



Normativité et responsabilité sociale des entreprises :
L'illustration d'une construction polysémique du droit
de part et d'autre de l'Atlantique*

Stéphane ROUSSEAU

Professeur titulaire (Université de Montréal)

Directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (C.D.A.C.I.)

Titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires (Université de Montréal)

Ivan TCHOTOURIAN

Maître de conférences (Université de Nantes)

Membre de l'I.R.D.P. (E.A. 1166, Université de Nantes)

Chercheur associé à Sorbonne-Finance (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne) et à la Chaire en gouvernance et droit des affaires (Université de Montréal)

Ancien titulaire de la Bourse de recherche Lavoisier EGIDE

1^{ère} version

(Merci de citer ce papier en respectant la référence Papyrus)

Résumé : Les thèmes de la RSE et du développement durable et ses implications au plan juridique se font ressentir avec acuité dans le contexte financier difficile rencontré par les économies des plus grandes puissances industrielles. La crise économique est indéniablement protéiforme et se double d'une crise sociétale : tant sociale qu'environnementale. Cette crise est une alerte d'ampleur dont les organisations supranationales et les Etats ne doivent pas ignorer le signal. Les mauvais calculs et les déraisons de l'homme économique n'amènent-ils pas à repenser les modèles néo-classiques ? Pour le juriste constatant les mutations économiques, culturelles, sociologiques, environnementales et sociales des sociétés modernes, une question se pose : quelle est la part du droit dans cette évolution ? Les principes ordinaires, les catégories usuelles, sont bouleversés par un droit composite, protéiforme, aux contours flous, sans cesse remanié. Au regard de la multiplicité des normes qui interviennent sur le terrain de la RSE (normes internationales, nationales, et locales ; normes publiques, privées, et semi-privées), il est proposé au lecteur de dresser un bilan de la construction juridique dont la RSE est l'objet. Dans ce cadre, la norme est comprise au-delà de la notion *stricto sensu* de règle de droit dans une acception large comme un instrument de référence. Au regard des évolutions contemporaines de la construction du droit, ce sont les nouveaux attributs du droit et l'apparition de nouveaux modèles réglementaires que nous nous proposons de mettre en lumière au travers de l'exemple de la RSE. Dans cette étude, nous montrons que la normativité entourant la RSE constitue un exemple contemporain de droit postmoderne.

Mots-clés : Responsabilité sociale des entreprises (RSE), droit, construction, comparaison, Canada, États-Unis, France, Union européenne, normes formelles, normes techniques, normes comportementales.

* Ce papier a été rédigé et mis à jour en octobre 2010. Les commentaires peuvent être adressés à l'adresse suivante : ivan.tchotourian@univ-nantes.fr.

PLAN DE L'ETUDE

I - <u>La RSE dans une perspective positiviste : les normes formelles</u>	6
A) <u>Manifestation d'une préoccupation RSE dans le droit positif des affaires</u>	6
1) <u>Droit nord-américain</u>	6
a) Le droit américain : <i>grandeur et limites du modèle actionnarial</i>	6
b) Le droit canadien : <i>les limites de l'influence américaine</i>	9
2) <u>Droit français : une orientation « RSE » en droit des affaires</u>	11
a) Dans le domaine du droit des sociétés : <i>des normes contraignantes que la loi portant engagement national pour l'environnement développe</i>	11
i) <i>Définition large de l'information financière</i>	12
ii) <i>Encadrement de l'actionnariat salarial</i>	14
iii) <i>Admission de la responsabilité des sociétés-mères en matière environnementale</i>	15
b) Dans le domaine du droit des affaires : <i>l'exemple « des » réglementations en matière d'ISR</i>	15
B) <u>Limites attachées aux normes formelles</u>	17
1) Un droit peu réactif : <i>un problème criant face à une RSE en mouvement</i>	18
2) Un portrait nécessairement incomplet : <i>une complexité de l'entreprise qui n'est que partiellement appréhendée</i>	18
a) <i>Incomplétude des informations environnementales et sociales</i>	19
b) <i>Loi du 1^{er} août 2008 : quel contrôle effectif ?</i>	20
3) <i>L'absence de cohérence : un bilan extra-financier en demi-teinte</i>	20
4) <i>Des instruments inadéquats : une inadaptation au concret</i>	21
a) <i>« Explosion » des structures complexes de sociétés</i>	21
b) <i>Contenu et qualité des données sociales et environnementales</i>	22
II - <u>La RSE dans une perspective pluraliste : la construction d'un droit sans l'Etat</u>	22
A) <u>Le pluralisme et la production des normes alternatives en matière de RSE</u>	23
1) <i>Pluralisme et gouvernance d'entreprise</i>	23
2) <i>Techniques de production des normes alternatives</i>	24
B) <u>Contenu des normes alternatives</u>	25
1) <i>Normes techniques : l'exemple des normalisations ISO et comptables</i>	25

a) ISO 26000 : <i>la normalisation de la RSE</i>	26
b) Norme comptable : <i>vers une amélioration de la divulgation extra-financière</i>	27
2) Normes comportementales : <i>des normes internes aux normes externes</i>	29
a) Normes internes : <i>la prolifération des codes de conduite</i>	29
b) Normes externes : <i>la place de la norme de « société »</i>	31
i) <i>Norme externe de marché (ISR)</i>	31
ii) <i>Normes externes au niveau international</i>	33
III - <u>Bilan</u> : un droit postmoderne qui donne lieu à une inter-normativité	35
A) <u>Interaction des normes formelles et alternatives</u>	36
1) Les normes alternatives comme contre-pouvoir à la puissance des entreprises	36
2) Le « <i>droit</i> » comme réunion de ces normes	37
3) Intégration des normes alternatives dans les normes formelles	38
4) Pistes offertes par la Cour suprême du Canada dans <i>Peoples</i> et <i>BCE</i>	39
B) <u>De quelques difficultés des normes alternatives</u>	39
1) Complexité et flexibilité des normes alternatives	40
2) Légimité des normes alternatives	40

1. « *Etre 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 parties prenantes* ». Telle est la définition proposée de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) par la Commission européenne dans son Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » du 18 juillet 2001¹. Cette position a été reprise à diverses occasions par les instances européennes ou nationales. Ainsi, le Parlement européen a-t-il pleinement souscrit à la définition de la Commission européenne dans sa résolution du 13 mars 2007² et ce, malgré les quelques six années séparant la publication de ces documents communautaires.

2. Historiquement, la « *désormais incontournable* »³ RSE et le développement durable entretiennent des liens étroits, même si la notion de RSE peut se voir attribuer diverses origines bien avant l'apparition du concept de développement durable⁴. Si aborder la distinction entre RSE et développement durable dépasse largement le cadre de cette contribution de par la complexité du débat, nous considérons la RSE comme une déclinaison ou, une traduction, du développement durable pour les entreprises qui y contribuent à travers la fameuse « *triple bottom line* » (triple résultat ou triple performance) : « *Profit, Planet and People* ».

- « *Profit* » pour la dimension économique : recherche de l'efficacité des dirigeants et de la rentabilité pour l'actionnaire ;
- « *People* » pour la dimension sociale : prise en compte des intérêts des acteurs concernés ;
- « *Planet* » pour la dimension environnementale : préservation ou protection des écosystèmes et de la biodiversité.

La RSE et le développement durable témoignent communément de l'existence d'une interface entre l'entreprise et son environnement et impliquent une prise en compte, par l'entreprise, des données économiques, environnementales et sociales⁵. L'entreprise semble devoir s'ouvrir à un horizon ne se limitant pas à celui de ses actionnaires⁶. Les prises de position des instances internationales (ONU, OIT,

¹ Commission européenne, « Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », COM(2001) 366 final, 18 juillet 2001.

² Parlement européen, « Responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat », 2006/2133(INI), 13 mars 2007.

³ C. Malecki, « De Stockholm à Copenhague, des principes aux actes : la désormais incontournable RSE », *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.9.

⁴ Il en va ainsi du paternalisme, de l'éthique des affaires ou encore, de la citoyenneté de l'entreprise, Pour une présentation des évolutions historiques de la RSE : Commission consultative nationale des droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : Nouveaux enjeux, nouveaux rôles », *Les études de la CNCDH*, O. Maurel (dir.), 2009, spéc. p.37 et s. ; J. Pasquero, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion. Un regard historique », dans *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, M.-F. Turcotte et A. Salmon (dir.), Presses de l'université de Québec, 2005, p. 119.

⁵ J. Roselle, « The Triple Bottom Line: Building shareholder value », in *Corporate social responsibility: The Corporate Governance of the 21st Century*, International Bar Association Series, Kluwer Law International, 2005, p.113.

⁶ En droit : S. Rousseau et I. Tchotourian, « L' « intérêt social » en droit des sociétés : Regards canadiens », *R.S.*, 2009, p.735 ; B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p.1080 ; « Crise et structure juridiques des entreprises », 5^{ème} journées R. Savatier, 1997, p.87 ; R. Contin, « Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes », *Litec*, 1975 ; R. Contin, « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron., p.45 ; J. Paillusseau, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Paris Sirey, 1967 ; M. Despax, « L'entreprise et le droit », *L.G.D.J.*, 1957 ; P. Durand, « L'entreprise », dans *Rapport aux Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, p.54. Dans la littérature juridique nord-américaine : D. C. Baird and M. T. Henderson, « Other People's Money », *The Chicago Working Paper Series*, September 2007 ; L. A. Stout, « Why We Should Stop Teaching *Dodge V. Ford* », *Law & Econ Research Paper Series No.07-11* ; R. D. Valsan et M. A. Yahya, « Shareholders, Creditors, and Directors' Fiduciary Duties : A Law and Finance Approach », *Virginia Law & Business Review*, Spring 2007, Vol. 2, n°1, p.1 ; K. Greenfield, « The Failure of Corporate Law : Fundamental Flaws and Progressive Possibilities », The University of Chicago Press, 2006 ; J. Mahoney, C. C. Asher and J. Mahoney, « Toward a Property Rights Foundation for a Stakeholder Theory of the Firm », *Journal of*

OCDE, ...), européennes (Commission européenne, Parlement européen, ...) et nationales (l'adoption des lois dites « *loi Grenelle I* » et « *loi Grenelle II* » en France constitue une illustration de ce phénomène) confirment la multiplication des références faites, dans le *corpus* normatif, au développement durable, à la RSE mais aussi à la *stakeholder theory*. Parallèlement, cette actualité conduit à une profonde recomposition des normes concernant *prima facie* l'entreprise⁷.

3. Le thème de la RSE et ses implications au plan juridique se font ressentir avec acuité dans le contexte financier difficile rencontré par les économies des plus grandes puissances industrielles. La crise économique est indéniablement protéiforme et se double d'une crise sociétale : tant sociale qu'environnementale⁸. Cette crise est une alerte d'ampleur dont les organisations supranationales et les États ne doivent pas ignorer le signal. Les mauvais calculs et les déraisonnements de l'homme économique n'amènent-ils pas à repenser les modèles néo-classiques⁹ ?

4. Pour le juriste constatant les mutations économiques, culturelles, sociologiques, environnementales et sociales des sociétés modernes, une question se pose : quelle est la part du droit dans cette évolution¹⁰ ? Comme le rappelle le professeur Javillier, définir la RSE implique d'aller, d'une façon ou d'une autre, à la rencontre du droit¹¹. Or, les principes ordinaires, les catégories usuelles, sont bouleversés par un droit composite, protéiforme, aux contours flous, sans cesse remanié¹². Au regard de la multiplicité des normes qui interviennent sur le terrain de la RSE (normes internationales, nationales, et locales ; normes publiques, privées, et semi-privées)¹³, il est proposé au lecteur de dresser un bilan de la construction juridique dont la RSE est l'objet. Dans ce cadre, la norme est comprise au-delà de la notion *stricto sensu* de règle de droit¹⁴ dans une acception large comme un instrument de référence¹⁵. Au regard des évolutions contemporaines de la construction du droit¹⁶, ce sont les nouveaux attributs du droit et

MGMT Governance, 2005, Vol. 9, p.5 ; M. M. Blair and L. A. Stout, « Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board », *Washington University Law Quarterly*, 2001, Vol. 79, p.403 ; B. Black, « Corporate Law and Residual Claimants », *Berkeley Program in Law & Econ., Working Paper No.27*, 1999 ; R. Clark, « Corporate Law », A A Balkema, 1986.

⁷ T. Berns, P.-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, « Responsabilités des entreprises et corégulation », Bruylant, 2007, *spéc.* p.31. Voir aussi : F. G. Trébulle, « *Stakeholder theory* et droit des sociétés (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°1, p.7 ; F. G. Trébulle, « *Stakeholder theory* et droit des sociétés (première partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°12, p.1337 ; I. Tchotourian, « Aspects environnementaux et sociaux de la RSE et *management* des entreprises : une éthique au centre et autour de l'entreprise », *Revue Management & Avenir*, n°10, octobre 2006 (Cahier spécial : La diversité), p.57.

⁸ J.-L. Amelon et J.-M. Carébat, « Les nouveaux défis de l'internationalisation : quel développement international pour les entreprises après la crise ? », De Boeck, 2010, *spéc.* p.29.

⁹ « Les mauvais calculs et les déraisonnements de l'homme économique », *Revue Esprit*, Juin 2009, p.56 et s.

¹⁰ A propos de ce questionnement en droit du travail : E. Mazuyer, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », dans *La force normative : Naissance d'un concept*, C. Thibierge et alii, L.G.D.J., Bruylant, 2009, p.577.

¹¹ J.-C. Javillier « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, dans J.-C. Javillier (dir.), Institut international d'études sociales, 2007, p.24, *spéc.* p.31. Certains critiquent cette rencontre, voir notamment : A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p.541.

¹² M. Domingo, « Pour un monde meilleur : essor et métamorphose du droit de l'environnement », *Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, n°33, Automne-Hiver 2009-2010.

¹³ A propos de la variété des normes : P. Amselek, « Norme et loi », *Archives de Philosophie du droit*, 1980, p.89, *spéc.* p.96 et s.

¹⁴ La règle de droit est caractérisée par son caractère obligatoire et l'exercice d'une sanction (par exemple : J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2003, *spéc.* n°33, p.43).

¹⁵ En ce sens : C. Thibierge, « Synthèse : La force normative », dans *La force normative : Naissance d'un concept*, C. Thibierge et alii, L.G.D.J., Bruylant, 2009, p.741, *spéc.* p.749.

¹⁶ J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D. publ.*, 1998, p.659.

l'apparition de nouveaux modèles réglementaires¹⁷ que nous nous proposons de mettre en lumière au travers de l'exemple de la RSE. Nous voudrions montrer que la normativité entourant la RSE constitue un exemple contemporain de droit postmoderne¹⁸. Dans un premier temps, la RSE se reflète dans l'édiction des normes formelles. L'expression « *norme formelle* » est entendue comme le droit confondu avec le positivisme juridique, c'est-à-dire, comme les règles générales, abstraites, hiérarchisées et contraignantes, construites dans l'espace territorial d'un Etat¹⁹ (I). Dans un deuxième temps, force est de constater que la RSE manifeste un droit sans Etat. Dans ce contexte, le droit est vu comme un ensemble de normes alternatives et cosmopolitiques²⁰. De nouveaux modes de régulation émergent en marge des catégories classiques du droit²¹, afin de répondre aux besoins des acteurs que le droit étatique ne peut satisfaire (II). Dans un troisième temps, la RSE est le témoin d'un phénomène d'interaction dans lequel les normes formelles, les normes alternatives et les normes cosmopolitiques se pénètrent, se complètent et s'entrecroisent, phénomène qui, s'il atteste d'une construction nouvelle de la norme, n'est pas dénué de zones d'ombres (III). Au final, cette normativité innovante nous semble constituer une réponse du droit aux idéologies du siècle que constituent la RSE et le développement durable²². Plus globalement, il apparaît que « *les* » visages « *du* » droit en matière de RSE offrent cette opportunité unique de penser autrement le rapport de l'être humain à son destin à un moment où sa survie apparaît menacée.

I - LA RSE DANS UNE PERSPECTIVE POSITIVISTE : LES NORMES FORMELLES

5. La production normative étatique de part et d'autre de l'Atlantique est devenue abondante et a investi tous les territoires juridiques. Si c'est un colosse omniprésent²³ qu'il convient de décrire, nous

¹⁷ Sur le droit posé par l'Etat et le droit spontané : P. Deumier, « Le droit spontané », Economica, 2002.

¹⁸ K. Benyekhlef, « Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation », éd. Thémis, 2008, *spéc.* p.42 et s.

¹⁹ Pour une nomenclature présentant les caractéristiques du droit moderne : C.-A. Morand, « Le droit néo-moderne des politiques publiques », L.G.D.J., 1999, *spéc.* p.28.

²⁰ Ces normes ne feront pas l'objet d'une étude particulière (voir : U. Beck, « Qu'est-ce que le cosmopolitisme », Alto-Aubier, 2006 ; P. Eleftheriadis, « Cosmopolitan Law », *European Law Journal*, 2003, n°9, p.241 ; H. Abdelhamid, « Les projets du droit cosmopolite. Histoire et perspective », dans *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, H. Pallard et S. Tzitzis (dir.), Les Presses de l'Université Laval, 2003, p.69). Notons toutefois qu'il n'est pas impossible de rattacher le *corpus* normatif européen de la RSE à cette conception du droit (K. Benyekhlef, *op. cit.*). Au niveau européen, l'encadrement de la RSE s'avère être politique (D. de la Garanderie, « La reconnaissance et la promotion de la responsabilité sociale des entreprises par l'Union européenne », *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°9, p.10) et institutionnel (en plus des déclarations politiques servant de base à l'adoption de décisions communautaires et des actes atypiques, la RSE se retrouve dans les instruments juridiques assortis d'une force contraignante). Pour une approche historique de l'émergence du concept de RSE en Europe, voir : I. Tchoutourian, « La responsabilité sociale des entreprises ou quand le monde des entreprises change », *LexElectronica*, 2009, Vol. 13, n°13, p.1, *spéc. spéc.* p.11 et s. ; G. De Castro, « Corporate Social Responsibility and Restructuring in the EU: A Historical Overview of Recent Developments », dans *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, J.-C. Javillier (dir.), Institut international d'études sociales, 2007, p.129. Dénonçant l'insuffisance de l'action européenne : Commission consultative nationale des droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : Etats des lieux et perspectives d'action publique », *Les études de la CNCDH*, O. Maurel (dir.), 2009, *spéc.* p.106 et s. Aussi : L. Daugareihl, « La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail*, 2009, numéro spécial, *L'Europe sociale*, n°4, Vol. 51 ; Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, « Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises : Synthèse des travaux du groupe inter-directions », E. Dufourcq (dir.), 2004, *spéc.* p.73.

²¹ En 1951, Ripert écrivait déjà que, le plus souvent, il n'est pas besoin de recourir à la sanction pour assurer l'application des lois. Les hommes les respectent par conscience, tradition ou intérêt. La soumission est volontaire (G. Ripert, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », L.G.D.J., 1951, *spéc.* p.242, n°107).

²² C. Stoffaës, « Développement durable : l'idéologie du siècle ? », *Revue d'Economie Financière*, 2002, p.283.

²³ A. Van Lang, « Droit et environnement », P.U.F., 2007.

centrerons nos développements sur le droit des affaires²⁴ (A). Malgré cette reconnaissance de la RSE dans les normes formelles, ces instruments juridiques connaissent des limites, notamment lorsqu'ils sont usités dans le domaine de la RSE (B).

