

Isabelle Daugareilh
Directrice de recherche CNRS
COMPTRASEC UMR CNRS 5114
Université Bordeaux 4
France

Publié en langue espagnole sous le titre “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica” in Cuadernos de relaciones laborales, n°1, vol.27, p.93-123, 2009.

Résumé :

La Responsabilité sociale des entreprises s’est développée dans un contexte économique particulier, celui de la globalisation de l’économie et dans un contexte juridique inadapté à cette nouvelle donne. Bien qu’elles soient parfois bien plus puissantes que les Etats, les entreprises transnationales n’ont ni personnalité juridique, ni obligations juridiques en matière de droits de l’homme au travail. Pour remédier à cette anomalie juridique, diverses institutions internationales ont adopté des instruments de *soft law* qui cumulent des limites au regard de leur nature, de leur champ d’application et de leur portée juridique. Dans ce contexte économique et juridique, la RSE peut être considérée comme une réponse à l’absence de régulation –juridique- des activités des entreprises transnationales dans le domaine des droits de l’homme. A l’analyse et contrairement à toute attente, les normes d’autorégulation d’application transnationale créées par les entreprises au nom de la RSE posent avec acuité la question de l’encadrement juridique des entreprises transnationales. La *soft law* sur laquelle repose la responsabilité sociale des entreprises permet d’explorer un champ nouveau pour la réglementation juridique, en même temps qu’elle exprime la conscience de la communauté internationale du besoin d’une régulation juridique des activités de l’entreprise globalisée. La RSE s’est ainsi affirmée comme un domaine propice à l’innovation juridique dans un contexte de globalisation de l’économie.

Responsabilité sociale des entreprises transnationales : Analyse critique et prospective juridique

La mondialisation de l’économie crée des situations radicalement contrastées, les zones d’ombre côtoient celles de lumière de manière criante et instantanée. Ces dernières années, « l’Afrique est morte de pauvreté et l’Asie orientale a emporté des marchés grâce à sa pauvreté ¹ ». Dans les pays riches, les exclus du marché de l’emploi, de plus en plus nombreux à être « désaffiliés ² » du système social, sont aussi des victimes de la mondialisation. Le

¹ Ph. CHALMIN (sous la dir.), *Les marchés mondiaux*, Cyclope, 1996, éd. Economica, Paris, 1996, p.12. P.COLLIER, « La marginalisation de l’Afrique », *Revue internationale du travail*, 1995, p.601-620.

² R.CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, éd. Fayart, Paris, 1995.

nombre des travailleurs pauvres s'accroît partout dans le monde³. Le déficit de travail décent est patent et touche les pays du Sud comme ceux du Nord⁴. Les méfaits de la mondialisation de l'économie sont multiples sur le plan social et environnemental. *Mais, « là où le péril croît, croît aussi ce qui sauve »* écrivait le poète F. Hölderlin⁵. La responsabilité sociale des entreprises (RSE ci-après) contribuerait-elle à faire face aux multiples périls qui guettent l'humanité, singulièrement sur le plan des droits de l'homme –au travail- et de l'environnement ?

Les antécédents historiques et européens de la responsabilité sociale de l'entreprise peuvent sans doute être trouvés dans les pratiques sociales d'industriels européens du XIXème proches de la doctrine sociale de l'Eglise. A la fin du XXème siècle, ces pratiques étaient encouragées par le législateur français au nom de la citoyenneté de l'entreprise⁶. La responsabilité sociale de l'entreprise pourrait alors n'être que l'habillage moderne d'une vieille idée dont le fondement religieux ou moral est dès les origines très étroitement associée à la poursuite d'un intérêt économique ; du vin nouveau dans une vieille outre sur le vieux continent ! C'est pourtant aux USA que la notion de responsabilité sociale est apparue comme telle au début du XXème siècle et qu'elle fut formalisée par H.R.Bowen en 1953⁷.

La notion apparaît dans l'Union européenne pour la première fois en 1999 dans la Résolution du Parlement en faveur d'un code de conduite contraignant pour que les droits de l'homme et de l'environnement soient respectés sur le plan mondial par les entreprises. C'est lors du sommet européen de Lisbonne en mars 2000 que la RSE est devenue une priorité de l'Union européenne. Depuis Lisbonne, chaque Conseil a été l'occasion de rappeler l'inscription de la RSE dans les stratégies européennes de l'emploi et de la cohésion sociale d'une part et de développement durable d'autre part. Ce double adossement, trait distinctif de l'approche européenne de la RSE, devait, selon ses concepteurs, permettre de véhiculer le modèle social européen dans et hors Union européenne.

Depuis, la formulation de la notion elle-même a évolué, passant de la responsabilité sociale des entreprises à la responsabilité sociétale des entreprises, voire des organisations, selon le choix terminologique de l'ISO dans le cadre du projet de norme sociale⁸. Les approches et les définitions doctrinales ont également fleuri⁹. Aucun texte de droit –d'application universelle,

³ D.CLERC, *La France des travailleurs pauvres*, éd. Grasset, col. Mondes vécus, Paris, 2008. J.COTTA, *7 millions de travailleurs pauvres-La face cachée des temps modernes*, éd. Fayard, Paris, 2006. M.MARUANI, « Les *working poor* version française : travailleurs pauvres et/ou salariés pauvres ? » *Droit social*, 2003, p.696-702. P.CONCIALDI, S.PONTHIEUX, « Salariés à bas salaire et travailleurs pauvres : une comparaison entre la France et les Etats-Unis », *La revue de l'IREES*, n°33, 2000/2.

⁴ Bureau international du travail, *Un travail décent*, BIT, Genève, 1999. Bureau international du travail, *Réduire le travail décent, un défi mondial*, BIT Genève, 2001. G. FIELDS, « Travail décent et développement humain, *Revue internationale du travail*, 2003, p.261-295. R.REICH, « Le défi du travail décent », *Revue internationale du travail*, 2002, p.123-131. I. SACHS, « Développement inclusif et travail décent pour tous », *Revue internationale du travail*, 2004, p.177-202. J.M.SERVAIS, « Politique de travail décent et mondialisation », *Revue internationale du travail*, 2004, p.139-175.

⁵ F.HÖDERLIN, *Œuvres*, éd. NRF-Gallimard, Paris, 1967.

⁶ F. de BRY, « Du paternalisme à la responsabilité sociale », *European Journal of Economic and social systems*, vol.19, 2006, n°1.

⁷ H.R. BOWEN, *Social Responsibility of the Businessman*, Harper and Brothers, New York, 1953. M.CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd. La Découverte, col. Repères, Paris, 2007, sp. p.30.

⁸ I.DAUGAREILH, « L'ISO à l'assaut du social : risques et limites de l'exercice de normalisation sociale » in I.DAUGAREILH, *Responsabilités de l'entreprise transnationale dans la globalisation de l'économie*, éd. Bruylant/LGDJ, Bruxelles, 2009, à paraître.

⁹ A.LACHEZE, « Commerce, entreprises et éthique : le cas de la responsabilité sociale des entreprises. Pour une sociologie de l'engagement marchand », *Thèse de sociologie*, Université Toulouse Le Mirail, 14 décembre 2007. M.CAPRON, « Quel sens donner au mouvement de la responsabilité sociale des entreprises ? », *European*

régionale ou nationale- ne définit la RSE. Les juristes ont pris l'habitude de s'appuyer sur la définition européenne formulée dans le livre vert. Il s'agit de « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales (...). A cet effet, les entreprises adoptent un comportement socialement responsable en allant au-delà des prescriptions légales et elles s'engagent dans cette démarche volontaire parce qu'elles jugent qu'il y va de leur intérêt à long terme »¹⁰. Cette définition, malgré les avatars de la RSE en Europe¹¹, reste une référence en Europe, et au-delà. Un des intérêts de cette définition est de proposer une articulation entre la RSE et le droit en vigueur à partir de la conception du rôle du droit dans les sociétés européennes. Il y a manifestement dans ce rapport établi avec le droit une approche européenne de la RSE. La RSE serait complémentaire du droit, celui-ci étant considéré comme étant et comme devant rester le mode privilégié de régulation des relations sociales, politiques et économiques. Cette vision institutionnelle et européenne n'écarte pas toutefois le risque de substitution qui nourrit les réserves formulées par les juristes vis-à-vis de la RSE.

