposition. Pourtant, et comme nous l'avons vu, les notions de dépendance économique, de même que celle de contrôle, sont utilisées dans diverses branches du droit pour fonder la responsabilité des sociétés-mères, sans que ces fondements ne soient remis en cause. De plus, l'intention des auteurs semblaient bien être de permettre à la société-mère de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'elle n'avait pas commis de faute dans l'exercice du contrôle. Ce régime était donc plus souple que les autres cas de responsabilité du fait d'autrui.

B. La responsabilité de la société-mère pour répondre à l'absence de capacité financière de sa filiale

546. La loi du 12 juillet 2010 a introduit un régime de responsabilité pour faute caractérisée à l'encontre des sociétés-mères d'exploitants d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)[1391]. Ce régime de responsabilité ne vise pas en réalité à responsabiliser de manière générale les sociétés-mères à l'égard de leurs filiales, mais à les impliquer dans le financement des mesures de remise en état de sites en fin d'activités lorsque ces dernières ne sont pas en mesure de les financer du fait d'une insuffisance d'actif imputable à la société-mère. Seuls le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peuvent à cette fin saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire à l'encontre de la filiale aux fins de faire établir l'existence d'une faute caractérisée. La responsabilité de la société-mère peut ainsi être engagée sur le fondement de sa faute personnelle commise à l'encontre de sa filiale, dont les conséquences indirectes sont la pollution d'un site non remis en état. La faute commise par la société-mère n'est donc pas la cause directe de la pollution. D'ailleurs, ce régime de responsabilité ne conduit pas le juge à rechercher le lien de causalité existant entre la faute commise par la société-mère et la pollution d'un site. La faute caractérisée justifie en effet que la responsabilité de la société-mère soit engagée non pas pour se substituer à l'obligation qui pèse sur la filiale de remettre en état un site, mais

---

[1390] A. ANZIANI, L. BETEILLE, *Rapport d'information n°558 relatif à la responsabilité civile*, Sénat, Groupe de travail de la Commission des lois, 15 juillet 2009, p.64.

[1391] Article L.512-17 Code de l'environnement.

pour lui imputer une obligation de financer les mesures de remise en état[1392]. C'est donc davantage une logique de garantie financière qui fonde ce régime de responsabilité qu'une logique de responsabilité attachée à la réparation d'une faute délictuelle[1393]. Ce système de garantie reste néanmoins original en ce qu'il se fonde non pas sur les liens de contrôle capitalistique existant entre la société mère et sa filiale, mais sur une faute caractérisée commise par la société-mère dans l'exercice d'un pouvoir financier sur la filiale. Le cas échéant, cela aurait pu en effet entraîner une responsabilité automatique de la société-mère fondée sur le seul lien de contrôle. Un tel régime s'explique sans doute par la nature de l'obligation qui n'est ni délictuelle, ni pénale, ni contractuelle mais administrative, l'obligation de remise en état d'une ICPE étant avant tout une obligation de police administrative.

547. Cette logique de garantie financière de la société contrôlante se retrouve en droit du travail, mais diffère dans son fondement. Afin de lutter contre la fraude en matière de travail dissimulé, l'article L. 243-6-3 du Code de la sécurité sociale institue en effet une responsabilité subsidiaire[1394] et solidaire entre une personne morale ayant commis une infraction de travail dissimulé et la société-mère ou holding. Cette responsabilité se

---

[1392] Sur la distinction entre l'obligation de remise en état d'un site et la charge financière attachée à cette obligation, voir par exemple C.E., ass. 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, n° 247976, Cl. Guyomar, *Revue droit de l'environnement*, n° 132, oct. 2005, pp. 219-226.

[1393] D'ailleurs, comme le note la circulaire du 26 mai 2011 relative *à la cessation d'activité d'une installation classée* à propos de l'article L. 233-5-1 du Code de commerce lequel permet qu'une société-mère prenne volontairement à sa charge des obligations de prévention et de réparation incombant normalement à certaines de ses filiales, « ce dispositif est exclusif de tout comportement fautif », *Circulaire relative à la cessation d'activité d'une installation classée – chaîne de responsabilité – défaillance des responsables*, 26 mai 2011, Bull. Officiel, 10 août 2011.

[1394] Le juge interprète strictement le caractère subsidiaire de cette responsabilité. Cette infraction n'est en effet imputable qu'à l'employeur des salariés dissimulés, la responsabilité de la société mère ne peut donc pas être engagée dès lors que la société contrôlée, employeur du salarié, n'est pas poursuivie. Il ne s'agit pas en effet de substituer la qualité d'employeur à la société mère, laquelle n'est appelée, au titre de cette loi, ni à respecter ni à surveiller les conditions d'emploi des salariés des sociétés contrôlées, mais simplement d'apporter sa garantie financière au paiement de l'infraction. Voir en ce sens, Cass. crim. 7 déc. 2013, n° 10-83142, *D : JurisData n°2010-025681*, à propos de sociétés-mère situées à l'étranger, ayant détaché des salariés auprès d'une société de droit français, laquelle n'était pas l'employeur des salariés étrangers travaillant sans titre de travail. N'ayant pas la qualité d'employeur, la société française ne pouvait donc pas être poursuivie sur ce fondement.

fonde sur les liens de contrôle ou de dépendance existant entre les personnes d'un même ensemble. Cette responsabilité n'est donc « pas subordonnée à la connaissance par la société mère ou la holding des faits incriminés et est indépendante de l'existence d'une faute ou de toute autre condamnation pénale de celle-ci[1395] ». La loi vise donc davantage à garantir le support financier que peuvent apporter la société-mère ou la holding que l'imputation d'une obligation de surveillance qui pèserait sur la société-mère du fait de l'exercice de son contrôle à l'égard d'autres sociétés, à l'instar du régime de droit commun de responsabilité sans faute. Même si la circulaire vise le contrôle de droit comme de fait, l'objectif est donc de pouvoir engager la responsabilité subsidiaire et solidaire de la société mère ou de la holding - peu importe d'ailleurs que celle-ci exerce ou non une activité industrielle ou commerciale[1396] - au paiement des contributions et cotisations sociales, ainsi que des majorations et pénalités dues au titre de l'infraction constatée. Le fait générateur de la mise en œuvre de la responsabilité financière de la société-mère ou de la holding sera donc le procès-verbal de constatation de l'infraction commise par la société contrôlée, lequel doit établir le lien entre cette dernière et la société contrôlante[1397]. Ces deux exemples démontrent que les relations de contrôle et de dépendance existant entre sociétés peuvent fonder la mise en cause de la responsabilité d'une société, en dehors de toute implication directe et personnelle de cette dernière dans la réalisation d'un préjudice. La recherche de garantie financière fonde une telle solution. Cette approche pourrait toutefois s'étendre à des situations plus larges que celles présentées.

[1395] Lettre circulaire n°2009-084, *loi de simplification et clarification du droit et d'allègement des procédures - mesures de sécurisation juridique*, ACOSS, Direction de la règlementation, du recouvrement et du service, 3 nov. 2011.
[1396] Ibidem.
[1397] Ibid.

CONCLUSION

SECTION 1

548. Les normes de RSE suggèrent que l'appartenance à un groupement, que celui-ci soit de forme réticulaire ou hiérarchique, conduise à la mise en place de systèmes de gestion, par les sociétés détenant un certain pouvoir de contrôle ou d'influence en son sein, permettant de veiller au respect, par les autres membres du groupement, des droits de l'Homme, des travailleurs et de l'environnement. Une telle logique ne se retrouve pourtant pas dans les normes juridiques de droit « dur », les relations capitalistiques ou contractuelles ne pouvant, fonder une responsabilité juridique. Le schéma classique d'imputation nécessite en effet la recherche d'un acte ou d'un fait illicite imputable à chacune des sociétés dont la responsabilité est mise en cause. En effet, comme nous l'avons démontré, en l'état du droit positif, le contrôle ou la dépendance ne peuvent à eux seuls fonder une action en responsabilité que dans des cas prévus par la loi. La possibilité d'imputer le comportement d'une filiale ou d'une société sous-traitante à une société-mère ou à une société donneuse d'ordre reste donc limitée. Ce schéma d'imputation empêche que certaines sociétés ne soient responsables pour les fautes commises par d'autres dès lors qu'elles n'ont pas directement participé à la réalisation du dommage.

549. La question d'une remise en cause de ce schéma d'imputation se pose pourtant en matière de groupe de sociétés et de contrats, notamment du fait de l'exercice d'un pouvoir exercé par une société sur une autre, pouvoir qui s'exprime de manière encore plus intense à travers les normes de RSE. A l'instar des principes qui se dégagent des normes de RSE, l'organisation juridique des sociétés ne devrait pas être un obstacle à la réparation des victimes de leurs comportements ou de leurs activités et ce, notamment lorsque les préjudices subis sont en lien avec cette organisation. C'est par exemple ce qu'il ressort des Principes directeurs des Nations Unies qui invitent les Etats à « prendre des mesures appropriées pour assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes lorsqu'ils font face à des atteintes aux droits de l'Homme commises par les entreprises, y compris en examinant les moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres

qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours [1398]». Parmi ces obstacles figure « la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne (laquelle) permet d'éviter plus facilement d'établir correctement les responsabilités[1399] ». En se prononçant sur cette épineuse question de la répartition des responsabilités au sein d'un groupement d'entreprises, les Principes directeurs incitent indirectement les Etats à faire évoluer les schémas d'imputation classiques du droit de la responsabilité. Outre ces obstacles de fond, le texte vise également les obstacles d'accès aux voies de recours judiciaires, lesquels peuvent être tant d'ordre pratique que procéduraux.

[1398] Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, Résolution 17/4, 16 juin 2011, principe 26.
[1399] *Idem*, commentaires, p. 28.

SECTION II - LES OBSTACLES DE PROCÉDURE À UNE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

550. Le principe d'accès à des voies de recours judiciaires et non judiciaires pour les victimes d'atteintes aux droits de l'Homme commises par les entreprises fait aujourd'hui partie intégrante des normes de RSE, qu'il s'agisse des normes des entreprises, mais surtout des normes publiques. Dans le premier cas, des entreprises peuvent décider de mettre en place des mécanismes de « plainte » ou de réclamation. Elles y sont d'ailleurs invitées par les textes internationaux[1400]. Dans le second, les Etats doivent s'assurer de l'efficacité des mécanismes judiciaires nationaux propres à permettre l'accès aux voies de recours en cas d'atteintes aux droits de l'Homme commises par les entreprises[1401]. Les nombreuses études réalisées dans le cadre du mandat du Représentant spécial des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'Homme ont en effet permis de mettre en exergue les nombreux obstacles auxquels se retrouvent confrontées les victimes des activités des entreprises transnationales pour accéder à des voies de recours effectives. Cette problématique avait en outre déjà été abordée par le Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises[1402].

[1400] Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, op. cit, principes 28 et s.; Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, OCDE, version révisée, 2011; Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000.

[1401] *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, op. cit.,* principe 26 ; De même, l'ISO 26000 recommande que les parties prenantes s'estimant lésées des décisions ou activités de « l'organisation » puissent accéder aux informations et voies de recours judiciaires.

[1402] Voir par exemple le §18 : « Les sociétés transnationales et autres entreprises offrent une réparation rapide, efficace et adéquate aux personnes, entités et communautés qui ont pâti du non-respect des présentes Normes, sous la forme de réparations, restitution, indemnisation ou remise en état pour tous dommages ou perte de biens. Aux fins de la détermination des dommages subis, en matière de sanctions pénales et dans tout autre contexte, les présentes Normes sont appliquées par les tribunaux nationaux et/ou les tribunaux internationaux, conformément au droit interne et au droit international » ;

551. Rappelons pourtant qu'avant d'être un principe, il s'agit surtout d'un droit. Le droit à un recours effectif est en effet garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est également consacré par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français depuis 1996 et en particulier dans la décision n°99-416 DC du 23 juillet 1996, aux termes de laquelle le Conseil a affirmé que ce droit découlait de l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1789 et qu'il ne devait pas « être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Le droit d'accès au juge est traité de manière moins explicite par la CEDH, l'article 6.1 se référant au droit à un procès équitable, au droit qu'a toute personne à ce que « sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». La Cour européenne des droits de l'Homme a eu à affirmer à plusieurs reprises que cet article fondait un droit général d'accès à la justice[1403]. Introduire cette problématique dans les normes relatives à la RSE participe inévitablement à conférer une dimension juridique à la notion de « responsabilité » sociétale des entreprises. En effet, les litiges mettant en cause la responsabilité des entreprises transnationales pour des atteintes aux droits de l'Homme, des travailleurs et à l'environnement se multiplient. Tous ces litiges ont en commun de mettre en cause la responsabilité de plusieurs sociétés, devant des juridictions étrangères du lieu où se sont déroulés les infractions ou les dommages. Ils impliquent, pour leur grande majorité, des victimes étrangères situées sur un territoire différent de celui de la juridiction saisie[1404]. Or, dès lors qu'une situation juridique met en contact plusieurs systèmes juridiques nationaux, se pose l'épineuse question, tant juridique que politique, de la détermination du juge compétent, entre celui de l'Etat d'origine et celui de l'Etat d'accueil, pour contrôler ou condamner l'entreprise transnationale impliquée dans la commission d'une infraction ou dans la réalisation d'un

---

Sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies, *Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, août 2003.

[1403] C.E.D.H., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série 1, n°18 ; C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, série A, n°32.

[1404] Pour les questions que soulèvent les conflits sociaux créés par les mobilités opérées dans le cadre des entreprises transnationales en particulier et le contentieux qu'ils font naître, voir M-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIERE, *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, 2010.

dommage[1405]. Plus largement, ces litiges soulèvent donc la question de l'extraterritorialité[1406], les liens de rattachement avec l'ordre juridique en cause étant parfois limités[1407].

552. Les règles de droit international privé permettent de régler ces conflits de juridiction et de loi applicable au litige. Or, ces règles étant construites sur le principe de territorialité, les liens de rattachement retenus avec l'ordre juridique exerçant sa compétence ne se révèlent pas toujours adaptés aux litiges mettant en cause une entreprise transnationale. En effet, malgré la réaffirmation du principe d'accès à des voies de recours effectif par les normes de RSE et celui d'une responsabilisation des sociétés exerçant un pourvoir de contrôle ou d'influence, la mise en œuvre de ces principes ne peut être assurée tant que des obstacles procéduraux empêcheront les victimes d'accéder au juge. Nous verrons que ces obstacles concernent tant la compétence des juridictions (§1) que les difficultés soulevées par la loi applicable au litige (§2). Notons que le droit civil reste plus adapté aux litiges internationaux que le droit pénal, ce dernier étant construit sur une interprétation stricte du principe de territorialité[1408]. Pour cette raison, seront surtout étudiées les questions de procédure en lien avec la responsabilité civile délictuelle des sociétés.

[1405] Voir B. STERN, « L'extraterritorialité « revisitée » : ou il est question des affaires *Alvarez-Machain*, pâte de Bois et de quelques autres… », *AFDI*, 1992, Vol. 38, p. 242.

[1406] L'extraterritorialité peut se définir comme « une situation dans laquelle les compétences d'un Etat (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit Etat, J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491, cité par H. ASCENSIO, « L'extraterritorialité comme instrument », Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises, déc. 2010, p. 2, disponible sur http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite__droits_de_l__homme_et_entreprises.pdf, visité le 7 janv. 2014.

[1407] Les questions soulevées par l'extraterritorialité ne seront évidemment pas de la même importance selon qu'il existe ou non un lien de rattachement avec le for. En l'absence d'un tel lien, on parle de compétence universelle, qui reste une situation particulière d'extraterritorialité. Pour le sujet qui nous préoccupe, seules sont concernées les situations d'extraterritorialité dans lesquelles existent un lien de rattachement avec l'ordre juridique exerçant une compétence normative ou juridictionnelle sur une société située sur son territoire.

[1408] Chaque Etat fixe seul ses propres règles de compétence pénale. La seule limite se trouve dans le principe de non exercice de sa puissance publique sur le territoire d'un

§ 1 . Les questions posées par la compétence des juridictions : le difficile accès au juge

553. En l'état du droit positif, les victimes de violations des droits de l'Homme, des droits des travailleurs ou d'atteintes à l'environnement du fait du comportement ou des activités de sociétés situées dans les pays hôtes, peuvent rencontrer de nombreuses difficultés à mettre en cause la responsabilité des sociétés-mères ou des sociétés donneuses d'ordres situées dans le pays d'origine, aux côtés de leurs filiales ou sous-traitants[1409]. Si les règles de droit international privé relatives aux conflits de juridiction permettent aux victimes de saisir les juridictions nationales des Etats européens sur le fondement du règlement dit « Bruxelles I [1410]», les critères de rattachement utilisés par celui-ci restent calqués sur une logique de responsabilité personnelle, laquelle limite les procédures de mise en œuvre de la responsabilité de plusieurs sociétés situées sur des Etats différents.

554. En application de l'article 4 de ce règlement, des demandeurs de nationalité étrangère peuvent en effet attraire une société domiciliée sur le territoire d'un Etat membre, devant les juridictions de cet Etat. Dans une affaire impliquant plusieurs sociétés membres d'un groupe ou liées entre elles par des contrats au sein d'une chaîne de sous-traitance, la difficulté sera de déterminer la société contre laquelle l'action est intentée, notamment dans le cas où l'implication de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre située en France, n'a été qu'indirecte dans la réalisation d'un dommage survenu dans un pays tiers, ce qui est le cas dans la majorité des affaires mettant en cause les entreprises transnationales. Qu'il s'agisse d'un acte de pollution dû

---

autre Etat, à moins qu'une telle possibilité ait été prévue dans un accord international (voir à cet égard CPJI, Affaire du « Lotus », 7 sept. 1927, Série A, n°10).

[1409] Voir O. De SCHUTTER, « Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the Human rights accountability of transnational corporations », document préparatoire du séminaire organisé en collaboration avec le bureau du Haut Commissariat aux droits de l'Homme, Bruxelles, 3-4 nov. 2006, organisé dans le cadre du mandat du Représentant spécial des Nations Unies J. Ruggie.

[1410] Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO n° L 012, 16 janv. 2001. Dans le cadre d'une refonte du règlement n° 44/2011, le règlement n° 12115/2012 a été adopté le 12 décembre 2012 par le Parlement et le Conseil. Publié au Journal Officiel de l'Union Européenne le 20 décembre 2012, il sera applicable à compter du 10 janvier 2015.

à des déversements de produits toxiques ou à la défaillance d'un matériel, à l'éviction de populations de leurs terres pour l'installation d'une usine détenue par la filiale d'une société étrangère, ou du non respect des règles internationales relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs, les actes à l'origine directe d'un dommage subi dans l'Etat hôte sont, de manière générale, commis directement par une filiale ou un sous-traitant situé sur ce pays. Engager la responsabilité civile délictuelle d'une entreprise transnationale implique donc, dans la majorité des cas, de mettre en cause la responsabilité de plusieurs sociétés. Dès lors que le critère de rattachement est le domicile de la société défenderesse située dans la juridiction d'un Etat européen[1411], des victimes étrangères peuvent dès lors avoir accès au juge de l'un de ces Etats.

555. La question se pose néanmoins de la mise en cause de la responsabilité de la société filiale ou sous-traitante, auteur direct du dommage et située dans l'Etat hôte. En application du règlement Bruxelles I, les juges nationaux des Etats européens ne sont pas compétent pour connaître d'une action en responsabilité civile intentée à l'encontre de cette société, non domiciliée sur le territoire européen ; ils le sont en revanche à l'encontre de la société-mère située sur le sol européen, mais n'ayant généralement participé qu'indirectement à la réalisons du dommage. Sa responsabilité seule, ne peut donc pas être engagée sur le fond. Dans ces circonstances, les victimes doivent attraire la société-mère et la filiale, auteur direct du dommage, devant le juge national de l'Etat européen sur lequel est domiciliée la société-mère ou donneuse d'ordre, afin que leurs responsabilités soient déterminées ensembles, sur le fondement des articles 29 et suivants du règlement dit « Bruxelles 1 » relatifs à la litispendance et à la connexité. La complexité de cette procédure ainsi que les incertitudes liées à la compétence des juridictions, rendent peu nombreuses les actions. L'affaire mettant en cause la responsabilité civile délictuelle de deux sociétés du groupe Shell, devant le juge néerlandais, pour des préjudices subis au Nigeria, mérite de ce point de vue d'être évoquée.

[1411] Il peut s'agir, en vertu de l'article 63 du Règlement dit « Bruxelles 1 », du lieu du siège statutaire - ou du lieu de constitution ou d'acquisition de la personnalité morale, pour le Royaume-Uni, l'Irlande et Chypre, du lieu de l'administration centrale, ou enfin celui du principal établissement.

556. En 2009, quatre fermiers nigérians ainsi qu'une ONG néerlandaise ont intenté une action en responsabilité à l'encontre de la société-mère du groupe Shell, dont le siège social se trouve aux Pays-Bas et de sa filiale SPDC située au Nigeria, leur reprochant leur négligence dans des faits de fuites de pétrole survenues au Nigeria en 2006 et 2007, ressortant des installations pétrolière de ces sociétés, et ayant entraîné la pollution des sols et de l'eau et par voie de conséquence, causant un préjudice aux fermiers exploitant ces terres. La compétence des juridictions néerlandaises a été retenue dans un jugement intermédiaire rendu par la *District Court* de la Haye, non seulement pour connaître de la responsabilité de la société-mère RDS, mais également de celle de sa filiale SPDC, du fait des liens étroits entre les deux affaires. La question s'est néanmoins posée de savoir si, dans l'éventualité ou la Cour devaient renoncer aux poursuites à l'encontre de la société-mère, celle-ci devrait ou non renvoyer l'affaire devant les juridictions nigérianes afin qu'elles se déterminent sur la responsabilité de la filiale SPDC, le lien de rattachement principal à savoir, la situation géographique de la société-mère, disparaissant alors. La Cour a néanmoins estimé que la doctrine du *forum non conveniens* ne s'appliquant plus en droit international privé[1412], celle-ci devrait maintenir sa compétence dans tous les cas. En application de la loi nigériane, la *District Court* de la Haye a ainsi reconnu la responsabilité civile délictuelle de la filiale SPDC pour n'avoir pas suffisamment sécurisé certains puits de forages[1413]. Celle de la société mère n'a en revanche pas été retenue, aucune loi n'imposant à la société-mère d'obligation de vigilance – *duty of care* – à l'égard de sa filiale ou plus généralement dans ses opérations commerciales, de prévenir la réalisation de dommages à l'égard des tiers[1414].

557. C'est donc par le biais de la connexité que les juges néerlandais ont retenu leur compétence juridictionnelle. Ce rattachement a permis d'ouvrir un accès au juge aux victimes nigérianes, mais pas de déterminer plus avant l'épineuse question de la part de responsabilité des sociétés-mères dans les litiges impliquant leurs filiales. En l'espèce, la

---

[1412] La CJCE s'est prononcé dans l'affaire Owusu c. Jackson sur l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par les juridictions nationales (CJCE, arrêt du 1ermars 2005, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson e.a.*, C-281/02) ; voir également C. CHALAS, « De l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par le juge anglais Chambre des Lords. - 20 juillet 2000, *S.W.B. Lubbe c. Cape plc »Revue critique de droit international privé, 2002, p. 690.*

[1413] District court de la Haye, 30 janvier 2013, C/09/337050/HA ZA 09-1580.

[1414] *Idem*, § 4.26 et s.

société-mère a en réalité seulement servi de critère de rattachement avec les Pays-Bas. En l'absence d'une obligation générale de vigilance à l'égard de ses opérations commerciales et de ses filiales, seule la démonstration de son implication directe dans la réalisation du dommage aurait permis d'engager sa responsabilité. Or, la démonstration d'une telle implication, que ce soit à travers des moyens financiers ou des ordres, sera particulièrement difficile à rapporter par les victimes. Dans ces circonstances, la mise en cause de la responsabilité de la société-mère aura pour seule finalité de créer un élément de rattachement avec les juridictions européennes afin que celles-ci se déterminent sur la responsabilité des filiales étrangères. En visant les sociétés-mères, de telles procédures ont également pour conséquence de les responsabiliser à l'égard de leurs activités économiques et commerciales. Une action en justice contre la seule filiale, dans l'Etat hôte, n'impliquerait en effet que de manière lointaine la société-mère, ce qui serait d'ailleurs en contradiction avec leurs politiques et engagements de RSE

558. Notons qu'en présence d'un délit complexe, lorsqu'il y a une dissociation géographique entre le fait générateur et le dommage, le demandeur à l'action se voit offrir une option de compétence[1415]. Mais alors que le lieu de réalisation du dommage est généralement situé au lieu du domicile de la victime des activités de l'entreprise, c'est à dire, dans l'Etat hôte, il peut être tout autant difficile à rapporter la preuve que le fait générateur puisse être une décision de la société-mère située en France. Sans démonstration d'un fait imputable à la société-mère en lien avec la réalisation du dommage, cette option de compétence ne serait donc être d'aucun secours pour les demandeurs à l'action. La nationalité est enfin un critère traditionnel de rattachement en vertu des articles 14 et 15 du Code civil lequel permet aux parties de nationalité française, demanderesse ou défenderesses de bénéficier d'un privilège de juridiction. Une telle possibilité entraîne en réalité les mêmes conséquences que le critère du domicile du défendeur, puisqu'une action intentée uniquement à l'encontre la société-mère de nationalité française, permettra de saisir le juge français mais aura peu de chance d'aboutir à l'engagement de sa responsabilité ; et une action contre la seule filiale étrangère, ne permettrait pas de rattacher le litige aux juridictions françaises.

[1415] CJCE, 30 nov. 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, aff. C-21/76, *Rec. CJCE*, p. 1735, concl. F. CAPOTORTI ; *D.* 1977, 613, note DROZ ; *Rev. crit. DIP* 1977. 563, note P. BOUREL ; *JDI* 1977. 728, obs. A. HUET.

559. En l'absence de ces critères de rattachement traditionnels, les juridictions françaises peuvent malgré tout être compétentes s'il s'agit d'éviter un déni de justice, lorsqu'aucun autre juge n'est pas en mesure d'exercer sa compétence[1416]. Une telle possibilité se fonde sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le droit prévoit malgré tout certains critères de compétence moins forts avec le territoire français afin de ne pas porter atteinte au principe de souveraineté des Etats. Ce titre de compétence se retrouve en droit de l'Union européenne dans le domaine spécifique des obligations alimentaires, le règlement applicable prévoyant un titre de compétence exceptionnel appelé *forum necessitatis*[1417]. L'introduction de ce titre de compétence au règlement Bruxelles I a été discutée au cours de dernières modifications du règlement[1418] mais n'a finalement pas été retenue. Une telle possibilité avait d'ailleurs été accueillie favorablement par le Parlement européen dans son avis relatif à « la responsabilité sociale des entreprises : comportement transparent des entreprises et croissance durable »[1419]. Notons que ce titre de compétence existe par ailleurs en Belgique et aux

---

[1416] L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, 365 p., cité par H. ASCENSIO, « L'extraterritorialité comme instrument », *op. cit.*.

[1417] « Considérant 16 : Afin de remédier tout particulièrement à des situations de déni de justice, il y a lieu de prévoir dans le présent règlement un *forum necessitatis* permettant à une juridiction d'un État membre, dans des cas exceptionnels, de connaître d'un litige qui présente un lien étroit avec un État tiers. Un tel cas exceptionnel pourrait être constitué lorsqu'une procédure se révèle impossible dans l'État tiers concerné, par exemple en raison d'une guerre civile, ou lorsqu'on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il introduise ou conduise une procédure dans cet État. La compétence fondée sur le *forum necessitatis* ne pourrait cependant être exercée que si le litige présente un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie, comme par exemple la nationalité d'une des parties ». L'Article 7 du règlement dispose ainsi que : « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 et 6, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, connaître du litige si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, *ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit. Le litige doit présenter un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie* », Règlement (CE) no 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*.

[1418] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2010/0383 (COD), COM(2010) 748 final, 14 déc. 2010.

[1419] Parlement européen, Avis relatif à la responsabilité sociale des entreprises : comportement transparent des entreprises et croissance durable, Commission affaires étrangères, 2012/2098(INI), 5 déc. 2012.

Pays-Bas[1420]. Dans son avis relatif aux enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations Unies, la CNCDH s'est en outre prononcée en faveur de l'introduction d'un titre de compétence subsidiaire s'inspirant de celui-ci, « s'il est établi que l'Etat compétent pour connaître des actes dommageables de la filiale est dans l'incapacité ou n'a pas la volonté de mener à bien un procès »[1421]. En l'absence d'une telle législation qui permettrait de garantir un accès aux juges des pays d'origine de ces entreprises aux victimes de leurs activités, la législation américaine offre quant à elle une solution originale du point de vue du droit de tradition romano-germanique.

560. L*'Alien Tort claim Act* (ATCA), également appelé *Alien Tort Statute*, prévoit en effet la compétence des tribunaux fédéraux pour toute action engagée par un étranger pour un dommage subi à l'étranger des suites d'une violation du droit des nations ou d'un traité auquel sont parties les Etats-Unis. Il s'agit d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'actions en responsabilité civile (dès lors que le défendeur se trouve sur le sol américain). La possibilité d'appliquer l'ATCA aux personnes morales afin d'engager leur responsabilité civile pour des faits graves de torture ou de travail forcés par exemple, est ressorti de l'affaire *Doe contre Unocal Corp.* mettant en cause la participation des sociétés américaines Unocal et de la société française Total dans des violations graves aux droits de l'Homme commises par la junte Birmane, au cours de la construction d'un gazoduc en Birmanie[1422]. Redécouverte en 1980 par l'affaire *Sosa contre Alvarez-Machain*[1423], les conditions d'application de l'ATCA nécessitent une

---

[1420] A. NUYTS, Review of the member states' rules concerning "residual jurisdiction" of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels 1 and 2 regulations Study on residual jurisdiction, General report, Université libre de Bruxelles, 3 sept. 2007, p. 64.

[1421] CNCDH, Avis sur les en jeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, op. cit., §70.

[1422] *Doe c/ Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), cité par N. MAZIAU, « La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme L'affaire *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum Co* devant la Cour suprême des Etats-Unis, quel écho à la situation française ? », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1081 ; A. OJADA AVILES, L. COMPA, « Globalisation, Class Actions et droit du travail », *in* I. Daugareilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, p. 265 ; T. COLLINGSWORTH, « La primauté du droit sur l'économie mondiale. La responsabilité des multinationales pour violation des droits de l'Homme », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 679.

[1423] Sosa c/ Alvarez Machain, 542 US 692 (2004).

interprétation par le juge. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a en effet considéré que ce texte « autorise les tribunaux fédéraux à reconnaître, par voie prétorienne, une compétence à agir pour réparer les cas de violations d'un petit nombre de normes coutumières bien établies [1424]». Comme le note O. MUIR-WATT, ce *statute* a ouvert la voie « vers un contentieux privé des droits de l'homme, dans laquelle se sont immédiatement engagées de nombreux groupes de victimes-demandeurs étrangers portant des actions collectives contre des sociétés-mères de droit américain déployant une activité industrielle, à travers les filiales de groupes, dans le monde entier ». Le fondement de la compétence des juridictions américaines restait néanmoins flou. La Cour suprême n'avait pas encore eu la possibilité de se prononcer sur le fait de savoir si la compétence des tribunaux fédéraux reposaient sur une simple violation du droit des Nations et des traités auxquels sont parties les Etats-Unis, ce qui lui confèrerait une compétence universelle en matière civile, ou si un élément de rattachement devait être établi avec le territoire américain, à l'instar des normes traditionnelles de droit international privé.

561. Le principe du *transient rule*, appliqué dans l'affaire *Kadic contre Karadzic*[1425] par les juridictions américaines, permet que la simple présence sur le sol américain confère une compétence *ratione personnae* aux juridictions américaines au regard du droit international[1426]. Cela signifie donc qu'une cour fédérale américaine « sera compétente pour juger les actes commis par une société commerciale, à l'étranger, sur des victimes étrangères, dès l'instant où celle-ci sera accueillie (à titre définitif ou temporaire) sur le territoire américain ou encore possédera un établissement secondaire agissant en son nom aux Etats-Unis ou enfin exercera sur le territoire américain des activités continues

---

[1424] N. MAZIAU, « La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme L'affaire *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum Co* devant la Cour suprême des Etats-Unis, quel écho à la situation française ? », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1081.

[1425] 2nd Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 1995, 70 F. 3d 232, ILR, vol. 104, pp. 149-164. Voir I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *AFDI*, Vol. 49, 2003, pp. 129-164.

[1426] Dans cette affaire « *la simple remise d'une citation à comparaitre alors qu'il est présent sur le territoire [américain] suffit à conférer compétence au tribunal [américain]*, Kadic v. Karadzic, 70 F. 3d 232, 2d Cir. 1995.

et répétées (*« doing business »*)[1427]. Un tel critère suffit à qualifier ce titre de compétence, d'universelle, mais en matière civile, ce type de compétence est inconnue des ordres juridiques des Etats européens. Pour autant, dans l'affaire *Doe I contre Unocal Corp.*, les cours californiennes se sont déclarées incompétentes pour juger la société française Total, mise en cause par les plaignants birmans au même titre que la société américaine Unocal, du fait de l'absence de lien suffisant avec l'Etat de Californie. Malgré la possibilité offerte aux juridictions américaines d'appliquer la théorie du *forum non conveniens* afin de rejeter leur compétence lorsqu'un forum alternatif plus approprié existe, les critères de rattachement nécessaires pour fonder la compétence des juridictions américaines restaient donc flous. Cette question a donc été posée à la Cour suprême des Etats-Unis dans la désormais célèbre affaire *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum and co*, rendue le 17 avril 2013[1428]. Il était notamment demandé à la Cour de se prononcer sur le fait de savoir si l'ATCA permet de fonder la compétence des juridictions américaines ou si celle-ci visait à déterminer l'application de la loi de fond concernant la responsabilité civile des sociétés. De cette question découlait le fait de savoir si les sociétés peuvent faire l'objet d'une action en justice de la même manière que les individus en cas d'allégation de violations graves des droits de l'Homme[1429]. La Cour suprême affirme que l'ATCA ne permet pas de fonder la compétence du juge fédéral sur des affaires présentant un caractère d'extraterritorialité, lorsque les liens de rattachement avec les Etats-Unis sont quasi inexistants. En l'espèce, les sociétés visées étaient enregistrées au *New York Stock Exchange*, mais leur présence se limitait à un bureau de représentation. La condition d'une présence minimum d'intérêts du défendeur sur le sol américain peut se justifier au regard des règles classiques de droit international privé[1430] ou même pénal. *A contrario*, l'ATCA devrait

---

[1427] Egalement nommée *transitory tort* . Voir à cet égard T. GUILLET « Etude comparative de la Loi PERBEN II et de l'ALIEN TORT CLAIMS ACT, plus particulièrement la portée extraterritoriale de ces lois aux fins de mise en jeu de la responsabilité des sociétés transnationales », Mission Coordination pour les droits de l'Homme du Ministère des Affaires Etrangères, oct. 2006, p. 4.

[1428] *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum and co* le 17 avril 2013, 569 US -2013; voir N. MAZIAU, « L'arrêt *Kiobel* : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 1316.

[1429] N. MAZIAU, *idem*, p. 1081.

[1430] Celles-ci permettent en effet le développement d'actions extraterritoriales et peuvent donc porter atteinte à la souveraineté des Etats dès lors qu'existe un lien de rattachement justifiant la compétence des juridictions ; en présence d'un élément d'extranéité dans un

donc rester applicable aux litiges mettant en cause la responsabilité des personnes morales et présentant des liens suffisamment étroits avec les Etats-Unis, celle-ci n'ayant pas expressément exclu l'application de l'ATCA aux cas de responsabilité des personnes morales pour des violations graves des droits de l'Homme. Pour autant, en se prononçant en ce sens, la Cour suprême indique clairement que les Etats-Unis ne sauraient être un for accessible aux victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises transnationales, alors qu'au même moment, un projet de loi similaire à l'ATCA était discuté au Canada[1431].

562. Cette affaire démontre la difficulté à dissocier les règles de fond et de procédure dans la mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales puisque même si les juges avaient retenu leur compétence, la question de la responsabilité des sociétés-mères n'aurait pas été réglée, le droit américain ne disposant pas plus que le droit français, de règles permettant de mettre en cause la responsabilité des sociétés exerçant un pouvoir de contrôle. Les difficultés soulevées par les conflits de juridiction dans les litiges mettant en cause les entreprises transnationales permettent ainsi de relever les nombreuses contradictions entre les exigences posées par les normes de RSE et les règles de droit positif. Finalement, le règlement Bruxelles I, en n'exigeant pas de critère de rattachement avec le litige mais avec le territoire (le domicile du défendeur), semblerait aujourd'hui plus favorable aux victimes que l'ATCA. Pour autant, malgré la détermination de la juridiction compétente, se pose une autre difficulté, liée cette fois à la loi applicable au litige.

---

litige, les règles de conflits de juridictions ne font en effet que départager deux juridictions potentiellement compétentes pour défendre leur intérêt. Alors qu'en présence d'une compétence universelle, l'Etat se déclare compétent sans que ses intérêts ne soient affectés. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le juge Breyer dans cette affaire, dans une motivation dissidente, en affirmant que la compétence du juge fédéral devrait être retenue lorsque « le dommage survient sur le territoire américain, lorsque le défendeur est un citoyen américain ou lorsque la conduite du défendeur affecte négativement et substantiellement un intérêt national », voir sur ce point N. MAZIAU, *idem*, p. 1316.

[1431] Projet de loi modifiant la Loi sur les Cours fédérales (promotion et protection des droits de la personne à l'échelle internationale), C-323, déposée et discutée en première lecture à la Chambre des Communes le 5 oct. 2011.

§ 2 . Les difficultés soulevées par la loi applicable au litige : l'extraterritorialité des lois

563. Les litiges mettant en cause la responsabilité des entreprises transnationales présentent indéniablement un élément d'extranéité, de part la nationalité des victimes, le domicile de l'une ou des sociétés dont la responsabilité est mise en cause, ou encore du fait du lieu de situation de l'infraction ou de réalisation du dommage. Ces litiges mettent en conflit plusieurs lois, celles de l'Etat hôte, lieu de situation de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre, avec celles de l'Etat d'accueil. Les règles de conflit de lois du juge saisi permettent de désigner la loi substantielle applicable au litige. Telle est en tout cas la méthode classique des règles de conflits de lois bilatérales, laquelle détermine les critères de rattachement à un ordre juridique d'un rapport de droit impliquant deux personnes privées, sans s'intéresser, en principe, au fond du litige. Une règle de conflit de lois bilatérale ne s'intéresse donc pas en principe, au résultat du litige, sa fonction se limitant à proposer un choix entre des règles substantielles potentiellement applicables. En réalité, et comme l'ont démontré plusieurs auteurs, les règles de conflits bilatérales, bien qu'en apparence neutres dans leurs dispositions, n'en ont pas moins pour finalité, à travers le choix des critères de rattachement, d' « assurer, en principe, la réalisation au plan international de la politique juridique de l'ordre du for [1432]». Elles ont donc elles aussi, dans une certaine mesure, un caractère substantiel[1433] et pour cette raison, « le choix du critère de rattachement ne peut être indifférent aux valeurs que le for cherche à concrétiser dans l'ordre international[1434] ». Elles sont de ce point de vue un procédé parmi d'autres pour règlementer les rapports privés présentant un élément d'extranéité. Par exception, le législateur peut adopter des règles substantielles adaptées à une situation présentant un caractère international. Tel est par exemple le cas dans plusieurs

---

[1432] S. BILLARANT, Le caractère substantiel de la réglementation française des successions international, Thèse Paris, Dalloz, 2004, p. 10.