A) Manifestation d'une préoccupation RSE dans le droit positif des affaires

6. En dépit de différences dans les modalités et dans l'intensité, de nombreuses normes formelles nord-américaines (1) et françaises (2) démontrent que la RSE est appréhendée par le droit des affaires.

1) Droit nord-américain

a) Le droit américain : grandeur et limites du modèle actionnarial

7. En droit américain, la conception du rôle de la gouvernance d'entreprise a été fortement influencée par l'approche financière²⁵. Selon cette approche, l'objectif est de mettre en place les conditions permettant aux sociétés de maximiser la valeur pour les actionnaires. Cette conception de la gouvernance attribuant une primauté aux intérêts des actionnaires repose sur des motifs d'ordre historique et économique.

8. Sous l'angle historique, les origines de la société par actions (*joint-stock company*) dans le droit anglais des sociétés de personnes du XIX^{ème} siècle ont incité les juristes de tradition anglo-américaine à concevoir cette forme juridique d'entreprise comme étant la « propriété » des actionnaires devant être administrée en fonction de leurs intérêts²⁶. Sous l'angle économique, la théorie du réseau de contrats a fourni des assises plus solides à la primauté des actionnaires²⁷.

9. Rappelons que la théorie du réseau de contrats postule que la société par actions est une créature législative artificielle qui sert de structure d'accueil pour l'établissement de relations contractuelles entre les différents intervenants participant à la production²⁸. La société est le lieu de rencontre de contrats explicites et implicites qui établissent les modalités de fourniture et d'agencement des ressources provenant des actionnaires, des créanciers, des employés, ... Ces contrats fixent également les termes de la répartition des revenus générés entre ces divers fournisseurs.

10. En raison de son approche, la théorie du réseau de contrats met l'accent sur les groupes de personnes qui s'associent au sein de la société par actions. *A priori*, la théorie n'identifie pas un groupe de participants comme devant être traités préférentiellement. Néanmoins, l'étude des contrats se formant au

²⁴ La RSE irradie les autres branches du droit. Au Canada, la première *Loi fédérale sur le développement durable* a été adoptée le 26 juin 2008. L'adoption de ce texte apparaît comme un pas essentiel vers une prise en considération pertinente de la RSE et du développement durable par le Canada (A. M. Manirabona et I. Tchotourian, « Une évaluation critique de la première loi canadienne sur le développement durable », *Revue de droit d'Ottawa*, à paraître en 2011, Vol. 42, n°1, consultable au *Dépôt institutionnel numérique Papyrus*, Université de Montréal, <http://hdl.handle.net/1866/4167>). En France, devons-nous rappeler que le 104^{ème} congrès des notaires de France a eu pour thème le développement durable (« Développement durable - Un défi pour le droit », 104^{ème} congrès des Notaires de France, Collectif ACNF (association congrès des notaires de France), Litec - Jurisclasseur, 2008) ? De même, la RSE n'est pas absente du droit public français (par exemple : G. Chantillon, « Marchés publics et développement durable », *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, fascicule 2340).

²⁵ M. C. Jensen, W. H. Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, p.305. Voir aussi : S. M. Bainbridge, « Corporation Law and Economics », New York, Foundation Press, New York, 2002 ; F. H. Easterbrook and D. R. Fischel, « The Economic Structure of Corporate Law », Cambridge, Harvard University Press, 1991.

²⁶ R. Grantham and C. Rickett (Eds.), « Corporate Personality in the 20th Century », Oxford, Hart Publishing, 1998.

²⁷ F. H. Easterbrook and D. R. Fischel, *op. cit.*

²⁸ M. C. Jensen, W. H. Meckling, *art. préc.*, p.311 : « [the] firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships ».

sein de la société amène la plupart des tenants de la théorie à placer les intérêts des actionnaires au premier plan²⁹. Pour accorder prépondérance aux intérêts des actionnaires, les commentateurs font une distinction entre la situation de ceux-ci, qui fournissent les capitaux propres à la société, de celle des autres fournisseurs de capitaux³⁰. Habituellement, les contrats entre la société et les fournisseurs de capitaux au sens large limitent les risques encourus par ces derniers. Le contrat de prêt fixe préalablement les modalités de remboursement de la dette, qui sont généralement indépendantes des résultats financiers de l'entreprise débitrice. Le contrat de prêt prévoit également le taux de rémunération du prêteur qui est fonction du risque encouru. Quoique plus complexe, le contrat de travail établit le salaire de l'employé et les conditions de résiliation du contrat.

11. En revanche, la rémunération des fournisseurs de capitaux propres de l'entreprise est variable. Elle dépend du solde qui résulte de la différence entre les flux incertains de revenus et les flux quasi certains qui doivent être versés aux autres fournisseurs de capitaux. Autrement dit, les fournisseurs de capitaux propres ne reçoivent leur rémunération qu'après que l'entreprise a satisfait ses obligations envers les autres fournisseurs de capitaux. Pour cette raison, ils sont donc qualifiés de « *bénéficiaires résiduels* » (« *residual claimants* ») de la société. Selon les commentateurs, les règles de gouvernance d'entreprise devraient être forgées afin de promouvoir et de protéger les intérêts des actionnaires puisqu'ils forment le seul groupe de participants qui ont intérêt à la maximisation de la valeur de la société³¹.

12. En droit américain, s'appuyant sur ces fondements, la norme de la primauté des actionnaires s'est imposée pour venir définir le rôle du droit des sociétés et, de là, les devoirs des administrateurs. L'influence de cette norme est telle que les professeurs Hansmann et Kraakman ont fait valoir que tous les régimes de gouvernance allaient inévitablement tendre vers l'objectif de maximisation de la valeur pour les actionnaires, que l'on assisterait en quelque sorte à la fin de l'histoire pour le droit des sociétés³². Autrement dit, il y aurait des forces créant un mouvement inéluctable de convergence en faveur de la primauté des actionnaires.

13. Sans remettre en cause la prédominance de la norme de la primauté des actionnaires, certains en tempèrent l'influence. Des auteurs insistent sur la nécessité d'effectuer une distinction entre les conflits verticaux et les conflits horizontaux pour apprécier l'impact de la norme³³. Les conflits verticaux réfèrent aux abus du patrimoine de la société par les administrateurs. L'identité du bénéficiaire du devoir de loyauté est sans importance pour résoudre ce type de conflits puisque toutes les parties prenantes, incluant les actionnaires, partagent le même intérêt de voir ces abus interdits ou réprimés. Lors de conflits horizontaux, les intérêts des parties prenantes sont conflictuels³⁴. Dans ce contexte, la norme de la primauté des actionnaires exerce en principe toute son influence. Pourtant, le Professeur Gordon Smith rappelle à juste titre que les administrateurs bénéficient en général de la protection de la règle de l'appréciation commerciale (« *business judgment rule* ») lorsqu'ils prennent des décisions de cette nature. Cette règle amène les tribunaux à faire preuve de déférence face aux décisions des administrateurs. Dans la mesure où ils suivent un processus décisionnel qui n'est pas grossièrement négligent et que leur décision n'est pas irrationnelle, les tribunaux ne se substituent pas à l'appréciation faite. En d'autres termes, la norme de la primauté des actionnaires demeure très malléable, hormis le cas particulier des opérations de prise de contrôle. Le risque de poursuite quant à une décision intégrant

²⁹ Par exemple : B. S. Black and R. Kraakman, « A Self-Enforcing Model of Corporate Law », *Harvard Law Review*, 1996, Vol. 109, p.1911, *spéc.* p.1920 et s. ; D. G. Smith, « The Shareholder Primacy Norm », *Journal of Corporate Law*, 1998, Vol. 23, p. 277.

³⁰ E. F. Fama and M. C. Jensen, « Separation of Ownership and Control », *Journal of Law and Economics*, 1983, Vol. 26, p. 30.

³¹ B. S. Black and R. Kraakman, *op. cit.*, p.1920 et s. ; H. Hansmann and R. Kraakman, « The End of History for Corporate Law », *Georgetown Law Journal*, 2000-2001, Vol. 89, p.439.

³² H. Hansmann and R. Kraakman, *art. préc.*

³³ L. E. Mitchell, « A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes », *Texas Law Review*, 1992, n°70, p.579, *spéc.* p.591.

³⁴ *Ibid.*

d'autres considérations que les profits purs et à court terme est plutôt faible, sauf dans des cas bien spécifiques.

14. Un regard sur la jurisprudence américaine permet d'identifier des décisions illustrant cette discrétion des administrateurs³⁵. Dans *Schlensky v. Wrigley*³⁶, la Cour d'appel de l'Illinois a refusé de s'immiscer dans la décision des administrateurs de ne pas procéder à l'éclairage du stade de baseball même si cette décision était fondée notamment sur une préoccupation relative à la qualité de vie des habitants qui pouvait éventuellement heurter l'intérêt économique des actionnaires dans le long terme. Dans *Paramount Communications Inc. c. Time Inc.*³⁷, la Cour suprême du Delaware a reconnu que la préservation de la culture éditoriale de *Time* – qui concerne tant les employés que le public en général – invoquée par le conseil d'administration pour bloquer une offre publique d'achat hostile constituait un motif qui pouvait légitimement guider cette décision. Enfin, dans *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*³⁸, la Cour suprême du Delaware reconnaissait que les administrateurs pouvaient légitimement souhaiter freiner une offre publique d'achat en raison de son impact sur les intérêts des créanciers, des consommateurs, des employés et peut être même de la communauté généralement. Comme nous pouvons le constater, malgré son hégémonie, la norme de la primauté des actionnaires telle qu'interprétée par les tribunaux n'empêche pas pour autant la considération des intérêts des parties prenantes.

15. De nombreux Etats américains sont allés plus loin pour fournir une assise légale solide permettant aux administrateurs de tenir compte des intérêts des parties prenantes. Depuis les années 1980, la législation d'une trentaine d'états américains reconnaît expressément la possibilité pour les administrateurs de prendre en considération les intérêts des diverses parties prenantes de la société, s'inspirant ainsi des *Principles of Corporate Governance* de l'*American Law Institute*³⁹. Bien qu'il soit uniquement de nature permissive, ce type de disposition exerce néanmoins une influence sur le processus décisionnel des administrateurs en venant reconnaître la légitimité des intérêts des parties prenantes de la société dans la prise de décision⁴⁰. Il permet aux administrateurs de mettre de côté la norme de la primauté des actionnaires afin de fonder leurs décisions sur une conception plus large de l'intérêt de la société. A titre d'exemple, dans le contexte des opérations de prise de contrôle, les administrateurs de sociétés cibles ont pu se soustraire aux « devoirs *Revlon* » formulés par la jurisprudence du Delaware et qui exigent la maximisation de la valeur à court terme des actions⁴¹. En s'appuyant sur cette législation, les administrateurs pouvaient plutôt choisir de privilégier les intérêts à long terme de la société, au regard des intérêts des autres parties prenantes.

b) Le droit canadien : les limites de l'influence américaine

16. Au Canada, la doctrine et la jurisprudence ont traditionnellement adhéré à la norme de la primauté des actionnaires. Cette adhésion se reflétait dans l'interprétation du devoir de loyauté qui exige que les administrateurs agissent dans l'intérêt de la société. Selon la position majoritaire, ce devoir signifiait que

³⁵ E. N. Veasey and C. T. Di Guglielmo, « What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments », *University Pennsylvania Law Review*, 2005, Vol. 153, p.1399, spéc. p.1431.

³⁶ *Schlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968).

³⁷ 571 A.2d 1140 (Del. S. Ct. 1990).

³⁸ 493 A.2d 946 (Del. S. Ct. 1985).

³⁹ Pour une présentation de la législation, voir : L. E. Mitchell, *art. préc.* Aussi : American Law Institute, « Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations », 1994, § 2.01.

⁴⁰ M. A. Eisenberg, « Corporate Law and Social Norms », *Colorado Law Review*, 1999, Vol. 99, p.1253, spéc. p.1265 ; D. Millon, « Redefining Corporate Law », *Indiana Law Review*, 1991, Vol. 24, p.223, spéc. p.277.

⁴¹ S. Rousseau, « Les devoirs des administrateurs lors d'une prise de contrôle : la Cour suprême du Canada propose sa grille d'analyse », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} mars 2010, n°3, p.297.

les administrateurs doivent agir dans l'intérêt des actionnaires⁴². Récemment, dans l'arrêt *Wise*, la Cour d'appel du Québec proposait une interprétation du devoir de loyauté des administrateurs en droite ligne avec cette conception en soulignant que « *de façon générale, les intérêts de la société rejoignent ceux de l'ensemble des actionnaires, parce que l'atteinte des objets de la société constitue, en principe, la raison d'être de la mise en commun des sommes investies* »⁴³. Selon cette conception, les administrateurs ont un devoir de loyauté envers la société. Ce devoir exige qu'ils agissent dans l'intérêt des actionnaires présents et futurs, ordinaires ou privilégiés. Les administrateurs pouvaient considérer les intérêts des autres parties prenantes seulement dans la mesure où cela sert l'intérêt des actionnaires.

17. Tout comme leurs homologues américaines, les tribunaux canadiens manifestaient généralement une grande déférence à l'égard de la détermination de l'intérêt de la société effectuée par les administrateurs⁴⁴. Cela faisait en sorte que les administrateurs disposaient d'une grande discrétion qui leur permettait de tenir compte de l'intérêt des autres parties prenantes dans la mesure où, ce faisant, ils servaient les intérêts des actionnaires en accroissant la valeur du patrimoine de la société. Les administrateurs ne bénéficiaient toutefois pas d'une marge de manœuvre aussi grande dans le contexte des opérations de changement de contrôle. La jurisprudence canadienne considérait que le devoir de loyauté des administrateurs d'une société dont la prise de contrôle était imminente consistait à maximiser la valeur des titres à court terme pour le bénéfice des actionnaires, ce qui laissait peu de place aux intérêts des parties prenantes⁴⁵.

18. La conception de l'intérêt de la société fondé sur la primauté des actionnaires a été mise au rancart par la Cour suprême. Dans les arrêts *Wise* et *BCE*, la Cour a proposé une interprétation de l'intérêt de la société qui s'inscrit dans le sillage de la théorie institutionnelle et qui est réceptive à la théorie des parties prenantes. Cette interprétation met l'accent sur le statut de personne morale distincte de la société par actions. Selon la Cour, « (...) l'obligation des administrateurs est claire : elle est envers la société »⁴⁶. Cela fait en sorte « (...) 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 »" »⁴⁷. En outre, les intérêts des parties prenantes et de la société sont distincts : « *Les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée* »⁴⁸. Ainsi, le devoir de loyauté des administrateurs s'adresse toujours à la société.

19. L'intérêt de la société demeure un concept large et contextuel. Puisqu'il réfère à une entité ayant une existence perpétuelle, ce concept vise les intérêts à long terme de la société dans le contexte de la continuité de l'entreprise. Pour cette raison, selon la Cour suprême, l'obligation de loyauté « *ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme* »⁴⁹. Selon la Cour, dans une perspective économique, ce concept réfère à la maximisation de la valeur de l'entreprise. En termes plus simples, il enjoint les administrateurs à agir de manière à faire de la société une « *meilleure entreprise* »⁵⁰.

⁴² *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) c. Wise* [2003] J.Q. no 505 (C.A.). Voir aussi *Greenhalgh c. Ardene Cinemas Ltd.*, [1951] Ch. 286 (C.A.); *Palmer c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161 (H.C.); *Re Olympia & York Enterprises and Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) (Gen.Div.). Voir : R. Crête et S. Rousseau, « Droit des sociétés par actions », *Thémis*, 2002, *spéc.* p.482 et s.

⁴³ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* [2003] J.Q. no 505 (C.A.), par. 66-67.

⁴⁴ *Re Smith & Fawcett Ltd.*, [1942] 1 Ch. 304, 306 (C.A.).

⁴⁵ *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, (1998) 38 B.L.R. (2d) 196 (Ont.Ct.Gen.Div.). *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.*, [1998] O.J. No. 2036 (Gen. Div.); (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.).

⁴⁶ *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, par. 37 ; *1394943 Ontario Inc. v. Roy*, [2009] O.J. 922 (Ont. S.C.),

⁴⁷ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, par. 42.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 43.

⁴⁹ *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, par. 38.

⁵⁰ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise, préc.*, par. 43.

20. Lorsqu'ils agissent dans l'intérêt de la société, les administrateurs disposent de la discrétion pour tenir compte de l'effet de leurs décisions sur les actionnaires ou des groupes particuliers de parties prenantes. Ainsi, « *il peut être légitime pour le conseil d'administration [...] de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement* »⁵¹. Les administrateurs n'ont donc pas l'obligation de prendre en compte les intérêts des parties prenantes, sous réserve des exigences découlant du recours pour oppression. S'ils le font, ils conservent en outre la latitude pour choisir quels intérêts sont considérés. De plus, les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'égard des décisions des administrateurs tenant compte de ces intérêts, conformément à la règle de l'appréciation commerciale.

21. En agissant dans l'intérêt de la société, les administrateurs prendront des décisions bénéficiant à l'ensemble des parties prenantes. Dans certaines circonstances, leurs décisions feront toutefois des gagnants et des perdants parmi les parties prenantes. La Cour suprême a reconnu cette réalité dans l'arrêt *BCE* en signalant que, même dans ces cas, l'obligation de loyauté s'adressait à la société et non aux parties prenantes. En parallèle, elle a souligné l'absence de principe établissant « (...) *que les intérêts d'un groupe – ceux des actionnaires, par exemple – doivent prévaloir sur ceux d'un autre groupe* » de parties prenantes. Avec ces commentaires, la Cour s'est abstenue de formuler des indications guidant les administrateurs dans la hiérarchisation des intérêts, laissant cette question à leur appréciation commerciale. La seule limite à cette discrétion procédera du recours pour oppression protégeant les intérêts des parties prenantes.

22. Du reste, un nombre croissant de législations particulières édicte des régimes statutaires de responsabilité civile ou pénale qui imposent des obligations aux administrateurs à l'égard des autres parties prenantes. Mentionnons les régimes de responsabilité en matière d'environnement, de fiscalité, de droit du travail ou de concurrence⁵². S'ils ne créent pas un véritable devoir de loyauté à l'égard des personnes protégées, ces régimes de responsabilité contraignent néanmoins les administrateurs à s'acquitter de leur fonction d'une manière compatible avec les intérêts de ces dernières. Autrement, les administrateurs sont susceptibles d'engager leur responsabilité.

2) Droit français : une orientation « RSE » en droit des affaires

23. Le droit français traduit une préoccupation grandissante en faveur de la RSE⁵³. A l'heure actuelle, il est impossible d'énumérer les initiatives réglementaires favorables à la RSE tant celles-ci sont multiples et touchent le droit de l'environnement, le droit social, le droit des affaires, le droit fiscal, le droit comptable, le droit communautaire,...

a) Dans le domaine du droit des sociétés : des normes contraignantes que la loi portant engagement national pour l'environnement développe

⁵¹ *Ibid.*, par. 42.

⁵² *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, art. 109.3 et 113; *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e supp.), art. 227.1; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 95; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 62.6 et 240; art. 96 (1) L.C.Q.; art.119 (1) L.C.S.A.; *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), c. C-34), art. 47 (1), 50 (1)a), 51, 51 (1)c), 52, 53, 57, 58, 59 et 61).