Ce rapport de complémentarité entre la règle de droit et la norme RSE est-il construit sur une antinomie ? En d'autres termes, existe-t-il une contradiction entre le droit et le caractère volontaire d'un engagement RSE ? Au moment d'établir le rapport final sur le forum plurilatéral des *stakeholders*, la Commission européenne s'est enfoncée dans ce qui est assez vite apparu comme un faux débat à propos du caractère volontaire de la RSE et de son encadrement juridique. Le droit privé classique trouve en effet ses fondements essentiels dans l'expression et dans la manifestation de la volonté individuelle, l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. De nombreux engagements unilatéraux ou bilatéraux –contractuels ou conventionnels- sont le résultat de la seule volonté de leur(s) auteur(s), personne physique ou personne morale. Leur encadrement juridique par le législateur ne change rien à leur essence. Par ailleurs, il arrive souvent que ce qui est volontaire aujourd'hui devienne obligatoire demain, que l'engagement volontaire d'aujourd'hui soit le berceau de la loi de demain¹². Enfin, des branches du droit posent l'engagement volontaire comme une source de progrès social. C'est le cas du droit du travail. D'ailleurs, l'histoire sociale des pays de droit romano-germanique est riche d'engagements volontaires collectifs allant au-delà des prescriptions légales. La RSE pourrait donc s'inscrire dans ce processus historique de formation et de transformation du droit au contact des volontés individuelle et collective dans un contexte particulier, celui de la globalisation de l'économie.

Les entreprises ont été effectivement amenées à créer des normes d'autorégulation privées au nom de la RSE, sous la pression des financiers et de la société civile, pour réguler un espace nouveau créé par la mondialisation de l'économie. Cet espace, correspond au champ d'action de l'entreprise globalisée. C'est un espace transnational, entre espace international et espace national, qui échappe en partie au droit international et au droit national. Ces normes d'entreprise d'application transnationale sont le résultat d'un processus d'hybridation normative et culturelle très complexe, dans lequel sont mis en concurrence par les entreprises

Journal of Economic and Social Systems, 2006, vol.19, p.113-124.

¹⁰ Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, Livre vert, Juillet 2001.

¹¹ IDAUGAREILH, « La Responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du Travail*, 2009, à paraître.

¹² Ce fut par exemple le cas des congés payés en France dont la durée a augmenté d'abord du fait d'accords collectifs d'entreprise qui ont par la suite été généralisés par la loi.

elles-mêmes des valeurs et des systèmes juridiques¹³, des systèmes de relations professionnelles, des modèles de droit et plus largement des modèles de société dont elles héritent, auxquels elles aspirent ou avec lesquels elles sont confrontées. Cette confrontation de modèles au travers de la RSE se manifeste de manière tangible au moins à trois niveaux.

D'abord, les entreprises européennes les plus proactives en matière de RSE jouent avec les approches anglo-saxonnes et continentales¹⁴ des notions d'engagement, de devoir, d'obligation, de volonté. Ensuite, la conception de la RSE par rapport à la loi est le résultat d'un ancrage de ces entreprises dans une famille et une tradition juridique européenne. Enfin, l'adoption de normes unilatérales mais surtout de normes négociées au nom de la RSE ressemble bien à l'héritage d'un système de relations professionnelles propre à l'Europe continentale auquel la RSE n'a pas échappé. Dans le système continental ou romano-germanique, les droits sociaux ont généralement et historiquement une assise légale car « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » disait le Père Lacordaire¹⁵. Dans ce système, les organisations syndicales sont institutionnalisées par le législateur, au point de jouir d'un droit de présence dans l'entreprise, sans avoir besoin de recevoir une accréditation de l'employeur comme c'est le cas dans les systèmes anglo-saxons de la Common law ou américain. Autant d'éléments et de facteurs qui façonnent la dimension sociale d'une RSE à l'européenne.

Bien que le mouvement de RSE soit très récent en Europe, il s'est déjà déployé sous de multiples formes, vraisemblablement parce qu'il s'inscrit dans un contexte de globalisation de l'économie qui échappe dans bien de ses aspects et de ses effets à une régulation juridique. C'est donc dans un contexte doublement favorable d'un point de vue juridique (I) que la RSE s'est développée et est à l'origine d'initiatives normatives dont l'analyse permet de dégager des éléments de prospective juridique (II).

I. Un contexte juridique favorable au développement de la RSE

La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises a pris de l'ampleur à la faveur d'un droit social international et national sans prise sur l'entreprise transnationale (A) même si elle est destinataire de normes de *soft law* internationale (B).

A. L'entreprise transnationale ignorée du droit

L'entreprise transnationale n'a pas de statut en droit international (1) et reste très imparfaitement appréhendée par le droit national (2). Alors qu'il existe une unité économique entre les diverses composantes du groupe de sociétés, c'est au contraire la séparation des personnes juridiques qui prévaut comme technique pour limiter la responsabilité des sociétés mères. L'entreprise globalisée n'est donc pas définie par le droit social (national,

¹³ J. du BOIS de GAUDUSSON et F. FERRAND, *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008,

¹⁴ R. DAVID, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, éd. Economica, Paris, 1982. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, éd. Dalloz, 11^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2002. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, éd. Litec, Paris, 2004. Ces deux systèmes qui cohabitent dans le cadre du droit communautaire sont profondément différents, du point de vue des sources (la loi pour l'un, le précédent pour l'autre), du point de vue du rôle de l'Etat (interventionniste dans un cas, abstentionniste dans l'autre), du point de vue du rôle des corps intermédiaires et singulièrement des organisations syndicales.

¹⁵ 52^{ème} conférence de Notre Dame, 1848. R.P. H-D. Lacordaire, Œuvres du R.P. H-D. LACORDAIRE, Conférences de Notre Dame de Paris, 1848, Tome IV, Poussielgue frères, Paris, 1872.

communautaire ou international). Elle est dépourvue de statut juridique et de la personnalité juridique¹⁶ et fait l'objet de controverses en droit et en économie¹⁷. Elle est pourtant un acteur majeur de la mondialisation de l'économie. Tout l'enjeu d'un point de vue juridique résidera dans le fait de reconstituer une entreprise « en morceaux ¹⁸», pour qu'à l'unité économique corresponde une unité juridique.

1. L'invisibilité de l'entreprise transnationale en droit international des droits de l'homme

Le droit international est un droit interétatique, basé sur le principe du respect absolu de la souveraineté des Etats. Ce principe cardinal a été tempéré par la reconnaissance d'un droit d'ingérence en matière de droits de l'homme¹⁹. «Aucun Etat ne peut être tenu pour propriétaire des souffrances qu'il engendre ou qu'il abrite ²⁰». Quoi qu'il en soit, les Etats jouissent d'une liberté absolue de ratifier les conventions internationales adoptées d'une part et d'autre part de sanctionner ou non leur application. Les Etats sont donc doublement impliqués pour ce qui est de l'efficacité et de l'effectivité du droit international conventionnel. En tout état de cause, le droit international est, et n'est que, ce que les Etats en font. Dès lors, l'ineffectivité du droit international est très largement due à la faillite, la défaillance, l'impuissance, l'inertie, l'incurie ou, au contraire, à l'omnipotence des Etats.

L'OIT est sans doute l'institution publique internationale qui a poussé le plus loin les limites du principe de la souveraineté des Etats en adoptant des règles particulières relatives à sa composition, à l'adoption de ses conventions, à la réception de ses normes²¹ par les Etats et aux procédures de contrôle et de sanction. Mais, malgré son tripartisme qui permet une représentation à part entière du monde entrepreneurial et du monde salarial, l'OIT est restée «statocentrée²²». Nonobstant, l'introduction de mécanismes de contrôle originaux et diversifiés, l'OIT est affublée de l'image «d'un chien sans dents ²³». Comme toute organisation intergouvernementale, elle a besoin d'«Etats effectifs ²⁴», capables de coopérer en son sein et de mettre en œuvre les décisions et les normes prises en commun.

L'Etat reste donc une figure centrale en droit international. Pourtant, ses capacités d'intervention, de régulation, voire de sanction sont affaiblies, concurrencées, mises sous

¹⁶ M.DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, 1956, éd. LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé. G.LYON-CAEN Que sait-on de plus sur l'entreprise ? in *Mélanges en l'honneur du Président M.DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, sp.p.33.

¹⁷ Cf. F.MORIN et M-L. MORIN, La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit, *Mélanges en l'honneur du Président M.DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.497.

¹⁸ Selon l'expression de Gérard Lyon-Caen, Que sait-on de plus sur l'entreprise ? *op.cit.*

¹⁹ M. BETTATI, *Le droit d'ingérence. Mutations de l'ordre international*, éd. O. Jacob, Paris, 1996.

²⁰ F. MITTERAND, Discours du Président de la république pour la cérémonie du transfert des cendres de René Cassin au Panthéon, rapporté par M. BETTATI, *ibidem*, sp.p.96.

²¹ A laquelle on peut ajouter la règle des deux tiers pour l'adoption d'une convention internationale, règle qui a été intégrée par le droit international seulement en 1969 par la Convention de Vienne (art.9§2). G. Von POTOBNSKY, H. BARTOLOMEI de la CRUZ, *La organizacion internacional del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

²² L.DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, Aix Marseille, 2003. J.M.SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004.