[1433] PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, n°4 et s. ; Pour une démonstration du caractère substantiel de la règle de conflit de lois à travers l'exemple spécifique des successions internationales, voir la thèse de S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions international*, *op. cit*.

[1434] S. BILLARANT, Le caractère substantiel de la réglementation française des successions international, op. cit.

domaines tels que les successions[1435]. De même, le juge peut recourir aux lois de police qui permettent d'écarter l'application d'une règle de conflit bilatérale au profit d'une règle substantielle du for, peu importe que le litige comporte un élément d'extranéité. De telles règles, qualifiées de règles de conflit unilatérales, produisent des effets extraterritoriaux. Tous ces modes de règlementation sont « au service de la conception qu'a l'ordre du for de la règlementation la plus satisfaisante des rapports privés internationaux[1436] ».

564. Les règles substantielles, par leurs effets extraterritoriaux directs, posent pourtant plus de difficultés selon qu'il s'agit d'une norme mise en œuvre par une autorité extérieure au territoire, de la prise en compte par la norme d'éléments extérieurs au territoire, ou encore de ses effets juridiques à l'extérieur du territoire[1437]. A la différence des règles de conflits de lois, elles visent à imposer des comportements à des sujets de droits. Comme le note B. STERN, il faut distinguer « les cas où un Etat cherche à imposer un comportement sur son propre territoire et les cas où il cherche à imposer un comportement à l'extérieur de son territoire, ce second comportement paraissant plus susceptible de heurter la souveraineté d'un autre Etat[1438] ». L'organisation transnationale des entreprises et de leurs activités complexifie ce schéma. Un Etat pourrait également être amené à imposer un comportement aux sociétés situées sur son territoire, pour leurs activités à l'extérieur. Ce sont alors les effets de cette obligation qui seraient extraterritoriaux et non l'obligation en elle-même. En cas de non exécution de ces mesures, l'Etat tirerait alors « sur son propre territoire, les conséquences d'une méconnaissance des obligations qu'il a cherché à imposer extra territorialement, ce qui est donc une façon d'imposer – par équivalent – un comportement sur le territoire[1439] ».

565. Dans certaines situations présentant un élément d'extranéité, il peut donc apparaître possible et même nécessaire, compte tenu de la situation internationale en

---

[1435] Ibidem.
[1436] H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse Paris II, 1985, n°151, p. 207. Voir également J-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, Thèse, Université de Bordeaux 1, 1981.
[1437] Sur cette distinction, voir B. STERN, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue québécoise de droit international*, III, 1986, p. 51.
[1438] *Idem*, p. 63.
[1439] Ibidem.

cause, de recourir à une loi produisant des effets extraterritoriaux afin de garantir la protection des intérêts ou des droits de certaines personnes[1440]. C'est d'ailleurs dans cette voie que les Principes directeurs des Nations Unies incitent les Etats à s'engager, et c'est cette voie qu'emprunte également l'Union européenne dans les diverses communications et rapports de ses institutions représentatives en matière de RSE. De telles règles n'existent pourtant pas pour garantir le respect des droits de l'Homme et des travailleurs par les entreprises transnationales, et les règles applicables ne permettent pas de garantir les droits des victimes de leurs activités.

566. L'absence de règle substantielle unilatérale conduit donc le juge, saisi d'un litige mettant en cause la responsabilité d'une entreprise transnationale, à appliquer sa règle de conflit bilatérale, laquelle désignera la règle substantielle applicable au litige. En laissant la détermination du droit applicable à ce type de litiges, du ressort des règles de conflit de lois bilatérales, les Etats européens s'empêchent de contrôler les activités des entreprises transnationales puisque cette méthode de conflit de lois renvoie de manière quasi systématique à la loi de l'Etat d'accueil, laquelle, dans bien des cas, ne garantit pas les droits des victimes.

567. En effet, le règlement dit « Rome II [1441]» relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles, apporte aujourd'hui une réponse harmonisée au niveau des Etats européens lorsqu'est par exemple mise en cause la responsabilité civile délictuelle d'une personne morale devant les juges français. La règle de principe du règlement désigne en effet la loi du lieu de survenance du dommage (article 4). Or, dans les affaires mettant en cause la responsabilité de plusieurs sociétés impliquées dans des violations des droits de l'Homme, ce lieu est traditionnellement le lieu où se situe la filiale ou la société donneuse d'ordre, ainsi que les victimes elles-mêmes. Dans ces circonstances, la règle de conflit de lois peut être un obstacle à la protection initialement recherchée par les

---

[1440] Le domaine de la lutte contre la corruption offre à ce titre plusieurs exemples de législation produisant des effets extraterritoriaux. Voir par exemple la *Foreign Corrupt Practices Act* américaine de 1977 ou la récente loi anglo-saxonne *Bribery Act* adoptée en 2010, lesquelles ont pour effet d'imposer aux filiales étrangères de sociétés américaines ou anglo-saxonnes de mettre en place des systèmes leur permettant d'identifier des comportements à risque.

[1441] Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 1 juillet 2007 *portant sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (« Rome II ») (JOUE du 31 juillet 2007, L. 199/40).

victimes auprès de la juridiction du lieu de situation de la société-mère[1442]. Certaines règles de conflit de lois laissent d'ailleurs le choix aux victimes entre la loi du lieu du dommage ou celle du fait générateur, à l'instar de l'article 7 du Règlement Rome 2 relatifs aux atteintes à l'environnement. Mais un tel choix n'apporte pas de solution adéquate puisqu'il incombe alors aux victimes de démontrer que le fait générateur de leur dommage a eu lieu en France. En d'autres termes, il s'agit de démontrer que l'ordre ou le moyen ayant causé le dommage se situent en France et par conséquent qu'ils ont été passés ou mis à disposition par la société-mère ou par une société donneuses d'ordre auprès de sa filiale ou de son sous-traitant. Or, la démonstration d'une telle preuve, on peut s'en douter, n'est pas sans difficultés. Rappelons toutefois que le juge saisi peut faire application des lois de police dans certaines circonstances (article 16 du règlement), et écarter les dispositions de la loi étrangère désignées si celles-ci s'avèrent contraires à l'ordre public du for (article 26 du règlement). Dans tous les cas, la désignation de cette loi reste une étape indispensable au juge saisi pour déterminer les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du ou des défendeur(s) ainsi que son régime. Il apparaît pourtant clairement que le maintien de la méthode classique de conflit de lois bilatérales se révèle en contradiction avec les normes de RSE et la volonté politique des Etats, soit de donner accès à la justice aux victimes des ETN, soit de contrôler leurs activités. Le droit pénal pourrait de ce point de vue se révéler plus adapté étant donné l'absence de règle de conflit inhérente à la matière. Pourtant, concernant les litiges internationaux soumis au juge national français, les règles de compétence restent limitées et peu adaptées également aux litiges impliquant une entreprise transnationale[1443], sauf par le

---

[1442] Le même constat peut être fait concernant la protection des droits des travailleurs. A défaut de choix entre les parties au contrat de travail, celui-ci est régit en principe par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail (art. 8, §2). Toutefois, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé, la loi de cet autre pays s'applique (art. 8, §4) ; Règlement (CE) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), 17 juin 2008, n°593, 2008.

[1443] Le principe de territorialité conditionne l'applicabilité de la loi pénale française. Celle-ci est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République (art. L. 113-2 Code pénal), ce qui limite les possibilités d'action contre des sociétés situées sur des territoires différents ; au cas de complicité en France, d'un fait principal commis à l'étranger (art. L. 113-5 Code pénal), à condition que l'auteur principal ait été lui-même jugé, ce qui, dans les affaires mettant en cause des sociétés situées sur des Etats dont le système judiciaire est souvent défaillant, n'est pas une condition simple à remplir comme le démontre l'exemple de l'affaire « Rougier » (voir *supra*, p. 440) ;

biais de certaines règles spécifiques[1444], si l'affaire le permet. Dans tous les cas, ces règles n'interviennent qu'*a posteriori* et n'ont donc pas pour objet de règlementer les activités internationales des sociétés.

568. En comparaison, l'ATCA n'applique aucune des méthodes présentées. L'originalité de ce texte provient de ce que cette loi détermine la compétence des juridictions américaines en cas de violation de certaines normes internationales de *jus cogens*, mais ne précise pas le régime de responsabilité applicable. Elle n'est donc ni une norme de conflit unilatérale, ni bilatérale. La responsabilité est déterminée par la violation de certaines normes de droit international, difficiles d'ailleurs à clarifier, mais le régime de responsabilité est quant à lui, en principe, déterminé par le droit national. Malgré les nombreuses affaires portées devant les juridictions américaines sur le fondement de l'ATCA, l'absence de jugements définitifs[1445] laisse encore de nombreuses questions en suspend[1446] .

---

lorsqu'un crime a été commis par un français en dehors du territoire français (art. L. 113-6 Code pénal), ce qui soulève la question de la nationalité des sociétés et qui de toute manière, limite ce cas de compétence aux crimes. Enfin, la loi a prévu des cas de compétence universelle (art. L. 689 et 689-1 Code pénal), mais outre les conditions d'application particulières, ce titre de compétence se limite aux violations les plus graves, lesquelles ne concernent souvent pas les litiges mettant en cause les entreprises transnationales.

[1444] Nous pensons par exemple au recel qui permettrait de fonder « la compétence du juge pénal français afin de poursuivre une STN qui commercialiserait en France des choses provenant d'activités illicites (pétrole, or, diamant, minerais (…) », M-C. CAILLET, Y. QUEINNEC, « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », op. cit. ; voir également W. BOURDON, Face aux crimes du marché : quelles armes juridiques pour les citoyens ? La Découverte, Paris, 2010, 319 p.

[1445] La majorité des affaires ayant conduit à des transactions entre les parties, mettant ainsi fin aux litiges.

[1446] Voir par exemple la décision rendue par la Cour suprême des Etats-Unis, *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum and co* le 17 avril 2013, 569 US - 2013.

CONCLUSION

SECTION 2

569. En l'état du droit positif, plusieurs actions en responsabilité peuvent être intentées par des victimes d'entreprises transnationales. Le principe d'autonomie des sociétés, bien que n'étant pas un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité solidaire d'une société, ou à la recherche éventuelle d'une responsabilité du fait d'autrui, nécessite en revanche que l'action soit dirigée contre une ou plusieurs sociétés identifiées. Or, en présence d'une entreprise transnationale, ces sociétés ne se situent pas toutes sur le même territoire ce qui soulève plusieurs questions de procédure quant à la détermination de la juridiction compétente pour connaître du litige et par conséquent, la détermination de la loi applicable au litige. L'accès au juge devient, pour ce type de litiges, une question centrale pour les victimes. Si de nombreuses actions en responsabilité peuvent être intentées devant les juridictions de l'Etat hôte à l'encontre de la société auteur d'un dommage, il peut parfois être plus opportun pour les victimes, d'engager la responsabilité des sociétés exerçant un pouvoir de contrôle ou d'influence sur l'auteur du dommage. C'est d'ailleurs en ce sens que les normes de RSE se prononcent en invitant ces sociétés à se responsabiliser. De telles procédures se heurtent pourtant à des obstacles juridiques liés notamment à l'inadaptation des critères de rattachement retenus pour ce type de litige. Ces derniers sont en effet largement dépendants des schémas d'imputation du droit de la responsabilité. Or, les règles de fond étant inadaptées à la mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales, il semble bien que les Principes de RSE liés à l'accès à des voies de recours pour les victimes de ces entreprises ne puissent, en l'état du droit positif, être réellement respectés.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

570. La question de la responsabilité des entreprises transnationale soulève de telles difficultés qu'elle fait dire à O. DE SCHUTTER que « si, derrière le voile des questions juridiques qu'elles soulèvent, il n'y avait pas des hommes et des femmes victimes de quelques-unes des plus graves violations des droits de l'homme qui puissent s'imaginer, on pourrait croire les affaires *Total* Et *Unocal* issues de l'imagination d'un enseignant du droit, afin d'amener ses étudiants à réfléchir au défi que pose à la communauté internationale la mondialisation économique, et avec elle l'extension dans l'espace de la responsabilité des États[1447] ». La situation devient encore plus complexe, pour ne pas dire paradoxale, lorsque sont confrontés les principes tirés des normes de RSE, aux règles du droit de la responsabilité. Plusieurs logiques s'opposent en effet. Les normes publiques de RSE visent à « offrir » un for aux victimes des activités des entreprises transnationales et à responsabiliser les sociétés-mères ou les sociétés donneuses d'ordre, alors que les règles de droit nécessitent la recherche de l'auteur direct d'un dommage. Pourtant, les sociétés-mère ne sont bien souvent impliquées qu'indirectement dans la réalisation de ces violations. Si leur responsabilité peut parfois être recherchée au titre de leur participation matérielle dans la réalisation d'un dommage, elles ne sont en réalité bien souvent qu'un lien de rattachement avec un for permettant de garantir l'accès à un juge. Finalement, alors que les normes de RSE incitent les Etats à garantir un recours effectif aux victimes des activités des entreprises, les victimes n'arrivent que difficilement à accéder à un juge et à un système juridique leur permettant d'obtenir réparation. Ajoutons que de plus en plus de sociétés détentrices d'un pouvoir de contrôle ou d'influence développent des systèmes de gestion et des normes favorisant une responsabilisation de leurs organisations ainsi que de leurs activités, alors que les règles de droit continuent d'ignorer ces relations, qu'il s'agisse des règles de fond du droit de la responsabilité, comme des règles de mise en œuvre d'actions en responsabilité. Si notre étude s'est principalement intéressée au droit de la responsabilité civile délictuelle, notons que les règles propres à d'autres régimes spécifiques de responsabilité soulèvent

---

[1447] O. DE SCHUTTER, «Les affaires Total et Unocal, Complicité et extraterritorialité ans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI* LII, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 22.

des difficultés similaires, notamment en matière sociale et environnementale. Les règles de responsabilité du droit de la concurrence ou du droit fiscal ont à l'inverse su s'adapter plus aisément à l'organisation complexe des entreprises transnationales. Dans cette perspective, il convient de s'interroger désormais sur l'influence potentielle que pourrait exercer la RSE sur les fondements de la responsabilité.

CHAPITRE 2. LA RSE, VERS UN NOUVEAU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ

571. La notion de « responsabilité sociale » ou « sociétale » reste floue car elle ne renvoie à aucun régime de responsabilité existant. Elle n'en est pourtant pas totalement détachée. Les principes que l'on retrouve dans les normes et les pratiques de RSE s'inspirent en effet de différents fondements de responsabilité juridique connus des juristes. La liberté inhérente au caractère *soft* de la RSE a toutefois permis aux normes de RSE de mélanger divers principes et fondements de responsabilité là où le caractère rigide du droit « dur » compartimente les régimes de responsabilité. C'est ce « mélange » qui confère à la notion de RSE une apparence a-juridique. Pourtant, parler de responsabilité sociale traduit simplement l'idée d'une responsabilité envers la Société et les individus qui la compose. Une telle responsabilité implique de sortir d'une logique purement sanctionnatrice ou réparatrice liée au caractère individuel d'un fait ou d'un acte, illicite ou fautif. Il s'agit en effet avant tout de prévenir ou de réparer les dommages causés à la Société, raison pour laquelle certains auteurs invoquent la notion de « responsabilité pour dommages sociaux[1448] », sans pour autant remettre en cause la formulation de « responsabilité sociale », laquelle a le mérite de « faire prendre conscience du caractère hybride du régime correspondant, mélange équilibré de responsabilité individuelle et de garantie sociale[1449] ».

572. Les normes et les outils de RSE ont en effet la particularité de convoquer la responsabilité personnelle des sociétés en les invitant à développer des mesures permettant d'évaluer et de prévenir les impacts potentiellement négatifs de leurs décisions et de leurs activités sur la Société. Mais ces normes expriment également toutes l'idée d'une prise en compte collective de ces impacts. Sans nier la responsabilité

[1448] F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Thèse, L.G.D.J., 1981, p. 335.

[1449] *Ibidem*. A la différence de F. CABALLERO, l'attribut « sociétal » est en revanche ici privilégié car il traduit plus fidèlement selon nous, l'idée d'une responsabilité à l'égard de la société et évite au surplus un risque de confusion avec les relations de travail, dites « sociales », lorsqu'est visée la responsabilité des entreprises.

inhérente à chaque société du fait de leur capacité d'agir matériellement sur leurs propres activités, produits ou services, la RSE vise donc également à responsabiliser collectivement les personnes liées ou impliquées dans ces activités. Si la question de la proximité entre le risque causé par une activité et l'auteur matériel de l'acte reste centrale, elle devient toutefois, avec la RSE, insuffisante. La dimension collective de la prise en compte des risques ouvre ainsi de nouvelles perspectives au droit de la responsabilité.

573. Le principe d'une responsabilité collective se retrouve d'ores et déjà dans les systèmes d'indemnisation par exemple, lesquels échappent au droit commun de la responsabilité. Ces systèmes ont toutefois pour effet de faire disparaître la responsabilité personnelle « en diluant la charge de la réparation sur l'ensemble du corps social[1450] ». En développant un principe de comportement responsable, la RSE participe au contraire à conserver le principe d'une responsabilité personnelle, tout en impliquant les sociétés détentrices du pouvoir économique, en leur faisant supporter cette responsabilité de manière collective. Dans les deux situations, les sociétés sont invitées à agir de manière responsable, c'est-à-dire avec vigilance, afin d'éviter que leurs activités, produits ou services en cause ne soient impliqués ou ne soient liés à des préjudices subis par les individus ou plus largement la Société. En se tournant vers une responsabilité préventive, la RSE renforce ainsi la responsabilité personnelle des sociétés (Section 1), tout en proposant d'étendre ce devoir de vigilance aux relations d'affaires (Section 2), ce qui suppose une prise en compte collective des responsabilités.

[1450] Ibid.

SECTION I - UNE RESPONSABILITÉ PERSONNELLE FONDÉE SUR UN DEVOIR DE VIGILANCE

574. Les normes de RSE invitent les entreprises à anticiper les risques que peuvent parfois engendrer leurs décisions, activités, produits ou services. Cet objectif d'anticipation se retrouve tant dans les normes élaborées par les Etats et les organisations internationales que dans celles des entreprises elles-mêmes. La vigilance, comme devoir de comportement des entreprises, est d'ailleurs aujourd'hui inscrite explicitement dans toutes les normes publiques de RSE, là où elle ne fut pendant longtemps que sous-entendue. En incitant les entreprises à prendre leurs décisions et à conduire leurs activités dans ce cadre, certaines normes vont plus loin en proposant des mesures de diligence permettant la mise en œuvre de ce devoir général de comportement. Une telle distinction, si elle semble ici claire, ne l'est pas toujours, comme le démontrent les nombreux débats qui portent sur le contenu et la portée de cette vigilance. Elle reste dans tous les cas l'expression d'une responsabilité personnelle auxquelles toutes les entreprises « responsables » devraient se conformer.

575. Ce devoir de vigilance, que l'on retrouve dans les normes « souples » de RSE, puise en réalité ses fondements dans le droit. En diffusant cette logique d'anticipation des risques et en s'inspirant des modèles existant imposés par le droit « dur », les normes de RSE vont en revanche plus loin. Le devoir de vigilance se retrouve en effet dans des règles de droit mais vise bien souvent les autorités publiques. L'application d'un tel devoir à des personnes privées n'est donc pas sans questionner le droit de la responsabilité des personnes morales de droit privé. De plus, les normes de RSE étendent surtout cette logique anticipative à des domaines jusqu'alors couverts uniquement par une logique réparatrice ou sanctionnatrice de responsabilité. Au regard de l'influence croissante des normes de RSE sur le droit, il est alors légitime de s'interroger sur la possibilité pour les normes de droit « dur », de s'inspirer à leur tour des normes de RSE en la matière[1451]. Mais il nous faut au préalable étudier la manière

[1451] Voir à cet égard F. COCHOY, A. LACHEZE, « Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 31.

dont la vigilance s'inscrit au cœur de la RSE (§1) puis déterminer quels en sont les fondements juridiques (§2), car si le devoir de vigilance se retrouve d'ores et déjà dans des règles juridiques, il n'en est pas moins source d'une certaine confusion.

§ 1 . La vigilance au cœur de la RSE

576. La prévention des risques est inhérente à toute démarche de RSE. L'adoption de mesures permettant d'anticiper et de prévenir les attentes des parties prenantes des entreprises, comme des éventuels impacts négatifs de leurs activités, font partie de l'essence même des diverses normes de RSE, qu'il s'agisse des normes publiques, privées ou mixtes, que celles-ci soient générales ou procédurales[1452]. Les termes utilisés varient cependant d'une norme à l'autre, pouvant parfois être sources de confusion. En réalité, l'exigence d'un devoir de vigilance ressort expressément des normes de RSE (A), même si la détermination de son contenu nécessite d'être précisé (B).

A. L'exigence de vigilance dans les normes de RSE

577. Les normes publiques de RSE rappellent toutes que les entreprises ont la « responsabilité » de respecter les droits de l'Homme[1453] et plus largement de prévenir les impacts potentiels de leurs activités. Cette « responsabilité » renvoie avant tout à une attitude de prévention visant à éviter toute violation que les entreprise pourraient commettre à l'encontre des droits de l'Homme, et plus largement tout dommage ou nuisance qui pourrait découler des activités, produits ou services liées à leurs relations commerciales, à l'égard des individus et de l'environnement. Ce principe de prévention, initialement inséré dans les normes de RSE à travers le terme anglo-saxon de *due*

[1452] Sur la distinction entre les normes de RSE, voir *infra*, p. 314 et s.

[1453] Voir par exemple les *Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, Principe Généraux II, A-2 « Les entreprises devraient respecter les droits de l'homme internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités » ; la Déclaration de Principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, §8- Politique Générale ; *Les Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies*; *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, ISO 26000, principe 4.8 : « il convient qu'une organisation respecte les droits de l'Homme et reconnaisse à la fois leur importance et leur universalité », ou encore le principe 6.3.1.2 : « une organisation a la responsabilité de respecter les droits de l'Homme, y compris dans sa sphère d'influence ».

diligence, se retrouve aujourd'hui dans toutes les normes de RSE. Les Principes directeurs des Nations Unies utilisent le terme de « diligence raisonnable » pour viser les procédures de diligence relatives aux droits de l'Homme que les entreprises doivent mettre en place afin d'identifier leurs incidences potentielles sur les droits de l'Homme, les prévenir, en atténuer les effets et rendre compte de la manière dont elles y remédient[1454]. Tel que formulé dans ce texte, ce devoir renvoie davantage à des procédures, qu'à un devoir général de comportement, lesquelles doivent permettre de prévenir mais également de réparer toute violation des droits de l'Homme. Cette même approche est retenue par les Principes directeurs de l'OCDE, lesquels incitent les entreprises à « exercer une diligence raisonnable fondée sur les risques ». Le champ d'application matériel des Principes directeurs de l'OCDE étant plus étendu que celui des Nations Unies, cette diligence vise tous les domaines sans se limiter aux droits de l'Homme, qu'il s'agisse de l'environnement, des relations avec les consommateurs, des relations de travail etc. La norme ISO 26 000 utilise quant à elle explicitement la notion de « devoir de vigilance » pour exprimer l'idée d'une « démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et à 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 [1455]». Cette vigilance doit s'appliquer pour les activités, les produits et les services propres aux organisations, comme pour ceux découlant de leurs relations commerciales[1456]. Il s'agit donc avant tout pour les entreprises d'adopter des mesures, c'est à dire d'agir avec diligence. Cette prise en compte préventive des risques est également inscrite dans le Pacte mondial, mais de manière moins explicite. Le texte invite en effet expressément les entreprises à « appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement », et à « agir contre la corruption sous toutes ses formes (…) ». Le Pacte reste en revanche silencieux concernant les risques liés aux droits de l'Homme et aux droits des travailleurs, les entreprises étant simplement invitées dans ces domaines, à les respecter. La mise en place d'une démarche préventive reste malgré tout le meilleur moyen d'éviter toute violation. Aussi nous est-il possible d'affirmer qu'une telle

---

[1454] Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, principes 15 et spéc. 17.
[1455] Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000, principes 2.4, et 7.3.1.
[1456] *Idem,* Principe 7.3.1.

recommandation ressort en réalité implicitement du Pacte mondial, sans que celui-ci ne distingue toutefois l'attitude à adopter pour les entreprises entre les risques réels et les risques potentiels. Cette approche correspond de toute évidence à l'esprit du texte qui reste très général dans ses prescriptions, mais dont l'approche préventive reste indéniablement présente[1457].

578. Cette logique d'anticipation des risques sociétaux se retrouve également dans la communication de 2011 de la Commission européenne à travers la nouvelle définition de la RSE[1458]. Les entreprises exposées au risque de produire des effets négatifs sur la société sont invitées à « faire preuve de la diligence qui s'impose en fonction des risques, y compris dans leurs chaînes d'approvisionnement ». Il s'agit avant tout de permettre aux entreprises de « recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs qu'elles pourraient avoir ». De son côté, le Parlement européen a été amené à plusieurs reprises à recourir au principe de « diligence raisonnable[1459]» ou de « devoir de diligence[1460] » comme moyen de mise en œuvre concrète de la RSE. Il a ainsi été proposé l'introduction d'une clause RSE dans tous les accords commerciaux de l'Union européenne, laquelle comporterait « une obligation de diligence pour les entreprises et groupes d'entreprises, c'est-à-dire l'obligation de prendre des mesures anticipatives afin d'identifier et de prévenir toute violation des droits de l'Homme et des droits environnementaux, la

---

[1457] E. MAZUYER, L. BOISSON DE CHAZOURNES (dir.), Le Pacte Mondial des Nations Unies après 10 ans de mise en œuvre – The Global Compact of the United Nations 10 years after, Bruylant, Bruxelles, 2011.

[1458] Commission Européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 25 oct. 2011, COM(2011) 681 final, p. 8.

[1459] Voir à cet égard la Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises, dans laquelle le Parlement 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 », Parlement européen, *La responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable*, Résolution 2012/2098 (INI)), 6 fév. 2013, §22.

[1460] Le Parlement européen considère ainsi que les Etats devraient s'assurer que « les entreprises ayant leur siège sur leur territoire respectent leurs obligations juridiques et qu'elles observent un devoir de diligence, et de prévoir des sanctions adéquates et appropriées si ce n'est pas le cas », Parlement européen, *La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, Résolution 2009/2201(INI), 25 nov. 2010.

corruption ou l'évasion fiscale, y compris dans leurs filiales et leurs chaînes d'approvisionnement, c'est-à-dire leur sphère d'influence[1461] ». Ces différents textes portant sur la RSE incitent toutes les entreprises à agir de manière vigilante et avec diligence, même si le contenu de ce devoir n'est pas toujours défini avec la précision requise. Cette logique préventive reste malgré tout au cœur de la RSE. Bien qu'inscrite dans des normes de *soft law*, et donc en principe sans effet juridique, nous verrons que cette logique d'anticipation trouve en réalité ses fondements dans des textes de droit « dur », même si ces derniers ne sont parfois pas plus explicites sur le contenu de cette obligation. Il est certain que la confusion qui règne dans l'utilisation du champ lexical relatif à la prévention ne facilite pas la détermination de ce contenu, qu'il s'agisse tant des normes de RSE que des normes de droit « dur ». Aussi est-il nécessaire de revenir sur la terminologie des termes relatifs à toute action préventive afin de préciser le contenu propre à chacun. La « vigilance » ressort alors comme le terme permettant d'englober tous les types de comportement d'anticipation.

B. La détermination du contenu du devoir de vigilance

579. A travers le devoir de vigilance, les normes de RSE visent toutes à prévenir la réalisation d'un dommage, d'une nuisance ou d'une violation que pourraient engendrer les activités des entreprises. Les normes de RSE emploient pourtant indifféremment les termes de diligence, vigilance, prudence etc. ce qui participe à confondre les démarches qui sont attendues des entreprises et à créer ainsi un flou dans les actions qu'elles réalisent en vue de mettre en œuvre leur responsabilité sociétale. Toutes ces notions impliquent-elles en effet les mêmes actions ? Agir avec prudence est-ce la même chose qu'agir avec vigilance, précaution ou diligence ? La prudence, qui provient du latin *prudens, providere,* « prévoir », peut se définir comme une « attitude qui consiste à peser à l'avance tous ses actes, à apercevoir à l'avance les dangers qu'ils comportent et à agir de manière à éviter toute erreur, tout risque inutile[1462] ». La vigilance, du latin *vigilans, vigilare,* « veiller », renvoie en revanche à « une surveillance attentive et soutenue[1463] ». La notion de sagesse se retrouve dans la prudence, alors que la vigilance traduit un état attentif, soigneux. Ces deux notions ont néanmoins en commun de décrire une attitude,

[1461] *Idem,* §26-e.
[1462] Dictionnaire le Petit Larousse, 100° éd., 2005.
[1463] Ibidem.

un comportement anticipatif. Elles diffèrent de la « diligence », du latin *diligens,* qui est défini comme le fait d'agir « avec promptitude et efficacité ». La diligence renvoie également à l'idée d'agir « avec soin », à travers le terme *diligentia*. Il s'agit donc avant tout d'une manière d'accomplir un acte, à un moment donné, en réaction à quelque chose.

580. La prudence se rapproche également de la précaution, du latin *praecautio,* qui peut se définir comme une « disposition prise par prévoyance, pour éviter un mal ou pour en limiter les conséquences [1464]». Ces deux termes expriment en effet une attitude d'anticipation à adopter face à un risque. Une attitude prudente est adoptée face à un risque identifiable, alors qu'une attitude précautionneuse se retrouve face à l'hypothèse ou à la potentialité d'un risque, sans que sa réalisation ne soit certaine car difficilement mesurable à un moment donné. Dans les deux cas, il y a le souci de prendre en compte certaines conséquences, à travers une action. Tous ces termes, qui traduisent le souci d'agir par anticipation face à un évènement à venir, interviennent finalement à différents moments. On pourrait les classer temporellement comme suit: agir avec vigilance serait le premier comportement à adopter en vue de veiller ou surveiller et donc d'identifier les éventuels risques à venir. Selon qu'ils soient alors identifiables, mesurables, certains ou non, la prudence ou la précaution apparaissent alors dans un deuxième temps. Ce n'est qu'en dernier lieu que la diligence intervient, pour réagir et prendre les mesures efficaces face à une situation aux risques connues ou simplement potentiels. La vigilance viserait ainsi à mettre en place des processus de veille, afin de rester attentif aux possibles risques ; face à des risques réels ou potentiels, la prudence et la précaution invitent ensuite à prendre des décisions qui limitent et évitent leur réalisation ; des mesures de diligence sont ensuite nécessaires pour réagir face au risque, de manière rapide et efficace. D. TAPINOS fait à cet égard une distinction des plus pertinentes entre le risque totalement inconnu, lequel est ignoré ; le risque suspecté, lequel appelle l'application du principe de précaution ; et le risque avéré, lequel nécessite la prévention. Sur la base de

[1464] Ibid.

cette distinction est ensuite qualifiée la nature de la responsabilité ou au contraire l'absence de responsabilité encourue[1465].

581. Cette distinction se retrouve dans les différents textes de RSE qui se réfèrent tous à cette attitude d'anticipation en invitant tant à la prudence qu'à la précaution dès lors qu'ils visent les « incidences effectives et potentielles sur les droits de l'Homme[1466] », ou les risques « réels et potentiels[1467] ». Tous utilisent indistinctement l'un ou l'autre de ces termes pour décrire indifféremment ces trois étapes d'anticipation. Lorsque les entreprises sont invitées à identifier les effets négatifs de leurs activités, il s'agit de faire preuve de vigilance. Les entreprises sont ainsi invitées par les Principes directeurs des Nations Unies, à faire preuve de « diligence raisonnable », « le plus tôt possible dès le début d'une nouvelle activité ou relation ». Les mesures de diligence diffèrent ensuite selon qu'il s'agit de faire preuve de prévention ou de précaution, comme expliqué dans les Principes directeurs des Nations Unies, lesquels évoquent des « mesures de prévention ou d'atténuation des effets » face aux risques potentiels, et des « mesures correctives » face aux risques effectifs[1468]. On peut donc en conclure que les normes de RSE invitent toutes les entreprises à agir avec vigilance, puis prudence ou précaution selon les risques identifiés, et à prendre des mesures de diligence adaptées. Même si la terminologie utilisée reste indifférente à ces trois étapes, toutes sont décrites comme telles dans les textes. Aussi peut-on parler plus généralement de devoir de vigilance, ce terme englobant plus volontiers les trois étapes d'anticipation que les entreprises sont invitées à suivre pour agir de manière responsable.

582. Les Etats sont également visés par le devoir de vigilance puisqu'ils sont incités à s'impliquer en conseillant aux entreprises des méthodes adaptées afin qu'elles respectent les droits de l'Homme[1469] et surtout en leur « prescrivant l'exercice d'une diligence

---

[1465] D. TAPINOS, Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2008, p. 78.
[1466] Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, principe 17.
[1467] Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000.
[1468]Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, Commentaire du Principe 17, p. 21.
[1469] *Idem*, Commentaire du Principe B-3, p. 6.

raisonnable[1470] ». Dans cette perspective, les Principes directeurs des Nations Unies incitent explicitement les Etats à élaborer des législations visant à prévenir les risques de violation caractérisées des droits de l'Homme dans les zones touchées par des conflits à travers des dispositions relatives à l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme de la part des entreprises[1471]. Si cette notion d'anticipation semble en apparence relever de la *soft law* en raison des supports dans lesquels elle se trouve, ses fondements sont pourtant bien juridiques, l'anticipation à travers les notions de prévention, précaution, prudence ou encore vigilance, se retrouvent en effet d'ores et déjà dans plusieurs textes de droit « dur ».

§ 2 . Les fondements juridiques du devoir de vigilance

583. Telle qu'elle ressort des normes de RSE, la notion de vigilance renvoie au devoir incombant à chaque société de respecter les droits de l'Homme. Afin de se conformer à cette obligation, les sociétés doivent prévenir les violations en faisant preuve de vigilance, ce qui peut se traduire par exemple, par la mise en place de mesures permettant de veiller à ce que les droits de leurs salariés soient respectés ; que les produits qu'elles fabriquent directement, ou les matériaux utilisés, ne soient pas source de nuisance pour l'environnement ni ne soient un danger pour la santé des individus ; que leurs conditions d'installations sur un lieu donné n'entrainent pas de violations des droits de l'Homme etc. De telles obligations se retrouvent déjà dans certaines législations, lesquelles prévoient une obligation spécifique de prévention des risques de nuisance ou de violation des droits à la charge des personnes ayant le pouvoir effectif de prendre de telles mesures. Toutes les situations couvertes par les normes de RSE ne sont toutefois pas prévues par les textes de droit « dur ». Les notions juridiques de prudence, de vigilance, de diligence ou encore de précaution permettent malgré tout de traduire cette approche préventive[1472], qui diffère selon qu'il s'agit d'un devoir général de vigilance (A) ou d'obligations plus spécifiques de diligence (B). C'est dans ce contexte général de prévention des risques que s'inscrivent les normes de RSE, lesquelles

---

[1470] *Id.*, Principe 4.
[1471] *Id.*, Commentaire du Principe 7, p. 11.
[1472] Le terme « préventif » est ici utilisé dans son sens commun et non juridique, afin de distinguer les décisions et actions à réaliser en amont d'une situation, de celles prises en aval.

pourraient bien à leur tour inspirer les normes de droit « dur »[1473]. La place croissante de l'obligation de vigilance n'étant finalement, à l'instar de la RSE, que l'application du principe de prévention, lequel n'a pas encore fini de s'étendre à toutes les situations comprenant un risque.

A. D'un principe de prévention à une obligation de vigilance

584. Le principe de prévention des risques tend à se développer dans toutes les branches du droit. Il a d'abord été appliqué aux Etats qui se sont très tôt vus imputer des obligations de vigilance inhérentes à leur pouvoir d'action et de décision, notamment dans la protection des droits des individus. L'introduction de cette logique préventive en droit international public (1) a largement inspiré le droit interne. Appliquée aux personnes privées, cette obligation est longtemps restée générale et surtout implicite, découlant *a contrario* du droit de la responsabilité. Si celle-ci a en effet bien une fonction préventive, elle reste toutefois enfermée dans une logique de réparation ou de sanction, hermétique par essence à la découverte de nouveaux fondements de responsabilité. Mais au contact du principe de précaution, cette logique tend à évoluer. Les normes de RSE, qui s'inspirent largement des principes de prévention comme de précaution, pourraient bien, à travers leur mise en œuvre, participer à renforcer cette impulsion (2).

1) *Le devoir général de vigilance tiré du droit international public*

585. Le devoir de vigilance inscrit en droit international public est une obligation de comportement imputable[1474] aux Etats, qui peut entraîner leur responsabilité pour fait ou omission internationalement illicite. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat, qui fut définie dès 1872 par un Tribunal arbitral dans l'affaire de

---

[1473] F. COCHOY, A LACHEZE, « Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 31.

[1474] Sur l'utilisation du terme d' « attribution » plutôt que d' « imputation » concernant la responsabilité internationale des Etats, voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, LGDJ,* 7ème éd., 2002, p. 767.

L'*Alabama*[1475]. Le comportement de l'Etat est apprécié par le juge ou l'arbitre en fonction d'un comportement moyen, ce qui prête inévitablement à une certaine subjectivité[1476]. La notion de vigilance permet « d'évaluer l'écart qui s'est établi entre le comportement passif ou insuffisamment actif d'un Etat dans une situation quelconque et l'obligation qui lui est faite, par les règles coutumières ou conventionnelles du droit international, de poser tel geste dans cette même circonstance[1477] ». Il s'agit plus précisément d'un devoir de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres Etats et de traiter convenablement les étrangers qui s'y trouvent[1478]. La responsabilité de l'Etat peut ainsi être engagée sur le fondement de la négligence « de ses autorités vis-à-vis des obligations de faire cesser ou de réparer les actes des particuliers préjudiciables aux étrangers [1479]», les organes de l'Etat n'ayant pas pris toutes les mesures appropriées pour prévenir ou protéger les victimes, manquant ainsi à leur obligation de vigilance. D'après certains auteurs, la responsabilité des Etats peut ainsi être fondée soit sur un fait internationalement illicite, c'est-à-dire pour violation d'une obligation préexistante (implicite ou explicite) de vigilance[1480], soit sur le fondement du risque, c'est-à-dire sans manquement[1481]. Il n'existe toutefois pas de régime général de responsabilité fondée sur le risque, la Commission de droit international n'ayant pu achever ses travaux du fait des

---

[1475] A. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, 2° éd. Paris, 1957, p. 713, cité par MERCURE, « Principe de droit international applicables au phénomène des pluies acides », *R.D.U.S.*, n° 21, 1991, p. 377.

[1476] P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, op. cit*., p. 772 ; P. DUPUY, « La diligence due dans le droit international de la responsabilité », *in* OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, O.C.D.E., 1997, p. 396.

[1477] P. F. MERCURE, « Principe de droit international applicables au phénomène des pluies acides », *op. cit*., p. 377.

[1478] P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, op. cit*., p. 772.

[1479] *Idem*, p. 779. Voir à ce titre CIJ, affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis en Iran*, 24 mai 1980, rec. 1980, p. 33, par. 66-67.