⁵³ Sur les rapports entretenus par la RSE avec le droit défini par l'Etat : I. Desbarrats, « Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes », *D.O.*, 2006, p.331. Pour une approche globale de la construction juridique : I. Tchotourian, « La responsabilité sociale des entreprises ou quand le monde des entreprises change », *art. préc.*, p.29 et s. Le droit belge traduit une préoccupation identique. A ce propos, voir : Y. De Cordt, « La responsabilité sociétale des entreprises. Les enjeux et les outils du droit des sociétés », *Reflets et Perspectives*, XLVIII, 2009/4, p.11 ; Y. De Cordt, « L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale », *Academia-Bruylant*, 2008.

⁵⁴ En dernier lieu : « Dossier : Entreprise et développement durable », F. G. Trébulle (dir.), *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2010, n°3, p.21 et s. ; « Dossier : La RSE », C. Malecki (dir.), *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.8 et s.

24. A s'en tenir aux politiques et programmes récemment institués, diverses orientations gouvernementales se sont trouvées traduites dans des textes réglementaires relatifs à l'entreprise qui amènent cette dernière à redéfinir son rôle économique et social⁵⁵. S'il est matériellement impossible de présenter l'ensemble du *corpus* législatif, nous signalerons trois points qui ont des conséquences sur l'information diffusée par l'entreprise⁵⁶ (i), ses parties prenantes internes que sont les actionnaires⁵⁷ (ii) et son statut en tant que société-mère (iv).

i) Définition large de l'information financière

25. A défaut de bâtir un langage comptable ouvert au développement durable, toute mutation vers une entreprise responsable réintégrant l'homme dans ses rouages et, dont la crise économique a rappelé la nécessité, semble devoir n'être qu'une utopie. Or, à travers les réformes amorcées au début des années 2000, l'information sociale et environnementale est devenue « (...) un des aspects de la communication financière obligatoirement réalisé »⁵⁸. La loi sur les nouvelles régulations économiques n°2001-420 du 15 mai 2001 dite « loi NRE », atteste d'une orientation législative et impose aux sociétés cotées d'inclure dans leur rapport annuel les conséquences sociales et environnementales de leurs activités économiques⁵⁹. En vertu de cet aménagement législatif, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce précise dans son alinéa 5 que le rapport de gestion annuel comprend 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. C'est le décret n°2002-221 du 20 février 2002 qui est venu compléter ce dispositif et a ajouté les articles R. 225-104 et R. 225-105 du Code de commerce.

L'article 225 de la loi portant engagement national pour l'environnement dite « loi Grenelle II » adoptée le 12 juillet 2010 est venu enrichir la thématique du développement durable. Cette disposition modifie l'article L. 225-102-1 du Code de commerce et étend le volet social et environnemental du rapport de gestion. D'une part, le dispositif vise les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ainsi que les sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat qui doit au jour d'écriture de ces lignes

⁵⁵ B. Frydman, « Stratégie de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p.1. Pour une comparaison avec l'Amérique du Nord : I. Tchotourian, « La compagnie, instrument futur d'un « capitalisme stakeholder » ? », dans *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, C. Eberhard (dir.), collection Bibliothèque de l'Académie Européenne de Théorie du droit, Editions Bruylant, 2008, p.447 ; I. Tchotourian, « « Informing Good To Do Well » : Une approche comparée de la participation (imparfaite) du droit des sociétés par actions au management responsable », *Revue des Sciences de gestion*, septembre-octobre 2008, n°43, p.35.

⁵⁶ En lien avec l'information financière diffusée par les entreprises, la comptabilité française s'ouvre à la RSE (récemment : M. Teller, « Développement durable et comptabilité », dans « Dossier : Entreprise et développement durable », F. G. Trébulle (dir.), *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2010, n°3, p.42).

⁵⁷ A propos des salariés : Centre d'Analyse Stratégique (CAS), « Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés », n°27, 2010 ; I. Tchotourian, G. Gnazole et L. Violay, « Association des salariés à la vie des entreprises : un bilan discutable de la construction juridique entourant le partage du pouvoir », *Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°72, p.89 ; A. Réberioux, « European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The Role of Worker Involvement », *Journal of Common Market Study*, 2002, Vol. 40, n°1, p.111 ; R. Vatinet, « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique », *R.S.*, n°1, 2000, p.161. Dans la littérature nord-américaine : J. Sarra, « Corporate Governance Reform: Recognition of Workers' Equitable Investments in the Firm », *Canada Business Law Journal*, 1999, Vol. 32, p.383 ; M. J. Roe, « German Securities Market and German Codetermination », *Columbia Business Law Review*, 1998, Vol. 98, p.167 ; H. Hansmann, « Worker Participation and Corporate Governance », *University of Toronto Law Journal*, 1993, Vol. 43, p.589.

⁵⁸ F. G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire Sociétés*, Dalloz, 2003, spéc. p.8, n°31.

⁵⁹ A. Hinfray et B. Hinfray, « La responsabilité sociale des entreprises », *Gaz. Pal.*, 11-12 octobre 2002, p.1466 ; A. Lienhard, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale », *D.*, 2002, p.874 ; C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, 2003, p.818 ; B. Rolland, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *D.S.*, novembre 2003, p.4 ; A. Sobczak, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application », *J.C.P.*, éd. E., 2003, n°542, p.598.

être publié. En parallèle, l'article 225 de la loi modifie une série de dispositions afin de viser des sociétés dont le régime juridique n'est pas défini dans le code de commerce mais qui ont également des impacts importants du fait de leur nombre de salariés ou de leur secteur d'activité : les mutuelles d'assurances, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les compagnies financières, les sociétés d'assurance mutuelles, les sociétés coopératives agricoles et les sociétés coopératives. D'autre part, la divulgation des informations sociales et environnementales s'impose aux sociétés mères pour leurs filiales et les sociétés contrôlées⁶⁰. La situation des groupes se voit donc appréhender et la circulation de l'information environnementale et sociale accrue entre sociétés-mères et filiales. Ajoutons que la loi portant engagement national pour l'environnement prévoit que les informations sociales et environnementales font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant qui donne lieu à un avis transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport de gestion⁶¹.

26. Les articles L. 225-100 al. 3 et L. 225-100-2 al. 1^{er} du Code de commerce précise que les sociétés cotées doivent mentionner dans leur rapport de gestion « (...) dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société et indépendamment des indicateurs clés de performance de nature financière devant être insérés dans le rapport en vertu d'autres dispositions du présent code, l'analyse comporte le cas échéant 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 »⁶². Finalement, toutes les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, et les plus importantes des sociétés non cotées, doivent nécessairement intégrer la dimension sociale et environnementale de leur activité dans leur rapport de gestion⁶³.

27. D'autres textes renforcent cette transparence de l'information. Il suffit de citer la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 visant les sociétés anonymes exploitant des installations classées Seveso⁶⁴. Ces sociétés susceptibles de créer des risques très importants pour la santé et la sécurité des populations voisines et pour l'environnement doivent informer leurs actionnaires sur ses activités. En conséquence, le rapport de gestion doit donner des informations aux actionnaires sur la « (...) politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société », rendre compte de la « (...) capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations » et préciser les « (...) moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité »⁶⁵.

ii) Encadrement de l'actionnariat salarial

⁶⁰ Lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations fournies sont consolidées 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. Lorsque les filiales ou les sociétés contrôlées sont installées sur le territoire national et qu'elles comportent des installations classées soumises à autorisation ou à enregistrement, les informations fournies portent sur chacune d'entre elles lorsque ces informations ne présentent pas un caractère consolidable.

⁶¹ Voir *infra*.

⁶² Pour une comparaison de l'intégration de cette exigence de l'article 1.14 de la directive 2003/51/CE dans les législations nationales des pays de l'Union européenne : T. Lambooy and N. van Vliet, « Transparency on Corporate Social Responsibility in Annual Reports: Information on Environmental and Employees Matters of the Worldwide Activities of Large European Union based Companies must now be Included in their Annual Reports », *European Company Law*, 2008, n°3, June.

⁶³ En ce sens : F. G. Trébulle, « Entreprise et développement durable », *J.C.P.*, éd. E., 2006, n°1257, p.309.

⁶⁴ Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages : *J.O.* 31 juillet 2003, p.13021. Pour un commentaire de cette loi : B. Rolland, « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial (après la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003) », *J.C.P.*, éd. E., 2004, p.367.

⁶⁵ Article L. 225-102-2 du Code de commerce.

28. L'actionnariat salarial peut être évoqué comme participant au développement de la RSE dans son aspect « *investissement socialement responsable* » (ISR)⁶⁶. Alors que les conditions préférentielles d'acquisition des actions sont souvent associées en pratique à l'inscription dans un mécanisme d'épargne salariale⁶⁷, la loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale a mis en place des dispositions destinées à prendre en compte des critères sociaux et environnementaux dans les politiques d'investissement développées par les gestionnaires d'une telle épargne⁶⁸.

29. Les années 2008/2010 témoignent d'une intensification des initiatives en matière d'actionnariat salarial. En ce sens, l'article 81 de la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 oblige tout plan d'épargne d'entreprise à proposer à ses salariés, dans son offre, un fonds investissant pour partie dans l'économie solidaire, dont la dimension sociale est associée, en matière de commerce équitable, avec l'amélioration des conditions environnementales de production⁶⁹. Plus récemment, les SICAV et les sociétés de gestion se sont vues mettre à charge de nouvelles obligations⁷⁰. L'article L. 214-12 du Code monétaire et financier a été complété par un alinéa ainsi rédigé : « *les sociétés d'investissement à capital variable et les sociétés de gestion mentionnent dans leur rapport annuel et dans les documents destinés à l'information de leurs souscripteurs les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance. Elles précisent la nature de ces critères et la façon dont elles les appliquent selon une présentation type fixée par décret. Elles indiquent comment elles exercent les droits de vote attachés aux instruments financiers résultant de ces choix* ».

iii) Admission de la responsabilité des sociétés-mères en matière environnementale

30. Alors que la responsabilité des sociétés-mères pour des comportements contestables dans le domaine environnemental a longtemps été rejetée en raison de la méconnaissance de l'autonomie patrimoniale et de la responsabilité limitée des membres du groupe de sociétés, les discussions s'orientent vers une reconnaissance du bien-fondé de la responsabilité des sociétés-mères⁷¹. Le législateur a posé, en particulier à l'occasion de la loi du 30 juillet 2003, un certain nombre d'obligations pour les exploitants d'activités pouvant causer des dommages à l'environnement. Ces obligations ont été renforcées par la loi

⁶⁶ Un investissement est dit socialement responsable s'il optimise ses choix en matière d'allocation d'actifs non plus uniquement sur la base de critères financiers, mais en y intégrant aussi des préoccupations sociales, éthiques et environnementales. Voir : C. De Brito, « ISR : comment les critères extra-financiers impactent les objectifs de gestion ? », *Revue d'Economie Financière*, n°85, septembre 2006, p.151.

⁶⁷ H. Chaput, M. Koubi et C. Van Puymbroeck « Épargne salariale : des pratiques différenciées selon les entreprises et les salariés », dans *Les salaires en France*, INSEE, 2006.

⁶⁸ La société de gestion du fonds commun de placement d'entreprise (FCPE) peut être contrainte, par son règlement, de respecter « *des considérations sociales, environnementales ou éthiques* » dans l'achat ou la vente des titres, ainsi que dans l'exercice des droits qui leur sont attachés (article L. 214-39 al. 11 du Code monétaire et financier). Le rapport annuel du fonds rend compte de leur application dans des conditions définies par l'Autorité des marchés financiers. Il faut relever que la loi a instauré une faculté et non pas une obligation. La société de gestion et le dépositaire sont décisionnaires puisqu'ils établissent le règlement du fonds (article L. 214-24 al. 2 du Code monétaire et financier).

⁶⁹ L'article 81 de la loi de 2008 précise que le règlement du plan d'épargne d'entreprise prévoit qu'une partie des sommes recueillies peut être affectée à l'acquisition de parts de fonds investis dans les entreprises solidaires.

⁷⁰ Ces dispositions nouvelles sont discutées *infra*.

⁷¹ S'interrogeant pour savoir s'il est possible d'atteindre une société-mère au travers de sa filiale : N. Cuzacq, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : éléments de droit positif et de droit prospectif », *R.R.J.-Droit prospectif*, 2009/2, p.657 ; B. Grimont, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *R.S.*, 2009, p.715 ; C. Hannoun, « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *Environnement*, juin 2009, Dossier, p.7.

n°2008-699 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale. Or, la situation des filiales cessant leur activité posait difficulté. Était-il possible qu'une autre personne juridique (la société-mère) que l'exploitant (la filiale) puisse exécuter les obligations incombant à ce dernier, ou tout au moins prendre directement en charge le coût financier lié à l'exécution de ces obligations⁷² ?

31. Face à cette interrogation, la loi dite « Grenelle I » affirmait que la France « (...) proposera l'introduction au niveau communautaire du principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement et elle soutiendra cette orientation au niveau international ». Finalement, la loi du 12 juillet 2010 modifie les dispositions en matière de remise en état des sites d'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement. L'article 227 de cette loi étend la responsabilité des sociétés-mères en raison des dommages environnementaux causés par leurs filiales. Deux mesures sont mises en place : la prise en charge volontaire par une société-mère des obligations incombant à sa filiale en matière environnementale⁷³ et la responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales en cas de comportement fautif⁷⁴.

b) Dans le domaine du droit des affaires : l'exemple « des » réglementations en matière d'ISR

32. Si le droit des sociétés appréhende le concept de RSE, le droit des affaires dans sa globalité (entendue comme règles s'appliquant à l'ensemble des agents économiques⁷⁵) démontre une attitude semblable. La réglementation de l'ISR illustre cette tendance⁷⁶. L'ISR est un aspect de la RSE⁷⁷ et ce, au point que le Parlement européen ait dû déplorer l'omission de la question de l'ISR dans la communication de la Commission européenne sur la RSE de 2006⁷⁸. Les autorités françaises sont

⁷² De manière plus globale : B. Rolland, « Procédures de traitement des difficultés des entreprises : un nouveau champ pour la RSE ? », dans « Dossier : La RSE », C. Malecki (dir.), *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.47.

⁷³ Article L. 233-5-1 du Code de commerce.

⁷⁴ Article L. 512-17 du Code de l'environnement modifié.

⁷⁵ « Vocabulaire juridique », G. Cornu (dir.), P.U.F., 2003, *spéc.* p.34.

⁷⁶ Le droit fiscal (F. Bin, « L'assujettissement des sociétés aux impôts écologiques : principes et mises en œuvre en droit comparé », dans « Dossier : La RSE », C. Malecki (dir.), *Journal des sociétés*, n°69, octobre 2009, p.53), le droit financier (Arrêté du 3 novembre 2009, *J.O.*, 5 novembre 2009, p.10 : A. Prüm, « L'état se resserre autour de la rémunération des « traders » et des dirigeants des établissements de crédit et des entreprises d'investissement », *R.D.B.F.*, janvier-février 2010, alerte 1, p.3 ; I. Tchoutourian, « Du « window dressing » en matière de bonus ? Analyse de l'attitude des régulateurs face aux rémunérations des professionnels de la finance », *R.R.J.-Droit prospectif* (à paraître en 2010) ou le droit bancaire (T. Bonneau, « Banques et développement durable », dans « Dossier : Entreprise et développement durable », F. G. Trébulle (dir.), *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2010, n°3, p.35 ; T. Bonneau et F. G. Trébulle, « Banquiers et crédits polluants », *Mélanges AEDBF-France IV*, Revue Banques éditions, 2004, p.47) auraient également pu être pris en exemple.

⁷⁷ Comme la RSE, l'ISR impose une prise en considération des questions sociales et environnementales par les investisseurs. En ce sens, l'ISR constitue un choix d'investissement qui agit comme une force extérieure sur les entreprises pour les engager dans la voie d'un comportement socialement responsable (en ce sens : D. McBarnet, « Corporate Social Responsibility beyond Law, through Law, for Law: The New Corporate Accountability », in *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 2007, p.9, *spéc.* p.17). Pour une littérature juridique sur l'ISR : C. Malecki, « L'investissement socialement responsable : un « must have » de la RSE », dans « Dossier : La RSE », C. Malecki (dir.), *Journal des sociétés*, n°69, octobre 2009, p.41 ; C. Malecki, « L'investissement socialement responsable : quelques problématiques actuelles », *Revue Lamy de droit des affaires*, juillet 2009, p.61 ; N. Cuzacq, « Aspects juridiques de l'investissement responsable », *Mélanges J. Dupichot, Bruylant*, 2005, p.129 ; « L'investissement durable », *Banque magazine*, Dossier, 2002, p.18.

⁷⁸ Parlement européen, « Résolution du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat », 13 mars 2007, 2006/2133(INI), *spéc.* § 33.

récemment intervenues sur le terrain de l'ISR⁷⁹. A côté de la loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale précédemment évoquée, la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 qui institue le Fonds de Réserve pour les Retraites impose au directoire du fonds de réserve des retraites d'indiquer au conseil de surveillance la manière dont sont prises en compte les orientations sociales, environnementales et éthiques⁸⁰ et la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a créé une obligation pour les plans d'épargne d'entreprise de proposer un fonds investissant dans l'économie solidaire. Enfin, la loi portant engagement national pour l'environnement adopté à l'été 2010 a renforcé l'ISR en imposant aux SICAV et aux sociétés de gestion de mentionner dans leur rapport annuel et dans les documents destinés à l'information de leurs souscripteurs les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance⁸¹. De plus, les gérants de l'épargne collective doivent dorénavant préciser la nature de ces critères et la façon dont elles les appliquent selon une présentation type fixée par décret et indiquer comment elles exercent les droits de vote attachés aux instruments financiers résultant de ces choix. La « loi Grenelle II » oblige donc les gérants de portefeuilles d'investissement à indiquer dans leur rapport annuel et les documents des souscripteurs leur prise en compte des préoccupations en termes de développement durable et à préciser la manière dont ils le font. Mais, le texte va plus loin en rendant obligatoire, et non facultative, la prise en compte de critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux ou de qualité de gouvernance dans la politique d'investissement des SICAV ou sociétés de gestion⁸². Le processus législatif révèle le volontarisme et le dynamisme qui entourent la rédaction de l'ancien article 82 du projet de loi. La rédaction de cette disposition⁸³ est différente de la formulation du projet qui visait les sociétés d'investissement à capital variable et les sociétés de gestion de manière alternative, n'imposait de communication qu'à travers le rapport annuel et n'avait pas prévu à la charge des OPCVM une véritable obligation de prise en compte des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux ou de qualité de gouvernance. Or, contrairement au projet de loi initial, il ne s'agit plus de mentionner s'il y a eu prise en compte, mais bien les modalités de cette prise en compte, ce qui semble enlever la liberté dont disposaient les gérants de portefeuille d'utiliser des critères extra-financiers dans leurs choix d'investissement.

⁷⁹ En comparaison, le Canada ne fait pas de place dans la législation des fonds d'investissement (*Canada Pension Benefits Standards Act*) à des règles imposant la divulgation d'une prise en compte de critères sociaux, environnementaux ou de gouvernance dans l'exercice de leurs droits de vote et dans la décision d'investissement. Un projet de loi a été déposé en ce sens le 15 septembre 2009 par le parlementaire libéral Robert Oliphant (« Robert Oliphant, MP Presents Bill Requiring Pensions Funds to Disclose Environmental, Social or Governance Considerations in Investing », September 15, 2009, http://www.share.ca/files/090915_Oliphant_Pension_Fund_Disclosure_en.pdf). Soutenant l'adoption d'un dispositif juridique en ce sens : Shareholder Association for Research and Education, « Pension Fund Investment and Disclosure: Acknowledging Environmental, Social and Governance Considerations », Submission to the Federal Department of Finance, Financial Sector Division, March 16, 2009 ; D. Wheeler et T. Woodward, « Etude comparative des pratiques du Royaume-Uni et du Canada en rapport avec la transparence des régimes de retraite », mai 2004.