²³ E.GRAVEL, « Les mécanismes de contrôle de l'OIT : bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir », et F.MAUPAIN, « Persuasion et contrainte aux fins de la mise en œuvre des normes et objectifs de l'OIT », in J.C. JAVILLIER et B.BEMIGON (dir.), *Mélanges en l'honneur de N.Valticos, Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir*, éd. BIT, Genève, 2004, p.3-9 et p.687-709.

²⁴ Selon l'expression de R.J.DUPUY, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, 1996, n°2, p.313.

pression, voire menacées par la puissance des entreprises transnationales qui sont relayées dans leurs demandes et leurs exigences à l'égard des Etats hôtes par les institutions financières internationales. Il existe ici une première asymétrie qui a été favorable à la RSE.

Une deuxième asymétrie réside dans le droit national qui, s'il peut attribuer à l'entreprise la qualité de sujet de droit et s'il peut reconnaître la responsabilité des personnes morales a du mal à saisir l'entreprise transnationale dans sa globalité.

2. L'insaisissabilité de l'entreprise transnationale par le droit national

Considérées comme des personnes morales distinctes, la société mère (sauf les cas de coresponsabilité expressément prévus par le législateur) n'est pas en principe responsable des actes illicites commis par une filiale, même si elle en est la seule actionnaire, sauf si la filiale peut être considérée comme un simple agent. De la même manière, l'achat de services et de biens auprès de fournisseurs, même exclusifs, est considéré comme une opération entre parties non associées. C'est donc un véritable défi sur le plan judiciaire de faire en sorte que l'entreprise transnationale dans sa globalité rende des comptes et soit amenée à réparer des dommages résultant de la violation des droits de l'homme, à fortiori s'ils ont été commis à l'étranger.

Le juge national est conduit à réaliser trois opérations, la première consistera à examiner sa propre compétence dans le litige, la deuxième le conduira à lever le voile, « *piercing the veil* » des personnes morales distinctes et la troisième à trouver un fondement juridique qui permette d'exiger des entreprises transnationales le respect des droits de l'homme et en cas de violation de réparer les dommages commis à ce titre. A défaut de loi internationale qui permette un enchaînement de ces trois opérations, le juge saisi est, pour l'heure, contraint de recourir aux instruments que lui offre son propre droit.

Les entreprises transnationales, sujet de droit national, peuvent dans certains systèmes juridiques être responsables sur le plan civil et/ou pénal comme personne morale du respect des droits de l'homme vis-à-vis d'autres personnes privées²⁵. Mais, c'est loin d'être le cas dans la plupart des systèmes juridiques.

Par ailleurs, les lois nationales ne sont pas, en principe, d'application extraterritoriale, ce qui permet aux entreprises transnationales d'échapper à toute responsabilité devant le juge du siège social pour un dommage extraterritorial, c'est-à-dire un dommage commis à l'étranger par des sociétés de droit étranger et autonome juridiquement de la société mère et dont les victimes sont à l'étranger. Cette absence de responsabilité est actuellement très discutée et controversée dans les instances internationales et nationales. Dans certains pays, on a essayé de trouver des palliatifs.

Aux USA, par exemple, les défenseurs des droits humains se sont appuyés sur l'*Alien Tort Claims Act* de 1789 pour fonder leur action en responsabilité contre des entreprises multinationales²⁶. Cette loi donne compétence au juge américain en cas d'atteintes faites à des étrangers en violation du droit international ou d'un traité auquel les Etats-Unis sont parties. Les cas présentés sont significatifs parce que les juges nord-américains ont admis la

²⁵ C'est le cas en France en vertu de l'art.121-2 du code pénal.

²⁶ A. OJEDA AVILES et L. COMPA, Globalisation, class action et droit du travail, in IDAUGAREILH, Mondialisation, travail et droits fondamentaux, éd. Bruylant, Bruxelles, 2005, p.265-307. Voir également article dans revue de droit pénal comparé.

recevabilité des actions alors que les infractions dénoncées ne sont pas des crimes contre l'humanité, des génocides ou d'autres infractions pour lesquelles les Traités internationaux reconnaissent au juge une compétence internationale ou *erga omnes*. Les Tribunaux nord-américains admettent la recevabilité des actions en fonction de la *normalité* des prétentions et de l'existence d'un faisceau d'élément de *proximité* entre le for saisi et les faits présentés.

En Belgique, c'est un autre mécanisme qui a été imaginé par la loi de compétence universelle qui permettait au juge belge de connaître de toute violation des droits de l'homme où qu'elle ait été commise, quels que soient les auteurs et les victimes. Cette loi a été réformée, puis abolie en 2003, pour des raisons politiques et diplomatiques²⁷.

En France, c'est en vertu du privilège de nationalité de l'auteur ou de la victime que le juge français peut être saisi d'un fait commis à l'étranger. Ainsi, une victime peut attirer devant le juge français l'auteur (personne physique ou morale) d'un crime ou délit ou d'un dommage commis à l'étranger. Cette règle est valable en droit pénal (art. L.113-6 et L.113-7 du code pénal²⁸), comme en droit civil (art.15 code civil et 42 nouveau code de procédure civile et règlement de « Bruxelles I »). Mais « les faits doivent être punis par la législation du pays où ils ont été commis », ce qui n'est pas acquis d'avance. Et « la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public » selon l'art.113-8 du code pénal. Autant de conditions qui pour l'instant ont empêché les plaintes déposées en France contre des multinationales françaises de produire les résultats escomptés²⁹.

Les entreprises transnationales sont donc des personnes morales, sans personnalité juridique sur le plan international et, par conséquent, sans obligation juridique, voire sans morale selon Georges Ripert³⁰. C'est pour cela qu'elles ne sont pas destinataires du droit international conventionnel et qu'elles échappent également au droit international des droits de l'homme. Ultra puissantes, dominant bien des Etats, elles sont irresponsables sur un plan juridique, sauf lorsque le juge national se prête à une application extraterritoriale de la loi nationale, comme en témoigne la jurisprudence américaine ou comme l'a souhaité le législateur belge. A défaut de régler ce qui apparaît aujourd'hui comme une anomalie juridique criante, des institutions internationales ont, dans les années soixante dix, recouru à des instruments de *soft law* pour mobiliser les entreprises transnationales sur la nécessité d'induire des pratiques respectueuses des droits de l'homme.

B. L'entreprise transnationale appréhendée par la *soft law* internationale

L'OCDE et l'OIT, bien avant que ne soit lancé le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises, ont pris l'initiative inédite dans l'histoire du droit international de recourir à des instruments *de soft law* pour s'adresser directement aux entreprises multinationales. Ces initiatives passées quasi inaperçues ont fini par avoir des retombées grâce au mouvement en faveur de la RSE. Mais elles se sont révélées insuffisantes (1) à régler le vide juridique dans

²⁷ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau : de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, 2005.

²⁸ C'est en vertu de ces textes que le tribunal de Nanterre a été saisi d'une plainte de huit villageois birmans accusant le groupe français Total de séquestration arbitraire et de travail forcé (effectué sous la contrainte de l'armée birmane). L'affaire s'est soldée par une transaction.

²⁹ W.BOURDON, « Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p.747-753.

³⁰ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1995, 354p. Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, éd. Dalloz-Dunod, Paris, 2000, 269p, sp.p.4. Voir aussi J.M. TRIGEAUD *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Brière, Bordeaux, 1995, 458p. sp.p. 210

lequel se trouve la question de la responsabilité de l'entreprise transnationale vis-à-vis des droits de l'homme malgré plusieurs tentatives des Nations-unies en ce domaine (2).

1. Les insuffisances de la *soft law* internationale

Les deux textes internationaux à aborder la question du travail dans les entreprises transnationales sont les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE révisés en juin 2000³¹ et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT modifiée en novembre 2000³². Ces deux instruments sont des recommandations faites aux entreprises multinationales et autres en matière de droits fondamentaux, de conditions de travail et d'emploi.

Les Principes touchent à d'autres domaines (l'environnement, la corruption, les consommateurs, la concurrence ou la fiscalité). Leur champ d'application matériel est inspiré et formulé à partir des Conventions et des Déclarations internationales qui bénéficient d'un consensus universel. Ils sont dotés sur le plan matériel d'une universalité « d'emprunt ». Leur champ d'application géographique est déterminé par le rattachement de l'entreprise à l'un des Etats membres, soit parce qu'elle opère à partir de l'un d'eux (domiciliation du siège), soit parce qu'elle agit sur l'un d'eux. Les Principes ne jouissent ainsi que d'une universalité relative³³.