[1480] Voir à cet égard le *Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Commission du Droit international, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2).

[1481] Voir à cet égard l'adoption par la Commission de droit international lors de sa 53° session, d'un *Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuse,* 2001, vol. II (2) et soumise à l'Assemblée Générale des Nations-Unies en vue de l'élaboration d'une convention internationale, *Official Records o the General Assembly, Fifty-sixth Session*, Supplement No. 10 (A/56/10). En 2006, dans sa Résolution A/61/36, l'Assemblée Générale des Nations Unies a décidé d'y joindre la question de la responsabilité internationale en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses.

nombreuses difficultés que cette question soulève[1482]. En revanche, certaines conventions internationales spécifiques prévoient ce type de régime de responsabilité objective, et spécialement dans le domaine de la protection de l'environnement. On y retrouve les obligations de prévention et de *due diligence* des Etats qui y sont « particulièrement étendues et fermes[1483] ». La responsabilité de l'Etat peut alors être engagée pour manquement à son obligation de vigilance[1484], ce qui revient finalement à mettre en œuvre un régime de responsabilité pour fait internationalement illicite, alors même que l'acte matériel n'aurait pas été commis par l'un de ses organes mais par une personne morale de droit privé. En l'état actuel du droit international, il apparaît encore difficile d'envisager des cas de responsabilité objective de l'Etat si celui-ci n'a ni été l'auteur de l'acte dommageable ou de l'activité dangereuse, ni exercé aucun contrôle.

586. Notons toutefois que cette obligation de vigilance a largement inspiré le *Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, traitant de la responsabilité « pour faute » des Etats, ainsi que le *Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, s'inscrivant dans le cadre des travaux portant sur la responsabilité objective des Etats[1485]. Le terme de vigilance,

---

[1482] La Commission du droit international avait entrepris de travailler sur la « Responsabilité pour conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international » en confiant les recherches à trois rapporteurs spéciaux respectifs, R. Quentin-Baxter, J. Barboza et P.S. Rao. Il est alors apparu difficile d'arriver à un accord sur ce sujet, notamment du fait de la distinction existante en droit anglo-saxon entre les termes « responsability » et « liability », distinction n'existant pas dans tous les systèmes juridiques. En 1997, les travaux ont donc été divisés entre d'une part ceux portant sur « la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses » et ceux portant sur la responsabilité objective. G. HAFNER, I. BUFFARD, « Les travaux de la Commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », *in* Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, R. MEHDI (dir.), *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Actes du colloque annuel de la Société Française pour le Droit international, 2009, éd. A. Pedone, Paris, 2010, pp. 145-164.

[1483] P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 818.

[1484] Il peut alors s'agir du non respect de l'obligation qui leur incombe de vérifier que les exploitants sont couverts par une assurance suffisante ou de soumettre certaines activités à une autorisation ou un contrôle préalable. Pour une liste des conventions internationales prévoyant de telles obligations à la charge des Etats, voir par exemple P. DAILLIER, A. PELLET, *idem*, p. 819.

[1485] Le Projet s'applique en effet « aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs

utilisé expressément dans le second et non dans le premier des deux textes, semble en réalité être employé comme synonyme du terme de « diligence »[1486]. Le terme anglo-saxon de *due diligence* pouvant en effet être traduit soit par « vigilance », soit par « diligence ». Si le *Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* ne se réfère pas expressément à la notion de « vigilance », il utilise en revanche le terme de « diligence » comme synonyme de « prévention », pour proposer d'imposer aux Etats une obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un évènement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas[1487] ». La même approche se retrouve dans le *Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, la diligence correspondant à l'obligation de « prendre des mesures pour prévenir les dommages ou pour en réduire le risque au minimum [1488]». Cette obligation de vigilance/diligence qui entre dans la catégorie des obligations de prévention, se retrouve de manière plus générale en droit international de l'environnement[1489], domaine dans lequel les obligations de prévention deviennent des

---

conséquences physiques », art. 1, *Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, *op. cit*.

[1486] On peut ainsi relever : « ce qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps » (p. 424) ; la vigilance sert ensuite à décrire le comportement à adopter pour remplir le « devoir de diligence » (p. 425), puis le texte se réfère à « l'obligation de vigilance » (p. 426).

[1487] Art. 14, Commentaire 14, Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, p. 153, op. cit.

[1488] Art. 3, Commentaire 7, *Projet, d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, op. cit,* p. 421. Le devoir de diligence y est par ailleurs défini comme suit : « le principal élément du devoir de diligence que l'on retrouve dans l'obligation de prévention pourrait donc être énoncé comme suit : le degré de vigilance attendu d'un bon gouvernement. Celui-ci doit être doté d'un système juridique et de ressources suffisantes pour gérer l'appareil administratif chargé de contrôler et de surveiller les activités », Art. 3, commentaire 17, p. 425.

[1489] Il a notamment été consacré par le principe 21 des Conférences de Stockholm et par le Principe 2 de la Déclaration de Rio, « (les Etats) ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale », Rapport de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, vol I, Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe 1, puis confirmé par la Cour Internationale de Justice dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur *la Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J., Recueil 1996, p. 15, par. 29.

règles primaires de plus en plus précises[1490], inversant ainsi la logique réparatrice des régimes classiques de responsabilité. Dans tous les cas, il ressort des différentes approches de la prévention que nous avons décrites que parler de « devoir de vigilance » reflète davantage l'attitude de veille induite par les diverses sources du droit international, attitude qui doit être complétée, selon le degré de précision des textes, par des mesures de diligence, afin que les décisions s'inscrivent dans une logique d'anticipation, de prévention.

587. Cette logique préventive explique que l'obligation de vigilance reste générale, même si elle tend à être précisée au fur et à mesure des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice, des travaux de la Commission du Droit International et des Conventions et textes internationaux s'y référant. Il semble en effet évident que la manière d'aborder la vigilance dépende des circonstances de lieu et de temps, et que par essence, il est difficile de connaître à l'avance les meilleurs comportements à adopter. Les mesures de veille devant être assurées par les Etats peuvent donc varier, selon le territoire visé et l'Etat concerné. Elles peuvent également varier dans le temps, ce qui oblige les Etats à suivre les progrès technologiques et scientifiques[1491]. Dans cette optique, ce sont les diligences à accomplir en vue de se conformer à cette obligation de vigilance qui tendent à être précisée selon les domaines visés et les acteurs concernés par l'obligation. Ces diligences peuvent consister en l'adoption de mesures législatives visant à encadrer certaines activités dangereuses par exemple, comme l'instauration de procédures d'autorisation préalable ou d'évaluation des risques ; les mesures législatives peuvent également viser le droit d'accès à la justice, aux victimes de ces activités. Les mesures de collecte d'information, de consultation et de coopération, sont également des mesures de diligence qui traduisent le comportement vigilant d'un Etat dès lors qu'elles lui permettent de rester informé des éventuels risques à venir et surtout de lui permettre une surveillance efficace des activités ou des situations à l'égard desquelles la vigilance s'impose. L'inscription expresse de cette obligation générale dans les règles juridiques tend à se développer également en droit interne.

[1490] Sur l'affermissement des règles de prévention, voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 1297.

[1491] Voir par exemple Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, op. cit., p. 424.

2) *L'évolution du devoir de vigilance en droit interne*

588. La vigilance découle du droit de la responsabilité. Pour prévenir la mise en cause de toute responsabilité, rien de mieux en effet que de prévenir la survenance du dommage ou de l'infraction qui peut la déclencher. La vigilance est donc un comportement de prévention à adopter, sans nécessairement que cela soit une obligation expresse que l'on retrouve dans les textes. Dans ces circonstances, la vigilance est avant tout une fonction du droit de la responsabilité (a). Les évolutions récentes du droit de l'environnement notamment, sous l'impulsion du droit international, tendent pourtant à accorder une place de plus en plus importante à la vigilance comme obligation expresse, conduisant à une autonomisation de la vigilance. C'est d'ailleurs cette nouvelle logique préventive que l'on retrouve dans les normes de RSE (b).

a) La vigilance comme fonction du droit de la responsabilité

589. Ce n'est que tacitement que le devoir général de vigilance a longtemps été inscrit dans le droit français puisqu'il ressort implicitement des divers régimes de responsabilité. Ce devoir général, au contenu évolutif et flou, est en effet sanctionné par le juge sur le fondement de la négligence ou de l'imprudence, à travers la mise en cause de la responsabilité civile d'une personne, physique ou morale[1492]. Or, qualifier un acte

[1492] La responsabilité personnelle des personnes morales et physiques peut être engagée sur le fondement de la négligence ou de l'imprudence, tant en matière pénale qu'en matière civile. Dans le premier cas, le fondement se trouve à l'article L. 121-3 du Code pénal et notamment l'aliéna 3, selon lequel : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Dans le second, il s'agit de l'article 1383 du Code civil, en vertu duquel « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Elle peut être retenue par exemple en cas de création d'un danger, le manque de prévoyance entrainant un dommage constitutif d'une faute de négligence, ou encore en cas de défaut d'attention ou d'adresse causant un dommage. L'obligation d'adopter un comportement prudent et diligent ressort également de l'article 1382 du Code civil, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt rendu en Assemblée plénière : « Le fait que la loi en le réglementant autorise un acte, en le subordonnant à certaines conditions dans l'intérêt des tiers […] n'a pas pour effet de relever ceux qui accomplissent cet acte de l'obligation

ou une omission de « négligent », revient en réalité à sanctionner un comportement pour absence de diligence, de prudence ou de vigilance. La conduite de l'auteur d'un acte nuisible est appréciée par rapport « aux bons usages », aux « bonnes mœurs » ou au « bon père de famille ». Le devoir général de prévention peut également se déduire de l'appréciation des causes exonératoires de responsabilité. En matière de responsabilité contractuelle par exemple, « la force obligatoire des conventions impose au débiteur d'assumer les risques prévisibles, même irrésistibles[1493] ». Il semblerait en effet étonnant qu'une personne puisse s'exonérer de sa responsabilité alors qu'elle pouvait prévoir le risque, ce qui fait dire à M. SAINT-PAU que « le débiteur qui brave le risque commet soit une faute de prévision en s'engageant à la légère, soit une faute de précaution en ne prenant pas les diligences que la prévision commandait[1494] ». Le débiteur qui s'engage doit en effet prévoir le risque, dès lors que seule la force majeure, c'est à dire l'évènement imprévisible et irrésistible peut l'exonérer. La question se pose pourtant en cas de réalisation du risque de savoir si, malgré la prévision, celui-ci revêtait le caractère de l'irrésistibilité. En réalité, comme le relèvent plusieurs auteurs, la connaissance d'un risque d'inexécution du fait d'un événement irrésistible ne peut pas être exonératoire car c'est alors la force obligatoire du débiteur ayant proposé la prestation qui est en cause ; à moins que l'empêchement d'exécution ne soit en réalité « pas imputable matériellement et moralement au débiteur[1495] », ce qui conduit à comprendre le troisième critère de la force majeure : l'extériorité. Il est alors aisé de s'accorder avec M. SAINT-PAU, lorsqu'il affirme finalement qu' « à l'impossible nul n'est tenu de s'engager[1496] ». Ce constat amène à conclure que le critère de l'imprévisibilité prévaudrait sur celui de l'irrésistibilité, sans toutefois l'annihiler[1497]. La question se pose alors des effets d'une obligation générale de prévention sur le caractère exonératoire de la force majeure. Il semble en effet mal aisé d'imposer d'une part, une obligation de prévention du risque et de permettre d'autre part une exonération, si celui-ci n'était pas prévisible ! Ce paradoxe nous permet de constater que le développement de l'obligation de vigilance participe en

---

générale de prudence et de diligence, civilement sanctionnée par les dispositions de l'article 1382 du code civil » : Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12449 .

[1493] J-C. SAINT-PAU, *JCL Civil,* 30 juillet 2004, fasc. 11-30, § 19.

[1494] Ibidem.

[1495] *Idem*, § 22.

[1496] *Id.*, § 22.

[1497] A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 1998, cité par J-C. SAINT-PAU, *JCL Civil*, fasc. 11-30, *op. cit.*, § 22.

réalité à la tendance grandissante de l'objectivisation de la responsabilité. En l'état du droit positif, celle-ci n'est pourtant pas inscrite expressément dans la loi. Ce n'est donc qu'*a contrario* qu'elle se déduit des régimes de responsabilité, lesquels ne sont mis en œuvre qu'*a posteriori* d'un acte ou d'une abstention dommageable. La prévention n'étant finalement qu'une « fonction », qu'un élément de la responsabilité curative[1498]. Au contact du principe de précaution, la vigilance tendrait toutefois à devenir une obligation expresse, le développement des normes de RSE pouvant à cet égard contribuer à en définir les contours.

b) L'autonomisation de la vigilance à partir du principe de précaution

590. La vigilance comme principe général de comportement, mais surtout comme obligation, tend à se détacher du droit de la responsabilité « curative » pour devenir peu à peu une obligation autonome. Cette autonomisation s'explique notamment par l'introduction du principe de précaution dans la législation, qui a eu pour effet de préciser les contours des obligations de prévention, en les distinguant notamment de cette nouvelle approche de précaution, tout en ajoutant un principe nouveau de responsabilité[1499], exigeant d'agir avec encore plus d'anticipation face à certaines situations à risque. Les principes de précaution et d'action préventive ont d'abord été introduits dans les textes de droit international[1500], de droit européen[1501], puis de droit interne[1502], en vue d'inspirer des législations de protection de l'environnement[1503]. Les développements qu'a connus jusqu'à ce jour ce principe, bien qu'initialement réservés au domaine de l'environnement, témoignent « de la montée en puissance des

[1498] D. TAPINOS, Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, op. cit., p. 212 et s.
[1499] Sur la reconnaissance du principe de précaution comme principe de responsabilité, voir notamment M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2662.
[1500] Voir par exemple la Déclaration ministérielle de la Troisième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord de 1990 ou la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992.
[1501] Les principes de précaution et d'action préventive figurent à l'article 174 du Traité instituant la Communauté européenne.
[1502] Article L. 110-1 Code de l'environnement ; article 5 Charte de l'environnement.
[1503] D. TAPINOS, Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, op. cit., p. 19.

problématiques de sécurité face aux risques de dommages [1504]», et expliquent que le champ d'application matériel de ce principe s'étende aujourd'hui à d'autres domaines tels que la santé et la sécurité[1505], et plus largement, aux droits de l'Homme.

591. Le principe de précaution vise en premier lieu les autorités publiques[1506] mais tend de plus en plus à concerner également les personnes privées[1507], à l'instar de la décision du Conseil Constitutionnel du 8 avril 2011 qui consacre une « obligation de vigilance » s'imposant à « l'ensemble des personnes » concernant les atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de leurs activités[1508]. Cette obligation impose à toute personne de « prendre des mesures proportionnées afin de parer à la réalisation de dommages en dépit de l'incertitude qui pèse sur leur survenance[1509] ». Cette décision est essentielle car elle « autorise » sans plus aucune ambigüité, l'application du principe de précaution par les personnes privées, sans que celui-ci ne soit subordonné à l'application préalable du principe par les pouvoirs publics[1510].

[1504] Ibidem.

[1505] Voir à cet égard la décision du TPICE qui définit le principe de précaution comme un « principe général du droit communautaire », un « *principe autonome* » imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques », TPICE, 26 nov. 2002, *Artegodan*, aff. T-74/00 et s., pt 184, cité par M-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution), *in* C. Noiville (coord.), Dossier sur le Principe de précaution, *Recueil Dalloz*, 2007, n°22, pp.1518- 1523..

[1506] C. CASTAING, La théorie de la décision administrative et le principe de précaution, Thèse, Université Bordeaux IV, 2001.

[1507] L. BOY, « Le principe de précaution, de la morale au droit », La recherche, déc. 1999, p. 86, cité par D. TAPINOS, Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, op. cit., p. 31.

[1508] Obligation tirée des articles 1 et 2 de le Charte de l'environnement, Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC, AJDA 2011, p. 762.

[1509] P. JOURDAIN, « Principe de précaution et causalité : quelle incidence du premier sur la seconde ? », à propos de Cass. civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645, D. 2011. 2089, obs. I. GALLMEISTER, note M. BOUTONNET, *RTD Civ*., 2011, p. 540 et s.

[1510] Sur une opinion contraire, voir par exemple P. BECHMANN, V. MANSUY, *Le principe de précaution*, Paris, Litec, 2002, p. 86.

592. Certains auteurs se sont interrogés sur les incidences du principe de précaution sur les règles de mise en œuvre de la responsabilité pénale[1511]. Mais c'est surtout sur la responsabilité civile que le principe de précaution pourraient produire des effets car il participe à renforcer sa fonction préventive[1512]. Si l'influence de ce principe sur l'appréciation du lien de causalité[1513] et du dommage[1514] reste incertaine, les auteurs s'accordent en revanche à relever ses effets potentiels sur l'interprétation du fait générateur de responsabilité, à savoir la faute. Le principe de précaution invite en effet à caractériser de négligent ou d'imprudent la non prise en compte d'un risque « qui n'était pas totalement avéré au moment où le comportement du sujet est apprécié[1515] ». Pour certains auteurs, « la consécration du principe de précaution en droit français devrait finalement participer à renouveler le contenu de la faute, spécialement en matière

---

[1511] Concernant l'influence potentielle du principe de précaution sur la responsabilité pénale, voir notamment D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC*, 2007, p. 251.

[1512] G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299 et s.; C. RADE, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité », *RJ envir*. 2000, p. 75 ; G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007, p. 1542.

[1513] Voir par exemple un arrêt de la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation, qui a rejeté le pourvoir formé par un agriculteur qui estimait que les problèmes sanitaires rencontrés par ses animaux étaient imputables aux lignes à haute tension situées à proximité de son élevage. La Cour de cassation a donc confirmé la décision des juges d'appel qui avaient estimé que la preuve n'était pas rapportée d'un lien de causalité suffisamment caractérisé entre la présence de la ligne à très haute tension et les problèmes sanitaires constatés. La Cour a estimé que le principe de précaution ne remettait pas en cause « les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes ». A propos de cet arrêt, P. JOURDAIN note que si les juges en l'espèce, distinguent la causalité scientifique de la causalité juridique, ce qui démontre une certaine place laissée à la causalité relative et non absolue, les incertitudes ne doivent malgré tout pas empêcher de caractériser un lien de causalité direct et certain. P. JOURDAIN, « Principe de précaution et causalité : quelle incidence du premier sur la seconde ? » (à propos de Cass. civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645, D. 2011. 2089, obs. I. GALLMEISTER, note M. BOUTONNET), *RTD Civ*., 2011, 540.

[1514] Sur l'assimilation par la jurisprudence d'une menace sérieuse de dommage à un dommage certain, à condition toutefois que le préjudice soit considéré comme réparable, voir G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *op. cit.*, p. 1542 ; P. JOURDAIN, *ibidem*.

[1515] G. VINEY, *idem*, p. 1542.

environnementale[1516] ». Cette remarque en appelle deux. Premièrement, le principe de précaution pourrait concourir à créer un nouveau type de faute de « précaution[1517] ». Deuxièmement, initialement appliqué pour prévenir les dommages irréversibles crées à l'environnement, ce principe s'étend aujourd'hui à d'autres domaines, notamment à la santé. Rien d'étonnant dès lors à ce que ce principe se retrouve, à travers le devoir de vigilance, dans des normes de RSE pour viser les sociétés afin que celles-ci fassent preuve de vigilance dans des domaines tels que l'environnement, les droits de l'Homme, les droits des travailleurs ou encore la lutte contre la corruption. Ces normes de droit mou deviennent finalement le véhicule de ce principe en confirmant cette nouvelle logique de responsabilité, davantage accès sur la prévention que sur la sanction/réparation. N'est-ce pas d'ailleurs par l'entremise de normes molles que le principe de précaution s'est peu à peu introduit dans le droit « dur »[1518] ? Avant tout appliqué comme principe politique visant à orienter l'action des pouvoirs publics, puis comme standard juridique[1519] que ce soit par le législateur ou même le juge, ce principe donne peu à peu naissance à une obligation générale de précaution que renferme l'obligation de vigilance. L'affaire dite du « Distilbène » est à cet égard éclairante puisque la Cour de cassation a pour la première fois, le 7 mars 2006, condamné une société fabricante de médicament sur le fondement du manquement à l'obligation de vigilance[1520]. Certains auteurs ne manquent pas d'y voir d'ailleurs « un exemple caractéristique de l'extension de la notion de faute sous l'influence du principe de précaution[1521] ».

[1516] M-L. DEMEESTER, L. NEYRET, *Rép. Civ.* « Environnement », Dalloz, oct. 2013, §. 82.

[1517] G. VINEY, qualifie de « faute de précaution » « le fait de ne pas signaler un risque, dès que son existence apparaît plausible, est une faute en dépit des doutes qui peuvent subsister sur la réalité de ce risque ou de ses conséquences, G. VINEY, *idem*, p. 1542.

[1518] G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *op. cit.*, p. 299.

[1519] Sur ces deux notions, voir G. J. MARTIN, *ibidem*.

[1520] Cass civ. 1ère, 7 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 142 et 143 ; *RCA*, 2006, comm.164, note C. RADE ; *RTD civ.*, 2006. 565, obs. P. JOURDAIN ; *RDC*, 2006, 844, obs. J-S. BORGHETTI ; *D.* 2006, IR, 812, obs. I. GALLMEISTER.

[1521] G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *op. cit.*, p. 1542.

593. C'est dans ce contexte que s'inscrivent deux propositions de loi enregistrées le 6 novembre 2013 et tendant à imposer à certaines sociétés une obligation de vigilance[1522]. Celle-ci s'inscrit très clairement dans un souci de mise en œuvre des normes internationales relatives à la RSE. L'objectif de cette proposition est de responsabiliser « les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement [1523]». Elle vise explicitement à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme ainsi que les Principes directeurs de l'OCDE. Sans évoquer spécifiquement les principes juridiques de prévention et de précaution, la proposition de loi s'inscrit malgré tout dans cette logique d'anticipation. La vigilance y est entendue comme une attitude active, notamment lorsqu'est en jeu la sécurité des personnes. Elle consiste à « envisager tous les incidents qui pourraient éventuellement perturber l'exécution d'un contrat, ou causer un dommage aux tiers, afin d'en prescrire les remèdes par anticipation[1524] ». La distinction entre le principe de prévention et de précaution n'est pas mentionnée dans la proposition de loi, la vigilance traduisant de manière plus globale cette attitude d'anticipation des risques, peu importe que ceux-ci soient connus ou non. La proposition vise avant tout à « étendre ce principe de vigilance aux personnes morales et à tous types de sociétés dans leurs relations commerciales ou économiques » afin que celles-ci inscrivent leurs décisions dans cette nouvelle logique d'anticipation. Elle s'appuie d'ailleurs pour cela sur des législations étrangères ayant d'ores et déjà étendu ce principe aux sociétés[1525]. L'ambition semble avant tout d'imposer une obligation générale de vigilance, les diligences nécessaires à son respect n'étant pas précisées. Comme le notent certains auteurs, « en étant tenue de démontrer le respect de

---

[1522] Propositions de loi n°1519 et n°1524, toutes deux relatives *au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 nov. 2013. Voir à ce propos N. CUZACQ, « Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RDT*, 2014, p. 265.

[1523] *Idem*, Préambule.

[1524] Ibidem.

[1525] Les exemples mentionnés couvrent divers domaines, tous ayant en commun de rechercher à responsabiliser les entreprises dans leurs activités vis-à-vis des individus et plus globalement de la Société, à travers des obligations de prévention. Voir à cet égard le préambule de la proposition de loi n°1524 *relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre, ibidem.*

son devoir de vigilance, elle (l'entreprise) se voit donc incitée à l'organiser [1526]». Ce n'est qu'alors que sont mis en œuvre les mesures de diligence raisonnable visant à se conformer à cette obligation. Celles-ci ne sont donc pas explicitées dans la proposition de loi, dont l'objet reste d'imposer une obligation générale de comportement. En ce sens, cette proposition de loi s'inscrit dans la même logique que les règles de droit existantes, lesquelles peuvent soit imposer des obligations générales de comportement, soit des obligations plus spécifiques. La RSE, comme nous l'avons démontré plus haut, retient d'ailleurs également cette dichotomie en incitant d'une part, les entreprises à respecter de grands principes de comportement, et en leur proposant d'autre part, des outils pour s'y conformer. Il s'agit dans tous les cas d'inciter ou de contraindre les entreprises à limiter les risques extra-économiques que peuvent engendrer leurs activités, ces risques pouvant être, selon les circonstances, fortuits ou non, et nécessiter donc, soit des mesures de prévention, soit des mesures de précaution, se traduisant par des mesures de diligence.

B. Des obligations spécifiques de diligence

594. La loi peut être amenée à préciser le contenu du devoir de vigilance en imposant une obligation expresse de prévention qui peut être soit positive (devoir de vigilance de l'employeur en matière de santé et sécurité par exemple), soit négative (sanction d'un comportement négligent)[1527]. En définissant expressément une obligation de prévention dans un texte, il s'agit avant tout pour le législateur d'en préciser les contours, c'est-à-dire d'expliciter ce que la loi attend comme type de comportement face à une situation donnée, afin de déterminer si la personne s'est ou non comportée avec prudence,

---

[1526] Y. QUEINNEC, S. BRABANT, « De l'art et du devoir d'être vigilant », *RLDA*, Droit des affaires et développement durable, N° 88, déc. 2013, p. 49.

[1527] La loi peut ainsi imposer deux types de devoirs aux individus : des comportements ou des conduites précises, appelant un résultat déterminé (la constatation que l'individu n'a pas eu le comportement que la loi imposait suffit à constater la transgression de ce devoir et donc à caractériser la faute. A cet égard, les règles du code de la route dont le contenu de l'obligation peut être directement défini par le texte), des comportements découlant de la protection de droits subjectifs, et dont la loi prévoit une action positive dans les conditions de sa mise en œuvre (par exemple, le droit de propriété est protégé par la loi et impose indirectement de la part des tiers, un devoir de respecter ce droit. La simple constatation de la violation de ce droit entraîne un droit à réparation. Le contenu de l'obligation est ici indirectement défini par le texte, dès lors que le comportement à adopter se déduit de l'obligation de respecter les droits d'autrui).

vigilance ou diligence. Cela permet également d'identifier la personne sur laquelle pèse une telle obligation, et surtout d'exonérer la victime de rapporter la preuve de l'exécution des diligences attendues par l'auteur de l'acte dommageable. Notons qu'aucune loi ne prévoit d'obligation expresse de prévention qui soit imputable aux sociétés, de respecter les droits de l'Homme. Une telle obligation ne découle qu'implicitement du droit de la responsabilité. La situation est en revanche différente concernant spécifiquement les droits des travailleurs ou le droit de l'environnement par exemple.

595. Le droit du travail prévoit par exemple une obligation de prévention à la charge de l'employeur en matière de santé et sécurité. Elle lui impose la mise en place de mesures de prévention des risques afin de s'assurer de la protection des droits des travailleurs[1528]. L'employeur est à ce titre dans l'obligation de prendre des mesures préventives afin que les risques professionnels et de pénibilité soient évités. Il s'agit pour l'employeur d'une obligation de résultat[1529], soigneusement définie à l'article L. 4121-2 du Code du travail, lequel précise le contenu des principes généraux de prévention auxquels se conformer. Certaines mesures sont obligatoires pour permettre de s'assurer que la santé et la sécurité des salariés est bien prise en compte, comme par exemple la consultation du CHSCT dans certaines circonstances (art. L. 4612-9 Code tr.) ou la retranscription des résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs dans un document unique (art. R. 4121-1 Code tr.). Cette obligation de prévention est imputable à l'employeur qui a le pouvoir et les moyens de mettre en œuvre de telles mesures. C'est en effet lui qui détermine les conditions de travail de ses salariés et qui doit donc à ce titre, veiller à s'assurer que ces conditions de travail soient sécurisées. Cette politique préventive se traduit également à travers les obligations des salariés, sur lesquelles pèse une obligation de sécurité[1530]. Cette obligation se traduit par une obligation de prudence et de diligence, imputable au salarié, de ne pas nuire aux autres salariés, ou encore par une obligation d'alerte en cas de danger grave et imminent[1531]. Il s'agit avant tout d'une

---

[1528] Art. L. 4121-1 et s. Code du travail.
[1529] Par exemple, Cass soc, 30 nov. 2010, n°08-70.390, la Cour a considéré que « la seule circonstance qu'un tel masque n'ait pas été fourni dès le début de la mission constituait un manquement de l'entreprise utilisatrice à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice au salarié ».
[1530] Art. L. 4122-1 Code du travail.
[1531] Art. L. 4131-1 Code du travail.

obligation de moyen. Si l'obligation pesant sur le salarié n'est évidemment pas de même nature que celle pesant sur l'employeur, elle démontre malgré tout qu'une politique effective de prévention nécessite une implication de chacun des acteurs concernés.

596. Concernant la protection de l'environnement, le Conseil Constitutionnel a récemment consacré l'existence d'une obligation générale de vigilance, découlant des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement pesant sur toutes les personnes[1532]. Comme le note F-G. TREBULLE, le Conseil ouvre ici « la voie globalement non seulement à la prise en compte de comportements non intentionnels mais, en outre, consacre « une norme générale de conduite sociale imposant de se conduire en toutes circonstances avec prudence et diligence » et invite à se libérer de l'exigence d'un manquement à des règles impératives, législatives ou réglementaires ». Le droit de l'environnement reste l'un des domaines précurseurs de mise en œuvre de politiques axées sur l'anticipation[1533], comme en témoigne le développement du principe de précaution[1534]. Dans un souci de protection de l'environnement et de la santé des individus, les législations française et européenne ont ainsi développé plusieurs textes tendant à appliquer les principes de prévention et de précaution, en prescrivant aux acteurs visés, plusieurs mesures de diligence à accomplir, leur manquement pouvant entrainer des sanctions administratives, voire parfois pénales[1535]. Le Règlement UE dit

---

[1532] C.C. Décision n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011 ; voir F-G. TREBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *RDI*, 2011, p. 369.

[1533] Pour ne donner qu'un exemple, nous pouvons citer la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques et naturels et la réparation des dommages dont la réduction *des risques à la source est la première priorité*. L'arrêté du 29 septembre 2005 (publié le 7 octobre 2005) modifiant l'arrêté du 10 mai 2000 dit arrêté « SEVESO » et la circulaire du 29 septembre 2005, permettent d'apprécier le niveau de réduction des risques dans les établissements. La loi a par exemple créé des Comités Locaux d'Information et de Concertation (CLIC) ainsi que des Plans de Prévention des Risques Technologiques (PPRT) qui prévoient entre autres la prise en compte des sous-traitants dans la gestion du risque ainsi que l'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques.

[1534] Voir *supra*, p. 479 et s.

[1535] Le Décret n° 2010-150 du 17 février 2010 *relatif au contrôle des produits chimiques et biocides* prévoit par exemple un certain nombre de contraventions en cas de défaut de réalisation de certaines mesures de diligence prévues par les textes, tels que le défaut de notification, défaut d'information d'un distributeur en amont de la chaîne d'approvisionnement, défaut de réalisation d'un rapport de sécurité etc. Ces diligences

« sur le Bois de l'Union européenne », distingue à cet égard l'obligation de vigilance active de la « diligence raisonnée ». La diligence raisonnée y est définie comme un « système ». Il s'agit de « l'ensemble des mesures et des procédures permettant à un opérateur de « faire diligence » lorsqu'il met du bois ou des produits dérivés en marché [1536]». La circulaire précise que tout système de diligence raisonnée doit prévoir une procédure en trois étapes, la première étant la collecte d'information, la deuxième portant sur l'évaluation des risques et la troisième sur la mise en œuvre de mesures d'atténuation du risque si celui-ci n'est pas négligeable. Notons que ces trois étapes ne sont pas sans rappeler les diverses normes de procédure présentes dans les normes de RSE, qui s'inscrivent clairement dans une démarche d'application des principes de prévention et de précaution. Il est intéressant de constater qu'une distinction est faite selon qu'il s'agit de sanctionner la mise sur le marché de l'UE de bois illégal, ou la non utilisation d'un système de diligence ou son utilisation non conforme au règlement. La circulaire précise en effet que dans le premier cas, la mise en place de mesures de diligence sera sans incidence sur la sanction si le résultat n'a pas été atteint, c'est-à-dire si la mise sur le marché de bois illégal est constatée ; dans le second, en l'absence de sanctions applicables, la circulaire indique que des dispositions spécifiques permettant de sanctionner ces manquements seront introduites par un texte de loi. Cette distinction permet d'affirmer que l'obligation de vigilance n'a pas le même objet que les mesures de diligence mises en œuvre pour son respect ; la première vise avant tout à imposer un devoir général de comportement, tandis que la seconde se limite à en préciser les contours.

597. Le domaine de la sécurité alimentaire des produits est également guidé par une politique d'anticipation des risques. Afin de garantir la santé des individus, le droit français, issu de la législation européenne[1537], s'est doté d'une législation visant à

---

correspondant de manière plus globale à celles attendues dans tout type de domaine pour mettre en œuvre les principes de prévention ou de précaution.

[1536] Circulaire sur l'entrée en application du règlement UE n°995/2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, DGPAAT/SDFB/C2013-3029, 14 mars 2013.

[1537] Le Règlement CE n°178/2002 du 28 janvier 2002 dit « food law », entré en vigueur le 1er janvier 2005 a introduit plusieurs principes généraux dans la législation tels que le principe de précaution, le principe d'analyse des risques et de protection des intérêts des consommateurs, la sécurité des denrées alimentaires etc. Il a été depuis complété par plusieurs règlements d'application.

garantir la sécurité alimentaire des produits. Celle-ci se fonde sur les principes de prévention et de précaution. Dans le premier cas, tout exploitant est soumis à l'obligation de prendre certaines mesures en présence d'un risque avéré afin d'éviter que des dommages ne surviennent de leurs produits[1538] ; dans le second, l'exploitant doit prendre certaines mesures dans le cas où un risque pour la vie et la santé existe, mais où une incertitude scientifique persiste. Ils ont par exemple l'obligation de mettre en place des mesures d'auto-contrôle leur permettant d'être informé des risques que leurs produits pourraient créer[1539]. Ce dispositif est complété par la législation française qui précise par exemple les types de contrôle qui doivent être réalisés dans certains domaines[1540]. La définition expresse de ces obligations a pour effet de faire peser sur les exploitants la charge de la preuve de l'exécution de leurs obligations de prévention et de précaution. Surtout, l'application du principe de précaution a pour effet de déterminer des mesures de gestion des risques ou toute autre action visant à assurer la protection de la santé[1541]. Toutes ces mesures constituent des mesures de diligence auxquelles les exploitants doivent se soumettre.

598. La diligence est également bien connue en droit des affaires ainsi qu'en droit bancaire[1542]. Elle peut être entendue comme «l'exigence d'un niveau minimum de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur au sein de la décision de l'entreprise[1543] ». Elle s'apparente alors à l'audit préalable dont elle est presque un synonyme, cette procédure permettant de servir de base aux décisions d'un investisseur. Il s'agit là encore de mesures et procédures permettant de remplir une obligation

---

[1538] L'article L. 221-1-3 du Code de la consommation met par exemple à la charge des producteurs une obligation de retrait de leur produit dans tous les cas où il ne présente pas « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».
[1539] Art. 17 Règlement CE n°178/2002 du 28 janvier 2002.
[1540] Art. L. 231-1 et s. Code rural relatif aux contrôles sanitaires.
[1541] Préambule, §21, Règlement CE n°178/2002 du 28 janvier 2002.
[1542] Pour des exemples de législations française et étrangère d'application de la diligence, voir l'étude menée par O. DE SCHUTTER, A. RAMASASTRY, M. B. TAYLOR, R. C. THOMPSON « La diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des Etats », déc. 2012, pp. 27-41, disponible sur : http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligence-Raisonnable-en-Matiere-de-Droits-Humains-Le-Role-Des-Etats.pdf, consulté le 4 mars 2014.
[1543] « Analyse des notions de due diligence et de sphère d'influence dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition et champ d'application des standards en matière de RSE », M. Doucin (dir.), 22 mars 2010, Ministère des affaires étrangères et européennes, étude en ligne, p. 10.

générale de vigilance. Si les mesures de diligence que l'on y trouve pour anticiper les risques sont du même type que dans les autres domaines (transparence, information, consultation études d'impacts etc.), leur objet reste pourtant bien différent car tourné avant tout vers la protection de l'intérêt de personnes spécifiques et non de l'intérêt général. C'est pourtant dans ce domaine que les systèmes de prévention sont aujourd'hui les plus perfectionnés au sein des entreprises. Ces divers exemples permettent de constater que l'obligation de prévention est d'ores et déjà présente dans la législation, à travers notamment les notions de prudence, de vigilance, de diligence, de sécurité, de prévention des risques, de surveillance sans qu'aucune de ces terminologie ne soit pour autant érigées au rang de principe général de prévention. Seul le principe de précaution revêt en effet aujourd'hui une valeur constitutionnelle. Celui-ci reste néanmoins difficile à mettre en œuvre, aucun régime de responsabilité « préventive » n'ayant été à ce jour consacré par le législateur ni par le juge. Surtout, les devoirs et obligations décrits ici visent les personnes ayant une « prise directe » sur une activité à risque. Si la RSE concerne inévitablement les activités des sociétés dans leur ensemble, elle invite surtout les sociétés dotées d'un pouvoir de décision ou d'influence à être vigilantes à l'égard de leurs relations d'affaires, créant ainsi un éloignement entre l'acte ou l'activité potentiellement à risque et le devoir de vigilance, ce qui interroge sur les fondements d'un tel devoir mais surtout sur son contenu, celui-ci se rapprochant alors d'un devoir de surveillance.

CONCLUSION

SECTION 1

599. Les normes de RSE traduisent une logique d'anticipation des risques et des dommages qui s'inspirent largement du droit « dur ». Au départ simple « fonction » du droit de la responsabilité, la prévention et la précaution sont peu à peu devenues des « principes », et tendent aujourd'hui à devenir des obligations. Ce mouvement participe à faire évoluer le droit de la responsabilité en le détachant peu à peu de la faute personnelle et du lien de causalité parfois trop éloignés de cette logique d'anticipation. Cette évolution reste malgré tout limitée à des domaines particuliers, le principe d'une responsabilité personnelle restant encore aujourd'hui le principe général du droit de la responsabilité. La souplesse inhérente aux normes de RSE permet toutefois d'étendre ces principes de prévention et d'anticipation aux personnes morales de droit privé, ainsi qu'à des domaines non encore couverts par le droit[1544]. De la même manière que le principe de précaution est d'abord né au sein de normes de droit souple avant d'être inscrit aujourd'hui au rang de principe à valeur constitutionnelle, les normes de RSE pourraient bien avoir la même influence sur le droit de la responsabilité, notamment en ce qui concerne les relations d'affaires des entreprises, domaine encore mal appréhendé par le droit de la responsabilité.

[1544] Voir à cet égard le projet de loi *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale* qui prévoit que: « (…) les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires». Projet de loi *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale,* n°1627, 11 décembre 2013, adopté par le Sénat le 23 juin 2014 (n° 140), article 8.