⁸⁰ Article L. 135-8 al. 6 du Code de la sécurité sociale.

⁸¹ Pour des commentaires : I. Tchotourian, « L'investissement socialement responsable imposé aux gérants de portefeuille : vrai réforme ou faux semblant de la loi "Grenelle II" en faveur de l'ISR ? », *Dépôt institutionnel numérique Papyrus*, Université de Montréal, consultable au lien suivant : <http://hdl.handle.net/1866/4162>.

⁸² *Contra.* : F. Bussière, *Chronique Gestion collective, Banque & droit*, n°132, juillet-août 2010, p.37. A l'instar d'autres pays, la réglementation française ne stipule pas la façon dont les gérants doivent prendre en compte les questions environnementales et sociales dans leurs décisions d'investissement. Les gérants demeurent libres de poser leurs critères d'investissement dans la limite du respect des exigences légales et réglementaires (I. Riassetto, « Fonds éthiques et sociétés commerciales », *Mélanges D. Schmidt*, Joly éditions, 2005, p.399, *spéc.* p.407, n°12).

⁸³ La modification de cet article a été adoptée par le Sénat : Sénat, « Rapport sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement (urgence déclarée), sur la proposition de loi présentée par MM. Philippe Marini et plusieurs de ses collègues tendant à rendre obligatoire la consultation des citoyens préalablement à l'implantation d'éoliennes de grande hauteur, sur la proposition de loi présentée par M. Jean Desessard, et plusieurs de ses collègues relative à la réglementation de l'implantation des antennes-relais de téléphonie mobile et à la réduction de l'exposition des personnes aux champs électromagnétiques », n°552, Tome 1, 9 juillet 2009, *spéc.* p.449.

33. Cet intérêt du législateur pour l'ISR n'est sans doute pas étranger à l'éveil des consciences des acteurs français du marché⁸⁴ qui se concrétise par la première place occupée par la France dans la gestion de fonds ISR en Europe, devant le Royaume-Uni et la Belgique, selon une étude publiée en 2008 par l'agence de notation extra-financière *Vigéo*.

B) Limites attachées aux normes formelles

34. Le foisonnement de normes ne doit pas cacher une insuffisance liée aux limites attachées à celles-ci qui sont développées dans la littérature académique. De plus, la nature évolutive et malléable de la RSE complexifie la tâche du droit positif dans sa fonction d'encadrement.

1) Un droit peu réactif : un problème criant face à une RSE en mouvement

35. De par sa définition même, la norme formelle implique l'idée de positivisme. Plus précisément, l'Etat se voit accorder le rôle exclusif d'énoncer le droit en fondant sa justification sur la souveraineté de celui-ci. Toutefois, ce droit sous-entend le respect d'une procédure et peut présenter l'inconvénient majeur de nécessiter du temps dans son développement. Les normes formelles peuvent finalement être édictées après les événements que l'on a souhaité éviter. L'affaire *Metaleurop*, qui a profondément marqué les pouvoirs publics et les partenaires sociaux, est emblématique de ce fait⁸⁵. Au Canada, suite à la tragédie de la mine *Westray* en 1992, il faut attendre près d'une décennie pour que le Parlement canadien modifie le *Code criminel* pour attribuer la responsabilité pénale aux personnes morales pour les actes de leurs représentants⁸⁶. Par ailleurs, les normes formelles sont ou ne sont pas en ce sens qu'elles permettent peu de progresser par étapes successives⁸⁷. Ces normes font place à l'idée d'une construction brutale et peu à l'idée d'évolution, d'accoutumance ... notions fondamentales de la RSE⁸⁸. Face aux mutations qu'impliquent *ab initio* la RSE dans le système économique et politique, le droit formel

⁸⁴ Le rôle du droit est ainsi souligné par les gestionnaires comme moyen pour s'assurer que l'entreprise répond aux attentes de la société (J. Pasquero, « De l'éthique du marché à l'éthique de la responsabilité », dans *Responsabilité sociale d'entreprise et finance responsable : quels enjeux ?*, Presses de l'Université du Québec, 2004, p.35, spéc. p.41) et à l'émergence de revendications de groupes de pression autres que les actionnaires (E. Le Saout et V. Serret, « La responsabilité entre marchés financiers et management : l'Investissement Socialement Responsable », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise : Pour un nouveau contrat social*, J.-J. Rosé (dir.), de boeck, 2006, p.61, spéc. p.63 ; P. Bollon, « Vers des invest'acteurs ? », dans *Développement durable et gouvernement d'entreprise : un dialogue prometteur*, Les cahiers de l'ORSE, éd. D'Organisation, 2003, p.33, spéc. p.42). Les études publiées en Angleterre à propos de l'impact lié à la publication de la politique de vote des fonds de pension en matière d'investissement responsable et de l'exercice des droits de vote démontrent que cette modification réglementaire a sensibilisé les gens du secteur à l'ISR en déclenchant un débat public sur l'étude des questions sociales, environnementales et éthiques dans le processus de placement (Ethical Investment Research Service, « How Responsible is your Pension? », London: EIRIS, 2003 ; E. Mathieu, « Response of UK Pension Funds to the SRI Disclosure Regulation », London: UKSIF, 2000) et s'est accompagné d'un essor de l'ISR (M. Mansley, « Socially Responsible Investment: A Guide for Pension Funds and Institutional Investors », Suffolk: Monitor Press, 2003).

⁸⁵ Le cas de l'ISR peut être également évoqué. Alors que dans une majorité de pays, le législateur est intervenu pour imposer la prise en compte des considérations éthiques dans les stratégies d'investissement des caisses de retraite (Royaume-Uni, Australie, Danemark, Allemagne, Belgique, Autriche, Italie), l'Amérique du Nord et notamment le Canada est plus en retrait.

⁸⁶ *Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, L.C. 2003, c. 21 (« loi Westray »).

⁸⁷ Le professeur Mekki caractérise le droit souple par le fait que la procédure d'élaboration des normes est gagnée par la souplesse et par une construction par étapes successives (M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », dans *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p.1, spéc. p.14 et s., n°20 et s.).

⁸⁸ La normativité n'est-elle pas un « continuum normatif », c'est-à-dire, un processus (C. Pomart, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en termes de continuum », *R.R.J.-Droit prospectif*, 2004-3, p.1679) ?

apparaît peu adapté. Enfin, la RSE évolue dans l'histoire⁸⁹ et implique des positions différentes qui s'accrochent mal de la stabilité des normes formelles.

2) Un portrait nécessairement incomplet : une complexité de l'entreprise qui n'est que partiellement appréhendée

36. Les normes formelles ne saisissent qu'imparfaitement le problème de l'entreprise et les externalités liées à ses activités. La transparence dans le domaine des conséquences sociales et environnementales (a) et le contenu de la responsabilité environnementale de celle-ci (b) démontrent que le droit « ne peut tout » et ne fait que saisir partiellement l'entreprise⁹⁰. Sa réalité contemporaine dépasse l'Etat et les instruments qu'il peut mettre en place.

a) Incomplétude des informations environnementales et sociales

37. En comparant le dispositif français par rapport au *Global Reporting Initiatives*, l'état actuel du droit français ne propose pas de divulgation concernant la gestion des droits de l'Homme, la corruption, la concurrence et les tarifs pratiqués, la clientèle, le financement des partis politiques ou encore, la sécurité du consommateur. De plus, le système français ne traite que légèrement la question des activités des entreprises à l'étranger, de celles de leurs filiales ou de leurs chaînes d'approvisionnement⁹¹ et ce, bien que la France ait une des réglementations les plus élaborées. Les difficultés de sérieux et de fiabilité prennent une dimension particulière au regard de l'absence de redéfinition de la mission des commissaires aux comptes. Si le projet de loi portant engagement national pour l'environnement intégrait explicitement le volet social et environnemental du rapport de gestion dans le champ des investigations du commissaire aux comptes, la version définitive de ce texte n'a pas apporté de modifications à l'article L. 823-16 du Code de commerce⁹². Le temps est loin de la proposition faite que les commissaires aux comptes présentent leurs observations sur les informations figurant dans le rapport

⁸⁹ La RSE demeure une notion en construction (en ce sens : Commission consultative nationale des droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : Nouveaux enjeux, nouveaux rôles », *préc.* p.48 et s.).

⁹⁰ Les débats sur le respect des droits de l'Homme par les entreprises démontrent également l'incapacité du droit formel à se départir de son attachement territorial à un Etat pour pouvoir exister. Si les entreprises dépassent ces frontières territoriales, ce n'est pas le cas de règles en matière de droits de l'Homme. Par exemple : N. Mathey, « La responsabilité sociale des entreprises en matière de droits de l'Homme », dans « Dossier : Entreprise et développement durable », F. G. Trébulle (dir.), *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2010, n°3, p.29 ou les publications d'ONG dénonçant des pratiques d'entreprise (CCFD-Terre Solidaire, Oxfam France et Agir ici, « Des sociétés à responsabilité illimitée », mars 2009).

⁹¹ Dans son septième rapport, le groupe ALPHA indique : « la progression que nous avons constatée les premières années résultait d'une amélioration continue de l'information sociale publiée par les meilleures entreprises et des efforts des autres pour atteindre la moyenne. Pour la seconde année, les meilleures n'améliorent plus la qualité de leur reporting social. Ceci s'explique par le fait qu'elles persistent à fournir une information médiocre sur certains sujets (sous-traitance, organisation du travail, par exemple) » (Groupe ALPHA – Centre Etudes et Prospectives, « Les informations sociales dans les rapports 2008 : Septième bilan de l'application de la loi NRE », 26 novembre 2009).

⁹² Cependant, le nouvel article L. 225-102-1 al. 9, 10 et 11 du Code de commerce dispose que les informations sociales et environnementales figurant, ou devant figurer, au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire. L'avis de cet organisme tiers indépendant comporte notamment une attestation sur la présence de toutes les informations devant figurer au regard des obligations légales ou réglementaires. Cette attestation est due à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2011 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

de gestion et traitant des conséquences sociales et environnementales. Selon l'avis de la CNCC de 2002, les diligences du commissaire aux comptes sont au final de deux types : il apprécie si le rapport de gestion satisfait dans son contenu aux obligations d'information prévues par la partie réglementaire du Code de commerce et il vérifie la sincérité et la concordance avec les comptes de ces informations⁹³.

38. Du côté canadien, la réglementation sur les valeurs mobilières ne comporte pas un véritable régime de divulgation d'informations environnementales et sociales⁹⁴. Mais, les obligations de divulgation périodiques contiennent certaines références à ces informations⁹⁵. De plus, l'obligation de divulgation occasionnelle contraint tout émetteur assujéti à communiquer tout « *changement important* » dans son activité, son exploitation ou son capital dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet significatif sur le cours ou la valeur de ses titres⁹⁶. En raison de l'interprétation souple de la notion de « *changement important* »⁹⁷, ce régime de divulgation a une pertinence pour les données environnementales. Dans une étude publiée en 2008, l'*Ontario Securities Commission* (OSC) a fait savoir qu'elle était prête à étudier la qualité de la divulgation environnementale et qu'elle ne se contenterait plus de formules d'usage pour rendre compte de telles informations⁹⁸. Plus récemment, un rapport préparé pour l'OSC et le Ministre des Finances de l'Ontario a reconnu qu'il était opportun d'améliorer le niveau de divulgation des informations environnementales et sociales⁹⁹. Toutefois, le rapport a recommandé que les démarches en ce sens prennent la forme de pratiques exemplaires, plutôt que d'obligations formelles de divulgation¹⁰⁰.

b) Loi du 1^{er} août 2008 : quel contrôle effectif ?

39. La loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement qui a transposé la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale, illustre les incomplétudes des normes formelles en matière de RSE. Si un exploitant doit prévenir ou réparer les dommages causés à l'environnement, la définition de cet exploitant est obscure. Celui-ci s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative. Or, la notion de « *contrôle effectif* » demeure pour le moins incertaine en droit français.

3) L'absence de cohérence : un bilan extra-financier en demi-teinte

⁹³ Bull. CNCC, n°128, décembre 2002.

⁹⁴ Preuve des difficultés pour les entreprises d'appréhender la RSE dans les informations qu'elles rendent publiques, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) s'est penchée sur le cas de l'information environnementale le 8 février 2010 (SEC, « Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate Change », 17 CFR PARTS 211, 231 and 241, Release Nos. 33-9106 and 34-61469, February 8, 2010). Dans des lignes directrices rendues publiques au premier trimestre 2010, la SEC est venue offrir aux entreprises un outil pour appréhender les exigences qui pèsent sur elles en matière de divulgation concernant le changement climatique. Loin de constituer un nouveau cadre législatif ou de modifier celui existant, ce guide offre l'opportunité d'apporter de la clarté sur la manière dont le changement climatique s'intègre dans le dispositif réglementaire s'imposant aux entreprises nord-américaines. Pour un commentaire : I. Tchotourian, « La *Securities and Exchange Commission* se met au vert : le changement climatique envahit l'information financière », *Dépôt institutionnel numérique Papyrus*, Université de Montréal, consultable au lien suivant : <http://hdl.handle.net/1866/4036>.

⁹⁵ Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue.

⁹⁶ Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue.

⁹⁷ *Périm c. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

⁹⁸ *OSC Staff Notice 51-716 – Environmental Reporting*, (2008) 31 OSCB 2223. Pour un commentaire : S. Rousseau et I. Tchotourian, « Evolution des obligations environnementales des sociétés cotées canadiennes », *R.D.B.F.*, juillet-août 2008, n°4, p.74.

⁹⁹ « Corporate Social Reporting Initiative », *The Hennick Centre for Business and Law*, Toronto, 2010.

¹⁰⁰ Dénonçant les faiblesses de la situation actuelle : A. A. Dhir, « Shadows and Light: Addressing Information Asymmetries Through Enhanced Social Disclosure in Canadian Securities Law », *Canadian Business Law Journal*, 2009, Vol. 47, p.435.

40. Le dispositif juridique atteste d'une différence d'intensité entre l'importance reconnue au domaine environnemental et social et les faibles concrétisations dans les prises de positions des autorités de régulation boursière. Or, l'importance des informations environnementales est à souligner. Alors que la présence de ces informations se fait ressentir sur l'ensemble des standards de divulgation et a le potentiel d'affecter leurs résultats financiers¹⁰¹, les textes sont sources de questionnements qui mettent à mal la légitimité de cette information¹⁰².

41. A s'en tenir à l'actualité la plus récente, l'étude des entreprises de l'indice CAC 40 des groupes *RiskMetrics* et *Capitalcom* publiée au premier trimestre 2009 relève que : « *L'information disponible sur les pratiques des entreprises dans les domaines de l'Environnement, du Social et de la Gouvernance est dense, mais manque de standards. (...) Moins de la moitié des entreprises se réfère au GRI (Global Reporting Initiative) (...). La prise en considération des enjeux extra-financiers dans la performance des entreprises du CAC 40 s'installe peu à peu, à des rythmes très différents selon la nature des responsabilités (...)* »¹⁰³.

42. Les réflexions sont aujourd'hui présentes pour exiger une révision des dispositions issues du décret de 2002 pour rendre les modalités de l'obligation plus conformes aux acquis de l'expérience comme le suggère le professeur Igalens¹⁰⁴. Ne serait-il pas finalement temps de normaliser cette information ? Dans son rapport publié en 2004, le Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale insistait ainsi sur l'utilisation du levier de l'Etat et la nécessité d'une information extra-financière certifiée, statistiquement correcte, homogène, non contestée par les acteurs pour que le marché de l'ISR se consolide¹⁰⁵. D'autres encore vont jusqu'à demander la mise en place d'un audit sociétal de nature légale dont le régime serait essentiellement calqué sur celui du commissaire aux comptes¹⁰⁶.

43. Au Canada, le rapport *Corporate Social Reporting Initiative* de 2010 a reconnu l'importance de la normalisation de la divulgation d'informations environnementales et sociales. Le rapport a toutefois noté la complexité de la normalisation et l'absence de consensus parmi les participants du marché quant aux critères devant être retenus. Tout en reconnaissant la pertinence du cadre de normalisation du GRI, le rapport a encouragé l'OSC à consentir des efforts pour favoriser l'émergence d'une normalisation à cet égard.

4) Des instruments inadéquats : une inadaptation au concret

a) « Explosion » des structures complexes de sociétés

¹⁰¹ L. Moir and M. Kennerley, « What to Measure in the Twenty-first Century ? », in *Corporate Social Responsibility : Reconciling Aspiration with Application*, Kakabadse A. et Morsing M. (dir.), Palgrave, EABIS 2006, p.81, spéc. p.92 ; F. G. Trébulle, « La comptabilisation de l'environnement », art. préc.

¹⁰² Par exemple : J. Igalens, « Evaluer les rapports de développement durable », dans *Décider avec les parties prenantes*, M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), La Découverte, 2006, p.124, spéc. p.125.

¹⁰³ *Capitalcom* et *RiskMetrics*, « Pratiques et communication extra-financières des entreprises du CAC 40 », février 2009, spéc. p.6.

¹⁰⁴ J. Igalens, « La reddition de comptes en matière de RSE », *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.34.

¹⁰⁵ Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, « Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises : Synthèse des travaux du groupe inter-directions », E. Dufourcq (dir.), 2004, spéc. p.71. L'ORSE publie un guide incluant une méthodologie permettant de normaliser les informations extra-financières. En avril 2010, l'ORSE a lancé un site internet (www.reportingrse.fr) consacré spécifiquement au reporting extra-financier des entreprises.

¹⁰⁶ N. Cuzacq, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *R.I.D.E.*, 2008, n°1, p.27.