La Déclaration tripartite de l'OIT est le seul instrument juridique international s'adressant aux entreprises multinationales qui soit multilatéral, universel et tripartite. Face au risque de chevauchement de normes internationales sur les entreprises multinationales élaborées par différentes institutions publiques internationales (OCDE, et Nations Unies en particulier), il fut décidé que l'objet de la Déclaration de l'OIT ne porterait que sur les questions entrant dans le mandat de l'OIT. Au contraire, les Principes directeurs de l'OCDE, qui sont liés à un ensemble de textes sur l'investissement, abordent de multiples domaines sur lesquels les activités des entreprises peuvent avoir des répercussions³⁴. Ce sont enfin les destinataires de la Déclaration tripartite de l'OIT qui la distingue des autres normes internationales. Le texte s'adresse tout autant aux entreprises multinationales qu'aux gouvernements des Etats membres ainsi qu'aux organisations d'employeurs et de travailleurs. Les principes de l'OCDE visent uniquement les entreprises. La Déclaration de l'OIT a donc un spectre plus large en termes de destinataires mais plus étroit d'un point de vue matériel. La Déclaration s'adresse spécialement aux gouvernements des pays du siège social de l'entreprise parce qu'ils ont vraisemblablement, plus que les pays hôte, la capacité d'influencer les entreprises multinationales pour que leurs pratiques soient conformes à la loi locale et aux normes internationales³⁵.

³¹ OCDE, La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales : textes de base, DAF/IME (2000)20.

³² BIT, La Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale. 2000. BIT, *Guide de la Déclaration de Principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, programme des entreprises multinationales*, BIT, Genève, 2002

³³ Ce qui correspond à environ 85 % des investissements à l'étranger ainsi couverts.

³⁴ I. DAUGAREILH, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *Revue générale de droit international public*, 2008, n°3, .

³⁵ I.DAUGAREILH, « The ILO Tripartite Declaration concerning multinational enterprises and social policy », in Teun Jaspers, A.Veldman *Auto regulations of social responsibility of transnational enterprises in Europe*, éd. Intersentia, Amsterdam, 2008, forthcoming.

La Déclaration tripartite de l'OIT, à l'instar des Principes de l'OCDE, ne donne pas de définition juridique de l'entreprise multinationale, perspective jugée compliquée, voire peu opportune. En ne définissant pas l'entreprise multinationale, le texte ne limite pas son champ d'application. Partant du principe de l'égalité de traitement entre entreprises, il s'applique aux multinationales comme aux autres entreprises, contrairement à ce que pourrait laisser supposer l'intitulé du texte. Enfin, l'approche de l'entreprise comme entité vivante, capable d'évoluer dans sa nature juridique, son capital, ses structures, ses frontières et ses liens avec les entités du groupe, permet d'avoir une approche flexible de l'entreprise, totalement adaptée à l'extrême diversité de ses configurations actuelles³⁶.

Les Principes et la Déclaration sont, pour l'instant, les initiatives normatives multilatérales les plus élaborées du point de vue de leur contenu et du contrôle de leur mise en œuvre. Bien que n'ayant pas de force juridique contraignante, ces deux instruments sont à l'origine d'interprétations et d'applications, bref d'une « jurisprudence » qui pourrait être très utile à la recherche des éléments constitutifs d'une responsabilité des entreprises transnationales en matière de droits de l'homme. Les deux textes ne sauraient donc être réduits au rang de pure et simple déclaration d'intention. Ils ont un contenu et une consistance qui les placent bien au-delà du non droit et ils disposent d'une procédure propre de mise en œuvre et de contrôle. Les deux textes relèvent de la catégorie de *soft law* qui « ne prend consistance dans l'ordre juridique que si à la déclaration succède même partiellement et progressivement l'application³⁷ ». Ils participent à une « effectivité en action³⁸ » et concourent à la formation d'une *opinio juris* à l'échelon mondial sur la responsabilité sociale des entreprises multinationales³⁹. Ceci dit, leur impact réel, respectif ou cumulé, sur les entreprises multinationales et sur les droits des travailleurs est assez limité.

Depuis la révision des Principes directeurs de l'OCDE de 2000 jusqu'en septembre 2007, on a pu comptabiliser 136 demandes de circonstances spécifiques reçues de syndicats, des ONG et des entreprises, dont 96 portent explicitement sur le chapitre IV relatif aux relations professionnelles des Principes et dont 81 cas ont trouvé une solution⁴⁰. La Déclaration tripartite sur les multinationales de l'OIT ne compte à la même date que cinq cas de recours, dont quatre recevables et résolus⁴¹. De la même manière, si on observe la jurisprudence américaine sur les *class actions* pour la mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales pour des dommages extraterritoriaux⁴², le nombre de cas reste faible parce la procédure est complexe et très aléatoire, 40 depuis 1993 selon le rapport de J. Ruggie⁴³. Par contraste et pendant ce temps, et rien que pour ce qui est de la procédure spécifique de

³⁶ R. REICH, *L'économie mondialisée*, éd. Dunod, Paris, 1993, sp.p.78 et s. F. MORIN et M-L. MORIN, « La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit », *Mélanges en l'honneur du Président M.Despax*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.497. G. LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? » *Mélanges en l'honneur du Président M.Despax*, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, sp. p.33.

³⁷ P.M.Dupuy, *Droit international public*, 8è éd. Dalloz, 2006.p.402.

³⁸ Ch.deVISSHER, *Les effectivités du droit international public*, Pedone, 1967, Paris.p.318.

³⁹ I.DAUGAREILH, La Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, in I.DAUGAREILH, Responsabilités de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, éd. Bruylant/LGDJ, Bruxelles, 2009, à paraître. La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, RGDIP, 2008.

⁴⁰ OECD *Guidelines for multinational enterprises: specific instances considered by national contact points*, 14 September 2007, www.oecd.org/investment.

⁴¹ Dernière donnée disponible. www.ilo.org/public/franch/employment/multi/dispute.htm

⁴² A. OJEDA AVILES, L. COMPA, « Globalisation, class actions et droit du travail », in I.DAUGAREILH, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, op.cit., p.265.

⁴³ Rapport A/HRC/8/5 7 avril 2008, Français, GE.08-12862 (F), sp. p.25.

contrôle qui relève du seul Comité Liberté syndicale du BIT, durant l'année 2006, 170 cas de violation de la liberté syndicale étaient examinés et 190 faisaient l'objet d'un suivi⁴⁴.

Ces statistiques permettent d'observer que malgré la Déclaration tripartite de l'OIT et malgré les Principes directeurs de l'OCDE, les plaintes auprès de l'OIT sur des violations de la liberté d'association et de la négociation collective ne diminuent pas. Plus généralement, l'absence de norme juridique internationale sur la responsabilité des entreprises transnationales ne peut pas être compensée par des instruments de *soft law* internationale qui, par ailleurs, sont limités du point de leur champ d'application matériel et/ou géographique. Les Nations-Unies ont, à plusieurs reprises, été le théâtre d'initiatives en ce domaine qui se sont soldées par des échecs.

2. Les échecs répétés des Nations-Unies

La question des entreprises multinationales a été posée au niveau des Nations unies dès les années soixante dix. C'est la période où des entreprises multinationales se sont rendues complices de dictatures militaires en Amérique latine ou en Afrique et ont été à l'origine de grandes catastrophes écologiques. C'est également le moment où des pays du Tiers Monde lancent l'offensive du Nouvel ordre économique international (NOEI).

Les entreprises multinationales ont d'abord accédé au droit international par le biais du droit international des investissements, mais sous l'appellation d'investisseurs. En ce domaine, elles ont gagné en reconnaissance et en capacité d'offensive vis-à-vis des Etats d'accueil. Environ 2500 traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements portent sur l'accueil et le traitement de l'investissement international ainsi que sur le règlement des litiges entre l'Etat d'accueil et l'investisseur. « Ceci marque l'accession à la sphère du droit international public des personnes privées/investisseurs, accession qui est d'une importance comparable à celle des personnes privées dans le droit international des droits de l'homme⁴⁵. » Le représentant spécial des Nations Unies John Ruggie reconnaît à propos de ces traités que « s'ils garantissent une protection légitime aux investisseurs étrangers, ils autorisent aussi ces derniers à soumettre les Etats d'accueil à un arbitrage international contraignant, y compris en invoquant des préjudices liés à l'application de lois nationales visant à améliorer les normes sociales et environnementales –même lorsque la législation s'applique uniformément à toutes les entreprises, étrangères ou nationales. Une société minière européenne présente en Afrique du Sud a contesté récemment les lois de promotion économique du pays en faveur de la population noire pour ce genre de motifs⁴⁶ ». L'aveu se passe de commentaires !

Dans des domaines particuliers (corruption, concurrence, etc.)⁴⁷, le contrôle et la répression d'activités internationales illicites qui ont fait l'objet de conventions internationales permettent de sanctionner les entreprises multinationales

Mais le domaine des droits de l'homme, malgré « l'onde de choc⁴⁸ » qu'ils ont créée, reste un vaste chantier en friche. Il est l'objet de fortes résistances et d'oppositions radicales, même si

⁴⁴ BIT, Compte rendu des travaux de la Conférence Internationale du travail, 96^{ème} session, Genève, 2007, p.1/6.

⁴⁵ Ch. LEBEN, « Entreprises multinationales et droit international économique », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p.777-788, sp.p.786.

⁴⁶ Rapport J.Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avril 2008.