SECTION II - UN DEVOIR DE VIGILANCE ETENDU AUX RELATIONS D'AFFAIRES

600. Le devoir de vigilance, tel qu'il ressort des textes juridiques, privilégie avant tout une application personnelle, ou individuelle, des obligations. La RSE invite au contraire à développer une approche plus globale en responsabilisant tous les acteurs. C'est en ce sens que s'inscrit le devoir de vigilance pesant spécifiquement sur certaines sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre. Si le devoir reste appliqué de manière personnelle, il vise en réalité à responsabiliser les sociétés qui, par leur fonction et leur place au sein d'un groupe ou d'un réseau, ont une vision plus globale des activités de leurs partenaires et peuvent ainsi exercer leur influence pour limiter les risques que pourraient engendrer leurs activités. C'est en ce sens que tous les textes publics de RSE inscrivent la vigilance dont les sociétés doivent faire preuve[1545]. Les normes de RSE vont ainsi au-delà du droit « dur » lorsqu'elles incitent les sociétés à exercer une telle vigilance à l'égard de leurs relations commerciales, les invitant à adopter une vision d'ensemble de leur chaîne de sous-traitance ou de leur groupe et à se responsabiliser à cet égard. S'interroger sur les raisons d'un tel devoir revient à en rechercher les fondements, lesquels, d'apparence éthique ou morale, trouvent en réalité leurs sources dans le droit. Le devoir de vigilance, tel qu'il ressort des normes de RSE, influence alors *ex ante* le processus de décision des entreprises (§1), mais pourrait bien également influencer *ex post* le droit de la responsabilité [1546] (§2).

[1545] Voir par exemple la Question parlementaire avec demande de réponse écrite posée à la Commission européenne à propos de la précision du concept de « diligence raisonnable » de la RSE, et au fait de savoir si la Commission avait l'intention de rendre contraignant ce concept, et dans laquelle il est précisé que « la diligence raisonnable doit s'appliquer aux pratiques d'une entreprise et à celles de ses filiales et de ses chaînes d'approvisionnement, c'est-à-dire sa sphère d'influence. L'application effective de ce principe doit permettre de rendre les entreprises multinationales responsables des dommages provoqués sur l'ensemble de leur chaîne de production, y compris dans des pays à faible législation sociale », Question parlementaire, 17 déc. 2012, JO C 321 E du 07/11/2013.

[1546] La responsabilité peut être *ex ante*, c'est à dire que la personne est invitée à empêcher la réalisation d'un accident, d'un préjudice, ou *ex post*, elle doit alors tenter d'en limiter les effets. Sur cette distinction en droit international public, voir P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7ème éd., 2002, p. 1307 et p. 1334.

§ 1 . L'influence *ex ante* du devoir de vigilance sur le processus de décision

601. Le respect de la législation reste le fondement de la RSE. La mise en place de programmes, de procédures ou l'élaboration de normes n'est donc qu'un moyen, pour les sociétés, de respecter les obligations issues des législations nationales et internationales. Néanmoins, le droit n'impose pas aux sociétés de veiller au respect, par leurs partenaires commerciaux, des obligations légales de ces dernières, ni des risques que leurs activités peuvent engendrer, chacune restant responsable de ses propres actes. Les normes de RSE vont en revanche en ce sens. En incitant les entreprises à agir de manière vigilante, trois situations sont en réalité visées par les normes de RSE, selon qu'il s'agit pour la société de prévenir un risque de violation ou d' « incidence négative » issue directement de ses propres activités, produits ou services ; selon que ces activités, produits ou services contribuent, de manière indirecte à une violation ou un risque de violation, ou enfin selon qu'elles soient associées à une violation en raison de ses relations commerciales. La détermination des sociétés sur lesquelles pèse un tel devoir ressort des normes de RSE (A) alors que les fondements de cette imputation se retrouvent dans le droit (B) à travers les notions juridiques de précaution, de profit, ou encore de complicité, qui justifient que pèsent sur d'autres personnes que les auteurs directs d'un acte ou d'une activité, un devoir de vigilance, en dehors de toute relation de contrôle.

A. Vers un devoir pour les sociétés de veiller à leurs relations d'affaires

602. Les normes de RSE, contrairement aux normes de droit, font peser sur les sociétés un devoir de vigilance à l'égard de leurs relations d'affaire (1). Appliqué à une question aussi particulière que les relations d'affaires, la détermination du contenu de ce devoir de vigilance doit alors être étudiée (2)

1) *La vigilance et les relations d'affaires dans les normes de RSE*

603. Toutes les normes internationales de RSE visent les relations d'affaires en incitant les entreprises à exercer un devoir de vigilance à l'égard de leurs partenaires commerciaux. Ce principe se retrouve par exemple dans les Principes directeurs des Nations Unies lorsque le texte précise que la responsabilité de respecter les droits de

l'Homme signifie que les entreprises « *évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'Homme ou d'y contribuer par leurs propres activités (…) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'Homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences*[1547] ». Le texte se réfère explicitement aux situations dans lesquelles une société n'est pas directement l'auteur d'un acte dommageable, mais dont les relations ou les activités peuvent l'impliquer indirectement. D'un point de vue strictement juridique, ce devoir est d'autant plus surprenant qu'il vise les entreprises, peu importe qu'elles aient contribué matériellement à la réalisation des violations. Ce n'est donc pas uniquement l'acte matériel qui est visé, à l'instar des régimes traditionnels de responsabilité juridique, mais surtout les relations d'affaires et les activités, produits et services qui en découlent, lesquelles peuvent produire un impact négatif sur les droits de l'Homme, même indirect.

604. La responsabilité de respecter les droits de l'Homme incombe donc tant aux entreprises qui peuvent contribuer indirectement à une violation commise par l'un de leurs partenaires, qu'à celles dont les relations peuvent les associer aux violations commises par leur partenaires, en dehors de toute contribution de leur part, ce qui, d'un point de vue juridique, soulève plusieurs interrogations. Cette approche de la responsabilité est en effet plus large que les régimes juridiques de responsabilité puisqu'elle s'intéresse davantage à l'organisation en amont, qui peut avoir un impact sur les droits de l'Homme, que sur la conséquence de cette organisation, à savoir le préjudice subi. A travers cette approche préventive, c'est donc toute l'organisation des entreprises et de leurs relations qui sont visées. L'approche est globale, systémique, peu importe les liens de causalité ou la faute des unes et des autres des sociétés ; toutes doivent s'engager afin d'éviter de causer ou d'être impliquées dans des violations. Elles sont, d'une certaine façon, toutes responsables les unes des autres, collectivement. Ce principe se retrouve dans les Principes directeurs de l'OCDE, qui distinguent également selon que les incidences négatives sont liées à leurs activités, produits ou services en vertu d'une relation d'affaires, même si elles n'y ont pas contribué[1548], ou que la simple

[1547] Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, Principe II-A-13.
[1548] *Idem,* Principe II-A-12.

relation d'affaire suffise à exercer certaines diligences, comme encourager les partenaires commerciaux à appliquer des principes de conduite responsable[1549].

605. D'après ces textes, trois situations sont donc distinguées. Les activités de la société peuvent contribuer directement à des actes dommageables ou à des violations ; une telle situation correspond au régime classique de responsabilité personnelle, malgré les difficultés que sa mise en œuvre peut soulever en termes de causalité[1550]. Leurs activités peuvent également contribuer aux violations commises par leurs partenaires. Selon l'intensité de cette contribution, cette situation peut être ou non couverte par le droit de la responsabilité à travers le principe de complicité, du droit pénal ou celui de co-auteur, du droit civil. Notons toutefois que comme exposé dans le chapitre précédent, de tels fondements de responsabilité nécessitent là encore, la démonstration d'un lien causal. Enfin, les normes de RSE visent les relations d'affaires *per se* des sociétés, indépendamment de leur contribution matérielle à une violation. Cette troisième situation soulève de nombreuses questions juridiques car elle remet en cause les schémas classiques d'imputation dans la mesure où de telles relations peuvent exister en dehors de tout lien de contrôle, de dépendance ou, s'ils existent, n'être pas suffisamment caractérisés pour fonder une relation juridique au sens du droit positif. Et pourtant, les Etats et les entreprises elles-mêmes encadrent ces relations à travers des démarches responsables.

606. Ces relations d'affaires peuvent en effet être liées à des violations de différentes manières. Il pourrait s'agir par exemple de cahiers des charges imposant des délais trop stricts aux partenaires commerciaux, lesquels seraient contraints de ne pas respecter les normes relatives au respect du temps de travail, ce qui pourrait entraîner des violations commises directement par le partenaire, mais tirées de la relation d'affaires. Imposer des prix trop bas par rapport à ceux du marché peut également empêcher un partenaire commercial d'investir dans du matériel traitant par exemple les déchets issus de la

---

[1549] *Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, Principe II-A-13. L'avant-propos des Principes directeurs résument d'ailleurs que les modifications apportées aux Principes par la dernière révision de 2011, concerne une « approche nouvelle et plus complète de la diligence et de la gestion responsable de la chaine d'approvisionnement ». L'exercice d'un comportement responsable concerne donc ici strictement les relations commerciales (p. 4).

[1550] Voir *supra*, p. 423 et s.

production des produits à destination de l'entreprise principale, ou tout simplement empêcher de verser des salaires décents. Dans cette situation, la pollution entraînée par leur production se déroule au lieu de situation du partenaire et lui est imputable; aucun acte n'est imputable à la société principale, au titre de la complicité ou de sa responsabilité personnelle. Sa relation d'affaires est en revanche indirectement liée à la pollution. Une telle situation n'est actuellement pas visée par le droit de la responsabilité, mais uniquement par les normes de RSE, qui incitent donc les entreprises principales à ce que leurs relations d'affaires ne soient pas liées à de telles situations. La norme ISO 26000 s'inscrit également dans cette démarche lorsqu'elle définit le devoir de vigilance comme pouvant « conduire à influencer le comportement des autres, lorsque l'on constate que ceux-ci sont à l'origine de violations des droits de l'Homme ou autres violations, dans lesquelles l'organisation pourrait être compromise[1551] ». Le texte est explicite puisqu'il considère que les organisations, y compris les entreprises, devraient ainsi prendre en compte les risques de conséquences négatives « résultant des actions menées par d'autres entités ou personnes dont les activités sont étroitement liées [1552]» aux leurs. Le devoir de vigilance s'étend donc au-delà des murs de la société. Le Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises des Nations de la Sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies[1553] allait encore plus loin en retenant que les entreprises « ont l'obligation de ne pas participer à ou de ne pas tirer profit des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de génocide, de la torture, des disparitions forcées, du travail forcé ou obligatoire, des prises d'otages, des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires des autres violations du droit international humanitaire et des autres crimes internationaux contre les personnes tels que définis par le droit international, en particulier par le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire[1554] ». Ces approches de la responsabilité – entendue ici au sens non juridique – des entreprises passent donc totalement outre le principe d'autonomie juridique. C'est que celui-ci n'est pas remis en cause dès lors que sont visées les relations d'affaires, organisées traditionnellement par le droit des contrats et non par le droit des sociétés. De toute évidence, même en présence de sociétés liées par des

[1551] Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000, principe 7.3.1.
[1552] *Idem, p*rincipe 7.3.1.
[1553] E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.
[1554] *Idem,* Principe C - « Droit à la sécurité de la personne ».

relations capitalistiques, ce n'est pas cette relation qui semble fonder ici ce principe de responsabilité sociétale, mais bien le devoir général de vigilance, lequel s'inscrit plus largement dans une politique globale d'anticipation des risques, prenant en compte tous les acteurs concernés.

2) *Les particularités liées au contenu du devoir de vigilance à l'égard des relations d'affaires*

607. L'exigence d'un comportement responsable de la part des sociétés est inhérente à la notion de RSE. Elle interroge malgré tout quant à son contenu car elle ne vise pas tant les activités, produits et services des sociétés que ceux liés à leurs relations d'affaires. Or, si la mise en place de mesures diligentes pour assurer le respect par ses propres salariés, de certains principes, ou des conditions de fabrication de produits sur lesquels la société a une totale maîtrise, ne pose a priori pas de difficultés particulières du fait du contrôle qui peut s'exercer en pareilles circonstances, la question devient quelque peu plus complexe dès lors qu'il s'agit d'être vigilant à l'égard de personnes ou d'entités que l'on a ni sous sa garde ni sous son contrôle (non au sens sociétaire mais au sens du droit de la responsabilité) et qui sont au surplus, situées sur des lieux géographiques différents. Une telle situation soulève la question du contenu de ce devoir. Les normes de RSE, et notamment les normes mixtes, proposent d'ores et déjà aux entreprises des mesures et des procédures leur permettant de mieux gérer leurs relations d'affaire. D'autres normes publiques internationales plus spécifiques proposent également des outils aux entreprises. Pensons par exemple au guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit[1555] ou encore au récent projet de loi de la Commission européenne relative aux conflits miniers. Dans tous les cas, il s'agit pour les entreprises de réaliser des études de risques ou d'impacts relatives à leurs activités ou à leurs opérations et donc inévitablement à leurs partenaires. En développant des activités dans une région dans laquelle les actes des forces de police ou de l'armée sont connus pour commettre des violations des droits de l'Homme, une société-mère devrait par exemple veiller à ce que ses filiales n'aient pas à avoir recours à leurs services ou ne coopèrent avec eux ; de

[1555] Guide OCDE sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, OCDE, 2° éd., OCDE, 2013.

même, une société prenant la décision de développer une société d'exploitation de matières premières nécessitant la construction de lourdes infrastructures, devrait s'assurer que celles-ci ne vont pas entraîner le déplacement de populations, ni de violations des droits de l'Homme et ce, même si l'attribution de ces terres relève de la compétence de l'Etat d'accueil et non de l'entreprise elle-même[1556].

608. Les normes de RSE invitent finalement les entreprises à prendre en compte certains paramètres avant toute prise de décision[1557]. De toute évidence, une réelle prise en compte, *ex ante*, des effets potentiellement néfastes ou risqués d'une activité, a nécessairement pour conséquence de modifier non pas tant les conditions de mise en œuvre de la décision que la décision elle-même. Le choix de s'engager dans une activité ou de choisir un partenaire se distingue en effet des procédures mises en place pour permettre de faire ce choix. Une personne peut avoir mis en place des procédures de prévention ou de précaution correspondant aux pratiques de sa profession par exemple, et aux vues de ses évaluations, prendre une décision malgré tout contraire à celle qu'aurait pris un « bon père de famille » dans les mêmes circonstances, et causer ainsi un préjudice. Cette décision peut avoir été prise soit du fait d'une défaillance de la procédure de prévention, c'est-à-dire, des mesures de diligences mises en place ; soit, malgré la qualité des diligences exécutées, en toute connaissance du risque (en application du principe de précaution), ou par un mauvais jugement des effets néfastes potentiels. Il est donc crucial de distinguer ce qui permet de « modeler *ex ante* le processus décisionnel [1558]», de la décision elle-même. Ces décisions ainsi que les procédures mises en place peuvent en effet *ex post*, être prises en compte dans la mise en cause de la responsabilité des détenteurs de ce pouvoir décisionnel ou de leurs auteurs.

[1556] Pour des exemples de mise en cause d'entreprises transnationales dans de telles situations, voir par exemple European Center for Constitutional and Human rights, « Policy Paper : Due diligence obligations », 21 oct. 2013, disponible sur www.ecchr.eu, site visité le 5 mars 2014.

[1557] Dans le commentaire du Principe 18 des Principes Directeurs des Nations Unies, il est par exemple expliqué « qu'on devrait évaluer les incidences sur les droits de l'homme à des intervalles réguliers avant d'entreprendre une nouvelle activité ou une nouvelle relation ; avant de prendre de grandes décisions, ou de modifier l'exploitation (par exemple entrée sur un marché, lancement de produits, réorientation de la politique, ou changement de plus grande ampleur apporté à l'activité commerciale) (…) » ; voir également le principe II- A-14 ainsi que le commentaire 14 du Principe II-B ; le principe V-6 des *Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*.

[1558] G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299.

Le juge peut se contenter de vérifier que les procédures mises en place en amont correspondent aux usages ou à la législation, mais il peut également mener un contrôle plus poussé sur la décision elle-même. On comprend alors que la RSE, dans sa dynamique préventive, vise essentiellement les sociétés conduites à prendre d'importantes décisions et que les relations d'affaires se retrouvent au cœur de ce devoir de vigilance. Une telle approche s'inspire directement du principe de précaution, lequel produit finalement ses principaux effets sur les processus de décision puisque sa mise en œuvre concrète nécessite que des démarches préventives soient adoptées, dès la prise de décision[1559]. C'est ce qui fait dire à G. MARTIN que ce principe conduit « à soumettre l'ensemble des modes de production ou de décision à une évaluation de leurs conditions de mise en œuvre [1560]». Au-delà des conditions de mise en œuvre des décisions, ce sont donc les décisions elles-mêmes qui sont visées par ce principe.

609. La mise en œuvre de ce devoir de vigilance imputable aux sociétés pour leurs relations d'affaires s'est développée ces dernières années en droit anglo-saxon sous la notion équivalente de « duty of care ». Celle-ci ressort notamment de l'affaire dite *Lubbe and others c. Cape plc*, portée devant la Chambre des Lords en 2000, en Angleterre. La société Cape, exploitante de mines d'amiante en Afrique du Sud pendant plusieurs années par le biais de deux filiales, s'est vu reprocher par plus de 3000 victimes, travailleurs et riverains, son manque de vigilance dans l'exploitation de ces mines. Selon les victimes, la société-mère située en Angleterre était en effet informée des dangers liés à cette exploitation et aurait donc manqué à son « duty of care » en ne s'assurant pas que ses filiales avaient pris les précautions nécessaires à la protection des travailleurs[1561]. La question de savoir si la société-mère pouvait se voir imputer un « duty of care » dans ces circonstances fut posée par la chambre des Lords en ces termes : « *il s'agit de savoir si une société-mère dont il est prouvé qu'elle exerce un contrôle de fait sur les opérations de ses filiales étrangères et sait, par le biais de ses directeurs, que ces opérations impliquent des risques pour la santé des travailleurs employés par la filiale ou pour les personnes dans les alentours de son usine ou de ses locaux, détient un devoir de*

[1559] Voir à cet égard M-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1518.
[1560] G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *op. cit*.
[1561] Voir par exemple C. CHALAS, « De l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par le juge anglais Chambre des Lords. - 20 juillet 2000, *S.W.B. Lubbe c. Cape plc », Revue critique de droit international privé,* 2002, p. 690.

vigilance à l'égard des travailleurs et/ou d'autre personnes en relation avec le contrôle qu'elle exerce sur la filiale et du conseil qu'elle donne à cette filiale[1562] ». La relation de contrôle existant entre les deux sociétés est ici un élément central de l'imputation du devoir de vigilance. Pourtant, d'après la jurisprudence anglo-saxone, la détermination de l'existence d'un « duty of care » dépend de plusieurs questions ne mentionnant pas ce lien de contrôle. Le juge doit en effet déterminer si le préjudice était prévisible, s'il y avait suffisamment de proximité entre les parties et s'il est «équitable (« fair »), juste et raisonnable d'imposer un « duty of care »[1563]. De construction jurisprudentielle, la reconnaissance de l'existence ou non d'un tel devoir dépend donc dans chaque affaire, du juge[1564].

610. Reconnaître qu'une société est débitrice d'un devoir général de vigilance à l'égard de personnes tierces vivant à proximité d'une autre société est en l'état du droit positif, difficile à envisager alors même que les régimes de responsabilité du fait d'autrui fondés sur le contrôle ont d'ores et déjà évolué vers une responsabilité objective[1565], démontrant

---

[1562] Traduction par nos soins; « Whether a parent company which is proved to exercise de facto control over the operations of a (foreign) subsidiary and which knows, through ts directors, that those operations involve risks to the health of workers employed by the subsidiary and/or persons in the vicinity of its factory or other business premises, owes a duty of care to those workers and/or other persons in relation to the control which it exercises over and the advice which it gives to the subsidiary company? », *Lubbe c. Cape Plc*, 2000, 1 WLR, 1545 (HL), cité par R. MEERAN, « Tort litigation against Multinational corporations for violations of Human Rights: An overview of the position outside the United States », *City University Of Hong Kong Law Review*, Printemps 2011, Vol. 31, pp. 5-6.

[1563] Ces critères ressortent de la décision rendue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Caparo Industries plc c. Dickman*, 1990, 1 A11 ER 568 (HL), cité par R. MEERAN, « Tort litigation against Multinational corporations for violations of Human Rights: An overview of the position outside the United States», *idem*, p. 5.

[1564] Voir à cet égard l'affaire encore pendante, portée devant une Cour de l'Ontario au Canada à l'encontre d'une société-mère canadienne pour son implication dans le recours à des forces armées visant à répondre à des manifestations organisées sur le site de sa filiales étrangère, à l'étranger. *Angelica Choc; German Chub Choc; Caal et al. v. Hudbay Minerals Inc. et al.*, 2013 ONSC 998 http://canlii.ca/en/on/onsc/doc/2013/2013onsc998/2013onsc998.pdf; *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC. 1414 (July 22, 2013) (Ontario Superior Court of Justice) http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/10/Judgment-July-22-2013-Hudbays-motion-to-strike.pdf.

[1565] Une personne peut ainsi voir sa responsabilité être mise en cause sur le fondement du pouvoir ou de l'autorité exercée sur une autre personne ayant causé un dommage, indépendamment de sa propre faute. Il s'agit ici des cas de responsabilité de plein droit,

ainsi les limites du droit classique de la responsabilité pour répondre à certaines situations, ou à tout le moins, l'évolution de ses fondements. Pour autant, les juges néerlandais n'ont pas manqué de le rappeler dans une affaire opposant des villageois et fermiers nigérians, victimes de la pollution provoquée par des fuites de pétrole issues des installations nigérianes de la société Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. (SPDC), filiale de la société Royal Dutch Shell Plc., ayant le centre principal de ses affaires aux Pays-Bas. Les victimes mettaient en cause la responsabilité civile délictuelle de la société-mère et de sa filiale, devant le juge néerlandais, pour non respect de leur obligation de vigilance. Le juge a été conduit à distinguer l'obligation de vigilance de chacune des sociétés, l'une étant située à proximité du lieu du dommage et l'autre non. La responsabilité de la filiale a été reconnue sur le fondement de la négligence, pour violation de son obligation de vigilance[1566] à l'égard des populations avoisinantes et des agriculteurs et pêcheurs, victimes de la pollution.

611. En revanche, concernant la société-mère, il s'agissait de savoir si celle-ci détenait une obligation générale de prévenir les dommages causés aux tiers par ses filiales, en vertu du droit nigérian (droit applicable en l'espèce en tant que lieu du dommage). La Cour a considéré que les circonstances ayant conduit à la reconnaissance d'un tel devoir par le juge anglais dans l'affaire *Lubbe c. Cape*, n'étaient pas réunies en l'espèce. L'une

---

indépendant du comportement du responsable. Ce n'est donc pas tant en vertu d'une obligation de surveillance que ces derniers sont responsables que de leur statut inhérent à leur pouvoir de contrôle. Tel est par exemple le cas de la responsabilité du fait d'autrui des parents en l'état actuel du droit positif. Seuls le lien de filiation et la minorité de l'enfant fondent aujourd'hui la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants. C'est donc l'absence d'autonomie de l'enfant qui explique cette responsabilité. Dans tous les cas, la responsabilité n'étant plus fondée sur la faute, c'est davantage d'une garantie dont il s'agit aujourd'hui que d'une responsabilité visant à sanctionner une absence de surveillance ou d'éducation. Il s'agit d'une approche éthique de la responsabilité qui ne soit plus « sous-tendue par une culpabilité de punir, mais par la conscience aigue que celui qui s'est engagé en tant que « responsable » de l'enfant doit en assumer les conséquences lorsque celui-ci cause un dommage à autrui ». Cette nouvelle logique de responsabilité s'est aujourd'hui étendue au-delà de la responsabilité des parents pour devenir, dans bien des cas, une forme de responsabilité-garantie.

[1566] Les fuites de pétrole étaient en effet issues d'actes de sabotage. Or, en vertu du droit nigérian, l'opérateur a une obligation de prévoir de tels actes et aurait dû prendre toutes les mesures pour les prévenir. La Cour a considéré que la SPDC n'avait pas pris toutes les mesures de précaution pour sécuriser les installations pétrolières, mesures qui n'ont été prises qu'après que l'action ait été portée devant le juge alors qu'elles auraient permis d'éviter de tels actes., District Court of The Hague, 30 Janv. 2013, *LJN* BY9854, §4.41 et s.

des conditions retenues dépend en effet du fait de savoir si la société-mère assume une telle obligation vis-à-vis des salariés de sa filiale, une telle situation pouvant découler par exemple de l'intervention de la société-mère auprès de sa filiale, ou du niveau de connaissance par la société-mère des aspects sécuritaires liés à l'activité etc.[1567] Or, selon la Cour, la proximité pouvant exister entre une société-mère et les salariés de sa filiale[1568] ne peut pas se retrouver entre une population voisine d'une filiale et sa société-mère située à l'étranger et ce, malgré les diverses normes de RSE émises par la société-mère concernant sa politique globale en matière de respect de l'environnement. La Cour considère en effet qu'une telle obligation aurait un champ d'application trop large puisque cela créerait, à la charge de la société-mère, une obligation de vigilance à l'égard d'un groupe virtuel illimité de personnes dans plusieurs pays[1569], ce qui ne serait donc pas « équitable, juste et raisonnable ». Le raisonnement de la Cour s'inscrit dans la droite ligne du droit classique de la responsabilité, lequel nécessite la recherche d'un acte en lien avec un dommage. De ce point de vue, il semble en effet injuste de créer une telle obligation générale à la charge d'une société. Nous verrons pourtant que le fondement d'un tel devoir de vigilance peut se rencontrer ailleurs, comme nous y invitent les normes de RSE. Surtout, la non reconnaissance d'une obligation de vigilance par le juge, lorsqu'une société-mère élabore des normes de RSE visant l'entreprise transnationale dans son ensemble, est aujourd'hui difficile à justifier, surtout lorsque les normes de RSE distinguent elles-mêmes, comme nous l'avons vu, le contenu de cette obligation de vigilance selon qu'il s'agit de la filiale ou de la société-mère.

612. La proposition de loi relative au devoir de vigilance des société-mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée le 6 novembre 2013, qui s'inscrit dans ce

---

[1567] Concernant les autres critères pouvant être utilisés par le juge pour déterminer l'existence ou non d'un tel devoir imputable à la société-mère, voir Disctrict Court of the Hague, *Ogura, Efanga, Milieudefensie c. Royal Dutch Shell et SPDC*, 30 janv. 2013, C/09/330891 / HA ZA 09-0579, §. 4.35.

[1568] Ce qui était le cas dans l'affaire *Lubbe c. Cape*.

[1569] «The duty of care of a parent company in respect of the employees of a subsidiary that operates in the same country further only comprises a relatively limited group of people, whereas a possible duty of care of a parent company of an international group of oil companies in respect of the people living in the vicinity of oil pipelines and oil facilities of (sub-) subsidiaries would create a duty of care in respect of a virtually unlimited group of people in many countries », District Court of the Hague, *Ogura, Efanga, Milieudefensie c. Royal Dutch Shell et SPDC*, 30 janv. 2013, C/09/330891 / HA ZA 09-0579, §. 4. 46.

contexte de responsabilisation des activités des sociétés et donc de mise en œuvre des normes de RSE, se fonde pourtant elle aussi sur le droit classique de la responsabilité. Le préambule de la proposition précise en effet qu'il s'agit de « responsabiliser les acteurs économiques pour empêcher la violation de droits humains et les atteintes à l'environnement dans le cadre des échanges économiques mondiaux ». En se fondant sur la notion de sphère d'influence, sur laquelle s'appuient les normes de RSE pour étendre le devoir de vigilance, le texte démontre une volonté de « dépasser la relation de contrôle ou de domination qu'une entreprise peut entretenir avec ses filiales et sous-traitants », puisque cette notion va au-delà en intégrant « les relations politiques, contractuelles ou économiques à travers lesquelles celle-ci peut influencer les décisions ou les activités d'autres sociétés, entités ou personnes individuelles[1570] ». Toutes les sociétés sont donc visées par ce devoir de vigilance qui induit de veiller aux impacts que peuvent générer leurs activités, « y compris indirectement ». Il s'agit d'une obligation de moyen dont la société peut s'exonérer en démontrant « qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance et de ses efforts, prévenir le dommage en faisant cesser son risque ou en empêchant sa réalisation compte tenu du pouvoir et des moyens dont elle disposait ». En visant les filiales, les sous-traitants et ses propres activités, la confusion s'installe car l'obligation de vigilance semble alors se fonder sur les critères du contrôle, en ce qui concerne les relations sociétés-mères/filiales, et sur ceux de domination ou de dépendance, traditionnellement utilisés pour fonder une obligation légale d'une société à l'égard d'un partenaire commercial. Pourtant, la proposition tend expressément à s'adresser à toutes les « entreprises ». Il semblerait en réalité que dans une volonté de mise en œuvre des normes internationales de RSE, le texte ait voulu se limiter aux relations commerciales internationales et viser spécifiquement les sociétés détentrices d'un certain pouvoir, tout en imposant une telle obligation à toutes les sociétés. Derrière ces confusions, on peut toutefois noter qu'il s'agit ici surtout d'encadrer des relations commerciales et économiques échappant, en l'état du droit positif, à toute obligation de vigilance.

613. Imputer une obligation de vigilance à des sociétés en dehors de toute relation de pouvoir, de contrôle, de domination ou de dépendance est, en l'état du droit positif, difficile à concevoir car ce sont ces principes qui fondent aujourd'hui le droit de la

[1570] Proposition de loi n° 1524 relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre, M. LE ROUX, et autres, 6 nov. 2013.

responsabilité. Celle-ci reste en effet inspirée par une logique de responsabilité personnelle, nécessitant une « prise » directe sur l'acte reproché. La RSE invite pourtant à s'inspirer de nouveaux fondements. Les étudier en les rapprochant de principes juridiques existants, permet alors de les comprendre et de s'interroger sur la possibilité pour le droit de s'en inspirer à son tour afin de créer un principe de responsabilité adapté à l'organisation de l'entreprise transnationale et de ses activités.

B. Les fondements du devoir de vigilance à l'égard des relations d'affaire

614. Si un devoir de vigilance imputable à une société à l'égard de ses relations commerciales peut paraitre nouveau d'un point de vue juridique, l'étude de ses fondements démontre au contraire qu'il s'inscrit dans un contexte juridique transférant de plus en plus la responsabilité aux acteurs privés de la mise en œuvre de mesures préventives, dans leurs relations commerciales. Tant le principe de précaution (1) que la notion de profit (2) fondent alors ce devoir de vigilance, se substituant à la notion de faute et donc au critère du contrôle, inadaptée à la complexité des relations d'affaires internationales.

1) *La prise en compte des risques liés aux relations d'affaires justifiée par le principe de précaution*

615. La vigilance à laquelle doivent faire preuve les entreprises dans leurs relations commerciales trouve notamment sa source dans le principe de précaution, lequel consiste à « anticiper certains dommages graves bien qu'incertains en s'attaquant aux risques [1571]». Rappelons que l'une des caractéristiques du principe de précaution se trouve dans l'incertitude et spécialement l'incertitude liée aux données scientifiques, celle-ci ne devant pas empêcher de prendre les mesures nécessaires afin qu'un dommage ou un risque de dommage soit évité. Plusieurs auteurs ont démontré que les données scientifiques n'étaient plus un élément déterminant du principe de précaution. Les normes de RSE s'inscrivent dans cette évolution dès lors qu'elles appellent les entreprises à plus de vigilance, non pas tant du fait de l'incertitude des connaissances scientifiques, que de l'incertitude liée à leurs relations commerciales, dont elles ne

[1571] M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2662.

maîtrisent pas toutes les conditions de fabrication et de production. Pour cette raison, les entreprises sont appelées à faire preuve de vigilance pour que dans leurs décisions (à travers les cahiers de charges imposés aux sous-traitants, le choix des fournisseurs, le choix d'un pays d'implantation, le choix d'une zone d'implantation, les négociations commerciales portant sur les avantages accordés par le pays d'accueil à la société faisant le choix de s'implanter via une filiale etc.) soient pris en compte les risques liés à leurs relations commerciales. De toute évidence, une société faisant le choix de fabriquer un produit ou de proposer un service qu'elle réalise seule, de « A à Z », possède une totale maîtrise et un contrôle sur toute sa chaîne de production, tant au niveau des effets de fabrication de son produit que de son utilisation, tant sur l'environnement que sur la santé et la sécurité des personnes, mais également sur les conditions de travail de ses salariés. Mais, dès lors qu'une partie de cette production est externalisée vers une autre société, la société donneuse d'ordre perd une grande partie de la maîtrise des conditions de travail des personnes qui travailleront pourtant à la réalisation d'une partie de son produit ; de même les conditions de fabrication, qu'il s'agisse des aspects touchant à la santé, à la sécurité ou à l'environnement, ne sont plus totalement maîtrisées par ladite société, puisqu'une partie de la production est « déléguée » à une société tierce, indépendante et autonome juridiquement. Lorsqu'un tel partenaire commercial se trouve en France, la société délégante peut toutefois se concentrer, dans sa relation contractuelle, sur les qualités propres du produit, via un cahier des charges, puisque le cadre juridique existant relatif aux conditions de travail, à la protection de l'environnement, à la santé et à la sécurité des produits, s'applique aux deux sociétés situées en France[1572]. La vérification du respect de la législation n'incombe donc pas aux partenaires commerciaux, sauf disposition expresse énoncée dans la loi, mais à l'Etat et à ses services.

616. La situation est en revanche différente lorsque le partenaire choisi se trouve dans un Etat tiers ; et elle est d'autant plus complexe lorsque celui-ci se situe dans un Etat non membre de l'Union européenne, la législation s'appliquant à chacune des sociétés étant alors différente pour les deux partenaires. Dans une telle situation, et en l'absence de normes internationales, seule la relation commerciale peut dès lors déterminer les

[1572] Notons à cet égard la notion de « responsabilité élargie du producteur » en matière de préventions et de gestion des déchets, art. L. 541-10 du Code de l'environnement.

conditions auxquelles les deux partenaires décideront de se soumettre. Or, en dehors de tout cadre assujettissant les sociétés au respect de certaines normes sociétales, seules les préoccupations économiques et celles relatives aux caractéristiques du produit feront l'objet du contrat commercial. La RSE, qu'il s'agisse de normes publiques, comme des normes privées, a alors pour objet de transférer la responsabilité de la vérification du respect des droits de l'Homme, de la protection de l'environnement ou du respect des normes internationales relatives aux droits des travailleurs par les partenaires commerciaux incombant normalement aux Etats, sur les sociétés. L'éloignement géographique des partenaires crée en effet un risque de non respect de certaines normes internationales, risque qui s'avère d'autant plus réalisable que le partenaire est situé dans un pays où le système législatif et judiciaire est peu garant des droits des individus, soit du fait d'une situation de conflit, soit du fait d'un climat de corruption, dans tous les cas, du fait d'un déficit de gouvernance de l'Etat d'accueil ou de l'Etat où se situe le partenaire commercial. L'incertitude quant au respect des droits des individus et de l'environnement par ce partenaire, nécessite donc que les sociétés faisant le choix d'investir dans ces pays ou d'entrer en relation commerciale avec des sociétés situées dans ces pays ou dans des zones « à risque de non respect des normes internationales », prennent en compte cette incertitude et donc ce risque, dans leurs décisions.

617. La RSE invite donc les sociétés « délégantes » à prendre les précautions nécessaires pour prévenir d'éventuelles violations, dont la réalisation reste incertaine, mais simplement possible, du fait du contexte qui entoure la relation. Elles sont ainsi appelées à exercer un devoir de vigilance lié à une telle incertitude et pour ce faire, à prendre certaines mesures de diligence. Les décisions d'investissement liées à l'achat ou à l'extraction de matières premières dans certains pays illustrent ce risque. Cette problématique a été maintes fois étudiée, par les Organisations internationales[1573], les Etats[1574], les ONG et les entreprises elles-mêmes[1575]. La décision de créer par exemple

[1573]OECD, « Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones », disponible sur: http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf.

[1574] Voir par exemple le document mis à disposition par le gouvernement anglo-saxon aux sociétés anglo-saxones opérant à l'étranger: «Business and Human Rights Toolkit », disponible sur : http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3849543/bus-human-rights-tool.pdf; ou encore le Rapport d'information réalisé par la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale sur *Le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental*, n°1859, 13 oct. 1999.

une société visant au développement d'une culture unique d'huiles de palme dans une zone agricole sur laquelle réside une population à majorité agricole, risque de créer des tensions avec la communauté et potentiellement des violations de leurs droits[1576]. De même, la décision de sous-traiter une partie de sa production auprès d'une société située en Chine, augmente le risque que les droits collectifs des travailleurs de ce partenaire ne soient pas respectés etc. Les sociétés « délégantes » sont donc invitées à exercer un devoir de vigilance fondé sur leur pouvoir de décision. Leur influence doit ensuite être exercée pour limiter voire réparer, les éventuelles violations commises par leurs partenaires.

2) *L'imputation déterminée par le profit tiré de la relation d'affaires*

618. Les Principes directeurs des Nations Unies n'emploient pas le terme de « faute » mais de « risque » d'incidences négatives des entreprises commerciales sur les droits de l'Homme. Ce n'est donc pas tant le comportement fautif qui est à prévenir que la potentielle réalisation d'une incidence sur les droits des tiers[1577]pouvant provenir de décisions, d'activités, de services ou de produits. La précision est importante puisque l'exigence de proximité entre l'acte à l'origine de l' « incidence » et l' « incident » lui-même, est nécessairement moindre en ce qui concerne un risque, qu'une faute. La prévention d'un risque lié aux décisions ou aux activités d'une société exige en effet de cette dernière qu'elle soit vigilante non seulement à l'égard de ses propres décisions et

---

[1575] Voir à cet égard le centre de ressources en ligne dédié à la problématique du monde des affaires et des droits de l'Homme www. business-humanrights.org.

[1576] Voir par exemple, pour des faits similaires, la circonstance spécifique déposée le 3 décembre 2010, auprès du Point de contact national français de l'OCDE par quatre associations, reprochant à quatre sociétés, Bolloré SA, domiciliée en France, Financière du Champ de Mars, domiciliée en Belgique, ainsi que deux sociétés domiciliées au Luxembourg, leur responsabilité dans des violations qui auraient été commises par une société camerounaise Socapalm et qui a abouti à un accord entre les plaignants et le groupe Bolloré. *Rapport du Point de contact national français chargé du suivi des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 3 juin 2013, 13 p., disponible sur http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/397225, site visité le 24 mars 2014.

[1577] Les commentaires du Principe 17 précisent ainsi que la diligence raisonnable ne doit pas se borner « à identifier et gérer les risques importants auxquels l'entreprise est elle-même exposée » mais qu'elle devrait prendre en compte « les risques encourus par les titulaires des droits », *Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies*.

actes pouvant être fautifs, mais également à l'égard de leur implication indirecte. Ce n'est donc pas tant la proximité avec les préjudices potentiels qui doit inciter les entreprises à faire preuve de vigilance, que leur implication même potentiellement indirecte, dans leur réalisation. La justification de ce principe se trouve dans l'idée que les entreprises ne devraient pas tirer profit des violations commises par des tiers, leurs partenaires notamment, ce qui peut être le cas en dehors de toute participation directe aux violations commises. La responsabilité est alors fondée non pas sur la faute mais sur le profit que la société a pu retirer d'une activité, dont elle doit dès lors en assumer les risques, et donc les conséquences. Les Principes directeurs utilisent à cet égard le terme « non juridique » de « complice » pour expliquer que « les entreprises peuvent être jugées « complices » des actes d'une autre partie lorsque, par exemple, on constate qu'elles bénéficient de l'atteinte commise par ladite partie [1578]».