44. Un exemple immédiat de l'incomplétude des normes formelles tient dans l'absence de définition générique de la notion d'entreprise en droit français¹⁰⁷. Si la doctrine a souligné les inconvénients de l'absence de définition de l'entreprise, ceux-ci prennent une intensité particulière dans le contexte de la RSE. L'appréhension de l'entreprise, à travers la seule personnalité morale, entraîne en effet une multiplicité des structures qui se cachent les unes derrière les autres. Le professeur Diener constate que « (...) la création de sociétés fictives est entrée dans les mœurs du plus grand nombre » et que « (...) le monde des affaires se nourrit de poupées gigognes : chaque structure en englobe de plus petites et s'insère dans de plus grandes »¹⁰⁸. Face aux divers montages que recèle la pratique¹⁰⁹, la jurisprudence exprime une réaction morale à travers sa condamnation d'opérations jugées frauduleuses même en l'absence de sanctions pénales. De même, l'application large de l'action paulienne pour protéger les créanciers sociaux et le recours à la notion de fictivité dans la constitution et le fonctionnement des sociétés poursuivent un objectif identique. En dépit de cette réaction jurisprudentielle, les conséquences de cet « éclatement » de l'entreprise ne sont pas anodines en matière de droit du travail¹¹⁰ ou, de droit de l'environnement. La « déterritorialisation » des entreprises internationales rend le droit inefficace.

b) Contenu et qualité des données sociales et environnementales

45. Lors des discussions de la loi « Grenelle II », un certain nombre d'observateurs ont signalé l'imperfection de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce qui se réfère, en cas de groupe de sociétés, à la notion d'informations consolidées qui peut permettre de dissimuler le non-respect d'exigences sociales ou environnementales¹¹¹. De plus, certaines obligations portant sur des informations sont écrites en des termes larges¹¹² ou, visent des informations de nature qualitative risquant de poser des difficultés d'interprétation¹¹³. En outre, concernant l'information environnementale, celle-ci ne fournit que des indicateurs d'application générale¹¹⁴ et non des indicateurs

¹⁰⁷ Parmi une vaste littérature : I. Tchoutourian, « L'appréhension de la notion d'« entreprise » par les juristes », dans *Souci de l'autre, souci de soi et quête d'insouciance. Entre illusion et réalités dans les organisations*, I. Barth, H. Savall, J. Variengien (dir.), Ed. ISEOR, 2006, p.341 ; P. Didier, « Une définition de l'entreprise », *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p.849 ; J. Pagès, « De l'irréductible et incontournable entreprise », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p.79 ; B. Mercadal, « La notion d'entreprise », *Mélanges J. Derruppé*, Litec, 1991, p.9 ; P. Le Cannu, « La notion juridique d'entreprise », *P.A.*, 14 mai 1986, p.19 ; H. Corvest, « Emergence de la dimension d'entreprise en droit positif », *R.T.D.Com.*, 1986, p.359 ; D. Vidal, « Une analyse juridique de l'entreprise », *P.A.*, 9 juillet 1986, p.23 ; G. Lambert, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », *Mélanges P. Kayser*, T. 2, P.U.A.M., 1979, p.77 ; M. Trochu, « L'entreprise : Antagonisme ou collaboration du capital et du travail », *R.T.D.Com.*, 1969, p.681 ; P. Didier, « Esquisse de la notion d'entreprise », *Mélanges P. Voirin*, L.G.D.J., 1966, p.209 ; M. Despax, « L'entreprise et les droits », thèse Paris, L.G.D.J., 1957 ; P. Durand, « Introduction à un rapport sur la « Notion d'entreprise » », Association Henri Capitant, 1947.

¹⁰⁸ P. Diener, « Ethique et droit des affaires », *D.*, 1993, chron., p.17 *spéc.* p.17, n°5.

¹⁰⁹ Pour une typologie des entreprises fantômes : J.-F. Barbiéri, « Morale et droit des sociétés », dans *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, *spéc.* p.104 et s., n°11 et s.

¹¹⁰ En dernier lieu : I. Desbarrats, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.15.

¹¹¹ Article L. 225-102-1 al. 8 du Code de commerce.

¹¹² Que faut-il entendre par « (...) main-d'œuvre extérieure à la société » (A. Sobczak, *art. préc.*, p.602.) ou par « filiale » (C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *art. préc.*, p.820, n°6) ? Concernant l'information environnementale, quelles sont les « dépenses » qui devront être considérées comme ayant été « (...) engagées pour prévenir les conséquences de l'activité de la société sur l'environnement » (A. Hinfrey et B. Hinfrey, *art. préc.*, p.1467) ?

¹¹³ Par exemple, pour l'information sur les risques potentiels, « (...) il paraît délicat voire aléatoire de déterminer l'ampleur de l'événement, son caractère significatif pour l'entreprise, et l'occurrence même d'une incidence financière » (B. Rolland, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *art. préc.* p.5, n°7).

¹¹⁴ En ce sens : C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *art. préc.*, p.820, n°8 ; A. Lienhard, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale », *art. préc.* p.875.

de performance intégrés. Or, il est douteux que de tels indicateurs fournissent aux actionnaires une information fiable et pertinente¹¹⁵.

II - LA RSE DANS UNE PERSPECTIVE PLURALISTE : LA CONSTRUCTION D'UN DROIT SANS L'ETAT

45. La RSE atteste d'une vision postmoderne du droit à travers le pluralisme qu'elle consacre¹¹⁶. En effet, la RSE donne lieu à une grande diversité dans la production de la norme et témoigne du nécessaire ajustement du droit à la complexité des réalités contemporaines incarnées par la mondialisation. Les acteurs économiques privés concurrencent dorénavant les Etats en élaborant leurs propres normes par autorégulation. Comme la professeure Delmas-Marty le note, l'Etat n'est plus le seul acteur et son territoire n'est plus le seul espace normatif¹¹⁷ ... constatation qui peut être parfaitement transposée en matière de RSE.

A) Le pluralisme et la production des normes alternatives en matière de RSE

1) Pluralisme et gouvernance d'entreprise

46. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, le droit positif comporte des lacunes importantes qui limitent sa capacité à rendre compte de la RSE. Dans ce contexte, il semble nécessaire d'avoir recours au pluralisme juridique : « (...) *la production du droit est plurielle et le principe d'une hiérarchie qui dominerait les rapports entre les ordres normatifs, l'ordre juridique étatique occupant, bien évidemment, le sommet de la pyramide, n'est plus de mise* »¹¹⁸. Le pluralisme juridique consiste en « (...) *une représentation théorique suivant laquelle à la pluralité des groupes sociaux correspond des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation, suivant les circonstances historiques et sociales* »¹¹⁹. En somme, le pluralisme juridique nous amène à « *reconnaître l'existence simultanée d'au moins deux ordres juridiques distincts* » qui entretiennent des rapports de droit entre eux¹²⁰.

47. Pour les fins du présent texte, un des corollaires les plus importants du pluralisme juridique est le constat de l'existence de normes dites « *alternatives* » qui constituent une réponse aux limites du droit positif¹²¹. Les normes alternatives peuvent être produites par l'action des acteurs privés qui cherchent soit à compléter, soit à éviter le droit étatique. Comme le souligne le professeur Benyekhlef, il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'administration publique peut élaborer « (...) *des mécanismes néo-réglementaires, des outils normatifs originaux qui ne s'insèrent pas dans les catégories classiques du droit public* »¹²². Ces normes se caractérisent par une intensité obligationnelle variable, allant de très faible à très élevée.

48. En droit des sociétés anglo-américain, le pluralisme juridique a fait son chemin auprès des tenants de l'analyse économique du droit par l'entremise de l'ouvrage « *Order without Law* » de Robert

¹¹⁵ C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *art. préc.*, p.820, n°8.

¹¹⁶ B. de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 2008, Vol. 10, p.363, *spéc.* p.382.

¹¹⁷ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné », éd. Seuil, 2006, *spéc.* p.27.

¹¹⁸ K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.44.

¹¹⁹ N. Rouland, « L'État français et le pluralisme », Odile Jacob, 1995, *spéc.* p. 13.

¹²⁰ J.-G. Belley, « Pluralisme juridique », dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2^{ème} éd., 1993.

¹²¹ Sur cette question : K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.759 et s.

¹²² K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.759.

Ellickson¹²³. Cet ouvrage a mis en exergue l'importance des normes sociales (« *social norms* ») dans l'encadrement de la conduite des individus. En corollaire, il incitait les tenants de l'analyse économique du droit à aller au-delà du droit positif en tenant compte de ces normes sociales¹²⁴. Depuis la publication de cet ouvrage au début des années 1990, les auteurs ont consacré de nombreuses études destinées à enrichir le modèle du choix rationnel afin d'améliorer la compréhension des liens entre les normes juridiques et les normes sociales¹²⁵.

49. Au tournant du XX^{ème} siècle, cette perspective a fait son chemin dans la littérature juridique sur la gouvernance d'entreprise¹²⁶. La réception du pluralisme juridique dans ce contexte a été facilitée par la nature permissive de la législation sur les sociétés qui reçoit un fort appui de l'analyse économique du droit¹²⁷. L'approche permissive se caractérise par des dispositions législatives qui ont pour fonction principale de faciliter la négociation et l'échange entre les membres des sociétés, de manière à leur permettre de choisir et d'adopter les solutions en matière de gouvernance qui maximisent la valeur de leur société. Autrement dit, l'approche permissive participe d'une philosophie autorégulatrice laissant ainsi la place à l'émergence de normes alternatives.

2) Techniques de production des normes alternatives

50. Suivant le schéma proposé par Bertrand du Marais, la production de normes alternatives peut s'effectuer par le marché ou avec le marché¹²⁸. La première forme de production consiste en l'autorégulation, c'est-à-dire, « (...) l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (...) et dont ils assurent eux-mêmes l'application »¹²⁹.

51. De par sa nature, l'entreprise constitue un creuset propice à l'autorégulation. Selon les professeurs Rock et Wachter, une des caractéristiques de l'entreprise consiste à remplacer la gouvernance légale par des mécanismes de gouvernance extra-légaux¹³⁰. Le point de départ de leur analyse se situe dans l'étude de Coase selon laquelle les coûts de transaction sont un facteur central dans la détermination des frontières de l'entreprise¹³¹. Lorsque les coûts de transaction sont faibles, les parties peuvent rédiger des contrats complets qui protègent l'intégrité de leurs opérations. L'exécution de ces contrats est assurée par le marché et les sanctions judiciaires. Toutefois, lorsque les contrats sont incomplets en raison de coûts de transaction élevés, le marché et le système judiciaire perdent de leur efficacité. Selon Rock and Wachter, les transactions sont alors intégrées dans l'entreprise où elles relèvent alors de normes sociales dont le respect est tributaire de mécanismes extra-judiciaires.

¹²³ R. C. Ellickson, « Order without Law », Cambridge, Harvard University Press, 1991.

¹²⁴ Aussi : R. D. Cooter, « Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant », *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, Vol. 144, p.1643; R. C. Ellickson, « Law and Economics Discovers Social Norms », *Journal of Legal Studies*, 1998, Vol. 27, p.537 ; L. Lessig, « The New Chicago School », *Journal of Legal Studies*, 1998, Vol. 27, p.661 ; R. H. McAdams, « Comment: Accounting for Norms », *Wisconsin Law Review*, 1997, p.625.

¹²⁵ Symposium. « Law, Economic, and Norms », *University of Pennsylvania Law*, 1996, Vol. 144, p.1643; Symposium, « Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law », *Journal of Legal Studies*, 1998, p.537.

¹²⁶ M. A. Eisenberg, « Corporate Law and Social Norms », *Columbia Law Review*, 1999, Vol. 99, p.1253, spéc. p.1254 ; Symposium, « Norms & Corporate Law », *University of Pennsylvania Law*, 2001, Vol. 149, p.1607.

¹²⁷ S. Rousseau, « Canadian Corporate Governance In Global Capital Markets, Merging And Emerging Boards: Current Issues In Corporate Governance », J. Sarra (Eds.), Vancouver, U.B.C. Press, 2003, p 3.

¹²⁸ B. du Marais, « Droit public de la régulation économique », Dalloz, 2004, spéc. p. 488 et s.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ E. B. Rock and M. L. Wachter, « Islands of Conscious Power: Law, Norms, and the Self-. Governing Corporation », *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, Vol. 149, p.1619, spéc. p.1621 et s.

¹³¹ *Ibid.*, p.1647 et s.

52. L'émergence des normes alternatives au sein des entreprises par la voie de l'autorégulation est facilitée par le droit des sociétés qui est fondé sur une approche permissive, tel que noté ci-dessus. Les normes alternatives ainsi créées peuvent être spécifiques à une entreprise ou se propager à un grand nombre d'entreprises partageant des caractéristiques communes. Plutôt que de suivre ce mode d'émergence, les normes alternatives peuvent être produites par des organismes de l'industrie jouant un rôle d'autorégulation.

53. La seconde forme de production de normes alternatives constitue la co-régulation qui est « un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations »¹³². Nous retrouvons des manifestations de cette seconde forme dans l'encadrement de la gouvernance des sociétés cotées canadiennes. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) requièrent la communication des pratiques de gouvernance des sociétés au regard de pratiques exemplaires élaborées de concert avec celles-ci. Ce faisant, les ACVM évitent d'imposer le respect de pratiques particulières¹³³. De la même manière, les recommandations formulées en Ontario à l'égard de la divulgation environnementale et sociale font ressortir la volonté de favoriser une approche concertée pour définir les normes en cette matière.

B) Contenu des normes alternatives

54. Si les classifications varient en fonction des réalités propres à chaque pays, des secteurs d'activités ou encore des instruments utilisés¹³⁴, les normes techniques (1) et les normes comportementales (2) peuvent être distinguées¹³⁵. Ces normes démontrent une pulvérisation des sources du droit et le recours à une logique qui organise la régulation selon un principe circulaire d'efficacité¹³⁶.

1) Normes techniques : l'exemple des normalisations ISO et comptables

55. Ce type de normes tend à la standardisation des comportements des acteurs du marché afin de faciliter les échanges économiques et le développement des marchés¹³⁷. Etant une sélection de données techniques qui méritent d'être érigées au rang de références pour l'homme de l'art¹³⁸, la norme

¹³² B. du Marais, *op. cit.*, p. 491.

¹³³ *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance* qui est accompagné par l'*Instruction générale 58-201 sur les pratiques en matière de gouvernance*.

¹³⁴ Par exemple : LEX FORI, « La meilleure pratique dans le recours à des normes juridiques « douces » et son application aux consommateurs au sein de l'Union européenne », Etude réalisée à la demande de la Commission européenne DG SANCO, http://www.lexfori.net/soft_law_fr.htm.

¹³⁵ Cette classification s'inspire de celle proposée par le professeur Benyekhlef : K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.772 et s. Les normes informatives telles les labels constituent une illustration supplémentaire de la participation de la norme alternative à la construction du droit de la RSE (sur l'harmonisation des programmes d'écolabels : S. Lavallée et K. Barenstein, « La régulation et l'harmonisation internationale des programmes d'écolabels sur les produits et les services », *R.I.D.E.*, 2004, n°1, p.47). La problématique des labels s'accorde bien avec la réflexion qui entoure à l'heure actuelle le commerce équitable et ce, malgré son appréhension en France par les normes formelles (W. Abdelgawad, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *R.I.D.E.*, 2003, n°2, p.198).

¹³⁶ M. Delmas-Marty, « Trois défis pour un droit mondial », éd. Seuil, 1998, *spéc.* p. 75. En droit de l'environnement : G. Grolleau, N. Mzoughi et L. Thiébaud, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement », *R.I.D.E.*, 2004, n°4, p.461.

¹³⁷ M. Lanord, « La norme technique et le droit : à la recherche de critères objectifs », *R.J.J.-Droit prospectif*, 2005-2, p.619 ; M. Lanord, « La norme technique : une source de droit légitime », *R.F.D.A.*, 2005, p.738 ; F. Violet, « Articulation entre la norme technique et la règle de droit », *P.U.A.M.*, 2003. En parallèle de ce qui va être développé, il convient de relever l'existence en France de guides et certifications « *développement durable* ». Des organismes de certification comme l'Afnor (<http://www.afnor.org/>) ou ECOPASS (<http://www.ecopass.fr/>) proposent plusieurs outils notamment de certification au profit des entreprises, particulièrement aux petites et moyennes entreprises qui butent souvent sur des démarches trop lourdes ou mal adaptées à leurs problématiques.

¹³⁸ F. Gambelli, « Définitions et typologies des normes techniques », *P.A.*, 1998, n°18, p.5, *spéc.* p.5.

technique est d'application volontaire¹³⁹, résulte d'un *consensus* des parties intéressées et fait l'objet d'une approbation par un organisme de normalisation mandaté et reconnu (certification¹⁴⁰). La norme technique doit être distinguée de la règle de l'art en raison de l'importance de la procédure et de son caractère général¹⁴¹. La norme ISO 26000 (a) et les dernières évolutions de l'organisme mondial de coordination de la profession comptable (b) démontrent l'essor de la régulation internationale d'origine privée.

a) ISO 26000 : la normalisation de la RSE

56. La norme technique est un modèle de conduite à portée générale dont les entreprises peuvent difficilement se passer¹⁴². Le décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation dans sa version consolidée au 18 juin 2009¹⁴³ définit la normalisation comme ayant pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans des relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux. Au plan international, les normes sont définies par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) regroupant 148 pays qui apprécie aussi la conformité des entreprises à ces dernières¹⁴⁴. L'ISO est le premier producteur mondial de normes internationales. Ses deux normes principales sont les séries ISO 9000 et ISO 14000¹⁴⁵, liées à la gestion de la qualité de la production et à la gestion de la qualité environnementale.

57. A s'en tenir à l'actualité la plus récente, une nouvelle étape vient d'être franchie dans l'adoption de la norme ISO 26000¹⁴⁶. Le projet « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des organisations »¹⁴⁷ a été approuvé au premier trimestre 2010 par les deux tiers des pays membres de l'ISO. Si la norme ISO 26000 caractérise une approche volontaire et d'application facultative (elle n'est pas conçue comme un référentiel de certification), elle est un outil de référence et de bonnes pratiques visant à clarifier les termes de RSE au niveau mondial et à définir une terminologie commune pour toutes les organisations. La norme ISO 26000 est donc une ligne directrice (« *guidance* ») plutôt qu'une norme certifiable par une tierce partie (« *requirements* »), l'objectif étant de promouvoir une compréhension commune du champ de la responsabilité sociale et d'aider les organisations à contribuer

¹³⁹ Nous constaterons par la suite que ce caractère volontariste n'est pas toujours vérifié.

¹⁴⁰ J.-M. Pontier, « La certification, outil de modernité normative », *D.*, 1996, Chron., p.360.

¹⁴¹ A. Penneau, « Règles de l'art et normes techniques », *L.G.D.J.*, 1989, *spéc.* p.105.

¹⁴² « Dossier : Gérer par les normes », *R.F.G.*, novembre-décembre 1995, n°106, p.75 et s.

¹⁴³ A. Penneau, « La réforme de la normalisation : quel système pour quel intérêt public ? A propos du décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *J.C.P.*, éd. E, I, 29 octobre 2009, n°44, p. 2038.

¹⁴⁴ Au plan national, l'Association Française de Normalisation (AFNOR) coordonne l'activité de normalisation. C'est le Comité Européen de Normalisation qui intervient au plan européen.

¹⁴⁵ La norme ISO 14001 est la norme la plus utilisée des normes ISO 14000. Sur ce thème, lire : N. Fraselle et M.-P. Kestemont, « Le marketing éthique : vecteur de responsabilité pour les entreprises et pour les consommateurs – Les codes de conduite et les labels ne sont-ils que des faire-valoir ? », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2004, n°1-2, p.271.

¹⁴⁶ Pour quelques actualités sur ce thème : M. Capron, « De Santiago à Québec : comment et pourquoi évolue le projet ISO 26000 », Communication, dans 7^{ème} séminaire Franco-Québécois, Québec, 16 mai 2009 ; V. Helfrich, « la régulation des pratiques de RSE par les normes : Les cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale », Communication dans 5^{ème} congrès de l'ADERSE, 2008 ; J. Igalens et M. Jonquière, « ISO 26000 : une norme de quatrième type ? », *Qualitique*, mai 2009, p.1 ; J. Picard, « Les pieuses intentions de l'ISO 26000 », 27 novembre 2008, <http://www.usinenouvelle.com/article/les-pieuses-intentions-de-l-iso-26000.N63961> ; C. Saisset, « ISO 26000, une révolution silencieuse ? », *Actu-environnement*, 8 octobre 2008, http://www.actu-environnement.com/ae/news/ISO_26000_5908.php4 ; P. Cros., « ISO 26000, Une norme internationale pour les entreprises responsables », *Journal social*, 29 août 2007, p.1, extrait du Journal Développement durable, <http://www.developpementdurablejournal.com> ; C. Gendron, « ISO 26000, vers une définition socialement construite de la responsabilité sociale d'entreprise », *Les cahiers de la Chaire - collection recherche*, 2009, No 2-2009.