⁴⁷ Ch. LEBEN, *ibidem*.

⁴⁸ Selon l'expression de P.M.DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, T.297, 2002, p.416-417.

on peut observer de véritables évolutions, y compris du côté du monde entrepreneurial⁴⁹. Après l'échec du projet de code de conduite des sociétés transnationales⁵⁰ lancé en 1974 au sein de la Commission des sociétés transnationales, il a fallu attendre la fin des années 90 pour que l'ONU se saisisse à nouveau de la question, vraisemblablement à la faveur de l'impact du mouvement de la RSE.

En 1999, Kofi Annan a pris l'initiative de lancer le Pacte mondial (Global Compact) auquel ont adhéré environ 3000 entreprises. Ce Pacte a un contenu très édulcoré. En dix principes formulés sur une dizaine de lignes, pas moins de quatre domaines essentiels (les droits de l'Homme, les droits sociaux fondamentaux, l'environnement et la corruption⁵¹) sont abordés, le tout sans aucune contrainte et sans aucun contrôle ! Dans le cadre de recherches empiriques, il a pu être constaté que l'adhésion au Global compact est au mieux la première étape d'une démarche progressive en matière de RSE et de droits de l'homme, au pire et c'est le plus fréquent, un affichage à très peu de frais⁵² !

C'est une initiative d'une autre nature et d'une tout autre portée qui a été prise par un autre organe des Nations Unies, la sous commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, initiative connue sous l'appellation de projet de normes sur la responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme de 2003⁵³. Ce projet se démarque des autres normes existantes par son caractère systématique et son universalité. Il dresse en effet un inventaire complet des sources de droit (contrairement au Pacte mondial), dans tous les domaines (contrairement à la déclaration tripartite de l'OIT) et pour tous les pays (contrairement aux Principes directeurs de l'OCDE). Le projet de normes s'adresse aux destinataires classiques du droit international à savoir les Etats qui ont « la responsabilité de « garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits ». Le projet « a le grand mérite de constituer une grille de lecture précise et détaillée, une *check list* pour les entreprises, afin d'éviter l'abstraction du Pacte mondial et la sélectivité de certains codes de conduite volontaires qui omettent des pans essentiels du droit international des droits de l'homme »⁵⁴.

Le projet de normes ne mettait en place aucun mécanisme de suivi ou de surveillance. Au contraire, c'est sur la base du volontariat des entreprises elles-mêmes que le projet de norme se fondait : « (...) chaque société transnationale ou autre entreprise adopte, diffuse et applique des règles internes de fonctionnement conformes à ces normes. De plus, elle adopte d'autres mesures pour permettre la mise en œuvre complète des normes et garantir au moins une

⁴⁹ BLIHR, *A guide for integrating Human Rights into business management*, sans date.

⁵⁰ P.MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1993.

⁵¹ Ces principes sont aujourd'hui les suivants : -promouvoir et respecter les droits de l'homme ; s'assurer que leurs propres sociétés ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme ; garantir la liberté d'association et le droit à la négociation collective ; éliminer toutes les formes de travail forcé ; abolir le travail des enfants ; éliminer toutes les formes de discrimination au travail ; soutenir une approche préventive en matière de protection de l'environnement ; prendre des initiatives afin de promouvoir une plus grande responsabilité environnementale ; encourager le développement et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement ; lutter contre la corruption. <http://www.un.org/french/globalcompact/principes.htm>.

⁵² I.DAUGAREILH, «La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observations sur une normativité à vocation transnationale », in M.A. MOREAU, F.CAFFAGI, F.FRANCIONI, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, éd. PUAM, Aix-Marseille, 2007, p.275-307.

⁵³ E.DECAUX, « La responsabilité de sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p.789-798. D.WEISSBRODT, M.KRUGER, « Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », *American Journal of International Law*, oct. 2003, p.901-923.

⁵⁴ E.DECAUX, *ibid*, p.795.

application rapide des protections prévues par celles-ci et présente régulièrement des rapports sur les mesures prises. Chaque société transnationale ou autre entreprise applique les normes et les intègre dans ses contrats ou autres accords et négociations avec des partenaires, sous traitants, fournisseurs, concessionnaires ou distributeurs ou toute autre personne physique et morale qui conclut quelque accord que ce soit avec la société ou l'entreprise afin de garantir l'application et le respect des normes⁵⁵ ». Mais, dans le même temps, le projet de norme comprenait un principe impliquant un contrôle et une vérification externe sous les auspices des Nations Unies ou des Etats eux-mêmes. « Ce contrôle est transparent et indépendant et prend en compte l'apport des parties intéressées notamment les plaintes déposées pour violations des présentes normes ». C'est la perspective de ce contrôle externe avec en arrière plan celui des procès qui a déclenché les hostilités des entreprises, des Etats et, pour finir, de la Commission des droits de l'homme, devenue depuis le sommet des Nations Unies de 2005, le Conseil des droits de l'homme. Fut alors nommé en 2005 un expert indépendant, John Ruggie, chargé de « la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises ».

Le rapport remis par J.Ruggie « Protect, Respect and Remedy: a framework for business and human rights ⁵⁶ » en avril 2008 et qui fut adopté en juin 2008 marque la troisième initiative des Nations-Unies.

Le rapport de J.Ruggie repose sur trois piliers : l'obligation pour les Etats de protéger les personnes contre les violations des droits de l'homme, y compris celles commises par le monde entrepreneurial ou des affaires ; l'obligation pour les entreprises de respecter les droits de l'homme ; l'obligation de réparer les dommages causés par les infractions aux droits de l'homme. Mais, le rapport prend une option différente de celle du projet de normes précédemment analysé. Au lieu de chercher à établir une liste restreinte de droits associés à des responsabilités étendues et mal définies, le rapport choisit de délimiter de manière précise les responsabilités à l'égard de l'ensemble des droits. Ce renversement de perspective n'est tenu de manière rigoureuse pour ce qui de la liste des droits tandis que la détermination du périmètre de la responsabilité repose sur deux éléments étudiés à part du rapport de Ruggie, la sphère d'influence et la complicité. Le rapport de Ruggie a clairement pacifié les relations au sein des divers organes de l'ONU et avec les ONG parce qu'il intègre l'idée d'une obligation de respect des droits de l'homme pour les entreprises transnationales ainsi que l'idée de mécanismes de réparation judiciaire ou non judiciaire. Mais pour l'heure, rien de concret n'émane des Nations Unies et la reconduction de la mission de Ruggie ne donne aucun mandat concret sur le plan normatif, si ce n'est celui de développer le cadre de la trilogie *Protect, Respect and Remedy*.

Dans ce contexte juridique, la RSE et les normes qu'elle a engendrées au sein des entreprises transnationales peuvent être considérées comme une réponse à l'absence de régulation – juridique- des activités des entreprises transnationales dans le domaine des droits de l'homme⁵⁷. Contre toute attente et contrairement au pronostic des plus avertis, ces normes

⁵⁵ Principe H du projet de norme » Dernière version publiée in E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Commentaire E/CN.4/Sub.2/2003/38/rev.2.

⁵⁶ Human Rights Council, 8^{ème} session, Agenda item 3, Protect, Respect and Remedy: a framework for business and human rights, Report of the special representative of secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 April 2008. Deux rapport additionnels ont été remis, l'un résume les consultations menées par le représentant spécial des Nations Unies (A/HRC/8/5/Add.1) ; l'autre résume la portée et le type de violations commises (A/HRC/8/5/Add.2). Un deuxième rapport a été remis pour clarifier les concepts de "sphère d'influence" et de "complicité", A/HRC/8/16.

d'autorégulation de la RSE posent avec acuité la question de l'encadrement juridique de la RSE et par delà des entreprises transnationales.

II. Pour un encadrement juridique de la RSE

Au nom des bonnes pratiques en matière de RSE, les entreprises ont été encouragées par diverses institutions publiques internationales, régionales ou nationales à établir des normes – privées- d'autorégulation. La RSE a été sans doute une réelle stimulation pour l'activisme normatif des entreprises sur le plan mondial (A). Mais, quand le marché mondial place en confrontation directe toute entreprise, de la plus respectueuse des droits de l'homme à la moins soucieuse, ou quand les grands scandales financiers éclatent, l'autorégulation n'en finit pas de montrer ses limites (B).

A. Sens et portée de l'autorégulation de la RSE dans l'ordre juridique international

L'élaboration de normes privées d'application transnationale par des acteurs non étatiques pose de multiples questions, dont celle de leur place et de leur sens dans un ordre juridique international qui, d'une part ignore l'entreprise comme sujet de droit et qui, d'autre part est constitué d'un ensemble d'instruments juridiques qui portent sur les droits de l'homme au travail et sur lesquels portent aussi les normes privées transnationales. Comment analyser cette coexistence normative (1) et quelles leçons tirer de cette concurrence normative librement et spontanément créée par des acteurs économiques privés en principe dépourvus de toute compétence de légifération en ce domaine et sur le plan international (2) ?