619. Cette approche de la complicité se trouvait d'ores et déjà dans le Projet de normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises de la Sous-commission des droits de l'Homme des Nations-Unies, lequel, dans le chapitre relatif au droit à la sécurité de la personne, distinguait la participation directe des entreprises transnationales dans des crimes internationaux ou plus largement des violations aux droits de l'Homme, et le fait d'en tirer profit, de manière indirecte[1579]. On la retrouve également dans la norme ISO 26 000 qui prévoit que pour respecter les droits de l'Homme, « les organisations doivent prendre des mesures pour respecter les droits de l'Homme, et dans les cas où ceux-ci ne sont pas protégés, éviter de tirer avantage de ces situations[1580] ».

620. Telle qu'elle ressort des normes de RSE, cette approche de la complicité correspond à l'une des trois approches retenues de la complicité par le Haut

---

[1578] Ibidem.
[1579] « Les sociétés transnationales et autres entreprises ne participent pas à des crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocides, actes de torture, disparitions forcées, pratiques de travail forcé ou obligatoire, prises d'otage, exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, autres violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux contre la personne tels que définis par le droit international, en particulier le droit humanitaire et le droit relatif aux droits de l'homme, ni n'en tirent profit », Principe C, *Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises*.
[1580] Principe 4.8, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000.

Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies. Dans un rapport soumis à l'Assemblée générale en 2001[1581], celui-ci décrivait la complicité comme une notion non « figée », pouvant comprendre plusieurs formes, comme celle de tirer profit d'abus commis par une autre entité. Comme le relève O. De SCHUTTER, ce rapport vise les bénéfices tirés des violations commises par l'Etat ou des rebelles, mais « rien n'interdit de l'étendre aux violations commises par des parties privées, notamment par des fournisseurs, sous-traitants ou autres co-traitants de l'entreprise[1582] ». C'est en ce sens que s'orientent les normes de RSE, en étendant la notion de complicité, entendue comme le fait de tirer profit de violations, à travers les relations d'affaires. Cette appréciation de la complicité découle directement de la complicité telle qu'elle est appréciée en droit international pénal, mais qui limite la complicité d'une personne privée aux violations commises par un Etat ou l'un des ses organes. La complicité est définie par les juridictions internationales comme le fait d'assister, de soutenir ou d'encourager, en connaissance de cause, l'auteur de la violation[1583]. Les deux critères permettant de retenir la complicité sont ainsi l'*actus reus* et le *mens rea.* Le premier correspond à l'élément matériel de la complicité, qui consiste en « une aide matérielle, des encouragements, ou un soutien moral ayant un effet sur la perpétration du crime[1584] ». Cette définition s'inspire du projet de code de la Commission du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[1585]. Le second élément permet de déterminer que le complice a fourni cette aide en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il savait que son assistance pourrait faciliter la commission d'un crime, cette connaissance n'ayant pas à être nécessairement précise[1586]. Concernant spécialement la

---

[1581] *Rapport du Haut Commissariat aux droits de l'Homme*, Assemblée Générale des Nations Unies, 56° session, Suppl. n° 36 (A/56/36), 28 sept. 2001.

[1582] O. De SCHUTTER, « Les affaires Total et Unocal », *AFDI*, LII, 2006, CNRS éd., Paris, p. 76.

[1583] La responsabilité des entreprises Total et Unocal a par exemple été mise en cause devant les juridictions américaine, française et belge pour complicité dans des crimes de travail forcé commis au cours de la construction d'un gazoduc en Birmanie.

[1584] *Procureur c. Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 déc. 1998, para. 235, cité par O. De SCHUTTER, « Les affaires Total et Unocal », *op. cit.*, note 68.

[1585] Art. 2§3 d), Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 48° session*, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, 51° session, Suppl., n° 10, p. 30, document de l'ONU A/51/10.

[1586] Cette précision a été retenue dans le cadre de l'affaire rendue par la Cour d'appel du 9° circuit dans l'affaire Unocal, mettant en cause la responsabilité civile de l'entreprise,

complicité de sociétés dans des violations commises par les Etats d'accueil de leurs investissements, comme dans l'affaire mettant en cause les entreprises TOTAL et UNOCAL pour leurs activités en Birmanie, O. De SCHUTTER relève qu'au sens requis par le droit international pénal, rien ne permet d'exclure que la complicité pourrait résulter de « la simple présence d'investisseurs en Birmanie, compte tenu du soutien que cette présence apporte au régime birman et de ce que ces investisseurs ne peuvent prétendre ignorer la nature du régime avec lequel ils se compromettent[1587] ». Si ces deux formes de complicité semblent en apparence distinctes, notamment par la nature juridique de la seconde par rapport à la première au regarde de sa définition d'origine jurisprudentielle, l'élément tiré du « profit » pourrait bien en réalité participer à faire évoluer la définition juridique de la complicité. La Cour d'appel américaine du 9° Circuit qui a eu à connaître de la mise en cause de la responsabilité civile délictuelle des sociétés Total et Unocal s'est en effet inspirée des définitions de la complicité issues du droit international pénal[1588]. Elle n'a pourtant pas hésité à retenir une interprétation plus large de la complicité, laquelle s'inspire de l'idée de ne pas tirer profit de violations, idée que l'on retrouve dans les normes de RSE.

621. Celles-ci précisent en effet à plusieurs reprises que les entreprises devraient éviter de se rendre complice de violations des droits de l'Homme. Cet objectif fait référence tant aux risques de complicité « juridique »[1589], qu'à la complicité « non juridique », c'est-à-dire au fait de tirer profit de violations commises par des partenaires. Ce qui distingue avant tout ces deux situations c'est la connaissance du risque de complicité. Une société peut en effet bénéficier des violations commises par un partenaire commercial sans pour autant avoir eu connaissance du risque que ce partenariat ou que

---

John Doe I v. Unocal Corp., 395 F. 3d 932, 946 (9th Cir., 2002), cité par O. De SCHUTTER, « Les affaires Total et Unocal », *op. cit.*, note 78.

[1587] *Idem*, p. 76.

[1588] Pour plus de détails sur l'interprétation retenue par la Cour, voir O. De SCHUTTER, « Les affaires Total et Unocal », *op. cit.*

[1589] La décision, par exemple, de créer une filiale chargée de l'exploitation de matières premières dans une zone en conflit armé, représente un risque certain que les activités soient liées, directement ou non, à des violations des droits de l'Homme, soit que celles-ci soient commises par l'Etat d'accueil, soit par des sociétés chargées de la sécurité du site et protégeant les installations et le personnel, ne commettent de telles violations, ce qui impliquera inévitablement la filiale concernée. L'implantation dans de telles zones, via la création d'une filiale ou le choix d'un partenaire commercial, nécessite donc de prendre certaines précautions pour des sociétés faisant le choix de s'y installer.

son partenaire pouvait engendrer. Il s'agit alors de la complicité telle que définie par les normes de RSE. Dans les deux cas, faire preuve de vigilance permettra de renforcer la prévention du risque et d'inciter les entreprises à une connaissance du risque, c'est-à-dire « à ne pas fermer les yeux » sur les partenaires commerciaux avec lesquels elles décident d'entrer en relations d'affaires. De ce point de vue, l'exercice d'une vigilance raisonnable par des sociétés pourrait produire des effets sur l'appréciation de la complicité juridique, de telles mesures préventives de diligence ayant en effet pour objet principal la connaissance du risque, dans des situations pour lesquelles la connaissance n'était, sans ce principe, pas exigée.

622. Cette approche n'est pas sans rappeler les régimes de responsabilité objective fondés sur le risque ou l'idée de garantie, qui se placent davantage du côté de la victime dans la mesure où c'est le résultat qui est appréhendé, et non l'acte fautif. Deux théories du risque en droit de la responsabilité civile, se sont ainsi développées. L'une est fondée sur l'idée de « risque-profit » et l'autre, sur celle de « risque-maîtrise »[1590]. A la différence de la responsabilité pour faute, la responsabilité fondée sur le risque nécessite la seule recherche du lien de causalité, indépendamment de toute faute commise, créant ainsi un régime de responsabilité objective. A l'instar de la loi sur les accidents de la circulation, le lien de causalité peut toutefois, dans certaines circonstances, se limiter à la recherche d'une simple implication[1591]. Tirée de la maxime *Ubi emolumentum, ibi onus* (là où est l'avantage, là doit être la charge), le risque est appréhendé différemment selon que soit pris en compte le pouvoir qu'avait la personne d'éviter la réalisation du risque, (il en avait la maîtrise ou aurait dû l'avoir), ou le fait que la personne ait tiré les bénéfices de son acte ou « dont l'activité a crée les circonstances ayant entraîné le préjudice[1592] ». Toutefois, si le risque a bel et bien pénétré le droit de la responsabilité, il ne s'est

---

[1590] Voir notamment R. SAVATIER, « Comment repenser la conception française de la responsabilité civile ? », *D.,* 1966, chron. p. 150 ; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité,* L.G.D.J., 3ème éd., 2006 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé*, Bruylant, L.G.D.J., 1998 et spécialement p. 605 et s. C'est également cette théorie du risque qui fonde loi du 9 avril 1898 *sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, JORF, 10 avril 1898.

[1591] Loi n°85-677 du 5 juill. 1985.

[1592] G. SCHAMPS, La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit., p. 608.

pourtant pas substitué à la faute, aménageant davantage sa nature en l'objectivant[1593], que créant un nouveau principe général de responsabilité. La théorie jurisprudentielle des troubles du voisinage fait cependant exception dès lors qu'elle trouve sa justification principale dans la notion de risque-profit et non dans celle de faute. Celle-ci conduit en effet à rendre responsable la personne qui crée un risque par l'usage de son droit de propriété ou tire profit de ce droit en créant un trouble aux tiers[1594]. Mais de manière générale, c'est surtout la notion « d'activité dangereuse » qui a su introduire le risque dans le droit de la responsabilité en étendant la définition de la faute afin de ne pas la supprimer, répondant ainsi aux nombreuses critiques prononcées à l'encontre d'une suppression de la faute au profit du risque[1595]. Si elle ne constitue pas un fondement autonome de responsabilité, la notion de risque ne perd pourtant pas toute son importance dès lors qu'elle explique et justifie les évolutions de la définition de la faute et de son objectivisation. La RSE, en visant à responsabiliser les entreprises dans leurs relations d'affaires en faisant preuve d'une vigilance élargie, ravive ainsi un vieux débat opposant les tenants d'une responsabilité fondée sur la faute, à ceux souhaitant voir se développer une responsabilité fondée sur le risque, en étendant cependant le débat aux nouveaux risques créés par l'internationalisation des échanges économiques[1596]. Le devoir de vigilance, tel qu'il ressort des normes de RSE, pourrait alors potentiellement influencer le droit de la responsabilité.

[1593] Tel est par exemple le cas de la responsabilité du fait des choses, laquelle s'explique notamment par le pouvoir de maîtrise des risques que détient le gardien d'une chose. Le risque a également inspiré les régimes de responsabilité sans faute applicable à l'employeur comme l'ancienne loi du 10 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, (*J.O.*, 10 avril 1898), « responsabilité » transférée depuis à la charge des caisses de sécurité sociale. Sur cette question, voir G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit.*, p. 615.

[1594] *Idem*, p. 609.

[1595] A propos des critiques de certains auteurs, voir G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., 2ème éd., 1995, p. 85, n° 50-1.

[1596] Sur les origines de la notion de risque liée au développement de l'industrialisation au début du 19° siècle et à l'inadaptation de la faute pour permettre aux victimes des accidents industriels d'apporter la preuve de la faute de l'employeur et donc d'obtenir des dédommagements, voir G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit.*, p. 605 et s. ; H. BAILBY, *Du fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail survenus aux ouvriers (évolution des théories vers celle du risque professionnel) en droit français et étranger*, Bordeaux, imp. Y. Cadoret, 1900, 196 p.

§ 2 . La potentielle influence *ex post* de la vigilance sur le droit de la responsabilité

623. Tel qu'il ressort des normes de RSE, le devoir de vigilance est abordé tant dans sa dimension individuelle, que collective. Chacune des sociétés est en effet invitée à prendre ses décisions et à développer ses produits, services ou activités, en toute connaissance des incidents ou risques potentiels qu'ils peuvent engendrer directement. Cette approche, fondée sur le principe de responsabilité personnelle, n'est nouvelle que par l'incitation expresse de l'adoption d'une démarche préventive dans des domaines souvent ignorés du droit en général, et du droit des sociétés en particulier. Elle innove en revanche en prenant en compte la dimension collective des relations d'affaires, et en incitant ainsi les sociétés à prévenir les éventuels incidents que peuvent engendrer leurs relations ou leurs partenaires à l'égard des tiers. Il s'agit de les inciter à ne pas « fermer les yeux » sur les produits, services ou activités qui sont confiés à un partenaire, du seul fait qu'ils ne relèvent plus de leur compétence directe ou de leur activité principale. Dès lors qu'ils sont réalisés pour leur compte ou qu'ils en tirent profit, une vigilance doit être mise en œuvre concernant les impacts potentiels qu'ils peuvent créer, même s'ils ne sont qu'indirects pour la société concernée par ce devoir. La prise en compte de la dimension réticulaire et donc collective de l'entreprise et surtout, de ses activités, par les normes de RSE, bouscule le principe général de responsabilité personnelle du droit de la responsabilité. Elle rapproche les incidents pouvant en découler de l'*accident* et donc des régimes de responsabilité fondés sur le risque, davantage que sur la *faute personnelle.* Celle-ci peut en effet difficilement être considérée comme seule cause d'un préjudice dès lors qu'est prise en compte la dimension collective des acteurs concernés et que les préjudices causés sont également collectifs (une communauté affectée par l'implantation d'une usine sur ses terres agricoles par exemple), ou diffus (pensons à un dommage environnemental).

624. La recherche de l'auteur direct d'un préjudice répond en effet à une vision légitime et nécessaire de responsabilisation de l'individu. En fondant la responsabilité sur la faute, c'est « un lien subjectif de responsabilité entre le comportement dommageable

(fait de rattachement) de l'individu en question et sa personne[1597] » qui est recherché. Dans cette logique de responsabilité pour faute personnelle, les éléments extérieurs à la personne qui ont pu contribuer à la réalisation de la faute sont pris en compte soit pour exonérer ou limiter la responsabilité de la personne mise en cause, soit pour partager les responsabilités entre les auteurs. Or, évoluant et agissant au sein d'une organisation complexe, l'action de la personne (morale comme physique), en est nécessairement influencée. En invitant les sociétés à faire preuve de vigilance dans leurs relations d'affaires à l'égard de leurs parties prenantes, la RSE prend acte de la complexité de leur organisation ou de leurs activités, ce que le droit ne fait pas en restant enfermé dans une approche binaire fondée sur un principe général de responsabilité personnelle. La portée de la RSE sur le droit se mesure ainsi par l'introduction potentielle d'une telle obligation préventive dans le droit de la responsabilité et par voie de conséquence par une remise en cause du principe de responsabilité personnelle comme fondement principal et exclusif du droit de la responsabilité. Il s'agit dès lors de considérer la possibilité de créer une obligation pesant sur les sociétés de supporter les risques professionnels ou plus exactement ceux découlant de leurs relations commerciales, de leurs activités[1598], en somme, de leur organisation, sans que celle-ci ne se substitue à la responsabilité personnelle de chacune des sociétés membres du groupement. Une telle approche s'inscrit dans les évolutions touchant à l'objectivisation du droit de la responsabilité. Elle permettrait en outre de rétablir l'équilibre rompu entre pouvoir et responsabilité au sein de ces organisations complexes, et ne serait qu'une juste contrepartie des profits tirés de ces organisations.

625. Comme nous avons pu l'observer, l'obligation de vigilance, par sa nature préventive, se rapproche en effet davantage d'une responsabilité fondée sur le risque, que sur la faute - à moins que celle-ci ne soit spécifiquement prévue par un texte, sa violation entraînant alors la constitution d'un acte illicite. De tels régimes de

[1597] P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens », contribution, Université Rennes 1, disponible sur le site du GRERCA, p. 3.
[1598] Voir thèse H. BAILBY, Du fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail survenus aux ouvriers (évolution des théories vers celle du risque professionnel) en droit français et étranger, op. cit., p. 21 et s.

responsabilité existent d'ores et déjà, qu'ils soient le fruit d'évolutions législatives[1599] ou jurisprudentielles[1600] du droit de la responsabilité. Ils ne sont d'ailleurs pas sans influence sur l'objectivisation des régimes de responsabilité. Ce détachement de la faute de l'auteur vers le droit à réparation de la victime, explique sans doute la place de plus en plus prépondérante d'une logique préventive prenant le pas sur une logique réparatrice. Celle-ci conduit à rechercher non pas tant l'élément d'imputation (la faute), qu'à compenser les risques pris et les profits tirés par une personne. Comme le note P. WIDMER, « dans les responsabilités objectives, c'est cette compensation entre risques et profit qui crée, ici également, le lien subjectif entre l'événement dommageable et la personne responsable[1601] ». Ainsi, « contrairement à ce qui se passerait dans le cadre d'une responsabilité rattachée au comportement individuel - ce n'est pas l'individu (par exemple l'employé) qui déclenche directement la réalisation du risque qui sera normalement rendu responsable, mais la personne qui contrôle l'activité ou l'entreprise dans son ensemble ; et c'est en premier lieu du contrôle économique et organisationnel dont il est ici question ». C'est exactement dans cette tendance de prise en compte globale de l'organisation complexe des entreprises, à travers la responsabilisation de leurs relations d'affaires, que s'inscrit la RSE. Rappelons en effet que la complexité de leurs modes d'organisation est rétive à toute mise en cause de leur responsabilité selon les fondements classiques du droit de la responsabilité. C'est donc bien vers les régimes de responsabilité objective, mêlant responsabilité personnelle et collective, que la RSE invite le juriste à se diriger.

626. Deux types de situation doivent alors être distinguées, selon que ce sont les entreprises qui font le choix de s'engager à agir avec responsabilité, ou que ce sont les

---

[1599] La loi n° 85-677 du 5 juillet *1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures* a par exemple placé l' « implication » au cœur du régime de responsabilité, entrainant une objectivisation de la faute personnelle.

[1600] Pensons par exemple à la responsabilité générale du fait des choses avec le célèbre arrêt *Teffaine*, Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1898. 1. 433, concl. SARRUT, note R. SALEILLES, *DP* 1897. 1. 433, S. 1897. 1. 17, note A. ESMEIN, mais surtout à la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage (Cass. civ. 2e, 19 nov. 1986, n° 84-16.379, Bull. civ. II, n° 2, *D.* 1988, somm. 16, obs. A. ROBERT, *RCA* 2000, n° 263, obs. H. GROUTEL).

[1601] P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens », *op. cit.*, p. 3.

normes qui les y incitent[1602]. Dans le premier cas, c'est parce que l'acceptation de supporter le risque et en tout cas de le prévenir, est comprise dans la norme de RSE de l'entreprise, que leur responsabilité pourrait être engagée, notamment à l'égard des cocontractants par exemple. Mais peu de sociétés s'engagent en réalité dans un contrat commercial à supporter les risques sociétaux qui découlent des activités de leurs filiales ou de leurs sous-traitants[1603]. Elles l'expriment en revanche à travers leurs normes de RSE, lesquelles, en l'état du droit positif, ne peuvent produire que peu d'effets juridiques à l'égard des tiers. Mais de toute évidence, même si le droit positif leur reconnaissait une certaine valeur, il est alors peu probable que les entreprises choisissent encore de s'engager en ce sens ! Il est donc difficile de rattacher le risque à une faute dans ces circonstances, sauf à ce que la loi impose aux sociétés une obligation expresse de supporter certains risques liés à leurs relations commerciales. Il s'agirait alors de la seconde situation, qui ne traduirait qu'une consécration juridique des normes de RSE, lesquelles, comme nous l'avons démontré, s'inscrivent finalement d'ores et déjà dans un mouvement plus général de prévention des risques et incite par voie de conséquence à une modification des schémas d'imputation. Bien loin d'innover, il ne s'agirait que d'aligner les systèmes juridiques sur les engagements des Etats en matière de RSE.

627. Si les évolutions du droit de la responsabilité objective peuvent alors être une source d'inspiration pour la création d'un tel régime de responsabilité, elles montrent néanmoins leurs limites. Comme nous avons pu le constater, les régimes de responsabilité fondés sur le risque conduisent soit à une déresponsabilisation de l'individu en se focalisant sur la dimension collective soit, à l'inverse, à une déresponsabilisation du groupe en faisant peser toute la responsabilité sur l'individu. En se tournant vers la doctrine, on découvre alors plusieurs pistes qui ont d'ores et déjà été étudiées, certaines ayant été consacrées par le juge ou le législateur, alors que d'autres ne le sont pas encore, malgré la pertinence de leur contenu.

[1602] Sur cette distinction, voir par exemple H. BAILBY, Du fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail survenus aux ouvriers (évolution des théories vers celle du risque professionnel) en droit français et étranger, op. cit., p. 19.

[1603] La décision rendue par la Cours néerlandaise confirme d'ailleurs cette analyse puisqu'elle a considéré que les engagements pris par la société-mère ne constituaient pas d'engagement propre à retenir sa responsabilité, Disctrict Court of the Hague, *Ogura, Efanga, Milieudefensie c. Royal Dutch Shell et SPDC*, 30 janv. 2013, C/09/330891 / HA ZA 09-0579.

628. Rappelons que la responsabilité fondée sur la faute nécessite un acte ou une omission imputable à une personne, alors que fondée sur le risque, l'acte n'est plus imputable au débiteur de l'obligation : « elle existe simplement en puissance, à l'état latent pour ainsi dire, et a besoin, pour s'actualiser, de la survenance de l'événement dommageable, constitutif du risque[1604] ». Dans les deux cas, il s'agit de se placer du côté de l'auteur d'un acte, lequel peut être difficile à identifier, notamment en présence d'une entreprise transnationale ou d'un réseau de sociétés. La théorie de la garantie est à cet égard intéressante puisqu'elle vise à éviter de se placer du côté de l'auteur d'un dommage ou d'un acte illicite, pour se placer du côté de la victime[1605]. Certaines personnes peuvent en effet avoir leurs intérêts lésés, en l'absence de toute faute ou de risque, imputable à son auteur à l'origine de l'incident, ou peut-on dire, du préjudice. Selon B. STARCK[1606], il s'agit, à travers cette théorie, de peser la balance des intérêts en présence entre d'une part, le droit de l'auteur d'exercer un droit ou une liberté (la liberté par exemple de contracter avec un partenaire de son choix ou même plus largement, la liberté d'entreprendre), et son absence de droit de porter atteinte à des intérêts considérés comme fondamentaux, tels que la sécurité ou l'intégrité physique des personnes par exemple. La difficile justification de la détermination des dommages dignes d'être protégés suscita de fortes oppositions à cette théorie. Le manque de soutien et l'absence de propositions concrètes ont eu raison de ses opposants. Le fait que certaines situations accidentelles puissent malgré tout continuer de créer des dommages aux personnes sans que le droit de la responsabilité ne puisse y répondre de manière adéquate, suscita de nouvelles propositions visant à créer un droit des accidents. Selon A. TUNC[1607], la faute doit « continuer à régir les comportement délibérés de l'agent alors que le droit des accidents concerne toutes les erreurs qui résultent de la faiblesse humaine[1608] ». Certains

---

[1604] H. BAILBY, Du fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail survenus aux ouvriers (évolution des théories vers celle du risque professionnel) en droit français et étranger, op. cit., 1900, p. 17.
[1605] G. SCHAMPS, La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit., p. 622 et s.
[1606] B. STARCK, Essaie d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Rodstein, Paris, 947, cité par G. SCHAMPS, La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit., p. 622.
[1607] A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, 2ème éd., 1989 ; « Accidents de la circulation : faute ou risque ? », *D.* 1982, chron. p. 103.
[1608] G. SCHAMPS, La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit., p. 626.

dommages accidentels sont aujourd'hui couverts par les systèmes de garantie ou d'assurance. Ils ont néanmoins pour conséquence de « déresponsabiliser » les auteurs, notamment, soit qu'un organisme tiers existe pour réparer les dommages subis par les victimes, soit qu'une compagnie d'assurance se charge de ce paiement.

629. Il est alors intéressant de se tourner vers les propositions de P. JAGGI, suivi par P. WIDMER, de créer une responsabilité du fait de l'organisation[1609] en droit Suisse. C'est en considérant que les structures complexes des entreprises peuvent constituer un risque de mise en danger que ces auteurs ont fondé leurs travaux. La proposition vise à prendre en considération « le risque inhérent à l'organisation, qui peut se concrétiser avec la mise en circulation d'un produit, (lequel) constitue un facteur de rattachement suffisant pour une responsabilité objective aggravée. Celle-ci devrait peser sur les organisations qui poursuivent un but économique ou professionnel en fonction d'une compensation entre risques et profits[1610] ». La recherche d'un équilibre entre ces deux variables n'est pas sans rappeler les fondements des normes de RSE comme nous l'avons préalablement exposé. Un tel fondement de responsabilité permet surtout de prendre en compte la réalité complexe des entreprises transnationales et la mise en danger que leur organisation peut entraîner dès lors que l'entreprise est appréhendée dans son ensemble. En effet, le maintien du principe d'autonomie juridique laisse supposer que les sociétés n'ont pas à se préoccuper des préjudices ou des risques que leurs partenaires peuvent créer. Or, cette approche est en contradiction avec l'organisation réelle des relations entre sociétés, qu'il s'agisse tant des groupes que des réseaux. Et c'est contre cette approche séparatiste que les normes de RSE invitent les entreprises à s'engager. En effet, une entreprise ne peut prendre les précautions nécessaires à l'évitement d'un risque que si elle sait ou suppose que son organisation peut en créer un. Or, le principe d'autonomie juridique, interprété restrictivement, laisse faussement penser que seule chaque société peut créer un tel risque, et non l'organisation dans son ensemble, ce qui,

---

[1609] P. WIDMER, « Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation », cité par G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, op. cit.*, p. 310.

[1610] *Idem*, p. 310. G. SCHAMPS explique à cet égard qu' « un privilège est accordé aux entreprises lorsqu'il est toléré qu'elles créent des risques inévitables pour autrui à des fins qui sont généralement d'utilité publique. En contrepartie, une réparation du dommage à leur charge devrait être garantie, même si l'activité en soi ou les produits qui en dérivent ne comportent aucun danger spécifique et si aucune faute ne peut être établie ».

comme nous l'avons maintenant démontré, ne correspond pas à la réalité des entreprises transnationales. C'est ainsi l'un des principaux apports de la RSE pour le droit que celui de proposer une approche systémique de l'organisation des entreprises transnationales, c'est-à-dire portée sur les sociétés prises isolement, comme sur l'organisation de leurs relations dans leur ensemble. C'est alors au titre de la garantie ou de l'assurance que certaines sociétés pourraient être amenées à être responsables aux côtés de leurs partenaires, auteurs directs de préjudices, chacune assumant alors sa part de responsabilité à l'égard de la Société[1611].

[1611] Rappelons par exemple que suite à l'explosion de l'usine AZF à Toulouse, le 21 septembre 2001, la difficile réparation des victimes a entrainé l'adoption de la loi dite « Bachelot » n°2003-699 du 30 juil. 2003 introduisant notamment l'art. L. 412-16 au Code des assurances. Celle-ci permet l'indemnisation des victimes par un fond de garantie, sans que les sociétés liées, telle que la maison-mère, ne soient impliquées dans le paiement de ces indemnisations, l'organisation des relations entre les sociétés du même groupe n'étant prise en compte par le droit qu'à travers le critère strict du contrôle, autrement dit à travers le prisme de la faute, et non des fondements proposés par la RSE tels que nous les avons exposés.

CONCLUSION

SECTION 2

630. La non généralisation de nouveaux fondements de responsabilité fondés davantage sur le risque que sur la faute s'explique sans doute par l'absence d'assise politique et par une crainte de remise en cause totale d'un des principes fondamentaux de notre système juridique: celui de la responsabilité personnelle. Or, et c'est probablement là l'un des plus grands apports de la RSE aujourd'hui : la liberté laissée aux normes de RSE insuffle une nouvelle manière d'aborder le droit de la responsabilité qui soit à la fois fondée tant sur une dimension personnelle que collective, que ce soit tant du côté des auteurs de dommages que de celui des victimes. La réalité complexe, car systémique, des échanges économiques internationaux, répond en effet à cette double dimension. La prise en compte exclusive de l'une au détriment de l'autre, aurait pour effet de n'apporter que des réponses partielles et donc inadaptées aux questions que pose aujourd'hui la mondialisation des échanges. En l'absence d'une telle évolution, le maintien du principe de responsabilité personnelle risquerait au contraire de conduire à un objectif inverse. En se fondant sur la faute, le risque est en effet que la vigilance prônée par les normes de RSE ne devienne une cause d'exonération de responsabilité : la mise en place de mesures de prévention en matière de RSE pouvant alors suffire à exonérer la responsabilité d'une société, comme cela a par exemple d'ores et déjà été proposé[1612], sans que la question de leur réelle efficacité n'ait à être prise en compte.

[1612] En matière de lutte contre la corruption, une telle réforme a par exemple été proposée en juillet 2010 par la Commission « Compétitivité et droit pénal des affaires » au sein de la Commission de droit financier de Paris Europlace101 et qui a soumis à la Chancellerie des propositions de réforme de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales et portant notamment sur l'introduction de mesures incitatives à la prévention. De telles mesures participeraient d'une recherche générale de « dépénalisation de la vie des affaires, Voir le titre du rapport J-M COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, Rapport remis au garde des Sceaux, janv. 2008, coll. Rapports officiels, disponible sur : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000090/index.shtml.

CONCLUSION
CHAPITRE 2

631. Le devoir de vigilance, inhérent à la notion de responsabilité sociétale, invite à appréhender les entreprises dans leur complexité organisationnelle dans un souci de meilleure prévention des risques liés à leurs activités et de meilleure protection des intérêts des individus potentiellement affectés. Or, le droit de la responsabilité, fondée sur la faute personnelle, limite pour sa part la mise en œuvre d'un tel objectif. Pourtant, en visant les activités, produits et services des sociétés pouvant avoir un impact direct sur des violations de droits de l'Homme, les normes de RSE ne font que préciser une obligation générale de vigilance que l'on retrouve d'ores et déjà dans les législations nationales et qui sont imputables aux personnes ayant le pouvoir direct de prévenir les risques de violation ou de nuisance. Le contenu des obligations de prudence, de vigilance, de prévention, varie néanmoins selon le pouvoir que détient la personne sur qui pèse cette obligation, d'y remédier. La vigilance se réfère tantôt à un devoir général de comportement, de conduite, que le droit a peu à peu transposé dans diverses branches du droit en la délimitant, tantôt à des procédures à mettre en place.

632. En s'adressant aux entreprises transnationales et autres entreprises, les normes de RSE visent deux types de situations qu'il convient de distinguer, selon que le devoir de vigilance concerne une entreprise auteur matériel d'un acte, ou la relation entretenue par une entreprise avec une autre, cette dernière étant seule, auteur matériel d'un acte. Cette seconde situation soulève de nombreuses questions juridiques car, comme nous l'avons vu, la règle de principe du droit commun de la responsabilité reste celle de la responsabilité personnelle. L'originalité, d'un point de vue juridique, se trouve dans le fait que ce devoir ne se fonde pas sur la matérialité d'un acte potentiellement dommageable, mais sur la « simple » implication ou association de cette entreprise à une autre entreprise, auteur matériel d'un fait dommageable ou potentiellement dommageable. La RSE invite ainsi à une approche non pas « compartimentée » des responsabilités, qui pourrait nuire aux victimes et aux personnes potentiellement affectées par les activités des ETN, mais à une approche globale. L'introduction lente, mais en cours, dans la législation, des principes inhérents à la RSE, comme de certaines des normes qu'elle inspire, pourraient alors conduire au passage du devoir de vigilance

comme standard de comportement, à une obligation juridique, et faire évoluer plus largement la nature notionnelle de la RSE, vers un nouveau principe de responsabilité.

CONCLUSION
TITRE II

633. La notion de responsabilité sociétale des entreprises a donné naissance à un certain nombre de normes et de principes visant à responsabiliser le comportement des entreprises transnationales ainsi que la conduite de leurs activités. Les démarches proposées dans ce cadre s'inscrivent dans une approche d'anticipation du risque et des dommages potentiels que leurs activités ou leurs relations d'affaires pourraient engendrer. Les normes publiques de RSE n'hésitent pas à cet égard à inciter les entreprises à respecter les droits de l'Homme et à protéger l'environnement. Certaines normes, comme les Principes directeurs des Nations Unies, invitent d'ailleurs les Etats mais également les entreprises elles-mêmes à adopter des mesures permettant de réparer toute violation ou dommage que leurs activités pourraient avoir causé, directement ou non. Le respect des droits de l'Homme, des travailleurs et de l'environnement ressort ainsi comme étant l'objectif premier de ces normes, peu importe la forme juridique des entreprises, ou leur degré d'implication dans les éventuels dommages. Paradoxalement pourtant, les mécanismes traditionnels d'imputation ainsi que les règles du droit de la responsabilité restent un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales, rendant difficile l'effectivité des principes contenus dans les normes de RSE. Seule une évolution du droit de la responsabilité pourrait alors renforcer la responsabilité des entreprises transnationales. La RSE, à travers son approche préventive, appelle à une évolution en ce sens. A travers la RSE, les entreprises sont en effet incitées à faire preuve de vigilance dans la conduite de leurs activités et par voie de conséquence, dans leurs relations d'affaires. Ce devoir de vigilance, qui est au cœur de la RSE, trouve en réalité ses fondements dans des principes et des règles juridiques existants[1613].

[1613] Comme le notent les auteurs d'un rapport portant sur la diligence raisonnable en matière de droits humains, « la diligence raisonnable n'est ni une création du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, ni une mesure volontaire de responsabilité sociétale des entreprises. La diligence raisonnable est issue des outils juridiques dont les Etats se servent déjà pour s'assurer que le comportement des entreprises est conforme aux exigences de la société, y compris les normes fixées par la loi », O. De SCHUTTER, A. RAMASASTRY, M. B. TAYLOR, R. C. THOMPSON, *La Diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des Etats*, déc. 2012, 108 p.

634. Or, nous avons pu constater que toute approche préventive conduit inévitablement à une modification des règles et des principes classiques du droit de la responsabilité. Le droit de la responsabilité est en effet construit sur une logique de sanction et de réparation alors que l'objet d'une approche préventive n'est pas tant de rechercher l'auteur d'un acte pour le sanctionner, que d'éviter la réalisation de cet acte. C'est d'ailleurs en privilégiant la réparation des victimes que le droit de la responsabilité civile délictuelle a d'ores et déjà évolué ces dernières années vers une objectivisation des conditions de sa mise en œuvre. Toute logique préventive de responsabilité va dans le même sens dès lors qu'elle vise à protéger avant tout des victimes potentielles. A cette fin, plusieurs personnes peuvent donc être concernées et être appelées à intervenir en ce sens. Si la responsabilité d'agir reste personnelle, elle peut ainsi également être collective dès lors que sont prises en compte les différentes personnes pouvant potentiellement prévenir la réalisation d'un dommage ou d'un risque de dommage. C'est ce que traduit l'approche préventive de la RSE à travers le devoir de vigilance, lequel, en s'inspirant des règles de droit existant en matière de prévention et de précaution, participe à étendre leur champ d'application. Alors que les obligations de prévention restent encore limitées à quelques domaines spécifiques, la RSE étend en effet cette logique à de nouvelles problématiques. Mais ce sont surtout de nouveaux acteurs qui sont visés par cette approche d'anticipation du risque, à savoir les entreprises, dans leurs relations commerciales, là où le droit s'intéresse surtout initialement, aux pouvoirs publics[1614]. Ces deux principes de prévention et de précaution qui inspirent le devoir de vigilance, participent d'une « mise en œuvre de l'intérêt général » car ils élargissent le droit à la sécurité[1615] et renforcent par la même occasion l'objectivisation du droit de la responsabilité. Cette évolution est inévitable tant l'organisation des échanges s'est complexifiée et par voie de conséquence, les préjudices qui peuvent en résulter. Accepter la réalité de ce changement de paradigme est aujourd'hui devenu la seule voie possible pour une réelle adaptation du droit aux faits, et c'est ce à quoi nous invite la

[1614] Sur la question de la dépendance du principe de précaution en droit privé à l'égard du droit public, et pour lesquels « le principe de précaution favoriserait une interprétation unitaire de la responsabilité », voir D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, L'Harmattan, logiques juridiques, 2008, p. 35.
[1615] *Idem*, p 36.

RSE en s'inscrivant dans une perspective de prévention, laquelle conduit à une prise en compte de l'organisation complexe des entreprises[1616].

[1616] L'entreprise est appréhendée par la RSE dans son organisation. Le risque créé par cette organisation pourrait devenir un fondement de responsabilité. La dimension collective de l'organisation serait en effet prise en compte soit comme créatrice de risque, dans une perspective préventive, soit comme l'une des causes de dommage, en cas de dommage réalisé. Une telle évolution ne serait pas sans conséquences sur les conditions de la responsabilité et notamment sur celle du lien de causalité. Comme nous l'avons vu, l'organisation complexe des entreprises peut en effet participer à la création d'un risque ou à la réalisation d'un dommage en sus des fautes commises par une société, auteur direct dudit dommage. Ce n'est alors qu'en élargissant l'approche de la notion de causalité que la responsabilité de l'organisation pourrait être envisagée, l'entreprise dans son ensemble n'étant évidemment pas l'auteur direct du dommage. Concernant la mise en œuvre de la responsabilité de l'organisation dans une perspective strictement préventive, cela nécessiterait de se détacher d'une recherche de certitude, tant à l'égard du dommage que du lien de causalité, les logiques de prévention et de précaution visant à anticiper la réalisation de dommages certains mais surtout, incertains.

CONCLUSION
PARTIE II

635. Les normes de responsabilité sociétale ont toutes pour finalité de proposer aux entreprises de suivre certains principes de comportement dans la conduite de leurs affaires. En tant que normes de comportement, elles se rapprochent des normes juridiques, lesquelles normes édictent également aux sujets de droit, une conduite sociale à tenir. Si les règles juridiques édictent des comportements à adopter, on peut dès lors s'interroger sur l'opportunité de définir, à leurs côtés, des normes de comportement non juridiques. La RSE permet en réalité de prendre en compte la complexité organisationnelle des entreprises et ses effets sur les individus, là où le droit reste encore largement silencieux. Elle permet également de renforcer la prévention des dommages et des risques créés par leurs activités.