¹⁴⁷ ISO, « L'ISO et la responsabilité sociétale », 2008.

au développement durable. La norme ISO 26000 n'est pas un référentiel de conformité, mais un référentiel d'engagement si bien que, même si elle semble s'inscrire en ligne directe avec la dernière génération de normes ISO 9000 et ISO 26000, elle en diffère de manière fondamentale, ce dont témoignait déjà un processus d'élaboration inédit mais aussi la longueur de son texte¹⁴⁸. Concernant l'ensemble des organisations, la norme ISO 26000 est la première norme internationale sur la RSE et définit cette dernière comme suit : « *la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et l'environnement, par un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur et en accord avec les normes internationales de comportement ; et est intégrée dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* ».

58. S'il est reconnu que les normes constituent un facteur de progrès en matière de sécurité ou d'environnement¹⁴⁹, la norme ISO 26000 dépasse largement cet intérêt. Au-delà de la définition de la RSE proposée, la professeure Gendron note que l'innovation résultant de cette norme est associée au processus rédactionnel inédit et dépasse largement les ambitions de légitimité qui en sont à l'origine. La norme ISO 26000 est une « *norme de 4^{ème} type* »¹⁵⁰ qui permet d'asseoir son potentiel régulateur¹⁵¹ et de lui reconnaître une valeur juridique¹⁵².

b) Norme comptable : vers une amélioration de la divulgation extra-financière

59. Les normalisateurs comptables internationaux (*International Federation of Accountants*) et européens (*Federation of European Accountants*) apportent leur écho à l'accroissement des préoccupations développement durable et RSE qui ne cessent d'interroger les professionnels du chiffre sur leur aptitude à rendre visible, par l'intermédiaire de l'information, une telle orientation¹⁵³.

60. L'*International Federation of Accountants* (IFAC) a pour objectif de favoriser le développement d'une profession comptable mondiale homogène ayant des pratiques et des comportements harmonisés. A ce titre, il définit les normes de diligence et de déontologie professionnelle applicables aux

¹⁴⁸ C. Gendron, « Normaliser la responsabilité sociale : Le pari d'ISO 26 000 », *Les cahiers de la CRSDD - collection recherche*, 2010, No 07-2010, spéc.p.5.

¹⁴⁹ M. Rogé, « Norme », dans *Encyclopédie de la Gestion et du Management*, Dalloz, 1999, spéc. p.843.

¹⁵⁰ J. Igalens, « Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26000 », *Management et Avenir*, 2009, p.91.

¹⁵¹ En ce sens : M.-A. Caron, « Sociologie de la norme ISO 26000 : engagement et action au pluriel », Journée de recherche ISO 26000, Québec, 16 mai 2009, *Les cahiers de la CRSDD - collection recherche*, 2010, No 11-2010.

¹⁵² Voir la proposition d'usage international faite par M^{me} Isabelle Cadet : I. Cadet, « ISO 26000 : innovation ? », Communication, dans *7^{ème} Congrès de l'ADERSE*, 2010. Egalement : L. Boy, « La valeur juridique de la normalisation », dans *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), L.G.D.J., 1998, p.183 ; L. Boy, « Normes », *R.I.D.E.*, n°2, 1998.

¹⁵³ M. Mousli, « Quelle véritable influence de la RSE sur le contrôle de gestion dans les sociétés cotées : éco-contrôle juste ou juste l'écho d'un contrôle ? », dans *Indicateurs d'évaluation de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises*, H. Savall, V. Zardet, M. Bonnet, M. Péron (dir.), Ed. ISEOR et Academy of Management, Vol. 2, 2009, p.1215 ; B. Christoph, « La comptabilité verte ou comment mieux informer pour contribuer au développement durable », *R.F.C.*, 2003, n°365 ; N. Antheaume et R. Teller, « Quel regard vers d'autres formes de comptabilité : comptabilité sociétale et environnementale », dans *Faire de la recherche en comptabilité financière*, FNEGE, 2001, p.85 ; J. D. Margolis and J. P. Walsh, « People and Profits? The Search for a Link Between a Company's Social and Financial Performance », Mahwah New jersey, Lawrence Erlbaum Associates, 2001 ; J. J. Griffin and F. Mahon, « The Corporate Social Performance and Corporate Financial Debate: Twenty-five Years of Incomprable Research », *Business and Society*, 1997, Vol. 36, n°1, p.5. Pour un historique des interactions entre performance financière et RSE : E. Barho, J. Finley and M. Flynn, « Exploring Measurements of Sustainable Social Responsibility », dans *Indicateurs d'évaluation de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises*, H. Savall, V. Zardet, M. Bonnet, M. Péron (dir.), Ed. ISEOR et Academy of Management, Vol. 2, 2009, p.147, spéc. p.148.

professionnels de la comptabilité¹⁵⁴. Récemment, l'IFAC a précisé le contenu de normes professionnelles imposées à la pratique comptable¹⁵⁵ et a confirmé *mutatis mutandis* le rôle actif de normalisateur qu'il entend jouer¹⁵⁶. Au premier trimestre 2009, le normalisateur mondial de la profession comptable a publié deux documents destinés à apporter une aide aux professionnels de la comptabilité et de la finance sur leur prise en compte du développement durable et des parties prenantes par une entreprise. D'un côté, l'IFAC propose un cadre d'analyse durable¹⁵⁷. Outil destiné aux comptables et financiers, il vise à faire de ces derniers un maillon essentiel du développement de nouvelles pratiques favorisant une performance économique, sociale et environnementale des entreprises. D'un autre côté, l'IFAC a diffusé un guide international des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise complétant les codes de gouvernance existant et ayant pour objectif d'inscrire les entreprises dans une approche *stakeholder*¹⁵⁸. Or, alors que la crise des *subprimes* engage la responsabilité d'un certain nombre de professionnels du chiffre, cette responsabilité est liée à la pertinence et à la justesse de l'information divulguée par ces derniers qui ne saurait dorénavant ignorer des critères à dominante sociétale¹⁵⁹.

61. L'attitude récente de l'IFAC est à souligner tant l'actualité européenne témoigne d'un renforcement des organismes de normalisation en matière de comptabilité et d'audit. En effet, la Commission européenne a proposé que les principaux organismes européens et internationaux associés à l'élaboration des normes d'information financière et de contrôle des comptes bénéficient d'un soutien financier au titre du budget communautaire afin de pouvoir réaliser leurs objectifs rapidement et efficacement.

62. Confortant la position de l'IFAC, la *Federation of European Accountants* et l'*European Sustainable Investment Forum* ont diffusé à l'été 2009 un plan d'actions destiné à améliorer la divulgation des informations extra-financières des sociétés cotées et non cotées contenues dans leurs documents financiers¹⁶⁰. Ce plan s'inscrit dans les discussions entourant la mesure de la performance des entreprises. Depuis quelques années, les auteurs indiquent que le contrôle des comptes s'oriente d'une information purement financière marquée par des impératifs élevés de maximisation financière¹⁶¹ vers une information intégrant des éléments autres que financiers¹⁶². Bien que la construction d'un « *sustainability reporting* » soit un travail de longue haleine¹⁶³, ce plan d'actions confirme *in fine* que les stratégies de communication des entreprises ne doivent plus être conçues sous un angle financier avec

¹⁵⁴ C. de Lauzainghein, J.-L. Navarro et D. Nechelis, « Droit comptable », 3^{ème} éd., Dalloz, 2004, *spéc.* p.9, n°13.

¹⁵⁵ C. Prat dit Hauret et I. Tchotourian, « Guide des bonnes pratiques en matière de gouvernance et « Sustainability framework » : l'orientation de l'International Federation of Accountants vers un « capitalisme stakeholder » », *R.D.B.F.*, juillet-août 2009, n°4, p.17.

¹⁵⁶ Voir l'attitude récente de l'IFAC à propos des modifications par l'*International Accounting Standards Board* des normes comptables internationales : IFAC, « IFAC Supports Convergence in the Reporting of Financial Instruments », *News Release*, October 17, 2008.

¹⁵⁷ IFAC, « New IFAC Sustainability Framework Supports Organizations in Improving Products, Lowering Costs, and Raising Good Will », *News Release*, February 6, 2009.

¹⁵⁸ IFAC, « International Good Practice Guidance: Evaluating and Improving Governance in Organizations », February 2009.

¹⁵⁹ J. Randriamiarana, « La responsabilité des professionnels de la finance dans la crise des *subprimes* : quels nouveaux indicateurs pour des informations pertinentes ? », dans *Indicateurs d'évaluation de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises*, H. Savall, V. Zardet, M. Bonnet, M. Péron (dir.), Ed. ISEOR et Academy of Management, Vol. 2, 2009, p.1339.

¹⁶⁰ Pour un commentaire : I. Tchotourian, « Pour une amélioration de la divulgation de l'information financière », *La Lettre de l'AFGE*, septembre 2009, n°22, p.15.

¹⁶¹ M. Albouy, « Théorie, applications et limites de la mesure de la création de valeur », *R.F.G.E.*, 2006, Vol. 32, n°160, p.139 ; P. Charreaux, « Théorie financière et stratégie financière », *R.F.G.E.*, 2006, Vol. 32, n°160, p.109.

¹⁶² R. S. Kaplan and D. P. Norton, « Le tableau de bord prospectif : Pilotage stratégique, les quatre axes du succès », Editions d'Organisations, 2003 ; R. H. Chenhall, « Management Control Systems Design Within its Organizational Context: Findings from Contingency-based Research and Directions for the Future », *Accounting, Organizations and Society*, 2003, Vol. 28, n°2-3, p.127.

¹⁶³ FEE/Eurosif European Parliament Roundtable on Sustainability Disclosure, « Summary Note », April 29, 2009.

des données uniquement comptables et que le temps des formules d'usage doit céder la place à celui de l'action. Confirmant la renaissance du développement durable que certains plaident avec énergie, les entreprises devront désormais mieux appréhender leur dimension extra-financière.

63. Face aux mutations du processus de normalisation comptable marqué par un recul de l'Etat¹⁶⁴, ces interventions constituent au final des illustrations d'une nouvelle régulation caractérisée par une complexité des sources et des modalités d'articulation et une forte flexibilité dans son contenu et son processus d'adaptation¹⁶⁵.

2) Normes comportementales : des normes internes aux normes externes

64. Ces normes sont anciennes¹⁶⁶ et ont pour objectif d'engendrer l'autodiscipline par une conscience claire des intérêts communs¹⁶⁷. Les normes comportementales peuvent être réparties entre normes internes (a) et normes externes (b).

a) Normes internes : la prolifération des codes de conduite

65. L'autorégulation par le biais de codes de conduite, de codes éthique, de codes de déontologie, ... est la norme comportementale la plus répandue¹⁶⁸. Elle est une technique juridique selon laquelle des règles sont créées par les personnes auxquelles ces règles sont destinées à s'appliquer. Instruments d'autodiscipline¹⁶⁹ destinés à instaurer des normes tendant à provoquer une adhésion au type de comportement souhaité, ces codes expriment la nécessité de respecter les exigences de loyauté et de transparence dans les pratiques professionnelles. Ces codes de conduite se sont multipliés depuis les années 1970¹⁷⁰. Une étude de l'OCDE en 2000 a ainsi répertorié 246 codes de conduite dans la zone OCDE, les groupes multinationaux étant à l'origine de 118 codes¹⁷¹.

66. Alors que la première génération de codes de conduite a été adoptée au milieu des années 1970 sous l'influence de l'OCDE et de l'OIT¹⁷², la RSE a donné lieu depuis quelques années au développement de

¹⁶⁴ B. Raybaud-Turillo, « Les processus de normalisation comptable : un exemple de droit postmoderne », *R.I.D.E.*, 2001, n°1, p.9, *spéc.* p.12 et s.

¹⁶⁵ En ce sens : B. Raybaud-Turillo, *art. préc.*, p.22 et s.

¹⁶⁶ G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans *Droit des relations économiques internationales*, H. Batiffol et alii (dir.), Litec, 1982, p.47, *spéc.* p.47.

¹⁶⁷ P. Moreau-Desfarges, « La Gouvernance », P.U.F., 2003, *spéc.* p.63.

¹⁶⁸ L'origine des codes d'éthique se trouve dans deux lois américaines : le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 et les *Federal Sentencing Guidelines* de 1991. Si un *compliance program* a été mis en œuvre afin d'inciter les entreprises à faire connaître à leurs salariés les règles applicables, les sanctions peuvent être considérablement réduites. D'où, la généralisation aux Etats-Unis de codes parfois très volumineux qui énoncent l'ensemble des obligations auxquelles est soumise l'entreprise. Ces codes insistent sur un principe essentiel : la loi doit être respectée dans l'entreprise et par l'entreprise. Voir : D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *Mélanges dédiés au président Despax*, 2002, p.125.

¹⁶⁹ Les codes d'éthique sont en général vides de toute obligation juridique excédant celles que le droit assigne à l'entreprise. Par conséquent, leur principal effet est d'améliorer l'image de marque de l'entreprise auprès de ses partenaires, de ses salariés et de ses clients (I. Tchotourian, « La morale en droit des affaires », *Communication*, dans « *La responsabilité sociale de l'entreprise : réalité, mythe ou mystification ?* », Colloque organisé par le GREFIGE. et l'ICN *School of management*, 2005). En parallèle, ces codes constituent des outils de *management* (S. Avignon, « Les codes de conduite sont-ils devenus des outils de management international ? Le regard du juriste », *Communication*, dans « *Métamorphoses des organisations* », 5^{ème} colloque GREFIGE-CEREMO, Université Nancy 2, 2 novembre 2006).

¹⁷⁰ I. Desbarrats, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regard sur une pratique en expansion », *J.C.P.*, 2003, n°9, 112, p.113.

¹⁷¹ OCDE, « Inventaires des codes de conduite des entreprises », 13 octobre 2000-Doc. TD/TC/WP(98)74/Final.

¹⁷² OIT, « Déclaration de principe tripartite pour les entreprises multinationales et la politique sociale », 1977 (révisé en 1991 et 2000) ; OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises

nouveaux codes à l'initiative des seules entreprises multinationales¹⁷³ et ce, pour répondre à la pression des investisseurs et des consommateurs¹⁷⁴. Les codes de conduite sont favorables à un cadre de travail raisonnable, font mention du respect des droits des travailleurs, interdisent le harcèlement ou la discrimination, favorisent une rémunération adéquate, interdisent le travail forcé et le travail des enfants et font la promotion de la liberté d'association. Ils régissent également les politiques de protection des consommateurs et les politiques de diffusion de l'information sur le produit, les données financières et les engagements souscrits par lesdits codes. Enfin, certains codes contiennent des clauses relatives à la concurrence, à la fiscalité et à la corruption. Ces instructions définissant des règles du jeu communes¹⁷⁵ sont codifiées et reçoivent des dénominations variées : code de bonne conduite, code éthique, charte éthique, charte déontologique, déclaration d'intention, guide éthique, politique, ...¹⁷⁶.

67. Même si ces codes ne rentrent pas tous dans une logique RSE et font partie de ce que certains qualifient d'éthique dissuasive (et non proactive)¹⁷⁷, ils entretiennent avec cette dernière un rapport certain. Ils participent en effet à la construction du paysage juridique de la RSE en incitant les entreprises à jouer un rôle positif au plan économique, social et environnemental. Comme le relèvent MM. Lucas de Leyssac et Parléani, ces codes éthiques laissent transparaître l'idée que l'entreprise s'assignerait une place dans la cité en affirmant sa sensibilité à des thèmes relevant de l'intérêt général et respecterait les règles parce qu'elles sont justes¹⁷⁸.

b) Normes externes : la place de la norme de « société »

i) *Norme externe de marché (ISR)*

68. L'ISR peut être vu comme une norme externe aux entreprises. En ce sens, l'ISR constitue un choix d'investissement d'une entreprise ou d'investisseurs institutionnels (directement ou par l'intermédiaire de spécialistes de la finance)¹⁷⁹ effectué sous la pression des marchés¹⁸⁰. L'ISR n'est-il pas, en effet, devenu à l'heure actuelle un enjeu vital de l'économie du XXI^{ème} siècle¹⁸¹ ?

multinationales », 1976 (révisé en 1979, 1984, 1991 et en 2000). Voir : M. Virally, « Les projets de code et le nouvel ordre international : problématique juridique », dans *Transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international*, J. Touscoz et alii (dir.), P.U.F., 1978, spéc. p.210.

¹⁷³ Des ONG peuvent participer à l'élaboration de codes de conduite à l'intention des entreprises multinationales. Il en va ainsi des normes du « *Social Accountability Standard 8000* » (SA 8000) adoptée en 1998 et qui constituent un instrument de promotion et de contrôle des conditions de travail.

¹⁷⁴ M. Brac, « Code de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », dans *Le droit mou : une concurrence faite à loi*, E. Claudel et B. Thullier (dir.), Travaux du CEDCACE, 2004.

¹⁷⁵ S. Mercier, « Les chartes et codes éthiques. Quel contenu pour quelle utilité ? », *Cahier Juridique Fiscal*, 200, n°2, p.295, spéc. p.298.

¹⁷⁶ G. Koubi, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit », dans *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), L.G.D.J., 1998, p.165, spéc. p.166.

¹⁷⁷ C. Etre, « Codes de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : *soft law* et droit », dans *La responsabilité sociale des entreprises : une perspective institutionnaliste*, B. Boidin, N. Postel et S. Rousseau (dir.), Septentrion, 2009, p.69, spéc. p.71.

¹⁷⁸ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « Droit du marché », P.U.F., 2002, spéc. p.389.

¹⁷⁹ Les études les plus récentes révèlent en effet que la majorité de la finance ISR est aujourd'hui le fait des investisseurs institutionnels (le rapport parlementaire de MM. Grouard et Pancher indique que la finance ISR est gérée pour les trois quarts par les investisseurs institutionnels : Assemblée nationale, « Rapport portant engagement national pour l'environnement (n°1965) », Tome I, n°2449, 9 avril 2010, spéc. p.526) si influents sur les marchés financiers mondiaux. En effet, alors que l'actionnariat individuel représentait en 1950 aux Etats-Unis 93 % des actionnaires, ce chiffre est tombé à 33 % en 2006 (C. K. Brankato and S. Rabimov, « The 2008 Institutional Investment Report: Trends in Institutional Investor Assets and Equity Ownership of U.S. Corporations 20 », *The Conference Board*, September 2008). Pour d'autres, ce chiffre serait plus faible, aux alentours de 27 % (J. C. Bogle, « Reflections on Toward Common Sense and Common Ground? », *Iowa Journal Corporation Law*, 2007, Vol. 33, p.31, spéc. p.31). En Europe, la détention d'actions ordinaires par les ménages dans les entreprises cotées

69. Depuis les années 2000, le marché de l'ISR est en constante croissance même s'il n'occupe qu'une part modeste des encours (environ 1.5 % en France). Ainsi, l'étude *Novethic* sur le marché français de l'ISR fait apparaître que les encours ISR détenus par la clientèle française à fin 2009 ont passé un cap et se sont établis à 50,7 milliards d'euros, avec un taux de croissance de + 70 % bien supérieur à celui de 2008 (+ 37 %)¹⁸². Longtemps caractérisé par une offre assez homogène, composé de fonds sélectionnant des entreprises bien notées sur le plan extra-financier, l'ISR se diversifie. L'intégration des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans la gestion financière se développe et de nouveaux acteurs comme les gestionnaires d'actifs immobiliers ou les spécialistes de l'investissement dans les entreprises non cotées commencent à mettre en place des grilles d'analyse extra-financière.