1. La RSE, manifestation d'un pluralisme juridique à l'échelle mondiale

D'un point de vue doctrinal, la RSE peut être considérée comme une manifestation contemporaine à l'échelle mondiale du pluralisme juridique⁵⁸. Le pluralisme est inhérent au droit ; il prend plusieurs formes et a des degrés divers. Classiquement, le pluralisme juridique caractérisait la coexistence au sein d'un même ordre juridique d'un droit principal imposé (celui du pouvoir colonial, central) ou adopté (celui d'un pouvoir économique, institutionnel ou néocolonial -modèle) avec des groupes de normes (souvent d'origine coutumière ou religieuse) en vigueur et respectées comme telles par les organes d'application et de contrôle du droit⁵⁹.

La globalisation de l'économie crée un pluralisme juridique d'une autre nature et d'une complexité inégalée qui montre un enchevêtrement de règles, de normes et de valeurs à différents niveaux, de sources différentes, avec des acteurs anciens et nouveaux⁶⁰. La

⁵⁷ Dans ce sens, G.MURRAY, G.TRUDEAU, « Une régulation sociale de l'entreprise mondialisée ? », *Relations Industrielles*, 2004, n°59-1, p.3-14. Dans le même numéro de la revue précité, A.SOBCZAK, « La responsabilité sociale de l'entreprise : menace ou opportunité pour le droit du travail ? », p.26-51. C.GENDRON, A. LAPOINTE et M-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », p.73-100. M.A.MOREAU, F.FRANCIONI, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, éd. PUAM, 2007. I.DAUGAREILH, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2005.

⁵⁸ M.DELMAS-MARTY, *Le pluralisme du droit*, Tome I et II, éd. Seuil, Paris, 2004-2006. G.FARJAT, *Pour un droit économique*, éd. Puf, Paris, 2004.

⁵⁹C. KUYU (dir.), *A la recherche du droit africain du XXIème siècle*, éd. Connaissances et savoirs, Paris, 2005. R.YRIGOYEN FAJARDO, Pautas de coordinacion entre el derecho indigena y el derecho estatal. Fundacion Myrna Mack, Guatemala, 1999. "Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries", *Beyond Law*, n°27, p.31-49.

pyramide des normes⁶¹ est très largement mise en cause par ces normes nouvelles et *sui generis*. Dans ce monde multipolaire, émerge un acteur remarquable par sa puissance économique, sa liberté d'action et par son irresponsabilité juridique, l'entreprise transnationale. Cet opérateur économique dont les activités sont « dé-spatialisées⁶² » ou transnationales, crée et met en œuvre les régulations nécessaires au déploiement de ses activités. L'autorégulation et la contractualisation sont au cœur de ce nouvel ordre économique privé.

Ce pluralisme juridique bien connu en droit interne et en particulier en droit social connaît un renouveau : il se déploie à l'échelle mondiale et sociétale, et découvre, ou couvre, un nouvel espace transnational. Ce pluralisme juridique contemporain touche les sources du droit, les acteurs, les mécanismes de contrôle et les sanctions. La RSE alimente pour une bonne part ce pluralisme juridique nouveau par les normes d'entreprise qu'elle induit. Ces normes sont privées et sont le fait d'acteurs privés. Elles empruntent librement au droit existant et le reformule. Elles créent des mécanismes de contrôle privés et les sanctions sont privées et de type économique. Ce qui a paru être une réponse aux défaillances des Etats, connaît aujourd'hui des limites et révèle de multiples ambivalences.

2. La RSE, leçons d'une autorégulation à l'échelle transnationale

L'autorégulation engendrée par la RSE est à dominante unilatérale. Les codes de conduite ont proliféré. A chaque entreprise son code ! On recense à peine 60 accords cadres internationaux (ACI ci-après) pour près de 70 000 multinationales et 700 000 filiales dans le monde. Ceci dit, parmi les cent multinationales les plus importantes classées selon leurs actifs à l'étranger, treize d'entre elles sont signataires d'un ACI⁶³. Mais, faut-il le rappeler, la RSE c'est la prise en compte des intérêts de toutes les parties prenantes, y compris de celle que constituent les communautés de travailleurs, ce qui appelle deux remarques parmi bien d'autres.

D'une part, si l'acteur salarial est le plus souvent « oublié » du scénario RSE, c'est sans doute parce que l'entreprise transnationale privilégie des acteurs externes, potentiellement plus dangereux pour les affaires. Il s'agit principalement des ONG et des agences de notation⁶⁴. Les entreprises déploient de multiples et de lourds efforts pour séduire et attirer les ONG sur le champ de la concertation ou du partenariat afin d'atténuer leur agressivité et leur capacité d'offensive⁶⁵. Face à cela, l'acteur salarial a de fait perdu le monopole de dire le social qui, pourtant, apparaît de plus en plus dans la rhétorique de la mondialisation, mais comme un

⁶⁰ Voir M.A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, éd. Dalloz, 2006. Voir également M.DELMAS-MARTY.

⁶¹ F. OST et F. de KERKOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002,

⁶² V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Archives de Philosophie du Droit, Le pluralisme*, Tome 49, Dalloz, 2006, p.13-20, sp.p.15.

⁶³ CNUCED, *World Investment Report 2006*, The world's top 100 non financial TNC'S, ranked by foreign assets, 2004.

⁶⁴ Pour une évaluation critique et historique des ONG, voir notamment, P.de SENARCLENS, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, éd. A. Colin, 3^{ème} éd. Paris, 2002, sp.p. 247 et s. H.GHERARI et S.SZUREK, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, éd. Pedone, n°18, 2003, Paris, 350p. Dans cet ouvrage voir en particulier les contributions de P.M.DUPUY, « Le concept de société civile internationale, Identification et genèse », p.5-17. S.SZUREK, « La contribution de la société civile internationale au droit international », p. 49-74. H.RUIZ FABRI, « Organisations non gouvernementales », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international*, T.III.

⁶⁵ M.CAPRON, F.QUAIREL-LANOIZELEE, *Mythe et réalités de l'entreprise responsable : acteurs, enjeux, stratégies*, éd. La découverte, Paris, 2004, 251p. ORSE, *Partenariats stratégiques ONG/Entreprises*, rapport, Paris, Juin 2005.

versant des droits humains. L'acteur salarial souffre de la « démultiplication des acteurs »⁶⁶ qui est un trait majeur de la RSE. Si la RSE devient un objet de négociation transnationale à l'origine d'un ACI, c'est seulement parce que des syndicats ou des instances de représentation des travailleurs (le CEE singulièrement) prennent l'initiative et s'appuient, pour mener à son terme la négociation, sur des éléments propices venant notamment de la culture de l'entreprise en matière de relations professionnelles⁶⁷.

D'autre part, contre toute attente au regard de la définition même de la RSE, les salariés sont ignorés au moment de l'élaboration des normes d'entreprise sur la RSE. Comment leurs intérêts pourraient-ils être pris en compte si la norme RSE n'est pas le fruit d'un dialogue -formalisé- avec leurs représentants ou leurs organisations ? Contrairement donc à l'essence de la RSE, mais aussi contrairement aux recommandations des Principes de l'OCDE et de la Déclaration de l'OIT qui font de la participation des salariés et de leurs organisations un axe essentiel, les normes d'entreprise sur la RSE d'application transnationale ne sont délibérément ni négociées ni soumises à avis ou consultation. L'entreprise moderne du XXIème siècle, transnationale, reste ainsi rétive à toute forme de participation salariale et continue, dans la plus grande tradition, à favoriser l'individualisation de la relation de travail et à développer le pouvoir normatif privé de l'employeur.

Les normes privées de RSE résultant d'un engagement volontaire des entreprises s'auto dé finissent et se suffisent en termes de contenu. Néanmoins, quand leur contenu porte sur les relations de travail, il n'est pas pensé *ex nihilo*. Les sources d'inspiration sont souvent le droit international, régional ou national. A cet égard, de nombreux travaux ont mis en évidence une différence entre normes unilatérales et normes négociées. Les premières évoquent de manière ostentatoire mais seulement du bout des lèvres le droit social international ou les droits de l'homme en général. Les secondes invoquent et « convoquent » à l'appui les instruments juridiques internationaux. Les ACI font ainsi usage de manière quasi systématique des droits fondamentaux des travailleurs tels qu'ils ont été reformulés par la Déclaration de 1998 de l'OIT⁶⁸. Ils intègrent de manière formelle et précise les huit conventions fondamentales de l'OIT mais aussi d'autres conventions notamment la convention 135 sur la protection des représentants des travailleurs ou d'autres conventions portant sur les conditions de travail (hygiène et sécurité, durée du travail).