636. Ces normes de RSE invitent en effet les entreprises à participer à la protection des droits de l'Homme et plus spécifiquement aux droits du travail, au respect et à la bonne gestion de l'environnement, ou encore à la lutte contre la corruption. Le recours à des normes de *soft law* suppose que cette participation ne peut être efficace que si les entreprises en font le choix et non si elles y sont contraintes. Pourtant, ces mêmes entreprises peuvent elles-mêmes violer ces normes. Il s'agit alors de se demander si le non respect de ces engagements, inscrits dans des normes de RSE, peut être sanctionné. La réponse à cette question dépend de la possibilité pour le droit « dur » d'accueillir des normes de *soft law*. Cette réception peut prendre des formes variées. Comme nous l'avons vu, l'élaboration de normes de *soft law* peut précéder l'édiction de règles contraignantes, soit que celles-ci s'y réfèrent, soit qu'elles les inspirent. Tel a notamment été le cas dans plusieurs domaines comme celui de la corruption ou de l'environnement. Les normes de *soft law* peuvent également mettre en œuvre des obligations contraignantes ou encore aider à l'interprétation de normes de droit « dur ». Si les normes de *soft law* émergeant en matière de RSE tendent ainsi à être reçues par le droit, cette réception n'en reste pas moins limitée dès lors que l'on se place dans la perspective du respect des droits des tiers par les entreprises. Du point de vue de l'entreprise, une norme de droit mou peut en effet se révéler efficace voire effective, surtout si le recours à ces normes améliore sa performance. Du point de vue des tiers, rien n'est en revanche

moins sûr comme nous avons pu le constater. C'est alors la question de la responsabilité des entreprises à l'égard des tiers qui se pose, et que l'apparence « volontaire » de la RSE ne doit occulter. Il serait en effet malaisé de parler de responsabilité sociétale des entreprises transnationales sans s'interroger sur le respect des droits visés par ces normes de RSE[1617]. C'est alors vers le droit de la responsabilité qu'il faut se tourner, et plus précisément vers l'épineuse question de la responsabilité des entreprises transnationales. C'est en effet par ce biais que peuvent être garantis les droits des individus. Or, comme nous avons pu le constater, par le biais des normes de RSE et surtout du devoir de vigilance qui en découle, ce sont deux mécanismes classiques du droit de la responsabilité qui sont appelés à évoluer. Les mécanismes d'imputation tout d'abord, l'organisation des entreprises pouvant être prise en compte dans la création d'un risque ou la réalisation d'un dommage[1618] ; la logique punitive et réparatrice du droit de la responsabilité ensuite, la RSE favorisant davantage le développement d'une approche préventive avec laquelle le droit est encore peu familier. Même si la réception des normes et des principes de la RSE par le droit reste encore marginale, les évolutions en cours démontrent, tant de la part du législateur que du juge, une influence certaine de la RSE sur le droit.

[1617] Sur la question de l'effectivité ou non des droits de l'Homme par les codes de conduite, voir P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *in* L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 674 et s.

[1618] La notion de « pouvoir d'organisation » objet de la thèse de doctorat de Stéphane Vernac, révèle alors tout son intérêt, le devoir de vigilance tel que développé dans les normes de RSE visant implicitement ce pouvoir. S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Université Paris 10, 2012, 455 p.

CONCLUSION GENERALE

637. L'étude des entreprises transnationales à travers le prisme de la RSE a permis de mettre en évidence les divers obstacles qui rendent difficile la mise en place d'un cadre juridique adapté à leur complexité organisationnelle. Au terme de cette étude, il apparaît toutefois qu'au travers des normes qu'elle inspire, des outils qu'elle engendre, ou encore des principes qu'elle véhicule, la RSE est en passe d'influencer le droit de manière significative. La souplesse inhérente à la RSE permet en effet aux entreprises et aux Etats d'adopter des normes flexibles qui répondent à la complexité organisationnelle des entreprises transnationales d'une part, et aux évolutions rapides de leurs structures et de leurs relations commerciales d'autre part. Pour autant, seule une réception de ces normes par le droit permettra une prise en compte des intérêts de toutes les parties prenantes de l'entreprise, autrement dit, une protection des droits des salariés, des actionnaires, des dirigeants, des consommateurs et plus largement, des individus.

638. Cette réception par le droit peut d'ores et déjà être observée dans plusieurs branches du droit. La RSE ne propose pas en effet de réponse unique aux différents problèmes que pose la mise en place d'un tel cadre juridique. C'est à une approche globale que la RSE invite le juriste à s'aventurer en s'immisçant dans le droit. C'est tout le cadre juridique de l'entreprise qui est finalement appelé à évoluer sous son influence.

639. La RSE s'introduit en effet dans le droit de l'entreprise tout autant qu'elle s'en inspire, obéissant au principe des « vases communicants ». Elle dévoile les relations étroitement imbriquées qui lient les sociétés d'un même groupe et surtout d'un même réseau. C'est d'ailleurs à travers les normes de RSE, élaborées par les entreprises elles-mêmes, que les formes d'organisation du pouvoir au sein des relations internes et externes des entreprises prennent forme. Les frontières de l'entreprise s'en trouvent modifiées. La RSE oblige en effet à remettre en cause une application stricte du principe d'autonomie juridique cher au droit des sociétés : alors que ce principe tend à réduire l'entreprise à sa forme sociétaire, la RSE invite au contraire à dépasser leur forme juridique. Le droit, dans sa fonction régulatrice, ne parvenant plus à saisir l'organisation complexe de ces entreprises, se laisse finalement peu à peu influencer par les normes de gestion développées en matière de RSE pour saisir l'entreprise transnationale.

640. Le droit de la responsabilité est également invité à évoluer. La RSE appelle en effet à une modification des schémas d'imputation qui ne soient plus circonscrits à une responsabilité personnelle, mais qui permettent d'envisager la responsabilité de manière collective. Le droit est ainsi conduit à évoluer afin d'appréhender le plus fidèlement possible la réalité de l'entreprise – ce qui suppose de prendre en compte non pas exclusivement la responsabilité personnelle de chacun des acteurs mais également leurs relations et donc leur organisation globale. La RSE démontre en effet que chacun des acteurs d'une organisation commerciale, que celle-ci soit constituée en groupe ou en réseau, est dépendant des autres, ce qui n'exclut pas qu'ils conservent une part d'autonomie. C'est précisément la nature des relations d'influence et de dépendance existant au sein de ces organisations qui produisent des effets positifs et négatifs sur la Société. C'est surtout de manière personnelle mais également collective que ces organisations globales et complexes sont susceptibles de créer des risques et des préjudices.

641. La RSE s'inscrit finalement dans un phénomène plus large de socialisation du risque[1619], lequel permet une indemnisation, par la collectivité, des risques mal identifiés car souvent plus diffus du fait de la complexité des organisations. Telle qu'étudiée aujourd'hui[1620], la socialisation du risque suppose une intervention étatique et la mise en place de systèmes d'assurance afin d'indemniser les victimes avant toute recherche de faute. C'est cette logique de responsabilité et d'indemnisation que la RSE tend à appliquer aux entreprises transnationales, lorsque celles-ci se trouvent impliquées en amont comme en aval, dans la réalisation de risques. En visant l'organisation dans son ensemble, c'est l'entreprise transnationale, en tant qu'acteur socio-économique, qui est appelée à répondre des risques et des préjudices que son organisation ou ses activités ont participé à créer et dont elle tire profit. Ce n'est donc plus tant la collectivité, prise en la personne de l'Etat, qui est appelée à intervenir, que l'entreprise transnationale, en tant qu'acteur collectif et sociétal. Certains pourraient craindre qu'une telle logique conduise à une déresponsabilisation des entreprises, notamment grâce aux contrats d'assurances

[1619] La socialisation du risque n'implique pas la disparition de la notion de faute ni de celle de responsabilité comme le note B. PIGNEROL, « Présentation », *in* « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA*, n°40, 28 nov. 2005, pp. 2211-2232.
[1620] Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004, La documentation française, Etudes et documents, n°56, 400 p.

auxquels les entreprises pourraient souscrire. La RSE prévient pourtant une telle dérive puisqu'elle commande surtout aux entreprises d'agir en amont, en prévenant la réalisation des risques liés à leurs activités ; ce n'est que dans un second temps que les entreprises transnationales dans leur ensemble, à travers les sociétés dominantes, sont appelées à indemniser les victimes de leurs activités. Surtout, la sanction, que traduit la recherche de l'auteur d'une faute, ne disparaît pas puisqu'elle reste rattachée à la société, auteur matériel des dommages. Elle se trouve en revanche étendue aux sociétés en charge de prévenir les risques réalisés. Le principe de responsabilité personnelle est ainsi appelé à évoluer sous l'influence de la RSE, par une prise en compte de la réalité organisationnelle des relations économiques et commerciales des entreprises transnationales. Finalement, de « notion », la RSE pourrait alors bien devenir un « standard »[1621], et plus spécialement un standard juridique[1622] de conduite sociétale des entreprises transnationales et plus largement, des sociétés.

[1621] Le « standard », dont la définition fait l'objet d'autant de discussions chez les juristes que celles portant sur la « notion », peut se définir comme une « mesure moyenne de conduite sociale correcte ». Il constitue en ce sens une directive générale, ce que n'est pas une notion (G. QUAINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *in* G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°31, 2009, Paris, pp. 5-20). Une notion peut en revanche devenir un standard dès lors qu'elle attribue une directive sur la manière d'interpréter les faits. Le standard serait donc une notion floue particulière (voir S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 223 ; A. SANHOURY, « Le standard juridique », *in Les sources du droit, en l'honneur de GENY*, Tome III, Recueil Sirey, p. 144-155). Le concept permettrait quant à lui de théoriser le droit. Il serait un instrument de clarification du droit permettant de « modeler une réalité juridique », alors que la notion serait plus une représentation du réel en permettant au juriste d'appréhender des faits (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *in* G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, *op. cit.*, p. 45). Les principes de la RSE que nous avons mis en exergue tout au long de cette étude nous permettent ainsi de supposer que la RSE prend peu à peu la forme d'un standard de comportement pour les entreprises, auquel le législateur et le juge pourraient notamment avoir recours pour évaluer leur conduite dans leurs affaires.

[1622] Selon certains auteurs la simple mention d'une notion par le législateur lui confère une nature juridique, « parce qu'elle constitue un des éléments de la règle et participe donc, qu'on le veuille ou non, à son caractère normatif » (G. BOLAND, « La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique », *in Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 187, cité par Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1968, n°298, p. 254 et s.). Une notion deviendrait donc juridique dès lors que le droit lui fait produire certains effets spécifiques. Une notion peut également acquérir sa nature juridique dès lors qu'elle est utilisée pour

qualifier juridiquement un fait puisque c'est elle qui permet le passage vers l'univers juridique. « Le droit crée un double du réel et importe ses finalités par le véhicule des notions toujours fonctionnelles » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *in* G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, *op. cit.*, pp. 21-53).

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES, THESES

II. ARTICLES

III. RAPPORTS, COMMUNICATIONS

IV. DOCUMENTS OFFICIELS

V. JURISPRUDENCE

VI. DOCUMENTATIONS D'ENTREPRISES, D'ONG, SYNDICALES ET ARTICLES DE PRESSE

- I -

OUVRAGES, MONOGRAPHIES ET THÈSES

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, LGDJ., t. 256, 1995.

Aspects actuels du droit de affaires, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003.

Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *Journée nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

AUZERO (G.), DOCKES (E.), PELISSIER (J.), *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28ème éd., 2014.

BAILBY (H.), *Du fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail survenus aux ouvriers (évolution des théories vers celle du risque professionnel) en droit français et étranger*, Thèse, Bordeaux, imp. Y. Cadoret, 1900.

BALLET, F. DE BRY (J.), *L'Entreprise et l'éthique*, éd. du Seuil, 2001.

BARDELLI (P.), ALLOUCHE (J.) (Eds), *La Souffrance au travail. Quelle responsabilité de l'entreprise ?*, Paris, Armand Colin, 2012.

BAREGE (A.), *L'éthique et le rapport de travail*, LGDJ, T.47, 2008.

BARRAUD (B.), *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, 2012.

BARRAUD DE LAGERIE (P.), *Les patrons de la vertu. Entrepreneurs de morale et instruments de mesure dans la construction de la responsabilité sociale des entreprises*, Thèse, Sciences Po Paris, 2010.

BARTHELEMY (J.), *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Liaisons, 2003.

BARUCHEL (N.), *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004.

BAUDRY (B.), *L'économie des relations interentreprises*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 1995.

BAUDRY (B.), *Economie de la firme*, La découverte, coll. Repères, 2003.

De BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

BECHMANN (P.), MANSUY (V.), *Le principe de précaution*, Litec, 2002.

BENNINI (A.), *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2010.

BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008.

BERGEL (J-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3ème éd., 1999.

BERNOUX (P.), *La sociologie des entreprises*, éd. du Seuil, 3ème éd., 2009.

BERNOUX (P.), *La sociologie des organisations*, éd. du Seuil, 6ème éd., 2009.

BERNS (T.), DOCQUIR (P-F.) *et al. (dir.), Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

BILLARANT (S.), *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions international*, Paris, Dalloz, 2004.

BLIN-FRANCHOMME (M-P.), DESBARATS (I.) (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement, regard croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. axe droit, 2010.

BLIN-FRANCHOMME (M-P.), DESBARATS (I.) *et al.*, *Entreprise et développement durable : approche juridique pour l'acteur économique du XXIe siècle*, Lamy, coll. Axe droit, 2011.

BOUBA-OLGA (O.), *L'économie de l'entreprise*, éd. du Seuil, 2003.

BOURDON (W.), *Face aux crimes du marché : quelles armes juridiques pour les citoyens ?* La Découverte, 2010.

BOY (L.), RACINE (J-B.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009.

BRESSY (G.), KONKUYT (C.), *Economie d'entreprise*, Sirey, 7ème éd. 2004.

CABALLERO (F.), *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981.

CANS (C.) (dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009.

CAPRON (M.), QUAIREL-LANOIZELEE (F.), *Mythes et réalités de l'entreprise responsable*, La découverte, 2004.

CAPRON (M.), QUAIREL-LANOIZELEE (F.), TURCOTTE (M-F.) (dir.), *ISO 26000 : une Norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Economica, 2010.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 1ère éd., 2003.

CASTETS-RENARD (C.), *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, l'Harmattan, 2003.

CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey, 1962.

CHAMPAUD (C.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, 2011.

CHARRREAU (G.), A. COURET (A.), *et al.*, *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, Economica, coll. Gestion, 1987.

CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008.

CHATILLON (S.), *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 4ème éd., 2011.

CLAUDEL, THULLIER (B.) (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004.

COASE (R.), *L'entreprise, le marché et le droit*, éd. D'Organisation, 2005.

COLLE (D.) (coord.), *Un monde d'entreprises: Rapport Anteios 2009*, PUF, coll. Major, 2008.

COMBEMALE (M.), IGALENS (J.), *L'audit social*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2005.

COMBEMALE (M.), IGALENS (J.), *L'audit social*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2ème éd., 2012.

CONSO (P.), HEMICI (F.), *L'entreprise en 20 leçons : stratégie, gestion, fonctionnement*, DUNOD, 4° éd., 2006.

CORIAT (B.), WEINSTEIN (O.), *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le livre de poche, 1995.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8° éd., 2007.

COTTIN (J-B.), *Le CHSCT*, Lamy, 2007.

COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1950.

COUTURIER (G.), *Droit du travail*, PUF, Tome 2, 2ème éd., 1993.

DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7ème éd., 2002.

DAUGAREILH (I.) (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, LGDJ, 2005.

DAUGAREILH (I.) (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.

DAUGAREILH (I.) (dir.), *Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013.

DECAUX (E.) (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.) coll. Droit et justice, Bruylant, 2010.

DEGUERGUE (M.), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994.

DEHERMANN-ROY (E.), *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse 1, janv. 2004.

DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, La librairie du XX° siècle, éd. du Seuil, 1994.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. II, le pluralisme ordonné, éd. du* Seuil, 2006.

DESCOLONGES (M.), SAINCY (B.), *Les entreprises seront-elles un jour responsables ?* La Dispute, 2004.

DESCOLONGES (M.), SAINCY (B.) (dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation internationale*, La Découverte, 2006.

DESJARDIN (M-C.)*, Contribution à l'analyse critique de la certification du commerce équitable depuis une perspective juridique : l'exemple du secteur viticole,* Université Laval, Canada et Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, Coll. bibliothèque droit privé, 1956.

Dictionnaire le Petit Larousse, 100° éd., 2005.

Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies techniques, Paris, 1978.

Droit et vie des affaires, études à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, Paris, 1997.

DUQUESNE (F.), *Le nouveau droit du travail*, Paris, éd. GUALINO, 2008.

P. DURAND, R. JASSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947.

ENRIQUEZ (E.), *L'organisation, en analyse*, Paris, PUF, coll. « sociologie d'aujourd'hui », 1992.

FADEL RAAD (N.), *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ, T. 214, 1991.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, 6° éd., 2012.

FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987.

FRANCESCAKIS (P-H.), *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Sirey, 1958.

FREEMAN (R-E.), *Strategic management: a stakeholder approach*, Boston, Pitman, 1984.

FRIEDMAN (M.), *Capitalisme et liberté* (*Capitalism and Freedom)*, Paris, R. Laffont, 1971.

GENDRON (C.), GIRARD (B.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal* , Arman Collin, coll. Recherches, 2013.

GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 1ère éd., 2008.

HANNOUN (C.), *Le Droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, T. 216, 1991.

OUAISSI (H.), Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés, L.G.D.J., T. 462, 2006.

JANVILLE (T.), *La qualification juridique des faits*, Tome II, Presses-universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

JAVILLIER (J-C.), *Droit du travail*, LGDJ, 7ème éd., 1999.

JESTAZ (P.), *L'Urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, n°298, 1968.

JUGAULT (J.) (coord.), *L'entreprise: nouveaux apports*, ed. Economica, coll. Travaux et recherches, série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. 2° éd. C. Eisenmann, Dalloz, coll. "Philosophie du droit", 7, 1962.

KOCHER (M.), *La notion de groupe en droit du travail*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010.

HANQUEZ (M.), *Le processus de normalisation ISO 26000 : La formation d'un compromis international et multipartite sur la définition de la responsabilité sociétale* [en ligne], Mémoire, Université du Québec, Montréal, février 2011
Disponible sur :
http://www.archipel.uqam.ca/3901/1/M12024.pdf

HART (H.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2° éd., 2005.

JAZOTTES (G.) (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Paris, Litec, 2007.

JULIEN (P-A.), RAYMOND (L.), *et al.* (dir.), *L'entreprise-réseau: Dix ans d'expérience de la Chaire Bombardier*, Québec, Presses de l'université du Québec, 2003.

KERBRET (Y.) (et al.) (dir.), *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Actes du colloque annuel de la Société Française pour le Droit international 2009, Paris, éd. A. Pedone, 2010.

LABORDE (J-P.), *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, Thèse, Université de Bordeaux 1, 1981.

LAGET (P.), *La liste noire des multinationales*, L'Harmattan, 2013.

LANDRIEUX-KARTOCHIAN (S.), *Théorie des organisations*, Gualino, lextenso éditions, 2010.

LATTY (F.), *Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. Études de droit international, 2007.

LAZARUS (C.) *et al. (dir.), L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977.

Le DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergeants en Droit des affaires*, LGDJ, 2010.

Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982.

Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derrupé, éd. Joly- Litec, 1991.

LEMAIRE (P-P.) (dir.), *Développement international de l'entreprise : stratégies d'internationalisation*, DUNOD, 1997.

LOQUIN (E.) (dir.), *Les séparations internationales d'entreprises*, Litec, v. 23, 2004.

LYON-CAEAN (G.), PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), *Droit du travail*, Dalloz, 19ème éd., 1998.

MARIOTTI (F.), *Qui gouverne l'entreprise en réseau ?*, Les presses de Sciences Po, 2005.

MARTIAL-BRAZ (N.), RIFFARD (J-F.), BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *Les mutations de la norme*, Economica, études juridiques, n°43, 2011.

MAUREL (O.), *La Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme : état des lieux et perspectives d'actions publiques*, Volume II, La documentation française, Les études de la CNCDH, Paris, 2008.

MAYRHOFER (U.), *Les rapprochements d'entreprises, une nouvelle logique stratégique ?,* Berne, Peter Lang, coll. Presses Universitaires européennes, 2001.

MAZUYER (E.), (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, La Documentation Française, 2010.

MAZUYER (E.), BOISSON DE CHAZOURNES (L.) (dir.), *Le Pacte Mondial des Nations Unies après 10 ans de mise en œuvre – The Global Compact of the United Nations 10 years after*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2011.

MEDJNAH (M.), *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, L'Harmattan, 2013.

Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2002.

MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
Sociétés commerciales, Francis Lefèvre, Mémento pratique, 44ème éd., 2013.

MOREAU (M-A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006.

MOREAU (M-A.), FRANCIONI (F.) (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale des l'entreprise*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

MOREAU (M-A.), MUIR-WATT (H.), RODIERE (P.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, 2010.

MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, éd. du Seuil, 2005.

MORIN (F.), *La régulation sociale des sociétés transnationales*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 2007.

MONTFROND (D.), *La notion juridique de famille entre droit civil et droit social. Etude comparative des systèmes juridiques français et Italien*, Thèse, Université Lille 2, 2006.

MUIR-WATT (H.), *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse, Paris II, 1985.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint louis, 2002.

PAERELS (H.), *Le dépassement de la personnalité morale. Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, Thèse, Université Lille 2, 2008.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.
PASTRE (O.), CHERUBIN GAVELLE (L.), ACOSTA (F.), *Economie de l'entreprise*, éd. Economica, 2008.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008.

PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

PESKINE (E.), *Réseau d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008.

POSTEL (N.), CAZAL (D.), CHAVY (F.), SOBEL (R.), *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Septentrion, coll. Capitalismes, Éthique, Institutions, Villeneuve d'Ascq, 2011.

POSTEL (N.), SOBEL (R.) (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses Universitaires du Septentrion, 2013.

POUILLAUDE (H-B.), *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, Thèse, Université Panthéon-Assas, déc. 2011.

POULLE (J-B.), *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise : le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, L'Harmattan, 2011.

RACINE (J-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.

RANOUIL (V.), *La subrogation réelle en droit français*, LGDJ, 1985.

REBEYROL (A.), *La pensée économique de Walras*, Dunod, coll. Théories économiques, 1999.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980.

RIGAUX (F.), *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international public, Recueil des Cours La Haye, vol. 213, 1989.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, T.1, LGDJ, 1989.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2ème éd., 1992.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 2ème éd., 1975.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 2ème éd., 1951.

ROUX (d.), *Les 100 mots de la gestion*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 3ème éd., 2007.

SAINSAULIEU (R.) (dir.), *L'entreprise, une affaire de société,* Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.
SAINSAULIEU (R.), *Sociologie de l'entreprise : organisation, culture et développement*, Presses de sciences Po et Dalloz, 2ème éd., 1997.

SAKHO (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économiques*, Paris, Karthala, 2010.

SALAH (M-M.), *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, LGDJ, 2012.

SCHAMPS (G.), *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1998.

SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970.

SEGRESTIN (D.), *La réhabilitation de l'entreprise : un point de vue sociologique*, Thèse, Sciences po. Paris, 1988.

SEGRESTIN (D.), *Sociologie de l'entreprise*, Armand Collin, 2ème éd., 1996.

SOBCZAK (A.), *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

SOBCZAK (A.), *Responsabilité globale, manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Vuibert, coll. Gestion, 2011.

Sociétés commerciales, Lamy, 2012.

SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 11ème éd., 2012.

TAPINOS (D.), *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, L'Harmattan, logiques juridiques, 2008.

TEYSSIER (B.), *Droit du travail*, Litec, 2ème éd., 1993.

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, 1994.

THIBIERGE (C.) (dir.), *La Force normative, naissance d'un concept*, L.G.D.J., Bruylant, 2009.

THUDEROZ (C.), *Sociologie des entreprises*, La Découverte, 3ème éd., 2010.

TREBULLE (F-G.), UZAN (O.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011.

TROCHON (J-Y), VINCKE (F.)(dir.), *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques*, Bruylant, coll. Feduci, 2006.

TUNC (A.), *La responsabilité civile*, Economica, 2ème éd., 1989.

ULGEN (F.), *Théorie de la firme et stratégies anticoncurrentielles*, L'Harmattan, 2002.

VERGE (P.), DUFOUR (S.), *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

VERLEY (P.), *Entreprises et entrepreneurs du 18° au début du 20°*, Paris, Hachette Supérieur, Carré histoire, 1994.

VERNAC (S.), *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Université Paris 10, 2012.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 5ème éd., 2006.

VINEY (G.), *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2ème éd., 1995.

VINEY (G.), *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., 2006.

VIRASSAMY (G-J.), *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986.

VIRONNEAU-GEORGES (M.), *L'action de l'Union européenne en matière de responsabilité sociale des entreprises : recherche sur l'appropriation d'un concept*, Thèse, Université de Toulouse, déc. 2009.

- II –

ARTICLES

ACQUIER (A.), GOND (J-P.), IGALENS (J.), « Des fondements religieux de la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité sociale de l'entreprise comme religion », *Cahier de recherche*, n° 2005-166, mai 2005.

ACQUIER (A.), GOND (J-P.), « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : à la découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsabilities of the Businessman d'Howard Bowen », *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 10, n°2, juin 2007, pp. 5-35.

ALIBERT (B.), « La gestion: essai de définition juridique », *Petites affiches*, 26 fév. 1997 n° 25, p. 10.

ANCELIN-MENAIS (O.), « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, n°5.

ASENCIO (S.), « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Revue des sociétés*, 2001, p. 683.

AUBERT (J-L.), « Engagement unilatéral de volonté », *Rép. Civ.*, juin 2012.

AUDIT (M.), « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *RCDIP*, 2011, p. 581.

AUZERO (G.), « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly*, 1er juil. 2006 n° 7, p. 867.

AUZERO (G.), « Les co-employeurs », *in* E. Le Dolley (dir.), *Les concepts émergeants en Droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 43.

AUZERO (G.), « La qualité de co-employeur », *RDT*, 2011, p. 634.

BARATHIEU (G.), « La formation écologique dans l'entreprise : une contribution à l'écocitoyenneté ? », *in* M-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement, regard croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. axe droit, 2010, p. 141.

BARBIERI (J-F.), « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *Petites affiches*, 25 oct. 1996, pp. 9-15.

BARBIERI (J-F.), « Note – Gouvernance d'un groupe : la perte d'autonomie d'une filiale n'est pas avérée par la seule implication de la mère dans les démarches préparatoires à l'implantation de la première », *Bull. Joly*, 1er avril 2007, n° 4, p. 485.

BARTHEZ (A-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Le droit souple*, Association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 61-71.

BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), « Responsabilité sociale inter-firmes, coordination et régulation de la firme-réseau multinationale : une analyse économique », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 137, 1er trim. 2012, pp. 43-64
Disponible sur:
http://rei.revues.org/5286.

BAYLOS GRAU (A.), « Nouveaux espaces de règlementation dans la mondialisation : entreprises transnationales et accords cadres internationaux », *in* I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 195-214..

BEAUCHARD (R.), « La responsabilité sociale de l'entreprise », *RDT*, n° spécial, 2011, p. 395.

BENOIT (F-B.), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur de Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp. 23-38.

BERRA (D.), « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 123-139.

BERRA (D.), « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002

BERSCHEL (C.), « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *Petites affiches*, 30 août 1995, n°104, p. 8.

BERTEL (P.), « Liberté contractuelle et sociétés: essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595.

BERTREL (J-P.), « Le débat sur la nature de la société », *in Droit et vie des affaires, études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, Paris, 1997, p. 132 et s.

BIALÈS (C.), « La gestion », *Les Cahiers économie et gestion*, 2000, n°65.

BLANQUET (F.), « Enfin la société européenne (la SE) », *RDUE*, n° 1, 2001, p. 88.

BLIN-FRANCHOMME (M-P.), DESBARATS (I.), « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », *in* G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Paris, Litec, 2007, pp. 89-109.
BLIN-FRANCHOMME (M-P.), DESBARATS (I.), « L'entreprise bioacteur », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2009, pp. 36-54.

BLIN-FRANCHOMME (M-P.), « RSE et milieu du travail – autour du Grenelle de l'environnement », *in* F-G. Trebulle, O. Uzan (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, regards croisés droit et gestion*, Economica, n°42, 2011, p.129.

BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *in* G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°31, 2009, pp. 21-53.

BLANC-JOUVAN (G.), « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, n°1, janv. 2005, pp. 68-79.

BODEN (D.), « Le pluralisme juridique en droit international privé, *Arch. Phil. Droit*, 49, 2005, pp. 275-316.

BODET (C.), LAMARCHE (T.), « Du rapport de développement durable au rapport CHSCT : Tension sur l'expertise sociale dans l'entreprise. », *in* P. Bardelli, P., J. Allouche, J. (Eds), *La Souffrance au travail. Quelle responsabilité de l'entreprise ?*, Paris, Armand Colin, 2012, pp. 103-120.

BOUBLI (B), « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme», *SS Lamy*, 2004, n°1156 et 1157.

BOULOC (B.), « Droit pénal et groupes d'entreprises », *Rev. Sociétés*, 1988, p.181.

BOURQUE (R.), « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation » [en ligne], OIT (Institut international d'études sociales), DP/161/2005, 2005
Disponible sur :
http://www.ilo.int/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp16105.pdf.

BOUTONNET (M.), « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.*, 2010, p. 2662.

BOY (L.), « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *RIDE*, 2003, n° 3/4 p. 471.

BRAC (M.), « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur » [en ligne], *in* E. Claudel et B. Thullier (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004
Disponible sur :
http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf.

BRODHAG (C.), GONDRAN (N.), DELCHET (K.), « Du concept à la mise en œuvre du développement durable : théorie et pratique autour de guide SD 21000 » [en ligne], *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, nov. 2004, volume 5, n°2, Disponible sur :
http://vertigo.revues.org/3482.

CADET (I.), « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, 2010/4 t. XXIV, pp. 401-439.

CAILLET (M-C.), QUEINNEC (Y.), « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, pp. 633-677.

CASTAN (G.), « Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation », *RJDA*, juil. 1993, pp. 514-523.

De CASTRO (G.), « Corporate social responsability and retructuring in the UE : a historical overview of recent developments », *in* Document de travail *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, DP/182/2007, Institut international d'études sociales (IIES) de l'OIT, Genève, 2008, p.95.

CAZALA (J.), « Le soft law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 66, pp. 41-84.

CEZANNE (C.), RUBINSTEIN (M.), « La RSE comme instrument de gouvernance d'entreprise : une application à l'industrie française des télécommunications » [en ligne], *Revue de la régulation*, n° 12, automne 2012
Disponible sur :
http://regulation.revues.org/9819, consulté le 24 mars 2013.

CHALAS (C.), « De l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par le juge anglais Chambre des Lords. - 20 juillet 2000, S.W.B. Lubbe c. Cape plc », *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 690.

CHAPUT (F.), « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Contrats, concurrence, consommation*, janv. 2010, n°1, p. 11.

CHARTIER (Y.), « Etude sur le thème de la vérité », Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2004, p. 35 et s.

CHATZISTAVROU (F.), « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit » [en ligne], *Le Portique*, 2005, n°15
Disponible sur :
http://leportique.revues.org/index591.html.

CHENG (T. K.), « The corporate veil doctrine revisited: a comparative study of the English and the U.S. corporate veil doctrines », *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34, issue 2, 2011, pp. 329-412.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique», *RDP*, 1998, p. 659 et s.

CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », *in* S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 83-93.

COCHOY (F.), LACHEZE (A.), « Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 31.

COEURET (A.), « L'avenir de l'UES conventionnelle », *SS Lamy*, 2005, n°1220.

COEURET (A.), DE SEVIN (N.), « Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe», *RJS*, 2006, n°2, p. 75.

COLLINGSWORTH (T.), « La primauté du droit sur l'économie mondiale. La responsabilité des multinationales pour violation des droits de l'Homme », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 679-706.

CORGAS-BERNARD (C.), « Les mutations de la norme en droit interne : les règles de bonnes pratiques », *in* N. Martial-Braz, J-F. Riffard, M. Béhar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme*, Economica, études juridiques, n°43, 2011, pp.73-83.

COURET (A.), *L'intérêt social*, *JCP E* 1996, 4, Cahiers droit de l'entreprise, p. 1 et s.

CRAMER (K. D.), « Nouvelles obligations de déclaration imposées aux sociétés minières en vertu de la Loi Dodd-Franck » [en ligne], *Bulletin droit minier*, déc. 2010
Disponible sur :
http://www.osler.com/NewsResources/Default.aspx?id=2974&col=10.

CUZACQ (N.), « Le respect des droits fondamentaux par les sociétés transnationales, de l'ombre à la lumière », *in* F-G. Trebulle, O. Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011, pp. 191-211.

CUZACQ (N.), « Les nouveautés issues du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *RDT*, 2013, p. 15.

CUZACQ (N.), « Proposition de directive relative à la publication par les entreprise d'informations extra-financières et d'information relatives à la diversité », *RDT*, 2013, p. 563.

CUZACQ (N.), « Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RDT*, 2014, p. 265.

DAIGRE (J-J.), « La société unipersonnelle en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1990, p. 665.

DAIGRE (J-J.), « société fictive », *Rép. Sociétés*, oct. 1999.

DAHLSRUD (A.), « How corporate social responsability is defined : an analysis of 37 definitions », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, janv./fév. 2008, vol. 15.

DAUGAREILH (I.), « La négociation collective internationale», *Revue Travail et Emploi*, 2005, n° 104, pp. 69-84.

DAUGAREILH (I.), « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », *in Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, I. Daugareilh (dir.), Bruylant, LGDJ, 2005, pp. 349-384.

DAUGAREILH (I.), « Corporate norms on CSR and international norms », *in* J-C. Javillier (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, DP/182/2007, 2007, pp. 44-54.

DAUGAREILH (I.), « La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : Observations sur une normativité à vocation transnationale, *in*

M-A. Moreau, F.Caffagi, F. Francioni, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, PUAM, Aix-Marseille, 2007, pp. 275-307.

DAUGAREILH (I.), « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 3, 2008, pp. 567-599.

DAUGAREILH (I.), «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica», *Cuadernos de relaciones laborales*, n°1, vol.27, 2009, pp.93-123.

DAUGAREILH (I.), « La déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises transnationales, in I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 429-458.

DAUGAREILH (I.), « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'inter-normativité », *in* M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée, M-F. Turcotte, *ISO 26000 : une Norme 'hors norme?*, éd. Economica, Paris, 2010, pp. 147-163.

DAUGAREILH (I.) « L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale », *in* I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.

DAUGAREILH (I.), « Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes », *Liaisons sociales Europe*, numéro spécial *La négociation collective transnationale*, déc. 2012, pp. 5-21.

DAOUD (E.), LE CORRE (C.), « Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit pénal des affaires*, n° 122, nov. 2012 pp. 1-7.

D'AVOUT (L.), BOLLEE (S.), « Droit du commerce international », *D.* 2008, p. 2560.

DECAUX (E.), « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 459-474.

DECOCQ (G.), « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com*. 2007, n° 4, p. 281.

DELEBECQUE (Ph.), « L'arrêt Erika : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil », *D.* 2012, p. 2711.

DELION (A.), « Régulation : progrès et problèmes. Actualisation 2006-2008 », *in* T. Revet, L. Vidal (dir.), *Annales de la régulation*, IRJS éditions, vol. 2, 2009.

DELMAS-MARTY (M.), « Le droit pénal éthique de la mondialisation », *RSC*, 2004, p. 1.

DEMEESTER (M-L.), NEYRET (L.), *Rép. civil* « Environnement », *Dalloz*, oct. 2013.

DERRIDA (F.), « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Etude de jurisprudence », *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec, 1991, p. 29.

DESBARATS (I.), « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n°5, fév. 2006, 1214, pp. 254-261.

DESBARATS (I.), « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *Revue des sociétés*, Journal des sociétés, 2009, 69, pp. 15-22.

DESBARATS (I.), BLIN-FRANCHOMME (M-P.), « L'implication écologique des salariés : une nouvelle donne pour la responsabilité environnementale », *in* C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, pp. 335-363.
DESBARATS (I.), JAZOTTES (G.), « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *La semaine juridique*, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2012, n° 3, pp. 25-30.

DESCOLONGES (M.), « Le caractère infini du « contrôle » des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 215 à 239.

DEUMIER (P.), « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *in* L. Boy, J-B. Racine, F. Siiriainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 671.

DEUMIER (P.), « Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD Civ*., 2009 p. 77.

DEUMIER (P.), « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *in* Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 121-138.

DEVA (S.), « Corporate code of conduct Bill 2000: overcoming hurdles in enforcing human rights obligations against overseas corporate hands of local corporations», *Newcastle Law review*, Vol. 8, 2004, pp. 87-116.

DEVERS (A.), « Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs », *Dr. soc*., 2012, p. 140.

DIDIER (C.), « L'alerte professionnelle en France: un outil problématique au cœur de la RSE », *in* N. Postel, D. Cazal, F. Chavy, R. Sobel, *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Septentrion, coll. Capitalismes, Éthique, Institutions, Villeneuve d'Ascq, 2011, pp. 209-220.

DOBELLE (J-F.), « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *in Annuaire français de droit international*, vol. 44, 1998, p. 4.

DOCKES (E.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 203- 211.

DOCKES (E.), « Le traitement social des séparations d'entreprises », *in* E. Loquin (dir.), *Les séparations internationales d'entreprises*, Litec, v. 23, 2004, pp. 357-389.

DOCKES (E.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 203- 211.

DOM (J-P.), « Note – A propos de l'absence d'immixtion dans la gestion d'une filiale par sa société-mère. », *Bull. Joly*, 1er mai 2004 n° 5, p. 666.

DOM (J-P.), «Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *JCP E*, n°24, 14 juin 2012, 1387.

DOMPE (M-N.), « Les propositions de réflexion de la Commission des opérations de Bourse », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n°116, p. 26.

DOUCIN (M.), « Les initiatives françaises pour une convention internationale sur la responsabilité sociale des entreprises », *in* E. Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2010, pp.131-139.

DRUEY (J-N.), « Pour la protection des mères, à quoi bon un droit sur les groupes de sociétés », in *Aspects actuels du droit de affaires, Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p.349.

DUPLESSIS (I.), « La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour la société décentralisée », *in* J-C. Javillier (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, 2007, pp 1-23.

DURAND (P.), « La notion juridique de l'entreprise », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947, t. III, pp. 61-123.

ENRIQUEZ (E.), « L'entreprise comme lien social : « un colosse aux pieds d'argile », *in* R. SAINSAULIEU (dir.), *L'entreprise, une affaire de société*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.

EPSTEIN (E. M.), « The field of business ethics in the United States: past, present and future», *Journal of general management*, vol. 28, n° 2, hiver 2002, pp. 1-29.

ESPAGNON (M.), « Droit à réparation », *JCL civ.*, *Fasc. 16-20*, 28 déc. 2004, n° 24.

ETRE (C.), « Code de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : soft law et droit », *in* B. Boidin, N. Postel, S. Rousseau (dir.), *La responsabilité sociale des entreprises, une perspective institutionnaliste*, Septentrion, 2009, p. 73.

FAMILY (R.), « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.* 27 juin 2013, n°23, p. 1558.

FARJAT (G.), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts : Prolégomènes pour une recherche », *RTD Civ*. 2002, p. 221.

Forum europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », *Rev. sociétés,* 1999, p. 43.

FRANCOIS-MARTIN (L.), « Le contrôle des distributeurs par la tête de réseau – définition et enjeux », *Concurrences*, N° 1-2010, pp. 63-70.

FREEMAN (R-E.), REED (D-L.), « Stockholders and Stakeholders: A new perspective on corporate governance», *California Management Review*, Vol. 25, n°3, spring 1983, pp. 88-106.

De FROUVILLE (O.), « Les mécanismes onusiens de protection et de promotion », *in* E. Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.) Bruylant, coll. Droit et justice, 2010, pp.170-183.

GEIGER (R.), « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE », in I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 413-428.

GENDRON (C.), LAPOINTE (A.), TURCOTTE (M-F.), « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relation industrielles*, vol. 59, n°1, 2004, pp. 73-100.