70. En France, les années 2009/2010 témoignent d'un changement de cap des professionnels de la finance marqué par une intensification et un durcissement des initiatives pro-ISR. En d'autres termes, les acteurs du marché interviennent au travers de normes afin de faire pression sur les entreprises. Le 2 juillet 2009, en complément des travaux et chartes déjà engagés par les différents métiers¹⁸³, l'AFG, l'Association Française des Investisseurs Institutionnels (AF2I), la FFSA, la FBF et Paris Europlace, qui représentent les investisseurs institutionnels, gérants d'actifs et entreprises bancaires et financières se sont engagés dans la « *Charte de l'investissement responsable des acteurs de la Place de Paris* ». Le principe n°1 (*Développer l'Investissement Socialement Responsable*) prévoit que les associations signataires incitent leurs membres à indiquer les modalités de prise en compte des critères ESG dans leurs stratégies de placement et d'en rendre compte publiquement chaque année. Quelques mois plus tard, l'AFG et le Forum pour l'Investissement Responsable (FIR) ont approuvé le « *Code européen de transparence des fonds ISR ouverts au public* »¹⁸⁴. Ce code requiert des sociétés de gestion signataires d'améliorer la lisibilité et la transparence de la démarche des fonds ISR vis-à-vis des investisseurs. Pour arriver à ce résultat, il est demandé aux sociétés de gestion de portefeuille d'investissement de respecter six principes. Parmi ceux-ci, trois peuvent être signalés. Premièrement, le principe n°2 (critères

en 2002 est de 14,3 % au Royaume-Uni, 6,5 % en France et 22,9 % en Allemagne (J. Tirole, « *The Theory of Corporate Finance* », Princeton University Press, 2006, *spéc.* p.37).

¹⁸⁰ Les marchés constituent un élément clé pour une prise en compte croissante par l'économie de marché des dynamiques sociales, sociétales et environnementales. Or, la prise de conscience de ce levier est aujourd'hui constatée (C. de Brito, J.-P. Desmartin, V. Lucas-Leclin et F. Perrin, « *L'Investissement Socialement Responsable* », Economica, 2005, *spéc.* p.15 et s.).

¹⁸¹ P. Bollon et C. Pardo, « *L'ISR : Un vrai business, un enjeu vital* », *Revue d'Economie Financière*, n°85, septembre 2006, p.9. Une étude auprès de consultants en investissement et de responsables de fonds d'investissement d'*Eurosif* atteste que 89 % d'entre eux anticipe une augmentation de l'intérêt des fonds de pension pour les questions environnementales, sociales et de gouvernance (Eurosif, « *Investment Consultants and Responsible Investment Study* », 2009).

¹⁸² *Novethic*, *le média expert du développement durable*, « *Les chiffres 2009 du marché français de l'ISR* », juin 2010.

¹⁸³ Alors que la Fédération Bancaire Française (FBF) s'était peu engagée sur le domaine de l'ISR, Paris Europlace et la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) avaient adopté des positions volontaristes. D'un côté, les recommandations de Paris Europlace du 14 mai 2008 appelaient au législateur pour la mise en place d'un *reporting* annuel public sur la manière dont les investisseurs institutionnels avaient pris en compte les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance dans leurs décisions de placement (proposition n°1 dans *Rapport de la Commission Paris Europlace, « Investissement Socialement Responsable »*, 14 mai 2008.). Cette obligation de *reporting ex post* n'entraînerait aucune obligation de prendre en compte ces critères et, encore moins, de normaliser des critères ESG visés qui doivent rester de la responsabilité des organes de décision compétents des investisseurs (ils peuvent varier en fonction des préférences de leurs mandants). Cet examen donnerait lieu à un rapport communiqué à l'assemblée générale. D'un autre côté, la FFSA a adopté le 21 janvier 2010 une charte de développement durable dans laquelle l'objectif IV de favoriser une politique d'investissement responsable se traduit par l'indication si et comment les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance sont pris en compte dans la gestion d'actifs.

¹⁸⁴ AFG et FIR, « *Investissement socialement responsable : Code de transparence pour les fonds ISR ouverts au public* », décembre 2009.

d'investissement ESG) impose aux gestionnaires d'être clairs au sujet de l'objectif poursuivi par le ou les fonds et de leurs critères d'investissement environnemental, social et de gouvernance. Deuxièmement, le principe n°3 (processus d'analyse ESG) demande aux gestionnaires de fournir des informations claires quant au processus d'analyse environnemental, social et de gouvernance de leurs investissements. Troisièmement, le principe n°6 (politique de vote) exige une transparence des gestionnaires de portefeuille concernant leur politique de vote.

71. A l'échelon européen, l'association à but non lucratif *Eurosif* participe également à la promotion de la finance responsable¹⁸⁵. Au travers d'une position remarquée du 14 avril 2009¹⁸⁶, *Eurosif* a demandé à la Commission européenne d'adopter des mesures en vue de renforcer la transparence des sociétés et des fonds de placement. Concernant ces derniers, *Eurosif* a affirmé qu'il était nécessaire que les investisseurs institutionnels rendent publique la manière dont il prenait en considération, dans leur politique d'investissement, les facteurs sociaux et environnementaux. Pour ce faire, *Eurosif* souhaite que l'UE introduise une déclaration obligatoire des politiques d'investissement dans laquelle l'ensemble des fonds d'investissement mentionne la mesure (s'il y a lieu) dans laquelle les considérations sociales, environnementales et éthiques sont prises en compte dans la sélection, la réserve et la réalisation des investissements et les politiques et l'exercice des droits (dont le droit de vote) attaché aux instruments financiers résultant de ces choix. Dans le cas où les gestionnaires auraient mis en place une politique contre l'investissement responsable, ils doivent divulguer cette information.

72. En Amérique du Nord, les Etats-Unis se distinguent du Canada. Aux Etats-Unis, les sociétés d'investissement doivent diffuser les politiques et procédures usitées pour exercer leur droit de vote et ce, sans que le dispositif ne fasse expressément référence aux informations sociales ou environnementales¹⁸⁷. Toutefois, il est intéressant de relever que la *Securities and Exchange Commission* indiquait dans la version finale de son règlement que la RSE faisait partie des sujets pour lesquels il serait approprié que la société divulgue des informations¹⁸⁸. Au Canada, en dépit d'un soutien du *Canada Pension Plan Investment Board's*¹⁸⁹ et d'un précédent dans la province du Manitoba¹⁹⁰, il n'y a pas à l'heure actuelle dans la législation des fonds d'investissement (*Canada Pension Benefits Standards Act*) de règles imposant la divulgation d'une prise en compte de critères sociaux, environnementaux ou de gouvernance dans l'exercice de leurs droits de vote et dans la décision d'investissement. Pas plus n'existent de lignes directrices sur l'exercice du vote et du résultat des votes.

¹⁸⁵ *Eurosif* a pour mission de promouvoir et développer l'ISR. Les membres affiliés d'*Eurosif* incluent des fonds de pension, sociétés de gestion, agences de notations, universités, syndicats et ONG représentant plus de 1 000 milliards d'euros d'actifs.

¹⁸⁶ *Eurosif*, « Public Policy Position Paper related to Sustainable and Responsible Investment ("SRI") », April 14, 2009.

¹⁸⁷ 17 C.F.R. § 270.30b1-4 ; 17 C.F.R. § 275.206(4)-6.

¹⁸⁸ SEC, « Disclosure of Proxy Voting Policies and Proxy Voting Records by Registered Management Investment Companies », 17 CFR Parts 239, 249, 270, and 274, Release Nos. 33-8188, 34-47304, IC-25922; File No. S7-36-02, April 14, 2003. En parallèle, le réseau nord-américain CERES (*Coalition for Environmentally Responsible Economy*) œuvre en matière de protection environnementale. Une étude du CERES publiée en janvier 2010 (Ceres, « Investors Analyze Climate Risks and Opportunities: A Survey of Asset Managers' Practices », January 2010) l'a amené à énoncer expressément qu'une bonne pratique pour les gestionnaires d'actifs serait d'inclure dans leur politique d'investissement ou, dans les lignes directrices des analystes, un rapport sur les risques et les opportunités attachés à la prise en compte de critères sociaux, environnementaux et de gouvernance. De plus, le rapport du CERES recommande aux investisseurs institutionnels d'adopter une politique durable afin de donner une ligne de conduite aux conseillers et gestionnaires. Cette politique inclut un exposé sur les principes en matière de politique de placement, un cadre pour la gouvernance du changement climatique et un guide pour le vote par procuration dans les domaines du changement climatique et toute résolution portant sur un aspect environnemental, social ou de gouvernance.

¹⁸⁹ CPP Investment Board, « Policy on Responsible Investing », February 2007, spéc. p. 2.

¹⁹⁰ *The Manitoba's Pension Benefits Act*, Sections 28.1(2), (2.1), (2.2).

ii) Normes externes au niveau international

73. Plusieurs organisations livrent leur vision des concepts clefs de la RSE. Quelques référentiels sont ainsi devenus incontournables, tandis que d'autres se contentent de niches sectorielles ou ne trouvent de reconnaissance que dans certaines parties du monde.

74. Les Nations Unies, l'OCDE et l'OIT ont élaboré des référentiels d'engagement de référence qui ont pour vocation d'inspirer, de guider les entreprises souhaitant s'engager dans une démarche RSE. Certains de ces référentiels demandent aux entreprises de s'engager par la signature d'un texte tel le *Global Compact* des Nations Unies, d'autres sont de simples principes que les entreprises sont invitées à suivre. Toutefois, l'ensemble de ces initiatives aboutit à des engagements moraux dépourvus de sanctions¹⁹¹. L'un des programmes volontaires publics internationaux les plus connus, lancé en janvier 2000 lors du Forum Economique Mondial de Davos par Kofi Annan, secrétaire général des Nations Unies est le *Pacte mondial*. Le *Pacte mondial* a pour ambition d'unir la force des marchés à l'autorité des idéaux individuels afin de responsabiliser les entreprises qui doivent s'engager à respecter dix principes : deux concernent les droits de l'homme, quatre détaillent le droit du travail, trois se réfèrent à l'environnement et un a trait à la corruption. Reposant sur une collaboration entre entreprises multinationales, ONG et syndicats, le *Pacte mondial* incite les entreprises à agir positivement et à s'autoréguler. Par ailleurs, les principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales adoptés par l'OCDE en 1976 (révisé en 1979, 1984, 1991 et en 2000) établissent un cadre propice au développement des activités et facilitent le partage des responsabilités entre entreprises et gouvernements¹⁹². Recommandations adressées aux entreprises, ces principes incitent celles-ci à contribuer aux progrès économiques, sociaux et environnementaux en vue de parvenir à un développement durable, à respecter les droits de l'homme, à encourager la formation de capital humain, informer et former les salariés, à appliquer un bon gouvernement d'entreprise, à encourager la création de capacités locales en coopération avec la communauté locale mais en s'abstenant de toute ingérence politique et à inciter les partenaires commerciaux, fournisseurs et sous-traitants à se conformer aux principes directeurs. Enfin, la déclaration de principes tripartite de l'OIT adoptée en novembre 1977 (révisée en 1991 et en 2000) recommande aux parties prenantes d'observer de façon volontaire les principes relatifs à l'emploi, à la formation, aux conditions de travail et de vie, aux relations professionnelles¹⁹³. En outre, l'OIT a adopté en 1998 une déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail¹⁹⁴ qui concerne des droits classés selon quatre catégories : la liberté d'association et la reconnaissance du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi.

75. En complément de ces référentiels, il existe d'autres initiatives propres à certains secteurs d'activités. Pour prendre l'exemple de la finance, deux référentiels semblent être devenus incontournables. Les *Principes de l'Investisseur Responsable* (PRI) institués par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies¹⁹⁵ et mis en place par le programme des Nations Unies pour l'Environnement Initiative Financière (UNEP FI) et le *Pacte Mondial* des Nations Unies peuvent être cités tant ils témoignent de l'engagement mondial des acteurs de la finance en faveur de l'incorporation du développement durable

¹⁹¹ S. D. Murphy, « Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, n°43, p.389, spéc. p.412.

¹⁹² OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », 1976.

¹⁹³ OIT, « Déclaration de principe tripartite pour les entreprises multinationales et la politique sociale », 1977.

¹⁹⁴ Pour consulter ce document : <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm>. Si cette déclaration oblige *prima facie* les Etats Membres à respecter et à promouvoir les principes et les droits, les entreprises en tant qu'employeurs sont invitées à réaliser les objectifs énoncés. De plus, les principes figurant dans cette déclaration offrent des points de référence pour une conduite commerciale responsable et sont partie intégrante de la « Déclaration tripartite des principes relatifs aux entreprises multinationales et à la politique sociale ».

¹⁹⁵ <http://www.unpri.org/>

dans les pratiques d'investissement¹⁹⁶. La signature des PRI constitue un engagement à intégrer des critères sociaux, environnementaux et de gouvernance dans la gestion d'actifs (actions et obligations). L'OCDE a aussi œuvré en faveur de l'investissement responsable. Dès 2004, l'OCDE a précisé dans la seconde partie de ses principes de gouvernement d'entreprise que : « *Institutional investors acting in a fiduciary capacity should disclose their overall corporate governance and voting policies with respect to their investments, including the procedures that they have in place for deciding on the use of their voting rights* » (principe II.F.1.). Ainsi, si seule était requise en 2004 la divulgation des politiques de vote sans autre précision concernant l'investissement responsable¹⁹⁷, les lignes directrices sur la gouvernance des fonds de pension mises en place récemment vont bien au-delà. Dans la partie « *Disclosure* », l'OCDE¹⁹⁸ indique que : « *The governing body may also be required to disclose publicly if, and if so how, environmental, social, and governance considerations are taken into account in the investment policy* ». Le projet des principes de l'Equateur élaboré lors d'une réunion de plusieurs acteurs du milieu bancaire tenue en octobre 2002 participe à ce mouvement de la finance responsable. S'appliquant au financement de projet¹⁹⁹, une quarantaine de grands établissements financiers (représentant 80 % des financements de projets dans le monde) ont adopté dix principes afin de s'assurer que les projets qu'ils financent d'un montant supérieur à 10 milliards d'euros soient réalisés d'une manière socialement responsable et respectueuse de l'environnement²⁰⁰. En d'autres termes, les signataires s'engagent à sélectionner leurs choix d'investissements selon des critères de respect de l'environnement, des droits sociaux et humains. Ces principes ont vocation à servir de base et de cadre communs pour la mise en oeuvre par chaque établissement de ses propres politiques, procédures et normes internes en matière sociale et environnementale, relatives à l'activité de financement de projets.

III - BILAN : UN DROIT POSTMODERNE QUI DONNE LIEU À UNE INTER-NORMATIVITÉ

76. Alors que les relations de la RSE et du droit semblaient être incertaines, notre article montre que, sur le terrain de la RSE, le droit est « *rencontré* »²⁰¹. Qu'il s'agisse des normes formelles, des normes alternatives ou encore, des normes cosmopolitiques, le droit définit et encadre la RSE et ses implications au plan économique, social ou environnemental. Si la RSE affecte l'ensemble des pans des droits

¹⁹⁶ Ces principes pour l'investissement responsable ont été établis par un groupe international d'investisseurs institutionnels qui s'engage à les adopter et à les appliquer dans la mesure où cela est compatible avec leurs responsabilités fiduciaires.

¹⁹⁷ OCDE, « Principes de gouvernement d'entreprise », 2004, *spéc.* p.37. Aucune indication sur la prise en compte des critères sociaux et environnementaux dans la politique d'investissement ou l'exercice du droit de vote ne peut être trouvée dans le document de synthèse sur le gouvernement d'entreprise et la crise financière publiée le 24 février 2010 (OECD, « Corporate Governance and the Financial Crisis : Conclusions and Emerging Good Practices to Enhance Implementation of the Principles », February 24, 2010), ainsi que dans les lignes directrices de l'OCDE intitulées « Guidelines for the Protection of Rights of Members and Beneficiaries in Occupational Pension Plans » édictées en 2003.

¹⁹⁸ OCDE, « Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des fonds de pension », 2009, *spéc.* p.13.

¹⁹⁹ Le financement de projet est un mode de financement dans lequel le prêteur considère avant tout les revenus générés par un projet, à la fois comme source de remboursement et comme sûreté de l'exposition. Ce type de financement joue un rôle important dans le financement du développement dans le monde entier, mais les prêteurs peuvent se trouver confrontés à des problèmes sociaux et environnementaux complexes et délicats, notamment lors de projets menés dans les marchés émergents.

²⁰⁰ Une nouvelle version des principes de l'Equateur a été promulguée le 6 juillet 2006 à Londres : « The "Equator Principles": A financial industry benchmark for determining, assessing and managing social & environmental risk in project financing », July 2006. Cette nouvelle version prend en compte les nouveaux critères de la Société financière internationale, filiale de la Banque mondiale chargée des investissements dans le secteur privé. Voir le site internet *The Principles Equator* : <http://www.equator-principles.com/index.shtml>.

²⁰¹ J.-C. Javillier *art. préc.*, p.31. Pour cette observation en droit de l'environnement : B. Rolland, « De la RSE à la responsabilité juridique : l'exemple de la démarche environnementale », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise : Pour un nouveau contrat social*, J.-J. Rosé (dir.), de boeck, 2006, p.93.

français et nord-américain, l'analyse nous a conduit à privilégier les dispositions visant les entreprises et les structures économiques dans lesquelles elles évoluent. Ce portait, sans doute partiel, fait apparaître indiscutablement les normativités émergentes de la mondialisation. Notre étude permet de constater qu'une volonté des politiques, mais aussi des acteurs eux-mêmes (entreprises multinationales, organisations professionnelles, ...), existe à tous les niveaux (national, européen, international) pour intervenir dans le champ de la RSE. Mais, plus que cette volonté en elle-même²⁰², c'est sa traduction dans un droit postmoderne qui est caractéristique. De nouveaux espaces normatifs voient le jour et s'accompagnent de l'apparition de nouveaux acteurs qui rendent la perception de l'Etat, comme unique source de normes, obsolète²⁰³. De nouveaux modes d'intervention se démarquent des catégories connues du droit pour offrir des solutions de rechange à la régulation classique²⁰⁴. Apparaît ainsi l'idée d'un contrat social mondial ou encore, d'un Etat de droit mondial seul à même de répondre avec pertinence aux difficultés posées par la mondialisation, à la déterritorialisation des activités économiques et de leurs acteurs et le maintien *a contrario* de frontières spatiales pour l'application du droit.

A) Interaction des normes formelles et alternatives²⁰⁵

77. Le jeu inter-normatif entre les normes formelles et alternatives peut s'articuler en trois points : les normes alternatives sont utiles (1), font partie du droit (2) et peuvent demeurer en marge des normes formelles ou être intégrées en leur sein (3).