Ceci étant dit, il faut néanmoins souligner le risque majeur et commun à toute norme privée, quelle que soit sa nature, qui est de laisser se développer et se banaliser la pratique du *self service*, du *pick and choose* normatif. L'entreprise s'octroie la faculté de choisir les instruments juridiques qui seront référencés dans la norme RSE ou bien elle se donne la liberté de sélectionner parmi les droits consacrés au plus haut niveau, ceux qui seront respectés ou mis en œuvre sur son champ d'action. L'entreprise transnationale s'autoproclame législateur sur son espace. Cette pratique qui a été amplifiée et généralisée avec la RSE, conduit à une instrumentalisation et à une marchandisation du droit⁶⁹ et crée ainsi le risque de

⁶⁶ B. BADIE, M.C. SMOUTS, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, Presses de la FNSP, Dalloz, Paris, 1992, 239 p. sp.p.19.

⁶⁷ M. RODRIGUEZ-PINERO, "Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad?" *Relaciones laborales, La Ley*, 2007, n° 22, p.1-11. J. BROUILLET, M. RIGAUX, F.VANDAMME, "Le modèle social européen : source ou moteur de la construction européenne?" », *Droit social*, 2006, p.1176-1182.

⁶⁸ I.DAUGAREILH (sous la dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, éd. Bruylant-LGDJ, Paris, 2005.

⁶⁹ I.DAUGAREILH, Les limites de l'autorégulation de la RSE par les entreprises transnationales, 2008, <http://www.destree.be/conference/csr/>. A.SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, Paris, 2004, p.541

voir la mauvaise monnaie chasser la bonne selon la loi de Gresham⁷⁰. Cette pratique est-elle compatible avec la nature des droits de l'homme et de l'environnement qui sont captés par l'entreprise et placés dans ces normes privées dans un but d'abord mercantile ? Est-il justifié et légitime de laisser les entreprises transnationales « jouer avec les droits fondamentaux », lorsque cela est interdit aux Etats et aux individus en vertu de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui définit les normes de *jus cogens*⁷¹, normes qui relèvent de l'ordre public international !

Quant au contrôle de l'application des normes RSE, il est rarement abordé par les normes elles-mêmes. C'est leur Talon d'Achille ! C'est encore une question peu développée même si les entreprises sont de plus souvent sommées par la société civile de faire ce qu'elles disent. Des observateurs avertis montrent l'inefficacité des audits organisés par les entreprises elles-mêmes⁷². Ces audits présentent plusieurs défauts bien connus (problème de transparence, de neutralité, de continuité, de professionnalité, etc.). Le respect des engagements de RSE dans des entreprises transnationales est, quoi qu'il en soit, un pari difficile à tenir, du fait de la structure complexe de ces entreprises et parce que la plupart du temps, les infractions aux normes sociales, contrairement aux infractions environnementales, restent invisibles. Comment atteindre le dernier maillon d'une chaîne de production transnationale ? Comment s'assurer du respect réel des engagements pris en matière de droits sociaux fondamentaux lorsque des entreprises du secteur informel sont impliquées ou que ce sont des entreprises installées sur des zones franches qui sont, de près ou de loin, associées au processus de production ? Quelle est la portée d'un contrôle qui n'est ni systématique ni inopiné ? Quelle est la validité d'un contrôle dont l'indépendance et le professionnalisme ne sont pas garantis ? Quel est l'usage d'un contrôle dont les résultats ne sont pas soumis aux règles de la transparence, de neutralité et de professionnalité ? Par delà les problèmes posés par l'autocontrôle, c'est le risque pour l'inspection du travail, corps d'agents publics, professionnels, indépendants de se voir opposer par des directions d'entreprise la présence ou le passage d'auditeurs –privés- chargés de surveiller l'application locale de la norme RSE !

Reste enfin la question des sanctions du non respect des engagements de RSE. Il faut d'abord rappeler que conformément aux textes des Principes directeurs de l'OCDE et de la Déclaration tripartite de l'OIT, les violations par les entreprises des droits qui y sont mentionnés ne peuvent pas donner lieu à quelque sanction que ce soit par les organes de contrôle de chacune de ces institutions mobilisés dans le cadre d'une procédure de contrôle autorisée par ces textes. Ce n'est donc pas sur le fondement de ces instruments internationaux de *soft law* qu'une action en responsabilité peut être engagée contre une entreprise pour la condamner pour non respect de ses engagements, que la violation porte sur les droits fondamentaux ou non. Les mécanismes du droit social international conventionnel ne permettent pas davantage de sanctionner directement une entreprise transnationale. Par conséquent, nonobstant l'insertion de références au droit international parfois très précises dans les normes RSE d'entreprise, ce ne sont que des références qui ne créent pas d'obligation au sens juridique et strict du terme.

⁷⁰ G.A. AKERLOF G.A., « The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, n°84, 1970, p.488-500.

⁷¹ Pour aller vite, il s'agit de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble comme des normes qui n'admettent aucune dérogation et qui ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère.

⁷² R.LOCKE, Th. KOCHAN, M.ROMIS, F.QIN, « Au-delà des codes de conduite : l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike », *Revue internationale du travail*, 21-39. N. KEARNEY, « Les normes sociales européennes », *Liaisons sociales Europe*, suppl. sept. 2004, p.67.

Enfin, si sanction il y a, ce sera au terme d'une action pour inexécution d'un engagement contractualisé en matière de RSE. Des travaux de recherche ont mis en évidence une tendance à la contractualisation de la mise en œuvre des codes de conduite et des ACI. Elle consiste essentiellement à insérer des clauses qui reprennent tout ou partie des engagements RSE de l'entreprise dans les contrats commerciaux (contrats de sous-traitance, de fourniture, de co-entreprise) conclus avec divers cocontractants. Ces clauses sont de « véritables petites clauses sociales » qui peuvent produire les mêmes effets pervers que ceux de la clause sociale. Car, en effet, le non respect par le cocontractant peut se résoudre par une sanction juridique (suspension ou résiliation du contrat) dont la portée économique n'échappe à personne. Ces contrats posent de multiples problèmes. Ne risquent-ils pas de créer des victimes par ricochet, les travailleurs du cocontractant ? La contractualisation de la mise en œuvre des codes de conduite peut aussi résider dans l'introduction de devoirs ou d'obligations relatives à la RSE dans le contrat de travail ou la convention de mandat de managers en charge des relations avec les parties prenantes extérieures à l'entreprise. Le non respect de ces devoirs ou obligations pouvant entraîner le déclenchement de sanctions contractuelles ou disciplinaires. On assiste actuellement à une mobilisation sans précédent du management, des cadres et parfois des salariés des entreprises ayant pris des engagements RSE pour qu'ils participent personnellement et individuellement à la réalisation des objectifs RSE. Cette mobilisation prend des formes très diverses dont le *whistleblowing* qui est à l'origine d'un contentieux en France parce qu'il peut porter atteinte à des libertés individuelles et collectives ainsi qu'à des droits fondamentaux des salariés⁷³.

La contractualisation de la mise en œuvre des engagements de RSE si séduisante paraît-elle, se traduit au final par des sanctions qui touchent les salariés de l'entreprise elle-même ou du fournisseur. Ces sanctions juridiques (suspension ou rupture du contrat) ont une portée économique évidente et touchent ceux là mêmes que la RSE était censée prendre en compte dans leur intérêt !

Si les engagements de responsabilité sociale des entreprises multinationales portent sur des droits fondamentaux de l'homme au travail qui relèvent du *jus cogens*, leur non respect par les entreprises devrait être sanctionné juridiquement. Rien ne justifie, et ne fonde légitimement, qu'elles en soient exemptes alors que les Etats et les individus ne le sont pas. Placer ces droits sociaux fondamentaux, ou, mieux, les déplacer, sous l'égide de la RSE comporte un double risque : risque d'altération de leur nature et risque de dépréciation de leur valeur et de leur portée juridique. Pour reprendre une terminologie chère et centrale à la rhétorique de la RSE, le respect des droits fondamentaux peut-il être volontaire ? L'autorégulation de la RSE qui est à l'origine d'une reprivatisation des pouvoirs de l'employeur à l'échelle mondiale, est-elle souhaitable dès lors que sont concernés les droits fondamentaux de l'homme au travail, et plus généralement les droits sociaux ? Ne serait-il pas de la responsabilité des autorités publiques européennes et internationales de s'engager dans une politique de « contre-capture⁷⁴ », où les initiatives privées serviraient de base à de nouvelles régulations publiques, à la fois adéquates aux besoins des entreprises et porteuses d'objectifs collectifs pour la société internationale, et spécialement pour l'Union européenne ?

⁷³ I. MEYRAT, « La référence à l'éthique dans le champ des relations de travail : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ? », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, éd. Dalloz, 2007, 194-206. F. MEYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Droit ouvrier*, 2005, p.185-194

⁷⁴ F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit », *Droit et société*, 2007, p.91-104.