GERSCHEL (C.), « Le principe de non-immixtion en droit des affaires», *Petites affiches*, 30 août 1995, n° 104, p. 8.

GIACOPELLI-MORI (M.), « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RSC*, 2000 p. 525.

GISSEROT (V-F.), « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?, » *RTD com*, 1979, p. 49.
GODARD (O.), « Les responsabilités en cas de danger grave et imminent », *JCP E*, 1984, II, 14214, p. 223.

GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475.

GRAND (R.), « La référence à un éco-label dans une procédure de marché ne peut pas être exclusive : à propos de CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10 », *Dalloz actualité*, 29 mai 2012.

GRAVEL (E.), « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité ? », *in* J-C. Javillier (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Document de travail n°182, Institut international des études sociales, BIT, DP/182/2007, 2007, pp.55-70.

GRELON (B.), « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. sociétés*, 2006 p. 281.

GUIMONPREZ (B.), « Pour une responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés*, 2009, p. 715.

GYORGY (A.), « Les firmes multinationales dans les années 70 », *Revue économique*, Vol. 23, n°4, 1972, pp. 592-615.

HAFNER (G.), BUFFARD (I.), « Les travaux de la Commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, R. Mehdi (dir.), *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Actes du colloque annuel de la Société Française pour le Droit international 2009, Paris, éd. A. Pedone, 2010, pp. 145-164.

HANNOUN (C.), «L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré », *Bull. Joly*, 1er mai 1991, n° 5, p. 479.

HANNOUN (C.), « Note – Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale. », *Bull. Joly*, 1er juil. 2008 n° 7, p. 602.

HANNOUN (C.), « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

HANNOUN (C.), « La réalité juridique de l'entreprise, réflexion sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *ESKA, Entreprise et histoire*, 2009/4, n°57, pp. 184-193.

HANNOUN (C.), « Groupes de sociétés : Redressement et liquidation judiciaires », *JCL commercial*, Fasc. 3190.

HANNOUN (C.), « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SS Lamy*, sup., 10 oct. 2011, n°1508, pp. 97-102.

HAUTEFORT (M.), « Systèmes d'alerte professionnelle : la Cour de cassation pose des limites », à propos de Cass. Soc. 8 déc. 2009, pourvoi n° 08-17.191, *JSL*, 18 janvier 2010, n° 269, p.9.

HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), «Corégulation et responsabilité sociale des entreprises», *in* T. Berns, P-F. Docquir *et al.* (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 147 et s.

HENNEBERT (M-A.), « Les relations de travail au sein des entreprises multinationales : quand les syndicats empruntent la voie de l'international », *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail,* vol. 5, n°2, 2010, pp. 65-84.

HENNEBERT (M-A.), BOURQUE (R.), « Mondialisation et négociation sociale dans les entreprises multinationales : la négociation de l'accord mondial Quebecor World », *Négociations*, 2010.2 n°14, pp. 5-20.

HENRY (M.), « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », *Dr. ouvrier*, 1981, p. 122.

HERMITTE (M-A.), « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution), *in* C.Noiville (coord.), Dossier sur le Principe de précaution, *Recueil Dalloz*, 2007, n°22, pp.1518- 1523.

HERVIEU (N.), « Obligation de protection du droit à la vie dans le contexte d'une manifestation de grande ampleur », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 mars 2011.

IDOT (L.), « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2001, p.191.

IDOT (L.), « La responsabilité pénale des personnes morales : leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, N°1-2012, pp. 55-72.

IGALENS (J.), « Corégulation, l'expérience européenne », *in* C. Gendron, B. Girard (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal*, Armand Collin, coll. Recherches, 2013.

JAULT-SESEKE (F.), « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés, Soc. 19 juin 2007, Mme X, pourvoi n° 05-42551 et n° 05-42570 », *RDT*, 2007, p. 543.

JEANTIN (M.), « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *Dr. ouvrier*, 1981, p. 118 et s.

JUBAULT (C.), « Les codes de conduite privés », *in* Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 27-37.

KAHN (P.), « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p.97.

KISS (A.), « Environnement, droit international, droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, janv. 2004, 8 p.

KOCHER (M.), « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », L'entreprise éclatée, colloque du syndicat des avocats de France, 8 déc. 2012, *Le droit ouvrier*, mars 2013, n°776, pp. 177-186.

LABORDE (J-P.), « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », *in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derrupé,* éd. Joly- Litec, 1991.

LAGARDE (P.), « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p.125.

LANORD FARINELLI (M.), « La norme technique : une source de droit légitime ? », *RFDA*, 2005, p. 738.

LAULOM (S.), « La révision manquée de a directive sur les comités d'entreprise européen », *SS Lamy*, 12 mai 2009, n° 1399, p. 5.

LEBEN (C.), « Une tentative de perception globale: le recours à la nationalité des sociétés », *in* C. Lazarus *et al. (dir.), L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, p.220.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *RTD com*. 2010 p. 740.

LEADER (S.), « Le droit du travail et la gouvernance d'entreprise », *RDT*, 2006, n°1, p. 12.
LEADER (S.), LOKIEC (P.), « Gouvernement d'entreprise et droit des salariés : l'apport du "Companies Act" (2006) », *RDT*, n°3, 2008, pp. 201-203.

De LESTANG (R.), « la notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.*, 1979, pp. 5-22.

LHUILIER (G.), « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales Economies, Sociétés, Civilisations*, 48° année, N.2, 1993, pp. 329-358.

LE TOURNEAU (P.), « Responsabilité (en général) », *Rép. civil*, mai 2009.
LIZEE (M.), « Droit des multinationales: une impasse juridique? », *Revue québécoise de droit international*, 1985, pp. 271-283.

LOCKE (R.), KOCHAN (T.), ROMIS (M.), QIN (F.), « Beyond corporate codes of conduct: Work organization and labour standards at Nike's suppliers », *International Labour Review,* vol. 146, n° 1-2, 2007.

LYON-CAEN (A.), « L'UES sauvée de ses excès », *Semaine sociale lamy*, 3 sept. 2007, n°13-18, pp. 9-12.

LYON-CAEN (A.), « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés : A propos du licenciement dans une S.A.SS (U) », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 494.

LYON-CAEN (A.), « Retrouver l'entreprise ? », *Dr. ouvrier*, mars 2013, n° 776, pp. 196- 198.

LYON-CAEN (G.), LYON-CAEN (A.), « La doctrine de l'entreprise », *in Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, pp. 601-621.

LYON-CAEN (G.), « Que sait-on de plus sur l'entreprise? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp.37-53.

NURIT-PONTIER (L.), « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *D.* 2010, p. 2081.

MAGAUD (J.), « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. social*, 1975, p. 525.

MAHINGA (J-G.), « L'externalisation d'activités: ou va la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *Petites affiches*, 7 juin 2001, n° 113, p. 13.

MALECKI (C.), « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés*, 2000, p. 453.

MALECKI (C.), « Pour que gouvernance d'entreprise écologique rime avec éthique », *D.* 2008, p. 1774.

MARCEAU (G.), DOUSSIN (A.), « Le droit du commerce international, les droits fondamentaux et les considérations sociales », *L'observatoire des Nations Unies*, 2009, n°2, vol. 27, pp. 1-16.

MARES (R.), « defining the limits of corporate responsabilities against the concept of legal positive obligations », *The geo. Wash. international Law review*, Vol. 40, pp. 1158-1217.

MARTIAL-BRAZ (N.), « Propos introductifs », *in* N. Martial-Braz, J-F. Riffard, M. Béhar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme*, Economica, études juridiques, n°43, 2011, pp. 1-20.

MARTIN (G.J.), « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299 et s.
MARTIN (G.), « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») », *Rev. sociétés* 2011 pp. 75-86.

MATHEY (N.), « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, 2008, pp. 205-228.

MAYER (D.), « Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux », *D.* 1999, p. 215.
MAZEAUD (A.), «Transferts d'entreprise (Aspects individuels) », *Rép. De droit du travail*, oct. 2010.

MAZIAU (N.), « La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme L'affaire *Kiobel contre Royal Dutch Shell Petroleum Co* devant la Cour suprême des Etats-Unis, quel écho à la situation française ? », *D.* 2013, n°16, p. 1081.

MAZIAU (N.), « L'arrêt *Kiobel* : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme ? », *D.* 2013, n°19, p. 1316.

MAZUYER (E.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER, (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 20 et s.

MENJUCQ (M.), FAGES (F.), VUIDARD (L.), « La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés », D. 2007, n°1.

MERCURE (P-F.), « Principe de droit international applicables au phénomène des pluies acides », *RDUS*, n° 21, 1991, pp. 374-418.

MEDUS (J-L.), « Conventions de portage et information comptable et financière », *Rev. sociétés*, 1993, p. 509.

MEERAN (R.), «Tort litigation against Multinational corporations for violations of Human Rights: An overview of the position outside the United States», *City University Of Hong Kong Law Review*, Printemps 2011, Vol. 31, pp. 1-41.

MENARD (C.), « La diversité des modes d'organisation dans une économie développée-dissolution ou recomposition de l'entreprise ? », *in* D. Colle, *Un monde d'entreprises,* PUF, Major, 2008, p. 372.

MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », *in* T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

MILLARD (E.), « Les débats autour de la personnalisation juridique de la famille », *in* M. Chauvière, M. Saussier, B. Bouquet, R. Allard, B. Ribes (dir.), *Les Implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000, pp. 11-18.

MITCHELL (C.), « Lifting the corporate veil in the english courts : an empirical study, *Company Financial and Insolvency Law Review*, 1999, 3, p. 15.

MONOD (A.), FOUCARD (F.), « La "corporate governance" à la française : introduction », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n°116, p. 3.

MOULIER (I.), « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *AFDI*, Vol. 49, 2003, pp. 129-164.

MOREAU (M-A.), « Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations : Expériences et prospective », *SS Lamy*, 2008, supplément. 1376, p. 33.

MOREAU (M-A.), « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. social*, n°1, janv. 2009, pp. 93-102.

MOREAU (M-A.), « De la transnationalité de la relation de travail » *Dr. social,* 2011, pp. 1174-1186.

MOREAU (M-A), « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *RDT*, 2014, n°5, p. 413.

MORIN (M-L.), « Sous-traitance et relations salariales : aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, 1994, n° 60, pp. 23-43.

MORIN (M-L.), « Le droit face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du Travail*, vol. 144, n°1, 2005, pp. 5- 30.

MORELLI (N.), « Confusion d'activités, d'intérêts et de direction : la notion se précise », *Bull. Joly*, 1er nov. 2011 n° 11, p. 906.

MORELLI (N.), « Co-emploi : enfin l'arrêt M*etaleurop »*, *Bull. Joly*, 1er janv. 2012 n° 1, p. 59.

NDENDÉ (M.), « Coresponsabilité entre un navire et... une commune au cours d'un abordage : compétence judiciaire et responsabilité in solidum », *Revue de droit des transports,* n° 6, Juin 2009, comm. 125.

NEYRET (L.), « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010, p. 2238.

OJADA AVILES (A.), COMPA (L.), « Globalisation, Class Actions et droit du travail », *in* I. Daugareilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, p. 265 .

OPPETIT (B.), « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXII, 1970, p. 185.

OPPETIT (B.), « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, « Sources » du droit, T. 27, 1982, p. 43.

PAILLUSSEAU (J.), « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX° siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I.3330.

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.* 1989, n°42, p. 1.

PAILLUSSEAU (J.), « le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 710.

PAILLUSSEAU (J.), « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, p. 97 et s.

PAILLUSSEAU (J.), « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999 p. 157.

PAILLUSSEAU (J.), « La notion de groupe de sociétés et d'entreprise en droit des activités économiques », *D.* 2003, n° 34, p. 2345.

PARIENTE (M.), « Note – Les filiales, même intégrées à un groupe, bénéficient d'une autonomie pleine et entière », *Bul. Joly*, 1er juin 1996 n° 6, p. 505.

PASQUERO (J.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : trajectoire d'un idée », *in* C. GENDRON, B. GIRARD, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal* , Arman Collin, coll. Recherches, 2013, pp. 47-62.

PELLET (A.), « Le 'bon droit' et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement », *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes - Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, 1984, p. 482.

PERES (C.), « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 93-120.

PERRAUDIN (C.), THEVENOT (N.), TINEL (B.), VALENTIN (J.), « Sous-traitance dans l'industrie et ineffectivité du droit du travail : une analyse économique », *Economie et institutions*, 2ème sem., 9, 2006, pp. 35-56.

PESKINE (E.), « L'imputation en droit du travail : à propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT*, 2012, p. 347.

PESTRE (F.), « Construire une stratégie de responsabilité sociale de la firme multinationale, le cas du groupe Lafarge », *Revue française de gestion*, 2011/3 n°212, pp. 109-125.

PETIT (F.), BELET (D.), « Des compétences requises pour la RSE et le DD », *in* J-J. ROSE (dir.), *RSE, pour un nouveau contrat social*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, coll. Méthodes et recherches, 2006, p. 246.

PHILIPPART (P.), « La firme au-delà de la firme : l'approche pragmatique du droit face aux réseaux interentreprises » *in* B. Baudry, B. Dubrion, *Analyses et transformations de la firme*, La Découverte, coll. Recherches, 2009, pp. 235 à 249.

PIGNEROL (B.), « Présentation », *in* « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA*, n°40, 28 nov. 2005, pp. 2211-2232.

POUSSON (A.), « Cession d'entreprise et relations du travail », *Les Cahiers de droit*, vol. 34, n° 3, 1993, pp. 847-898.

POSTEL (N.), ROUSSEAU (S.), « Ethique, entreprise et RSE », *in* B. Boidin, N. Postel, S. Rousseau (dir.), *La responsabilité sociale des entreprises, une perspective institutionnaliste*, Septentrion, 2009, p. 119 et s.

QUEINNEC (Y.), BRABANT (S.), « De l'art et du devoir d'être vigilant », *RLDA*, Droit des affaires et développement durable, N° 88, déc. 2013, p. 49.

QUAINTANE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *in* G. Tusseau (dir .), *Les notions juridiques*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°31, 2009, pp. 5-20.

QUEINNEC (Y.), « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE : lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, n° 100, juillet 2012

DE QUENAUDON (R.), « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement), *Rép. Trav.* janv. 2004.

DE QUENAUDON (R.), « Délégués du personnel », *Rép. Trav.*, janv. 2009.

DE QUENAUDON (R.), « Quelques observations et questions sur l'alerte professionnelle », *RDT*, 2010, p. 721.

De QUENAUDON (R.), SACHS-DURAND (C.), « Les principes directeurs de l'OCDE, quelle efficacité ? », *Revue droit du travail*, nov. 2010, n° 11, p. 655.

RADE (C.), « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité », *RJE* 2000, pp. 75-89.

REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000 p. 425.

RENOUARD (C.), « La Responsabilité sociale des multinationales spécialisées dans l'extraction des minerais et hydrocarbures », *JDI*, avril-mai-juin 2008, p.485-496.

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Dalloz, 1934, p. 347.

ROBE (J-P.), « L'ordre juridique de l'entreprise », *Revue droits*, vol. 25, 1997, p. 145.

ROETS (D.), « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC*, 2007, p. 251.

ROGER (A.), « Quelle implication des destinataires de la norme ? La voie de la corégulation », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors série 6, nov. 2009, URL : http://vertigo.revues.org/8956.

ROLLAND (B.), « Considérations sur la fictivité d'une filiale dans le cadre d'une action en extension de procédure de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 28 janv. 2005, n° 20, p. 13.

ROUSSEAU (S.), « Responsabilité sociale et droit des sociétés : promesses et limites », *Lex Eletronica*, vol. 13, n° 3, 2009.

ROUSSEAU (S.), TCHOUTOURIAN (I.), « L'" intérêt social" en droit des sociétés : regards canadiens », *Rev. sociétés*, 2009, p. 735.

RUBIO (N.), « Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires », *RTDE*, 2007, p. 597.

SAINCY (B.), « La responsabilité sociale des entreprises : la position des acteurs sociaux », *in* I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, pp. 177-188.

SAINSAULIEU (R.), « Changer l'entreprise, une affaire de société », *in* R. Sainsaulieu (dir.), *L'entreprise, une affaire de société,* Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 14.

SAINT-PAU (J-C.), « Droit à réparation, Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère », *JCL civ.*, 2004, fasc. 11-30.

SAMPER (C.), « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, pp. 327-348.

SANHOURY (A.), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, 1934, p. 144-155.

SANTORO (G.), « La directive 2001/86 sur l'implication des travailleurs dans les sociétés européennes (SE) : du droit d'implication au simple droit de négociation », *in* I. Daugareilh (dir.), *Le dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 115.

SARGOS (P.), « La recherche de vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, p. 97.

SARGOS (P.), « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *D*. 2007, p. 811 et s.

SAVATIER (R.), « Comment repenser la conception française de la responsabilité civile ? », *D.*, 1966, chron. p. 150 ;

SAVATIER (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Dr. soc.* 2002, p. 715.

De SCHUTTER (O.), « Les affaires Total et Unocal », *AFDI*, LII, 2006, pp. 1-47.

De SCHUTTER (O.), « La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », *in* E. Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.) coll. Droit et justice, Bruylant, 2010, pp. 19-100.

SEFFAR (K.), BENYEKHLEF (K.), « Commerce électronique et normativités alternatives », *Université d'ottawa law and technologiy journal*, 2006, pp. 355-382.

SIFFREIN-BLANC (C.), « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *RTD civ*. 2011, p. 479.

SOBCZAK (A.), « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Droit social*, sept-oct 2002, n° 9/10, pp. 806-811.

STERN (B.), « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue québécoise de droit international*, III, 1986, pp. 50-78.

STERN (B.), « L'extraterritorialité « revisitée » : ou il est question des affaires *Alvarez-Machain*, pâte de Bois et de quelques autres… », *AFDI*, 1992, Vol. 38, pp. 239-313.

SUPIOT (A.), « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD civ.*, 1985, pp. 621-644.

SUPIOT (A.), « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541.

TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov. /déc. 93, p. 50-68.

TEYSSIÉ (B.), « Loi et contrat collectif de travail: variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n° 17.

THERON (J-P.), « Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable », *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles Bruylant, 1998, p. 296.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ*. 2003 p. 599.

THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives phil. Du droit*, 2008, p. 343

THOMPSON (R.), « Piercing the corporate veil: an empirical study », *Cornell Law Review*, 1991, 76, p. 1036.

TIGNINO (M.), « Les contours du principe de la participation publique et la protection des ressources en eau transfrontières », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors série 7, juin 2010, http://vertigo.revues.org/9750 ; DOI : 10.4000/vertigo.9750

TIMSIT (G.), « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », *in* P. Amselek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. 15.

TISSANDIER (H.), « Sociétés à structure complexe et droit du travail. Du LBO au groupe, retour sur quelques audaces judiciaires », *RJS* 2010, p. 251.

TREBULLE (F-G.), « Responsabilité sociale des entreprises », *Rép. Sociétés*, mars 2003, p. 3.

TREBULLE (F-G.), « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v. Kasky », *Rev. sociétés,* avril/juin 2004, n°2, p. 261.

TRÉBULLE (F-G.), « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1ère partie) », *Bull. Joly*, 2006, n° 123, p. 1337.

TRÉBULLE (F-G.), « Stakeholder theory et droit des sociétés (2ème partie) », *Bull. Joly*, 2007, n° 1, p. 7.

TREBULLE (F-G.), « L'efficacité comparée du droit et de l'obligation de dénoncer en droit du travail et de l'environnement », in M. Béhar-Touchais (dir.), *La dénonciation*, Actes du colloque du CEDAG, Economica, 2010.

TREBULLE (F-G.), « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *RDI*, 2011, p. 369.

TUNC (A.), « Accidents de la circulation : faute ou risque ? », *D.* 1982, chron. p. 103.

TUNC (A.), « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », *Petites affiches*, 27 sept. 1995, n° 166, p. 5.

ULLRICH (H.), « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, 2003, pp. 291-311.

VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur d'une chose contre le producteur : quelle compétence ? », *RTDE*, n°4, 15 déc. 1992, p. 709 et s.

VARGHA C., « Promouvoir le travail décent dans les chaînes de production mondiale. L'expérience de *Better Factories Cambodia* », *in* I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 395-409

VERCHER (C.), PALPACUER (F.), CHARREIRE PETIT (S.), « Codes de conduite et systèmes d'alerte éthique : La RSE au sein des chaînes globales de valeur », *Revue de la régulation* [En ligne], n°9, 1er semestre 2011, http://regulation.revues.org/index9259.html.

VERGE (P.), « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *Les Cahiers de droit*, Vol. 52, n°2, juin 2011, pp. 135-166.

VERICEL (M.), « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », *Dr. soc*., n°12, 2000, 1059-1063.
VINEY (G.), « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1542.

WEINSTEIN (O.), « Quelques controverses théoriques », Comprendre l'économie, vol. 1, *Cahiers français*, n° 345, p. 91-95.

WESTER-OUISSE (V.), « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *RSC*, 2000, p. 351.

- III –

RAPPORTS, COMMUNICATIONS, DOCUMENTS DE TRAVAIL, CONTRIBUTIONS

AMF, *Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, Recommandation 2010-13, 2 décembre 2010.

ANTONMATTEI (P-H.), VIVIEN (P.), *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, La Documentation française, coll. Des rapports officiels, janv. 2007.

ANZIANI (A.), BETEILLE (L.), *Rapport d'information n°558 relatif à la responsabilité civile*, Sénat, Groupe de travail de la Commission des lois, 15 juillet 2009.

ASCENSIO (H.), « L'extraterritorialité comme instrument » [en ligne], Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises, déc. 2010
Disponible sur :
http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite__droits_de_l__homme_et_entreprises.pdf.

AUBRUN (M.) *et al*, *ISO 26000 – Responsabilité sociétale - comprendre, déployer, évaluer*, AFNOR, Paris, 2010.

Banque de France, *Statistiques*, Bulletin n° 195, 1er trim. 2014, S12.

BAYLOS-GRAU (A.), « Les ACI dans le textile : le cas d'INDITEX », colloque international, « Les normes RSE : mise en œuvre, contrôle et sanctions, 27, 28 et 29 octobre 2010, Université Montesquieu Bordeaux IV.
BIT, *La Déclaration de Principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale : guide à l'attention des utilisateurs*, OIT, 2002.

BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Bureau international du Travail, 5ème éd., 2006.

BIT, *Les principes du travail du Pacte Mondial des Nations Unies*, Guide pour les entreprises, Genève, 2010, 53 p.

BOTTOMLEY (S.), FORSYTH (A.), *The new corporate law* [en ligne], Working paper n° 1, Corporate law and Accountability research group, Monash University, juin 2006, 24 p. Disponible sur:
http://law.anu.edu.au/sites/all/files/lrsj/bottomley_corp_law.pdf.

BOURQUE (R.), *Les accords-cadres internationaux et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation*, Institut international d'études sociales, OIT, document de travail DP/161/2005, Genève, 2005, 37 p.

BRAC (M.), « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur » [en ligne], *in* E. Claudel, B. Thullier (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004
Disponible sur :
http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf.

BRUNDTLAND (G. H.), *Notre avenir à tous*, Commission des Nations Unies sur l'environnement et le développement, A/42/427 Annexe, 4 août 1987.

CASIN (D.), « Sous-traitance responsable er création de valeur » [en ligne], Communication lors de la 1ère Journée de Recherche sur le Développement Durable – ADERSE – IAE de Poitiers – Sup de Co La Rochelle, La Rochelle, 27 mars 2009, p. 4 et s.
Disponible sur :
http://www.strategie-aims.com/events/conferences/2-xixeme-conference-de-l-aims/communications/149-sous-traitance-responsable-et-creation-de-valeur/download.

CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. Clément, Garde de sceaux, La documentation française, 22 sept. 2005, 208 p.

CHATILLON (A.), *La désindustrialisation des territoires*, Rapport d'information n°403, Sénat, avril 2011.

COCHOY (F.), DAUGAREILH (I.), LACHEZE (A.), «Analyse nationale et pluridisciplinaire », Projet de recherche ESTER, Social regulation of European transnational companies, CNRS-COMPTRASEC, nov. 2005.

CSR Impact, « Impact Project » [en ligne], Executive summary, sept. 2013
Disponible sur:
http://csr-impact.eu/about.html.

Comité Economique et Social, *L'amélioration du cadre règlementaire de l'Union européenne en amont et en aval : une véritable priorité politique*, Rapport, CESE/2005/16/FR, 2005.

CNCDH, A*vis sur les en jeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies*, Assemblée plénière, JORF n° 0266, 16 nov. 2013, texte n° 56.

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, UNCTAD/WIR/2011, 2011.

CNUCED, *Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, Rapport sur l'investissement dans le monde, 2012, 60 p.

Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, sur *Le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental*, Rapport d'information n°1859, 13 oct. 1999.

Commission du Droit international, *Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II.

Commission de droit international, *Projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuse,* Annuaire de la Commission du droit international, 53° session, 2001, vol. II.

COULON (J-M), *La dépénalisation de la vie des affaires* [en ligne], Rapport remis au garde des Sceaux, janv. 2008, coll. Rapports officiels
Disponible sur :
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000090/index.shtml.

Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004, La documentation française, Etudes et documents, n°56, 400 p.

Conseil de la Concurrence, *Etudes thématiques : la preuve des accords de volonté constitutifs d'ententes*, Rapport annuel, La documentation française, 2006.

Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2004.

DAUGAREILH (I.) (coord.), *Projet ESTER, Rapport d'orientation*, mai 2007.

DAUGAREILH (I.), « Les limites de l'autorégulation de la RSE par les entreprises transnationales », présentation à la Conférence « on corporate social responsability : CSR at the global level, what role for EU ? », Bruxelles, 7 déc. 2007.

DESBARATS (I.), « L'encadrement juridique de la responsabilité sociétale des entreprises: Réalisations et potentialités du droit français » [en ligne], *in* « Nouvelles dimensions du commerce équitable : implications et défis » ; 3ème Colloque international sur le commerce équitable, Montpellier, 2008
Disponible sur:
http://clerse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/axe_3_desbarats.pdf.

DOUCIN (M.) (dir.), *Analyse des notions de « due diligence » et de « 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* [en ligne], Ministère des affaires étrangères, 22 mars 2010, p. 14
Disponible sur :
www.diplomatie.gouv.fr.

DOUCIN (M.), FATOUX (F.), *Analyse comparative et critique de 26 accords-cadres internationaux conclus par des entreprises transnationales* [en ligne], Ministère des affaires étrangères et européennes et ORSE, nov. 2010
Disponible sur :
www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/10-11-12_Analyse_ACI_MAEE_ORSE_final_et_resume-2.pdf.

DUPUY (P.), « La diligence due dans le droit international de la responsabilité », *in* OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, OCDE, 1997, p. 396.

EE, OREE, ORSE, *Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE* [en ligne], Rapport de mission remis au gouvernement, avril 2004
Disponible sur :
www. orse.org.

FARTHOUAT-DANON (B.), *Avis portant sur la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale*, Cour de cassation, Avis n° 0070005P, 19 mars 2007.

FRYDMAN (B.) (dir.), *Self-regulation and co-regulation of corporate social responsabilty in europe* [en ligne], Centre Perelman de Philosophie du droit, Université Libres de Bruxelles, Final report, mai 2007, 344 p.
Disponible sur :
http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Perelman_Centre_-_Final_report_Self_regulation_and_Co_regulation.pdf.

FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source du droit global ? » [en ligne], Série de workings papers du Centre Perelman de Philosophie du droit ; n° 2012/02, Université libre de Bruxelles
Disponible sur :
http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP_-_Frydman_Lewkowicz_-_codes_de_conduite_-_source_du_droit_global.pdf.

GAUDIN (C.), *La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, Rapport d'information, Sénat, Tome 1, n° 347, juin 2007, 362 p.

GELARD (P.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport n° 404, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, T. II, 15 juin 2006, 449 p.

Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés* [en ligne], Document consultatif, consultation clôturée le 21.06.2002
Disponible sur :
http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm.

Groupe de Haut niveau d'experts en droit des sociétés, U*n cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés* [en ligne], *Rapport final,* 4 nov. 2002
Disponible sur :
http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm.

Groupe de Réflexion, L*'avenir du droit européen des sociétés* [en ligne], Rapport, 5 avril 2011
Disponible sur :
http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm.

GUILLET (T.), « Etude comparative de la Loi PERBEN II et de l'ALIEN TORT CLAIMS ACT, plus particulièrement la portée extraterritoriale de ces lois aux fins de mise en jeu de la responsabilité des sociétés transnationales », Mission Coordination pour les droits de l'Homme du Ministère des Affaires Etrangères, oct. 2006, p. 4.

QUAIREL (F.), « La RSE aux frontières de l'organisation : entre ouverture et protection: exemple du management de la relation fournisseur dans les grands groupes industriels » [en ligne], *Communication au 1er congrès du RIODD,* décembre 2006, Paris, p. 12 Disponible sur :
http://basepub.dauphine.fr.

QUAIREL-LANOIZELEE (F.), « Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels » [en ligne], *communication conférence du 28ème congrès de l'Association francophone de comptabilité* : "comptabilité et environnement", mai 2007, Poitiers
Disponible sur :
http://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/2617.

HYEST (J-J.), *Projet de loi de sauvegarde des entreprises,* Rapport n° 335 (2004-2005), fait au nom de la commission des lois, 11 mai 2005.

Institut de Droit International, *Les entreprises multinationales,* 2ème Commission, Rapporteur B. GOLDMAN, Session d'Oslo, 1977.

JOURDAIN (P.), *La causalité* [en ligne], Rapport au séminaire de Genève, mars 2010, 12 p.
Disponible sur :
www.grerca.univ-rennes1.fr

LAVASTRE (O.), SPLANZANI (A.), « Responsabilité sociale des entreprises et management de la chaîne logistique : vers des *supply chain* pérennes ? », Proposition pour le colloque de l'ADERSE, janv. 2008, p. 6
Disponible sur :
www.aderse.org.

LEBEGUE (D.), GUERIN (A-J.), Comité opérationnel « entreprise et RSE » [en ligne], Grenelle de l'environnement, chantier 25, Rapport final, 21 mars 2008
Disponible sur :
ww.developpement-durable.gouv.fr.

LE ROUX (J.), « La détention par les non-résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2009 », *Bulletin de la Banque de France,* n° 180, 2e trimestre 2010, pp.19-26.

LOCKE (R. M.), QIN (F.), BRAUSSE (A.), *Does Monitoring Improve Labor Standards?: Lessons from Nike* [en ligne], Corporate social responsablity initiative, working paper n° 24, John F. Kennedy school of government, Université d'Harvard, Juil. 2006
Disponible sur:
http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_24_locke.pdf.

Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance, *Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitanc*», Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 30 juillet 2010, 53 p.

Ministère de l'écologie, *Evolution du dispositif NRE : Synthèse des avis des parties concernée* [en ligne], Rapport du Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, 4 sept. 2009
Disponible sur :
www-developpement-durable.gouv.fr.

Mission Lepage, *Rapport final, 1ère phase* [en ligne], 118 p.
Disponible sur :
www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490/0000.pdf

NUYTS (A.), *Review of the member states' rules concerning "residual jurisdiction" of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels 1 and 2 regulations Study on residual jurisdiction*, General report, 3 sept. 2007, Université libre de Bruxelles, 156 p.

OCDE, *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, TD/TC/WP(98)74/Final, 2000.

OCDE, *« Codes de conduite : Étude exploratoire sur leur importance économique »* [en ligne], Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, N° TD/TC/WP (99)56/ Final 2001
Disponible sur :
http://www.lomag-
man.org/econimie_actualite/codedeconduite_m00020848entreprise.pdf.

OCDE, *La responsabilité des entreprises dans le monde en voie de développement*, Rapport annuel sur les Principes Directeurs à l'attention des entreprises multinationales, 2005, 249 p.

OCDE, *La responsabilité des entreprises : renforcer un instrument unique*, Rapport annuel sur les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, 2010.

OCDE, *Le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, guide OCDE, 2° éd., OCDE, 2013.
OCDE, « Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones » [en ligne]
Disponible sur:
http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf.

OIT, *S'organiser pour plus de justice sociale*, Rapport global du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, conférence internationale du travail , 92e session, 2004, Rapport I (B), 148p.

ORSE, *Etude sur l'intégration de critères RSE dans la part variable des rémunérations des dirigeants et des managers* [en ligne], juin 2012
Disponible sur :
www.orse.org.

PERRAUDIN (C.), PETIT (H.) (et al.), « Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques » [en ligne], Centre d'études de l'emploi, document de travail n° 117, mars 2009, 25 p.
Disponible sur :
www.cee-recherche.fr.

Rapport du Point de contact national français chargé du suivi des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales [en ligne], 3 juin 2013, 13 p.
Disponible sur :
http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/397225.

Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, *Corporate law project : overarching trends and observations* [en ligne], Rapport, juillet 2010, 45 p.
Disponible sur:
http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-corporate-law-project-Jul-2010.pdf.

RIISGAARD (L.), *The IUF/COLSIBA – CHIQUITA framework agreement: a case study* [en ligne],Working Paper No. 94, OIT, Genève, 2004
Disponible sur :
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/@multi/documents/publication/wcms_101049.pdf.

ROSSIGNOL (L.), NEGRE (L.), *Rapport d'information fait au nom om de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois (1) sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement(Grenelle II)*, Sénat, N° 290, 23 janv. 2013, 61 p.

ROUSSEAU (S.), TCHOTOURIAN (I.), « L' " intérêt social" en droit des sociétés : Regards transatlantiques », CDACI - Travaux et publications, p.11
Disponible sur :
http://hdl.handle.net/1866/3072, consulté en janvier 2013.

DE SCHUTTER (O.), « Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the Human rights accountability of transnational corporations », document préparatoire du séminaire organisé en collaboration avec le bureau du Haut Commissariat aux droits de l'Homme, Bruxelles, 3-4 nov. 2006, organisé dans le cadre du mandat du Représentant spécial des Nations Unies J. Ruggie.

DE SCHUTTER (O.), RAMASASTRY (A.), TAYLOR (M. B.), THOMPSON (R. C.), *La diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des Etats* [en ligne], déc. 2012, 108 p.
Disponible sur :
http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligence-Raisonnable-en-Matiere-de-Droits-Humains-Le-Role-Des-Etats.pdf.

SOBCZAK (A.), « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale ? », communication lors du 2ème séminaire franco-québécois sur la responsabilité sociale organisé le 1er septembre 2005 à Sciences-Po Paris.

SOBCZAK (A.), LEONARD (E.), « Le dialogue social transnational: quelles interactions entre différents niveaux » [en ligne], Centre Interdisciplinaire de Recherche Travail, État et Société, janv. 2009
Disponible sur :
https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/trav/documents/ATNE-dares_rapport_final.pdf.

STEFANELLY (J-J.), *Rapport du conseil économique et social sur les problèmes posés par la sous-traitance*, avis des 20 et 21 mars 1973, JO CES n°7, 26 avril 1973.

STRANDBERG (C.), « The role of the board of directors in CSR » [en ligne], The conference board of Canada, juin 2008
Disponible sur:
www.corostrandberg.com.

TIXIER (J.), « les relations filiales – maisons-mères au travers d'un système d'information ressources humaines : une illustration du concept de dualité institutionnelle » [en ligne], XIVème Conférence Internationale de Management stratégique, Pays de la Loire, Angers, 2005
Disponible sur :
http://www.strategie-aims.com.

VAN WENSEN (K.), BROER MSC (W.), KLEIN (J.), KNOPF (J.), *The State of Play in Sustainability Reporting in the European Union 2010* [en ligne], Rapport publié pour la commission européenne, CREM, Adelphi, janv. 2011
Disponible sur :
http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=1013.

VOLOT (J-C.), L*e dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance,* Rapport, Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, 30 juillet 2010, p. 8
Disponible sur :
www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Documents/Rapports/Rapport-Volot%20_dispositif-juridique-relations-interentreprises-sous-traitance.pdf.

WIDMER (P.), « La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens » [en ligne], contribution, Université Rennes 1, disponible sur le site du GRERCA

- IV –

DOCUMENTS OFFICIELS

Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Résolution 3201 (S-VI)), 1er mai 1974.

Assemblée générale des Nations Unies, *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Résolution 3202 (S-VI), 1er mai 1974.

Assemblée générale des Nations Unies, *L'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, Résolution 35/63, 22 avril 1980.

Assemblée Générale des Nations Unies, *Towards global partnership*, Résolution, 26 mars 2006, A/RES/60/215.

Autorité de la concurrence, *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, déc. 2009
Disponible sur :
www.autoritdelaconcurrence.fr.

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

Circulaire *relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics*, 3 décembre 2008.

Circulaire *relative à la cessation d'activité d'une installation classée – chaîne de responsabilité – défaillance des responsables*, 26 mai 2011, Bull. Officiel, 10 août 2011.

Circulaire n°2009-084, *loi de simplification et clarification du droit et d'allègement des procédures - mesures de sécurisation juridique*, ACOSS, Direction de la règlementation, du recouvrement et du service, 3 nov. 2011.

Circulaire relative au *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, NOR: EFIM1201512C, 14 février 2012.

Circulaire interministérielle relative *à l'attestation de vigilance (obligations déclaratives et paiement des cotisations sociales,* N°DSS/SD5C/2012/186, NOR : AFSS1225441C, 16 novembre 2012.

Circulaire *sur l'entrée en application du règlement UE n°995/2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché,* DGPAAT/SDFB/C2013-3029, 14 mars 2013.

Commission européenne, *projet de proposition de neuvième directive sur le droit des sociétés, relative aux groupes de sociétés*.

Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366, 18 juil. 2001.

Commission européenne, *La responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable,* Communication, COM (2002) 347 final, 2 juillet 2002, non publié au JO
Disponible sur:
http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/n26034_fr.htm

Commission européenne, *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour* avancer, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM/2003/0284 final, 21 mai 2003.

Commission européenne, *Suite donnée à la Résolution du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production*, A6-0065/2009/P6-TA_PROV(2009)0190, 7 juin 2009.

Commission européenne, *Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, SP(2011)1476_2-0, 2 mars 2011.

Commission européenne, *Gouvernance européenne*, Livre Blanc, Bruxelles, 25 juillet 2011.

Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission Européenne, Bruxelles, COM(2011) 681 final, 25 oct. 2011.

Commission des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, A/42/427 Annexe, 4 août 1987, 300 p.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur les enjeux de l'application par la France des principes directeurs des Nations unies*, JORF n°0266, texte n°56, 16 nov. 2013.

Confédération Suisse, *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées*, 9 nov. 2013
Disponible sur :
ww.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_Final_with_Company_Names_-_FRENCH.pdf, site visité le 7 août 2013.

Conseil des droits de l'Homme, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avril 2008.
Conseil des droits de l'Homme, *Clarifying the concepts of "sphere of influence" and "complicity"*, Report of the Special representative of the Secretary-General on the issue of Human rights and transnational corporations and other Business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/16, 15 mai 2008.

Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées*, 1er Résolution 15/26, oct. 2010.

Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John RUGGIE, A/HRC/17/31,21 mars 2011.

Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 17/4, 6 juillet 2011, A/HRC/RES/17/4.

Conseil des droits de l'Homme, *Report of the working group on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, A/HRC/26/25, 5 mai 2014.

Conseil des droits de l'Homme, Résolution portant sur *l'Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 juin 2014.