1) Les normes alternatives comme contre-pouvoir à la puissance des entreprises

78. L'histoire du capitalisme est indissociable de l'histoire politique des Etats. Les grandes sociétés ont été un exemple de ce lien entre politique et économie²⁰⁶. Pendant longtemps, l'Etat et les sociétés multinationales ont coordonné leurs puissances respectives. L'Etat a représenté un contre-pouvoir légitime au pouvoir des sociétés et *vice versa*. Mais, à partir des années 1980, les sociétés ont commencé à dépasser l'espace de régulation des Etats. Sans être apatrides, les sociétés ont dépassé les frontières nationales et ont commencé à échapper à tout contrôle. En dépit d'un pouvoir croissant des entreprises, se pose le problème de la légitimité de ce pouvoir. En l'absence de contre-pouvoir, non seulement le pouvoir des entreprises risque de devenir tyrannique, mais encore, les entreprises sont exposées au risque d'abandonner l'appréciation de la légitimité de leur comportement à la seule opinion du peuple. Plus globalement, une nouvelle souveraineté économique se construit autour d'un état mondial privé, sans territoire²⁰⁷. La disparité entre l'espace économique et l'espace politique rend difficile l'expression d'une volonté générale et la mise en œuvre d'une action publique efficace. « *La terre deviendrait un immense « off shore » pour les entreprises transnationales* »²⁰⁸. Ce serait alors le triomphe non pas des libertés économiques mais de la dictature de l'économie²⁰⁹. Or, la RSE n'est-elle pas ce contre-pouvoir à ce libéralisme réfractaire à tout mécanisme de contrôle incarné par la puissance des entreprises transnationales ? Par l'intermédiaire des normes alternatives, le mouvement RSE pallie à l'impuissance actuelle de l'ordre juridique international à proposer et à mettre en place des principes d'un droit universel, ainsi qu'à s'assurer qu'il s'applique à l'ensemble de la planète²¹⁰. A s'en tenir aux normes

²⁰² A l'instar de ce qu'écrit Hayek, l'histoire est le résultat de nos décisions et non de notre volonté.

²⁰³ D. Mockle, « Mondialisation et Etat de droit », Bruylant, 2002, *spéc.* p.63 et s.

²⁰⁴ D. Mockle, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, 2002, n°43, p.143, *spéc.* p.147.

²⁰⁵ Le raisonnement peut être étendu aux normes cosmopolitiques telles que celles développées au plan européen.

²⁰⁶ Sur une approche historique : P.-Y. Gomez, « La République des actionnaires : Le gouvernement des entreprises, entre démocratie et démagogie », Syros, 2001, *spéc.* p.73 et s.

²⁰⁷ U. Beck, « Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation. », Coll. Alto, Aubier, 2003.

²⁰⁸ M. Mohamed Salah, « Droit économique et droit international privé : Présentation – Ouverture », *R.I.D.E.*, 2010, n°1, p.9, *spéc.* p.28

²⁰⁹ C. Leroy, « La mondialisation pour le vide politique », *Le Monde*, 12 septembre 2000.

²¹⁰ I. Tchotourian, « Lorsque le droit nord-américain des sociétés dessine les nouvelles frontières de l'entreprise : les clés pour un autre futur ? », dans *La Revue des Sciences de Gestion* (à paraître en 2010).

alternatives, certains notent que l'engagement volontaire des entreprises sur lesquelles ces normes reposent est la manifestation d'une relation positive à la responsabilité morale et que la responsabilité juridique ne doit pas être comprise comme la seule sanction d'une faute ou comme la seule réparation des dommages commis²¹¹.

2) Le « droit » comme réunion de ces normes

79. Les normes formelles et alternatives constituent effectivement du « droit ». Ripert ne définissait-il pas le droit comme l'ensemble des forces d'où surgit le droit²¹² ? Or, dans ces forces, se trouvent les données morales, économiques, sociales ... données dans laquelle figure la RSE. L'élaboration et l'application des normes alternatives constituent aujourd'hui un volet essentiel de l'action économique²¹³. « *Rather than imposing legal compliance, the use of policies that endorse, facilitate, and partner with firms is further characteristic of the new governance paradigm which emphasizes norms, networks, incentives, and voluntarism* »²¹⁴. Une partie de la doctrine affirme en ce sens que la normativité est une notion protéiforme et que la frontière entre le normatif et le non-normatif est poreuse voire inexistante²¹⁵. Un éventail de normativité est ainsi proposé par la professeure Thibierge²¹⁶. Les normes alternatives sont du vrai et du bon droit²¹⁷. Elles sont légales, légitimes et effectives²¹⁸. Alors que le caractère légitime est discuté par la suite²¹⁹, les normes alternatives sont conformes et effectives. Par la conformité, il s'agit de vérifier que la norme alternative et cosmopolitique a été élaborée en tenant compte des normes supérieures. Alors que cette question soulève des interrogations²²⁰, il peut être noté que le droit cosmopolitique révèle que la Commission européenne exerce un tel contrôle. Par l'effectivité, l'observateur s'interroge sur les éléments, les causes et les facteurs qui peuvent jouer dans le respect de la norme. Or, quand les normes alternatives sont publiées et connues de tous, elles constituent des normes à l'aune desquelles l'entreprise est jugée²²¹. Un éventuel jugement du public interviendra qui critiquera sans ménagement tout manquement aux valeurs proclamées dans une norme

²¹¹ C. Renouard, « La responsabilité éthique des multinationales », P.U.F., 2007, *spéc.* p.358.

²¹² G. Ripert, « Les forces créatrices du droit », L.G.D.J., 1955, *spéc.* p.71 et s., n°25 et s. Plus contemporain, le professeur Bergel relève que le droit et les faits sociaux entretiennent un rapport de nature et de filiation (J.-L. Bergel, *op. cit.*, p.169 et s., n°149 et s.).

²¹³ E. Vatteville, « Les normes sociales : une arme culturelle dans la bataille concurrentielle », dans Communication, *Colloque de la CIDEGEF « Le management face à l'environnement socio-culturel »*, Beyrouth, 28 et 29 octobre 2004.

²¹⁴ J. Moon and D. Vogel, « Corporate Social Responsibility, Government, and Civil Society », in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, A. Crane et alii (dir.), Oxford University Press, 2008, p.303, *spéc.* p.320.

²¹⁵ N. Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif », *R.T.D.Civ.*, 1999, p.729. Cet auteur critique la conception restrictive de la normativité réduisant la norme à la prescription et le droit à l'obligatoire.

²¹⁶ C. Thibierge, « Rapport de synthèse », dans *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p.141, *spéc.* p.161.

²¹⁷ En ce sens : M. Mekki, *art. préc.*, p.5 et s., n°7 et s. Il s'agit surtout d'un bon droit dans le domaine de la RSE. Comme le souligne la littérature anglo-américaine, le concept de méta-régulation (entendu comme la prolifération des différentes formes de régulation) est un instrument pour que le droit puisse encourager et renforcer la RSE et asseoir la responsabilité des entreprises (C. Parker, « Meta-regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility », in *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 2007, p.207 et les nombreuses références citées dans cette étude).

²¹⁸ Sur ces critères de validité : F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, *spéc.* p.370.

²¹⁹ Les normes alternatives et cosmopolitiques mettent tout de même en relation les différents acteurs de l'entreprise et du commerce et ce, au niveau national et international.

²²⁰ K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.822.

²²¹ Des auteurs relevant que les normes alternatives créent des attentes légitimes qui modèlent le comportement des entreprises (C. Glinski, « Corporate Codes of conduct: Moral or Legal Obligation? », in *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 2007, p.119).

alternative ou cosmopolitique. Comme les normes formelles²²², les normes alternatives servent de modèle d'ordre comportemental²²³ ou de référence²²⁴ pour apprécier la normalité d'un comportement. Par ailleurs, les normes alternatives se caractérisent par leur capacité à s'adapter à des exigences qui vont généralement en s'accroissant et par la faculté laissée à leurs auteurs d'en préciser la rigueur en fonction des déficiences apparues²²⁵.

3) Intégration des normes alternatives dans les normes formelles

80. L'intervention publique peut prendre la forme d'une mise sous contrôle de démarches engagées volontairement par les entreprises pour satisfaire leurs parties prenantes²²⁶. En premier lieu, l'action en responsabilité civile (article 1382 du Code civil), l'action en responsabilité contractuelle (article 1134 du Code civil), l'action en responsabilité civile des dirigeants pour faute de gestion sont autant d'illustration de l'intégration de la RSE dans la norme formelle²²⁷. Prenant l'exemple des codes de conduite et des principes d'affaires, ceux-ci ne sont pas condamnés à rester en dehors du droit et peuvent faire l'objet d'actions en justice²²⁸. Normes privées de portée relative, les normes alternatives deviennent contraignantes par l'intervention du juge. En deuxième lieu, dans certaines juridictions, l'existence, le contenu et les modifications apportées au code d'éthique sont réglementés. En troisième lieu, certains codes de conduite ne peuvent recevoir une application dans le dispositif français que si leur contenu n'a pas fait l'objet d'une négociation/concertation au sein du comité ou conseil d'entreprise.

81. Cette intégration des normes alternatives dans les normes formelles, si elle fait perdre à ces dernières leurs caractères spécifiques, leur attribue une portée particulière dans la mesure où ces normes deviennent opposables *erga omnes*.

4) Pistes offertes par la Cour suprême du Canada dans *Peoples et BCE*

82. Dans son arrêt rendu en 2008 dans l'affaire *BCE*, la Cour suprême du Canada a fait écho à la pertinence des normes alternatives dans la définition du devoir de loyauté des administrateurs et la détermination de l'intérêt social. Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que l'intérêt social a une acception large et ouverte, ancrée dans la personne morale qu'est la société par actions. Cette notion ne se limite donc pas aux seuls intérêts des actionnaires. La Cour s'est toutefois abstenue de proposer une définition précise de l'intérêt social, estimant que la détermination de l'intérêt social relève du conseil d'administration qui peut, à cette fin, considérer notamment les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement. En outre, la Cour a souligné que la détermination de l'intérêt social par les administrateurs constituait une décision soumise

²²² Une des fonctions de la norme n'est-elle pas précisément d'imposer ou de suggérer un modèle (A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *D.*, 1993, chron., p.207 ; « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p.125) ?

²²³ M. Mekki, *art. préc.*

²²⁴ C. Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », dans *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p.93.

²²⁵ L'autonomie de la volonté des opérateurs économiques en droit international est précisément utilisée pour accueillir des normes générées ou voulues par ces derniers (E. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », dans *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), Litec, 2000, p.91, *spéc.* p.98).

²²⁶ C'est d'ailleurs le discours dominant des juristes qui se limite à l'étude des mécanismes d'absorption des normes alternatives (K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.838).

²²⁷ La norme alternative est alors appuyée sur les outils fondamentaux du droit : P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », dans *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p.113, *spéc.* p.122 et s. Au niveau européen, le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à négliger tant celle-ci est la gardienne du droit communautaire et doit en assurer une application uniforme dans l'ensemble des Etats membres (C. Bertrand, « Mondialisation, Etat de droit et construction européenne », dans *Mondialisation et Etat de droit*, D. Mockle (dir.), Bruylant, 2002, p.141, *spéc.* p.147).

²²⁸ Voir les illustrations citées par le professeur Desbarrats (I. Desbarrats, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », *art. préc.*, p.21) et par M^{me} Etre (C. Etre, *art. préc.*, p.80 et s.)

à la règle de l'appréciation commerciale. Ainsi, dans la mesure où elle résulte d'un processus raisonnablement prudent et diligent et qu'elle se situe dans un éventail de solutions raisonnables, la décision des administrateurs ne devrait pas faire l'objet d'une révision judiciaire au mérite. Les tribunaux devraient faire preuve de déférence quant aux décisions des administrateurs qui répondent à ces conditions. Ce faisant, la Cour suprême venait tracer une frontière juridictionnelle quant à ce qui relève de l'appréciation judiciaire et ce qui relève de l'appréciation commerciale. Autrement dit, elle a implicitement indiqué que la détermination de l'intérêt social effectuée dans ces conditions relève des normes alternatives qui en forgeront le contenu et en assureront la mise en œuvre. La norme juridique en cette matière a une portée plus modeste. Cela ne signifie pas que l'intérêt social devient une notion qui se situe hors de la sphère juridique. Les tribunaux conservent la responsabilité de s'assurer du respect des conditions d'application de la règle de l'appréciation commerciale. Encore plus important, peut-être, ils disposent du pouvoir d'intervenir lorsque la décision du conseil constitue de « l'oppression », notamment lorsqu'elle porte atteinte injustement aux attentes raisonnables des parties prenantes. La définition de l'intérêt social par le conseil d'administration est donc soumise à une limite juridique par l'entremise du recours en oppression. Lorsque la décision des administrateurs est qualifiée d'oppression, elle est soumise au contrôle judiciaire, sortant ainsi de la sphère des normes alternatives. Tout en reconnaissant que le modèle proposé en filigrane dans les motifs de la Cour suprême soit schématique, il n'en demeure pas moins qu'il atteste de l'interrelation entre les normes alternatives et les normes juridiques et qu'il reflète une prise en compte de l'inter-normativité par le tribunal.

B) De quelques difficultés des normes alternatives²²⁹

83. Les normes alternatives ont l'inconvénient d'entraîner un problème de transposition dans des contextes culturels différents²³⁰, de pouvoir être instrumentalisées²³¹ ou encore, de brouiller la conception traditionnelle du droit auquel se trouvent attachés les mots « obligation » ou « sanction »²³². Pourtant, nos développements se centreront sur deux difficultés tenant à l'émergence des normes alternatives, sachant qu'aucune ne nous semble insurmontable.

1) Complexité et flexibilité des normes alternatives

84. En 1980, le professeur Terré observait déjà avec pessimisme un recul de la normativité se caractérisant par une atténuation de la force contraignante des règles juridiques et par l'intervention de normes extra-juridiques aptes à assurer certains équilibres²³³. Si les normes alternatives offrent la possibilité de mesurer l'apparition de la RSE dans le cours des événements contemporains et d'assurer cet équilibre que la loi ne peut assumer²³⁴, elles sont dans le même temps sources de complexité et de flexibilité, deux notions que le juriste est malaisé à maîtriser. En ce sens, le professeur Chevallier écrit que le droit postmoderne est non seulement complexe dans ses mécanismes de production et ses modalités d'articulation, mais encore flexible dans son contenu et dans le processus d'adaptation qui est

²²⁹ Le raisonnement peut être étendu aux normes cosmopolitiques telles que celles développées au niveau européen.

²³⁰ A propos des interférences entre droit et culture : « Droit et culture », Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome LVIII, 2008, Bruylant et LB2V. A propos des interférences entre RSE et culture : Y. Pesqueux, « Un modèle culturaliste de la RSE », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise : Pour un nouveau contrat social*, J.-J. Rosé (dir.), de boeck, 2006, p.365.

²³¹ G. Fournier, « Le droit pénal et le risque d'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires », Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau, Dalloz, 2003, p.273.

²³² Pour une référence ancienne : C. Demolombe, « Cours de Code napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général », 4^{ème} éd., A. Durand et L. Hachette et Cie, 1869, spéc. p.2, n°2.

²³³ F. Terré, « La crise de la loi », *Archives de Philosophie du droit*, 1980, p.17, spéc. p.28.

²³⁴ Sur cette définition de la norme : P. Amselek, « Norme et loi », *art. préc.*, p.95.

caractéristique. Le droit postmoderne s'oppose au droit moderne : à l'unité, il oppose en effet le pluralisme ; à la hiérarchie, la diversité ; à la contrainte, la régulation ; à la stabilité, l'adaptabilité²³⁵.

85. Toutefois, alors que le règne de la loi, dont les philosophes du XVII^{ème} siècle se firent les prophètes et dont 1791 devait connaître l'avènement, n'a été qu'une grande espérance déçue²³⁶ ; autant ne pas l'être et admettre *a contrario* que l'appréhension du droit de la RSE ne peut l'être qu'au travers d'une méthode juridique pluraliste, polycentrique, hybride et complexe²³⁷.

2) Légitimité des normes alternatives

86. Dans la production des normes, les normes alternatives conduisent à un découplage entre droit et institutions politiques (*a priori* seules représentatives de la société et impliquant l'idée sous-jacente de démocratie). Le droit se décentralise et abandonne en conséquence la construction juridique à des acteurs privés dont les initiatives ne sont pas, de surcroît, toujours volontaires²³⁸. Pour prendre l'exemple des droits de l'homme, le philosophe Habermas écrit que les combats pour ces droits s'effectuent dans un contexte de sous-institutionnalisation du droit cosmopolitique. Faite sur le terrain de la philosophie, cette constatation prend toute sa dimension en matière juridique tant il apparaît qu'une logique d'économie de marché prédomine dans l'Europe communautaire qui se construit²³⁹.

87. A cet argument, il peut être opposé que le développement des normes alternatives rappelle que la souveraineté est un construit social et qu'il n'est pas impossible de concevoir une démocratie cosmopolitique²⁴⁰.

88. Nous ne pourrions conclure sans faire référence à l'ouvrage « L'entreprise multinationale face au droit »²⁴¹ qui indiquait en 1977, de manière visionnaire, que l'ère de la liberté totale des entreprises multinationales est close, et que de nouvelles formes de confrontations se font jour, dans lesquelles le droit, un temps dérobé, fait sentir son emprise. Transposée en ce début de XXI^{ème} siècle, nous pouvons nous demander si la RSE n'est pas simplement l'instrument d'un droit global (ou d'une nouvelle régulation) entendu comme un droit prenant en compte les effets de la mondialisation et offrant à ses acteurs privés et publics des voies de régulation²⁴² ... et par lequel finalement le « droit » a enfin l'opportunité de faire ressentir son emprise sur l'ensemble des acteurs de l'économie. Les normes formelles combinées aux engagements des entreprises (volontaires ou contraints par le marché) peuvent

²³⁵ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », dans *Les transformations de la régulation juridique*, G. Martin et J. Clam (dir.), L.G.D.J., p.21, *spéc.* p.31.

²³⁶ G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de Philosophie du Droit*, 1939, p.7, *spéc.* p.30. Du même auteur : « Le dépassement de la loi », *Archives de Philosophie du Droit*, 1963, p.35.

²³⁷ P. Maisani et F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1994, n°27, p.443.

²³⁸ Le professeur Bardelli démontre dans une étude que les pratiques en matière de RSE sont loin d'être volontaristes et sont largement contraintes par les données de marché. La RSE ne serait que l'expression d'une lutte concurrentielle entre les entreprises. Sur ce point : P. Bardelli, « Nouveau Monde, Nouvelle régulation sociale : Démystifier la Responsabilité Sociale des Entreprises », *Revue management & avenir*, octobre 2005, n°6, p.111.

²³⁹ C. Bertrand, *art. préc.*, p.156.

²⁴⁰ A titre d'exemple : P. Rosanvallon, « La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance », éd. Seuil, 2006, *spéc.* p.115 ; D. Held, « Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance », Stanford University Press, 1995, *spéc.* p.16 et s.).

²⁴¹ « L'entreprise multinationale face au droit », B. Goldman et P. Francescakis (dir.), Litec, 1977, *spéc.* p.429.

²⁴² K. Benyekhlef, *op. cit.*, p.828. La réponse à certaines interrogations sur l'utilité de la RSE est donc trouvée, notamment : G. Besse, « A qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? », *Droit social*, 11 novembre 2005, p.991.

les conduire à adopter une uniformisation des comportements, la mondialisation offrant *ad fine* à la RSE l'opportunité de prendre corps dans le paysage juridique. La situation économique, sociale et politique appelle à des changements de perspective. En fin d'année 2008, l'OCDE n'a-t-elle pas d'ailleurs rappelé que « *The Future Is Now* »²⁴³.

Entre Montréal et Nantes,
Le 7 octobre 2010

BROUILLON

²⁴³ OECD, « Sustainable Development : Linking Economy, Society, Environment », December 2, 2008.