Conseil des ministres de l'Union européenne chargés de l'emploi et de la politique sociale et relatif à *Une « orientation générale» relative à la proposition de directive visant à contrôler l'application de la législation en matière de détachement des travailleurs*, Accord, IP/12/267, 9 décembre 2013.

Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, 11 avril 1980

Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, A/CONF.175/23, 12 juillet 1998.

Déclaration ministérielle de la Troisième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord, La Haye, 8 mars 1990.

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux, Conférence international du Travail, 86° session, 18 juin 1998.

Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, OIT, BIT, 4° éd., Genève, 2006.

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, A/CONF.151/26, 12 août 1992.

Décret *relatif au contrôle des produits chimiques et biocides,* n° 2010-150, 17 février 2010.

Décret d'application *relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'experts*, n°2013-1305, 27 déc. 2013, JORF n°0304, 31 déc. 2013.

Directive 2004/17CE du Parlement européen et du Conseil portant C*oordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux,* 31 mars 2004.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à L*a coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* (JOUE 30 avril 2004), 31 mars 2004.

Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil *relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»)*, 15 mai 2014.

Document préparatoire au Plan national français de développement de la RSE, janv. 2013, 44 p.

ECOSOC, Résolution 1721 (LIII), 28 juillet 1972.

ECOSOC, Résolution 1908 (LVII), 2 août 1974.

ECOSOC, Résolution 1994/1, 14 juillet 1994.

Lettre du Premier ministre français du 7 juin 2013, 1081/13/SG
Disponible sur :
http://www.strategie.gouv.fr/blog/wp-content/uploads/2013/09/13-06-17-plateforme-RSE-lettre-PM-au-ministre-environnement.pdf

Loi n°2004-391 *relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue*, 4 mai 2004.

Loi n° 2008-789 portant *rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, 20 août 2008.

Loi n° 2010-788 *portant engagement national pour l'environnement*, 12 juil. 2010.

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

OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 2004.

OCDE, *Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales*, OCDE, mai 2011.

OCDE, *Terms of reference for an update of the OECD guidelines for multinational enterprises*, Investment Division, 4 mai 2010.

Ordonnance n° 2011-1328 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant *l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*, 20 octobre 2011, (JORF n°0245 du 21 oct. 2011 page 1783

Parlement européen, Conseil, Commission européenne, *Mieux légiférer*, Accord interinstitutionnel, 2003/C 321/01, 21 déc. 2003.

Parlement européen, *Résolution sur l'application de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs*, 2006/2038 (INI), 26 oct. 2006.

Parlement européen, Résolution sur *La responsabilité sociale des entreprises: un nouveau partenariat*, (2006/2133(INI)), 13 mars 2007.

Parlement européen, *Proposition de résolution sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaines de production*, 2008/2249(INI), 12 fév. 2009.

Parlement européen, *La responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, Résolution (JO 2012/C 99 E/19), 25 nov. 2010.

Parlement européen, *Avis relatif à la responsabilité sociale des entreprises : comportement transparent des entreprises et croissance durable*, Commission affaires étrangères, 2012/2098(INI), 5 déc. 2012.

Parlement européen, *Les victimes d'incendies survenus récemment dans les usines de textiles, en particulier au Bangladesh, Résolution*, P7_TA(2013)0027, 17 janv. 2013.

Parlement européen, *Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable*, 2012/2098 (INI)), 28 janv. 2013.

Parlement européen, *La responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable*, Résolution 2012/2098 (INI)), 6 fév. 2013, §22.

Plateforme RSE, « Les implication de la responsabilité des entreprises sur leur chaîne de valeur (filiales et fournisseurs) telle que recommandée par les normes internationales », Feuille de route du groupe 3, 17 déc. 2013, disponible sur : http://www.strategie.gouv.fr, site consulté le 16 juin 2014.

Programme des Nations Unies pour l'environnement et Pacte mondial des Nations Unies *Principes pour l'investissement responsable* [en ligne], 2005
Disponible sur :
http://www.unepfi.org/fileadmin/documents/pri_francais.pdf.

Projet de loi *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale,* n°1627, 11 décembre 2013, adopté par le Sénat le 23 juin 2014 (n° 140).

Projet de loi d'orientation et de programmation portant sur *la politique de développement et de solidarité international,* n°122 tel que modifié en 1ère lecture par le Sénat au cours de la session ordinaire du 2013-2014 le 26 mai 2014.

Propositions de loi relatives *au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n° 1519, 6 nov. 2013.

Proposition de loi *relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n° 1524, 6 nov. 2013.

Proposition de modernisation des quatrième (78/660/CEE) et septième (83/349/CEE) directives du Conseil, COM(2002)259/2 Final, 28 mai 2002.

Règlement CE n°178/*2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires*, 28 janvier 2002.

Règlement (CEE) 4087/88 *relatif à l'application de l'article 81 §3 du Traité à des catégories d'accords de francise,* article 1 §3-b, remplacé par le règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 du 22 décembre 1999.

Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 1 juillet 2007 *portant sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (« Rome II ») (JOUE du 31 juillet 2007, L. 199/40).

Règlement (CE) no 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*.

Règlement du Parlement européen et du Conseil, (CE) n°1221/2009 du 25 nov. 2009, *concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS)*, abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO n° L 012, 16 janv. 2001. Dans le cadre d'une refonte du règlement n° 44/2011, le règlement n° 12115/2012 a été adopté le 12 décembre 2012.

Secrétaire Général des Nations Unies, *Résolution portant sur l'identification et la clarification des normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises au regard des droits de l'homme*, SG/A/934, 28 juillet 2005

Sous-commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, *Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, août 2003.

- V-

JURISPRUDENCE

Ass. plén., 4 mars 1983, Bull. civ. 1983, ass. plén., n°3.

Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *D.* 2006, Jur. p. 2826, note G. BINEY.

CAA Bordeaux 15 décembre 1997, *SA Thermotique c/ Ville de Nîmes*, n° 94-1637 : juris-data n° 1997-051292.

CA Paris, 3° ch. A, 17 déc. 1986, Gaz. Pal. 1987, 1, p. 256.

CA Paris, 28 mai 1986, *D.* 1987, 562, note C. BOLZE.

CA Paris, 1ère ch., 1er mars 1989, *Société Lybopar et autres c/ Société la Croissanterie*, Gaz Pal. 12/13 juil. 1989, p. 7 et s., note C. JAMIN.

CA Paris, 3° ch., 28 sept. 1993, *Pierre eès qual. c/ Pudet et autres*, *Bull. Joly*, 1994, p. 68.

CA Paris, 3° ch. C., 7 juill. 1995, *JCP E* 1996, I, p. 117, n° 541, obs. A. VIANDIER, J-J. DAIGRE.

CA Versailles, 15 déc. 1994, *Bull. Joly*, 1995, p. 272, note Ph. PETEL.

Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1898. 1. 433, concl. SARRUT, note R. SALEILLES, *DP* 1897. 1. 433, S. 1897. 1. 17, note A. ESMEIN.

Cass. civ. 21 nov. 1934, *S.* 1936, I, p.289, note H. ROUSSEAU.

Cass. civ. 28 janv. 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

Cass. civ. 1e, 12 mars 2002, *Bull. civ*. I, n° 86.

Cass civ. 1ère, 7 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 142 et 143 ; *RCA*, 2006, comm.164, note C. RADE; *RTD civ.*, 2006. 565, obs. P. JOURDAIN ; *RDC*, 2006, 844, obs. J-S. BORGHETTI ; *D.* 2006, IR, 812, obs. I. GALLMEISTER.

Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, n° 54-07081, *JCP G*, 1954, II, 7958, concl. Lemoine ; *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; *Dr. Soc.* 1954, p. 191, note P. DURAND ;

Cass. civ. 2e, 19 nov. 1986, no 84-16.379, Bull. civ. II, no 2, *D.* 1988, somm. 16, obs. A. ROBERT, *RCA* 2000, no 263, obs. H. GROUTEL.
Cass. civ. 2e., 23 oct. 2003, *Dame Galland c/ Axa*, n° 2003-020607, *Resp. civ. et assur*. 2004, comm. 2.

Cass. civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645, *RTD civ.*, 540, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2011, 2679, note M. BOUTONNET.

Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *D.* 2008.

Cass. com., 18 avril 1961, *D.* 1961, p. 166 ; *JCP G*, 1961, II, 12163, note D. BASTIAN.

Cass. com, 21 janv. 1970, n° 68-11.085, *JCP G*, 1970,II, n° 16541, note OPPETIT.

Cass. com., 24 mai 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p.361, note J. BEGUIN.

Cass. com., 4 novembre 1987, *Rev. Sociétés*, 1988, p.393, note P. LE CANNU.

Cass. com. 28 nov. 1989, *Bull. Joly*, 1990.179.

Cass. com., 28 mai 1991, *Bull*. IV, no 182, p. 129.

Cass. com., 15 juil. 1992, *D.* 1961.

Cass. com. 20 octobre 1992, *Rev. Sociétés*, 1993, p.449.

Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. sociétés*, 1993, p. 152, note P. Le CANNU.

Cass. com. 11 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, 1050, note Ph. PETEL.

Cass. com., 21 nov. 1995, *JCP E*, 1996, II. 852, note J-J. DAIGRE.

Cass. com., 2 avril 1996, n° 94-16380, *Bull. civ*. IV, n°113; *JCP G*, 1997, II, 2803, note J-P. CHAZAL; *D.* 1996, IR, 123; *Gaz. Pal.* 1996, pan., p. 299; *Bull. Joly*, 1996, p. 510, note P. Le CANNU.

Cass. com., 1er juill. 2003, *Resp. civ. Et assur*. 2003, comm. 251.

Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-14.862 : JurisData n° 2010-010240 ; *Resp. civ. et assur*. 2010, comm. 243.

Cass. com. 15 fév. 2011, n° 10-11781, *Bull. Joly*, 1er juil. 2011, n°7, p. 583, note B. SAINTOURENS.

Cass. com, 12 fév. 2013, n° 12-13603, *RDC*, juil. 2013, p. 988, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI et F-X. LUCAS.

Cass. crim. 23 avril 1970, n°68-91333, *Bull. crim*. n°144, p. 335.

Cass. crim., 4 fév. 1985, *JCP G*, II, 1986, p. 20585, note J. DIDIER.

Cass. crim. 6 mai 1998, n° 97-83023, *Bull. Actu. Lamy Droit Economique*, juill. 1998, n° 108, p. 11.

Cass. crim. 15 nov. 2000, n° 00-81166, *Dr. penal*, mars 2001, p. 13, no 33, obs. J-H. ROBERT.

Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012-021445 ; *Gaz. Pal*. 25 oct. 2012, n° 299, note B. PARANCE.

Cass. soc. 8 juin 1972, *Bull.* 1972, V, n° 418.

Cass. soc. 17 mars 1976, *Bull. civ*. V., n° 186.

Cass. soc. 17 déc. 1976, n° 76-60142 76-60143.

Cass. soc. 5 juillet 1977, *Bull. civ*. V, n° 458.

Cass. soc. 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n°164, *D*. 1988, IR 111.

Cass. soc. 5 mai 1988, n°87-60215, *Bull.* 1988 V N° 273.

Cass. soc., 14 fév. 1989, n° 88-60016, §51.

Cass. soc., 23 mai 2000, no 98-60.212, 98-60.217, *RJS* 7-8/00 p. 529, rapport A. COEURET.

Cass. soc. 14 juin 2000, n°97-45560, inédit.

Cass. soc., 30 avril 2003, n° 01-10027, Bull. civ. V, no 155.

Cass. soc. 12 juillet 2006, *SS Lamy*, 4 sept. 2006, n° 1272, p. 11.

Cass soc. 6 nov. 2006, *SS Lamy*, 27 nov. 2007, n°1284, p. 12.

Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-42.745, n° 2007-041695 ; *Resp. civ. et assur.* 2008, comm. 51.

Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43875.

Cass. soc., 29 avril 2009, n° 08-60465, inédit.

Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, *RDT* 2010. 171, obs. R. de Quénaudon.

Cass. soc. 10 mars 2010, n° 08-44.950, *RDT*, 2010, 382, obs. H. TISSANDIER ; *Dr. Soc*., 2010, 1092, obs. M. VERICEL.

Cass. soc. 22 sept. 2010, pourvoi n°09-65.230, 25 sept. 2007, pourvoi n° 06-41.672, 27 février 2007, pourvoi n° 05-44.598, 30 juin 2010, pourvoi n° 09-67.496, 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.591.

Cass. soc. 18 janvier 2011, n° 09-70662, inédit.

Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23437, inédit.

CE. Ass. 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, n° 247976, Cl. GUYOMAR, *RDE*, n° 132, oct. 2005, pp. 219-226.

CE. Ass.11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, req. n°322326.

CEDH, 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, Req. n^{o} 23458/02.

CIJ, 11 avril 1949, avis « Réparation des dommages subis au service des Nations unies, avis consultatif, *C.I.J., recueil*, 1949, p. 174.

CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesman*, aff. 19-61 : *Rec*. 1962, p. 675.

CJCE, 14 juillet 1972, ICI, aff. 48/69, Rec. p. 619.

CJCE, 25 oct. 1983, *Allgemeine Elektrizitäts- Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission CE*, aff. C-107/82: Rec. CJCE 1983 p. 3151.

CJCE, 28 mars 1984, *Cie royale Asturienne des Mines c/ Rheinishe Zinkwalzwerke*, aff. 29 et 30-83 : *Rec*. CJCE 1984, I, p. 1679.

CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41-90, *Höfner c/ Macroton* : *Rec*. CJCE 1991, I, p. 1979.

CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel/Commission*, aff. C-97/08 P, *Rec*, 2009, p. I-8237.

CJCE, 20 janvier 2011, *General Quimica e.a./ Commission*, aff. C-90/90 P.

Cour suprême de Californie, 2 mai 2002, *Kasky c/ Nike*, 27 Cal. 4th 939, n° S087859.

CPJI, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Recueil des avis consultatifs, Série B, n° 15.

Disctrict Court of the Hague, *Ogura, Efanga, Milieudefensie c. Royal Dutch Shell et SPDC*, 30 janv. 2013, C/09/330891 / HA ZA 09-0579, §. 4.35.

US Court of appeal for the 9th circuit , *Jane Doe I, et al vs. Wal-Mart Stores Inc*, n° 08-55706 D.C. No. 2:05-cv-07307-AG, 10 juill. 2009.

- VI -

DOCUMENTATIONS D'ENTREPRISES, D'ONG, SYNDICALES ET ARTICLES DE PRESSE

Accord on fire and building safety in Bangladesh [en ligne], 13 mai 2013
Disponible sur:
http://www.workersrights.org/linkeddocs/Accord%20on%20Fire%20and%20Building%20Safety%20in%20Bangladesh%205.12.2013.pdf.

AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, révisé le 16 juin 2013.

Alliance entre les secteurs public et privé pour un commerce responsable des minerais [en ligne], signée le 1er sept. 2011 entre le Département d'Etat des Etats-Unis, l'Agence des Etats-Unis pour le Développement international, des entreprises et association industrielles utilisant des minerais en provenance de la région des Grands Lacs, des organisations d'exécution de programmes de validation et de développement des mines dans la région des Grands Lacs
Disponible sur :
www.resolv.org/site-ppa/files/2011/10/Alliance-MOU-for-DRC-090111-FINAL_word_FRE_FINAL_V2.pdf.

Amnesty international, *Principes relatifs aux droits humains à l'intention des entreprises* [en ligne], janv. 1998, Index AI : ACT 70/01/98
Disponible sur :
http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT70/001/1998/en/9c263242-e81c-11dd-9deb-2b812946e43c/act700011998fr.pdf.

ARCELOR, « Accord mondial sur les principes de responsabilité sociale Arcelor » [en ligne], signé le 13 septembre 2005
Disponible sur :
http://www.imfmetal.org/files/05091313500766/IFA_FINAL_FR.pdf.

«Business and Human Rights Toolkit » [en ligne]
Disponible sur :
http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3849543/bus-human-rights-tool.pdf.

Code de conduite de l'Electronic Industry Citizenship Coalition [en ligne]
Disponible sur :
http://www.eicc.info/eicc_code.shtml

« Zara accusé d'esclavage au Brésil », Challenges, 18 aout 2011.

Commission européenne, « Consommateurs : Mattel élargit le rappel de jouets chinois », Communiqué de Presse, 16 août 2007, IP/07/1234.

Communiqué de la BSCI, « Alerte : Mise à jour au sujet de l'effondrement de l'immeuble Rana Plaza, à Savar, au Bangladesh » [en ligne], Managing Director L. BERZAU, 6 mai 2013
Disponible sur :
http://www.bsci-ch.org/fr/alerte-mise-jour-au-sujet-de-leffondrement-de-limmeuble-rana-plaza-savar-au-bangladesh.

Communiqué de presse Adidas Group, 24 avril 2013
Disponible sur :
http://www.adidas-group.com/en/sustainability/News/2013/PT_Kizone_April_2013.aspx. 3.

Communiqué de presse Adidas group, « Update on Adidas Group's effort to support workers affected by PT Kizone closure » [en ligne], 23 juil. 2012
Disponible sur :
http://www.adidas-group.com/en/sustainability/News/2012/Update_PT_Kizone_July_2012.aspx.

Communiqué de presse Areva, « Activités minières : lancement de l'Observatoire de la Santé de la Région d'Agadez (OSRA) au Niger » [en ligne], 6 déc. 2011
Disponible sur :
http://niger.areva.com/FR/niger-593/activites-minieres-lancement-de-l-observatoire-de-la-sante-de-la-region-d-agadez-osra-au-niger.html.

Communiqué de Presse du Département fédéral des affaires étrangères Suisse, « Code international de bonne conduite signé par une soixantaine d'entreprises de sécurité privées » [en ligne], 9 nov. 2010
Disponible sur :
http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=36144.

Communiqué de presse IndustriALL, « Tchibo signe un accord sur la sécurité dans les usines de vêtements au Bangladesh » [en ligne], 20 sept. 2012
Disponible sur :
http://www.industriall-union.org/fr/tchibo-signe-un-accord-sur-la-securite-dans-les-usines-de-vetements-au-bangladesh.

Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF), Médiation Inter-entreprises, « Charte française des relations fournisseurs » [en ligne], 2010
Disponible sur:
http://images.cdaf.fr/CDAF/UtilisateursFichiers/201304/130430-charte_des_relations_inter-entreprises.pdf.

Dassault Systèmes, *Code de conduite des affaires* [en ligne], 1er sept. 2007
Disponible sur :
http://www.3ds.com/fileadmin/COMPANY/CSR/PDF/CBC-VF-Decembre-2009.pdf.

DEXIA, *Charte de déontologie du groupe Dexia concernant ses relations avec les fournisseurs* [en ligne]
Disponible sur :
http://www.dexia.com/FR/nos_engagements/developpement_durable/espace_analystes/Documents/Charte_Deontologie_Fournisseurs_Dexia_FR.pdf.

EDF, *Accord sur la responsabilité sociale du groupe EDF* [en ligne], 25 janvier 2009,
Disponible sur :
http://strategie.edf.com/fichiers/fckeditor/Commun/RH/Publications/Annee/2009/EDF_Accord_RSE09_vf.pdf

EDF, *Charte développement durable entre EDF et ses fournisseurs* [en ligne], Direction des achats d'EDF, juin 2006
Disponible sur :
http://strategie.edf.com/fichiers/fckeditor/Commun/Corporate/Publications/Annee/2011/EDF_Charte_DD_fournisseurs_final_vf.pdf.

Ethique sur l'étiquette, « Clash ! Pratiques d'approvisionnement de la grande distribution et des conditions de travail dans l'industrie de l'habillement », Rapport, 2009, 84 p.
Disponible sur :
http://www.ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/1-2_Rapport_Cash.pdf.

European Center for Constitutional and Human rights, « Policy Paper : Due diligence obligations », rapport, 21 oct. 2013.
Disponible sur :
www.ecchr.eu.

Fédération internationale des organisations de travailleurs de la métallurgie, « La force des accords-cadres »,
Disponible sur :
http://www.imfmetal.org/files/FRA2.pdf.

FIOM, *Les accords-cadres internationaux* [en ligne], Recommandations de la conférence mondiale de la FIOM, 2006
Disponible sur :
http://www.imfmetal.org/files/07070311220966/IFA_recs-ec_f.pdf.

Global reporting initiative, *Ligne directrices pour le reporting développement durable*, 2000-2006, version 3.0.

Global reporting initiative, *Ligne directrices pour le reporting développement durable*, 2013, version G4.

Human rights watch, « Hear no evil : forced labor and corporate responsibility in Eritrea's mining sector » [en ligne], janv. 2013, 35 p.
Disponible sur :
www.hrw.org.

Institut français des administrateurs, « L'administrateur de société cotée et la RSE » [en ligne], oct. 2007, 64 p.
Disponible sur :
www.ifa-asso.com.

ISO 22000 *relative aux systèmes de management de la sécurité des denrées alimentaires*, ISO/TC 34/SC 17.

ISO 26000, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, ISO, 2010.

Le Monde, « Samsung accusé de fermer les yeux sur « les conditions de travail indignes » chez ses sous-traitants chinois » [en ligne], 26 février 2013
Disponible sur :
http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/02/26/samsung-accuse-de-fermer-les-yeux-sur-les-conditions-de-travail-indignes-chez-ses-sous-traitants-chinois_1839009_3234.html.
Les Principes de l'équateur : un référentiel du secteur financier pour l'identification, l'évaluation et la gestion du risque social et environnemental en matière de financement de projet[en ligne], juillet 2006
Disponible sur :
www. equator-principles.com.

Maquila Solidarity Network, « Surmonter les obstacles : mesures pour améliorer les salaires et les conditions de travail dans l'industrie mondiale des vêtements et des chaussures de sport » [en ligne], campagne Playfair 2008, avril 2008, 80 p.
Disponible sur :
http://www.ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/1-2_Rapport_surmonter_les_obstacles.pdf.

Novethic, « Plainte contre Samsung, accusé de bafouer ses engagements éthiques en Chine » [en ligne], 27 fév. 2013
Disponible sur :
http://www.novethic.fr/novethic/rse_responsabilite_sociale_des_entreprises,ressources_humaines,conditions_de_travail,
plainte_contre_samsung_accuse_bafouer_ses_engagements_ethiques_en_chine,139325.jsp

Novethic, « Sécurité dans les usines : « l'accord signé au Bangladesh a beaucoup de qualités » [en ligne], 25 juin 2013
Disponible sur :
http://www.novethic.fr/novethic/rse_responsabilite_sociale_des_entreprises,securite_au_travail,securite_dans_usines_accord_signe_bangladesh_beaucoup_qualites,139951.jsp

Norme AA 1000, *Stakeholder engagement standard* [en ligne],

Disponible sur :
www.accountability.org.

Norme SA 8000, *Social accountability international* [en ligne],
Disponible sur :
www.sa-intl.org.

ORSE, « Benchmark sur la communication des entreprises du CAC 40 relative aux achats responsables », étude, 2010.

ORSE, « Etude sur l'intégration de critères RSE dans la part variable des rémunérations des dirigeants et des managers » [en ligne], juin 2012
Disponible sur :
www.orse.org.

Oxfam, « La face cachée des marques : justice alimentaire et les 10 géants du secteur alimentaire des boissons » [en ligne], Document d'information, 26 fev. 2013
Disponible sur :
http://www.behindthebrands.org.

TOTAL, *Code de conduite de TOTAL* [en ligne], sept. 2007
Disponible sur :
http://www.total.com/MEDIAS/MEDIAS_INFOS/829/FR/Total-code-conduite-fr.pdf.

INDEX

A

Accord entre entreprise et association, *221*, *293*, *379*
Accord-cadre international, *192*, *256*, *402*
exemples, *195*
mise en oeuvre, *193*
Accords internationaux d'investissement, *406*
ACI *Voir* Accord-cadre international
Agence de notation, *403*
Alien Tort claim, *459*
Audit, *216*, *269*, *494*
Business Social Compliance initiative, *379*
Autonomie, *51*-71 *137-158*, *163-166*, *200*, *211*, *218*, *224-238* , *240*, *244*, *245*, *250*, *263*, *272-288*, *296-298*, *328*, *423*, *442-445*, *467*, *500*, *504*, *520*, *529-530*, *540*, *544-546*, *558*, *590*, *591*, *594*
autonomie patrimoniale, 69
autonomie réelle, *144*
fictivité, *73*
notion, *27*, *45*
voile de la personnalité, *61*
confusion des patrimoines, *68*
autonomie contrôlée, *59*
autonomie formelle, *139*

C

Charte *Voir* Code de conduite
Code de conduite, *175*, *216*, *255*, *269*, *284*, *380*
effets, *372*
étatique, *321*
privé, *321*
co-responsabilité, *289*
co-emploi, *217*, *218*, *227*, *290*, *391*, *438*
Complicité
en droit international, *512*
en droit pénal, *440*
et normes de RSE, *511*
risque de complicité et relation d'affaires, *131*
Contrôle, *153*
autocontrôle, *247*
normes de RSE,*174*, *193*, *404*,
notion, *147*, *242*, *258*
relations capitalistiques, *84*, *126*,

D

Déclaration de l'OIT à l'attention des EMN, *186*, *349*
Dépendance, *46*, *53*, *56*, *61*, *446*, *499*
Diligence, *127*, *347*, *407*, *432*, *443*
Duty of care Voir Vigilance

E

Engagement unilatéral, *169*, *228*, *389*

G

Global compact Voir Pacte mondial
Global reporting initiative, *267*, *325*, *376*

I

Influence
notion, *155*
pacte mondial, *157*
principes directeurs de l'OCDE, *156*
influence déterminante, *148*, *150*
ISO 26000, *129*, *134*, *323*, *337*

L

Loi américaine "Dodd-Franck", *410*
Loi Sabarnes-Oxley, 173, *400*

M

Marchés publics, *407*

N

Négociation collective transnationale, *186*

O

Obligation *in solidum*, *437*

P

Pacte mondial, *18, 126, 149, 316*
Plateforme RSE, *403*
Principe de précaution, *486, 487*
Principes Directeurs, *112, 130, 351, 376*
Procédure d'alerte, *171*
  dispositif Dassault systèmes, *175*
  dispositif Macdonald, *175*
  obligation de vigilance, *491*
Projet "Catala" de réforme du Code civil, *445*
Projet de normes de la Sous-Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies, 320,
Proposition de loi du 6 nov. 2013, *489, 506*
Publicité trompeuse, *391*
Publicité trompeuse
  affaire "M. Kasky c/ Nike", *393*
  affaire "Samsung", *392, 429*

R

Rapport extra-financier, *113, 206, 401*
Rapport RSE *Voir* Rapport extra-financier
Règlement intérieur, *170, 171, 391*
Responsabilité société-mère
  affaire "Shell" aux Pays-bas, *456*
  société exploitants d'installations classées pour la protection de l'environnement, *447*
Responsabilité solidaire
  arrêt Lamborn, *77*
  co-emploi, *438*
  directive relative au détachement des travailleurs, *432*
  droit des ententes, *148*
  engagements RSE, *439*
  travail dissimulé, *246*

S

Solidarité
  engagement de RSE, *439*
Sous-traitance
  accord-cadre international, *196*
  California Transparency in Supply chains Act, *250*
  droit des salariés, *84*
  hygiène et sécurité, *247*
  loi du 31 décembre 1975, *245*
  relations de pouvoir, *239*
  réseau, *57*
  résolution parlement européen, *135, 136, 137*
  technique contractuelle d'organisation, *49*
Sphère d'influence
  déclaration Tripartite de l'OIT, *132*
  iso 26000, *134*
  notion, *130*
  pacte mondial, *131*
  principes Directeurs de l'OCDE, *132*
  principes Directeurs des Nations Unies, *131*

U

UES *Voir* Unité économique et sociale
Unité économique et sociale
  conditions de sa reconnaissance, *62*
  effets, *65*
  limites, *185*
  notion d'entreprise, *91*

V

Vigilance
  affaire "Lubbe c. Cape" devant la Chambre des Lords, *503*
  affaire "Shell" aux Pays-Bas, *504*
  contenu, *476, 501*
  due diligence, *473*
  guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflits, *501*
  proposition de loi du 6 nov. 2013, *399*
Voile de la personnalité, *61*

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE xi

ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES xiii

INTRODUCTION 1

§ 1 . La RSE dans un contexte de mondialisation 4
A. La RSE comme nouvel éclairage des relations entre l'entreprise et la Société 6
1) L'entreprise, acteur socio-économique des activités économiques 6
a) La naissance d'un objet d'étude sociologique : l'entreprise 7
b) L'entreprise entre sciences économiques et sciences de gestion 12
2) La RSE, une prise en compte des relations existantes entre l'entreprise et la Société 14
B. Les tentatives d'encadrement des activités des entreprises transnationales 17
§ 2 . La définition de l'entreprise transnationale subordonnée à la notion de RSE 23
A. Les enjeux liés à l'organisation complexe des entreprises transnationales 23
B. Tentative de définition de l'entreprise transnationale 27
§ 3 . Les entreprises transnationales, leur responsabilité et le droit 33

PARTIE I. L'IMMIXTION DE LA RSE DANS LE DROIT 37

TITRE I. L'entreprise transnationale saisie dans ses fonctions par la RSE 41
CHAPITRE 1. Le paradigme de l'entreprise transnationale fragilisé par le droit 44
section I - L'entreprise transnationale éclatée par le droit 47
§ 1 . L'inadaptation du droit à l'entreprise transnationale 49
A. Une structure juridique morcelée 49
1) Un éclatement favorisé par le principe d'autonomie
2) Un éclatement facilité par le contrat 55
3) Un éclatement renforcé par le principe de souveraineté des Etats 57
B. Une organisation économique unifiée 58
1) L'unité recherchée par le modèle pyramidal 59
2) L'unité retrouvée dans le modèle réticulaire 62
§ 2 . Les tentatives de réunification de l'entreprise transnationale 67
A. L'organisation des relations du groupement : l'exemple du droit du travail 68
1) Les critères propres à la reconnaissance de l'UES 68
2) Les effets limités de l'UES 72
B. La sanction d'un abus : l'exemple du droit des procédures collectives 75
1) La confusion des patrimoines 76
2) La fictivité 78
section II - L'entreprise transnationale ignorée par le droit 84
§ 1 . Le groupe de sociétés, un objet hétéroclite du droit 84

A. Le groupe de sociétés non reconnu par le droit 85
1) Le groupe n'est pas un sujet de droit interne 85
2) Le groupe n'est pas un sujet de droit international 88
B. Le groupe de sociétés abordé par le droit 91
1) L'approche segmentée du droit interne 91
2) L'approche timide du droit européen 96
§ 2 . L'entreprise, un objet approximatif du droit 100
A. L'entreprise, non consacrée par le droit 101
B. L'entreprise, une notion fonctionnelle 106
CHAPITRE 2. La RSE source d'un nouveau paradigme de l'entreprise transnationale 115
section I - L'entreprise redéfinie dans son objet par la RSE 117
§ 1 . Une prise en compte élargie des parties prenantes de l'entreprise 118
A. La difficile identification des parties prenantes de l'entreprise 119
B. Les parties prenantes propres à l'entreprise responsable 121
§ 2 . La théorie contractuelle de l'entreprise remise en cause par la RSE 127
A. La notion d'intérêt social élargie par la RSE 128
B. L'approche institutionnelle de l'entreprise renouvelée par la RSE 133
section II - L'entreprise transnationale redéfinie dans ses frontières 139
§ 1 . L'entreprise délimitée par sa sphère d'influence 141
A. Les relations d'affaires au cœur de la notion de sphère d'influence 142
1) Les relations d'affaires, un élément central des textes internationaux 143
2) La prise en compte des relations d'affaire par le droit européen à travers la notion de sphère d'influence 149
B. Le principe d'autonomie
§ 2 . Des frontières aux contours flexibles 160
A. La délimitation flexible de la sphère d'influence 162
B. L'objet limité de la sphère d'influence 168

TITRE II. L'entreprise transnationale saisie dans son organisation par la RSE 181
CHAPITRE 1. Les relations internes de l'entreprise transnationale configurée par la RSE 182
section I - L'ambivalence des relations entre employeurs et travailleurs 184
§ 1 . Les relations individuelles de travail interrogées par la RSE 184
A. Les codes de conduite, expression d'un pouvoir équivoque de la société-mère 185
B. L'émergence d'une communauté transnationale de travailleurs à partir des pouvoirs de la société-mère 195
§ 2 . Les relations collectives de travail organisées par la RSE 203
A. Un pouvoir de négociation accru 203
1) Relations collectives et entreprises transnationales 203
2) Des relations collectives renforcées par la signature d'ACI 207
B. Un pouvoir de contrôle étendu 213
1) La mise en œuvre des ACI 214

2) La mise en œuvre des Principes Directeurs de l'OCDE 217
section II - L'équilibre des pouvoirs entre les instances dirigeantes de l'entreprise transnationale 223
§ 1 . La RSE, source d'inspiration pour une répartition du pouvoir au sein des instances gouvernantes 223
A. L'organisation du pouvoir au sein de la société principale 224
1) RSE et gouvernement d'entreprise 224
2) L'influence de la RSE sur les relations entre les organes de direction, de contrôle et les actionnaires 226
B. L'organisation des relations entre les diverses instances dirigeantes et la RSE 231
§ 2 . La RSE, expression d'un pouvoir de direction de l'entreprise transnationale 233
A. La RSE entre pouvoir de direction économique et pouvoir de direction du personnel 233
B. La RSE ou l'exercice d'un pouvoir de direction de fait 239
CHAPITRE 2. Les relations externes de l'entreprise transnationale consolidées par la RSE 256
section I - La RSE vecteur d'organisation des réseaux d'entreprises 259
§ 1 . Les relations du réseau réduites à des relations contractuelles 260
A. Des relations contractuelles empreintes de pouvoir 262
B. Des relations de pouvoir non encadrées par le droit 267
§ 2 . Le pouvoir dévoilé par l'organisation des relations inter-entreprises 275
A. Des engagements de RSE marqués par l'influence d'une société principale 276
B. Le pouvoir exercé par la société principale dans l'évaluation et le contrôle des engagements. 286
1) L'évaluation via le rapport 286
2) Le contrôle par les systèmes de gestion et d'audit 295
section II - La responsabilité des sociétés du réseau interrogée par la RSE 301
§ 1 . Le paradoxe créé par la RSE dans les relations inter-entreprises 302
A. L'exercice d'une influence sur la gestion interne des sociétés du réseau légitimée par la RSE……. 302
1) La sanction de l'exercice d'une influence partiellement sanctionnée 303
2) La sanction d'une immixtion dans la gestion conditionnée par l'exercice d'un pouvoir 307
B. L'exercice d'une influence dépourvue de responsabilité 312
§ 2 . La RSE source de co-responsabilité à l'égard des travailleurs du réseau 315

PARTIE II. L'EXTENSION DU DROIT À LA RSE 335

TITRE I. L'enrichissement par la RSE des règles applicables à l'entreprise transnationale 337
CHAPITRE 1. Des règles de droit absorbées par les normes de RSE 341
section I - L'appropriation de la *soft law* par les normes de RSE 344
§ 1 . Des instruments de soft law étendus à la RSE 346
A. Les activités des entreprises transnationales régulées par des codes de conduite 347
1) Les codes de conduite des acteurs étatiques 347
2) Les codes de conduite des acteurs privés 354

3) Les codes de conduite hybrides 357
B. L'organisation des entreprises régulée par des normes techniques 357
§ 2 . Les modes d'élaboration des normes de soft law renouvelés par la RSE 362
A. Le recours à l'autorégulation en matière de RSE 363
B. La corégulation comme nouveau modèle normatif 368
section II - Des normes de *soft law* nouvelles par leur contenu 380
§ 1 . Le droit transposé dans des normes substantielles de RSE 382
A. Les sources des normes interétatiques de RSE 383
B. Les sources des normes privées de RSE 388
§ 2 . Le droit adapté par des normes procédurales de RSE 391
CHAPITRE 2. La RSE rattrapée par le droit 401
section I - La portée juridique des normes de RSE 404
§ 1 . Les manifestations d'un « droit mou » 404
A. Le « droit mou » exclu en principe du champ du droit 405
B. La juridicité des normes de RSE en question 408
§ 2 . Les limites inhérentes aux normes « soft » de RSE 412
A. Les limites inhérentes à la souplesse des normes de RSE 413
B. Les limites inhérentes à l'autocontrôle 416
section II - La « capture » par le droit des normes de RSE 423
§ 1 . La réception des normes de RSE par le juge 423
A. La réception incertaine des normes privées 424
B. La difficile réception des normes publiques 435
§ 2 . L'intégration naissante de la RSE dans la législation 440
A. L'intégration des instruments de RSE dans la législation 440
B. L'intégration du contenu de la RSE dans la législation 447
1) Des législations incitant à l'adoption de comportements responsables 447
2) Des législations imposant une obligation de comportement responsable 450

TITRE II. La responsabilité des entreprises transnationales renforcée par la RSE 462
CHAPITRE 1. Les difficultés de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales . 465
section I - Les obstacles de fond à une mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales. 467
§ 1 . Les limites posées par une responsabilité personnelle fondée sur la faute de la société-mère ou donneuse d'ordre 468
A. La violation d'une obligation fondée sur l'exercice d'un pouvoir de contrôle ou d'influence . 469
1) Des obligations légales imputables aux groupes de sociétés, circonscrites à certains domaines 469
2) Des obligations légales quasi inexistantes concernant les relations au sein des chaînes de sous-traitance 474

B. La recherche d'un acte imputable à la société-mère ou donneuse d'ordre en lien avec le dommage 477
§ 2 . Les limites posées par la responsabilité du « fait d'autrui » 485
A. La responsabilité de la société-mère en réponse à l'absence d'autonomie
B. La responsabilité de la société-mère pour répondre à l'absence de capacité financière de sa filiale 491
section II - les obstacles de procédure à une mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales 496
§ 1 . Les questions posées par la compétence des juridictions : le difficile accès au juge 499
§ 2 . Les difficultés soulevées par la loi applicable au litige : l'extraterritorialité des lois 508
CHAPITRE 2. La RSE, vers un nouveau principe de responsabilité 516
section I - Une responsabilité personnelle fondée sur un devoir de vigilance 518
§ 1 . La vigilance au cœur de la RSE 519
A. L'exigence de vigilance dans les normes de RSE 519
B. La détermination du contenu du devoir de vigilance 522
§ 2 . Les fondements juridiques du devoir de vigilance 525
A. D'un principe de prévention à une obligation de vigilance 526
1) Le devoir général de vigilance tiré du droit international public 526
2) L'évolution du devoir de vigilance en droit interne 531
a) La vigilance comme fonction du droit de la responsabilité 531
b) L'autonomisation de la vigilance à partir du principe de précaution 533
B. Des obligations spécifiques de diligence 538
section II - Un devoir de vigilance étendu aux relations d'affaires 545
§ 1 . L'influence *ex ante* du devoir de vigilance sur le processus de décision 546
A. Vers un devoir pour les sociétés de veiller à leurs relations d'affaires 546
1) La vigilance et les relations d'affaires dans les normes de RSE 546
2) Les particularités liées au contenu du devoir de vigilance à l'égard des relations d'affaires 550
B. Les fondements du devoir de vigilance à l'égard des relations d'affaire 557
1) La prise en compte des risques liés aux relations d'affaires justifiée par le principe de précaution 557
2) L'imputation déterminée par le profit tiré de la relation d'affaires 560
§ 2 . La potentielle influence *ex post* de la vigilance sur le droit de la responsabilité 566

CONCLUSION GENERALE 581

BIBLIOGRAPHIE 586