B. Eléments de prospective juridique à partir de la RSE

L'activisme normatif créé par la RSE témoigne d'une forme d'appropriation du droit international par les entreprises transnationales. Il a sans doute participé à la formation d'une *opinio juris* sur la nécessité de respecter les droits humains par tout organe de la société. Alors que la RSE est à l'origine d'une autorégulation d'un degré d'hétérogénéité inégalé, elle concourt, ou, du moins, elle est à l'origine de l'expression d'un besoin d'harmonisation normative sur le plan international (1) et européen (2).

1. Pour une régulation internationale de la RSE

Qu'il s'agisse du contenu, du contrôle de la mise en œuvre ou des sanctions, des travaux de recherche ont montré qu'il existe un besoin exprimé de diverses manières d'une norme universelle publique à destination des entreprises pour des raisons économiques, juridiques et politiques. Une norme juridique commune permettrait en effet d'établir une règle du jeu commune qui favoriserait la loyauté des échanges et de la concurrence sur le plan mondial.

Sur le plan matériel, il s'agirait d'établir un inventaire précis, rigoureux et complet des instruments internationaux des droits de l'homme couvrant les trois piliers de la RSE (social, environnemental, éthique et gouvernance) pour mettre un terme aux pratiques de self service ou de *pick and choose* susmentionnées. Car, en effet, il est des droits dont le respect ne peut être laissé au libre arbitre de personnes privées qui souvent ont une puissance bien supérieure à celle des Etats. Il s'agirait donc d'établir une sorte de noyau dur, de norme-planche quel que soit le lieu d'implantation des entreprises (zone franche ou non), quelle que soit la loi applicable, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel sont installées les entreprises et quels que soient les accords ou conventions conclus avec cet Etat. Concernant les aspects relatifs au travail, ce noyau dur pourrait être constitué des quatre droits couverts par la Déclaration de 1998 de l'OIT et les conventions mentionnées par la Déclaration auxquels seraient adjoints le droit à l'hygiène et à la sécurité sur les lieux de travail, le droit à une rémunération et des conditions de travail décentes, en particulier une durée du travail permettant des repos minima. Autant de droits qui ont pu être mis en exergue par les travaux de recherche empiriques sur le contenu des normes d'entreprises et spécialement des ACI ainsi que par des analyses comparatives des normes de *soft law* internationales (Principes de l'OCDE et Déclaration de l'OIT).

Ceci étant dit, l'entreprise transnationale ne peut pas être assujettie aux mêmes obligations que l'Etat qui reste seul redevable de la promotion et du respect des droits de l'homme sur son territoire. Même si l'entreprise, comme tout organe de la société, est responsable du respect des droits de l'homme au travail, la charge qui lui incombe n'est certainement pas identique à celle qui pèse sur les Etats. Cela suppose donc d'établir des distinctions entre les obligations de l'Etat et celles de l'entreprise comme le fait d'ailleurs la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT de 2000. Il ne serait donc pas raisonnable de se contenter de déterminer, de citer et d'évoquer les instruments internationaux applicables, encore faudrait-il en extraire ce qui peut être raisonnablement attendu des entreprises.

Pour ne pas édicter un principe général de responsabilité des entreprises transnationales, des critères permettant de circonscrire le périmètre de leur responsabilité doivent être dégagés. Il existe des notions en formation comme celle de « sphère d'influence » qui a été développée par l'OCDE dans le cadre de sa « jurisprudence » sur les Principes directeurs. Une autre

notion utilisable et utile est celle d'obligations de moyens par opposition à l'obligation de résultats qui permettrait de cantonner la responsabilité de l'entreprise en cas de dommages créés par des cocontractants. A l'opposé, face à la tendance actuelle de déclinier dans les contrats commerciaux des obligations à la charge du cocontractant au nom des engagements RSE du donneur d'ordre ou de la société mère et pour éviter des lésions ou des déséquilibres « injustes » entre les obligations des cocontractants, il faudra certainement adapter des notions du droit des contrats équivalentes à celle de lésion ou de juste prix. Le respect des droits sociaux fondamentaux par le cocontractant a un prix et suppose donc des contreparties dont l'entreprise transnationale ne peut pas totalement s'exonérer contractuellement.

Cette perspective normative qui s'impose sur le plan international peut trouver des complémentarités sur le plan régional, spécialement au niveau de l'Union européenne pour laquelle la régulation juridique de la RSE a été au cœur des débats initiés par le livre vert et continue de partager les instances et organes mobilisées par la RSE.

2. Pour une action de l'Union européenne en matière de RSE

L'action juridique en matière de RSE n'est plus à l'ordre du jour des institutions communautaires depuis l'adoption de l'Alliance pour la responsabilité sociale des entreprises du 22 mars 2006⁷⁵. Néanmoins, le Parlement continue de soutenir l'idée d'une action communautaire en ce domaine dans sa dernière Résolution du 13 mars 2007⁷⁶. Des travaux de recherche ont aussi préconisé des orientations à partir de deux cas de figure.

Le premier vise l'action communautaire complémentaire à l'action internationale en faveur d'une norme internationale comme développée ci-dessus. Dans le cas où il s'agirait d'une norme élaborée par une instance publique internationale, le rôle de l'Union européenne pourrait être, dans le respect d'une répartition de compétences ou de rôles, de mettre en œuvre la norme cadre internationale. Cette mise en œuvre devrait vraisemblablement porter sur des dispositions de nature procédurale et de contrôle, et s'adresser à des entreprises transnationales ayant un facteur de rattachement à l'Union. Quant aux formes et aux niveaux, il pourrait s'agir d'un contrôle, dont les effets seraient comparables à ceux associés à un label et qui serait confié à une Agence européenne⁷⁷, ou exercé sous forme d'audit en partenariat avec d'autres acteurs, ou encore d'un contrôle paritaire avec des organisations professionnelles sectorielles et internationales.

Le deuxième cas de figure correspond à celui d'une intervention purement communautaire à défaut de norme internationale privée ou publique. Il pourrait s'agir d'une intervention normative non contraignante mettant en place des objectifs précis, mesurables aisément quantifiables, par exemple à l'aide d'indicateurs. La norme devrait donc être de nature procédurale plus que substantielle et devrait porter sur le contrôle. Ce contrôle évidemment ne porterait pas sur les obligations légales qui relèvent de la compétence des administrations publiques du travail, mais bien sur des engagements volontairement souscrits par les

⁷⁵ IDAUGAREILH, « La Responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail*, 2009, n°1. A paraître.

⁷⁶ Résolution du 13 mars 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat, A6-0471/2007.

⁷⁷ Une agence communautaire est un organisme de droit public européen, distinct des institutions communautaires (Conseil, Parlement, Commission, etc.) et possédant une personnalité juridique propre. Elle est créée par un acte communautaire de droit dérivé en vue de remplir une tâche de nature technique, scientifique ou de gestion bien spécifique, dans le cadre du premier pilier de l'Union européenne (Europa - Agences de l'UE).

entreprises dans le cadre de la RSE, comprise dans le sens de la définition donnée par le Livre vert.

L'Union européenne pourrait aussi avoir un rôle propre et original vis-à-vis des accords cadres internationaux. Fin 2007, 57 sur 61 ACI ont été conclus par des entreprises multinationales. Ces accords sont la traduction d'une approche européenne de la globalisation de l'économie. Ils sont l'empreinte d'un modèle social européen basé sur des valeurs communes (droits fondamentaux et dialogue social) et reconnus par les Traités et par la Charte des droits fondamentaux du 12 décembre 2007. L'Union européenne peut être une force de proposition en matière de RSE en s'appuyant sur ce qui fait sa spécificité sur le plan mondial, singulièrement le dialogue social et le principe de la représentation des travailleurs dans l'entreprise. Les ACI sont aujourd'hui les normes les plus sophistiquées en matière de mise en œuvre et de contrôle des engagements de RSE. Ils supposent contrairement aux codes de conduite d'aller au-delà de simples déclarations. En reconnaissant la liberté syndicale quelle que soit la loi applicable, les ACI ouvrent la possibilité de mettre en place localement des instances de représentation des travailleurs, et donc des instances de contre-pouvoir en mesure d'intervenir sur le contrôle des engagements de RSE, ce qui n'est jamais le cas avec les codes de conduite. Ces ACI, qui sont le fait d'entreprise européennes sont dépourvus de statut juridique en droit national, international et communautaire alors que l'Union avait pris l'engagement d'intervenir sur ce sujet dans le cadre de l'agenda social qu'elle s'était fixée le 9 février 2005⁷⁸.

La normativité induite par la responsabilité sociale de l'entreprise traduit le dessin en même temps que la conquête d'un nouvel espace de droit qui n'est ni purement national ni purement international mais qui est un champ continu de l'un à l'autre. « Il est en effet de plus en plus visible que la globalisation est en train de transformer les rapports entre le droit international et le droit interne et de modifier ainsi non seulement les rapports fonctionnels par l'évidente compénétration croissante des deux univers ⁷⁹»(...). La normativité des entreprises à visée supra nationale peut être alors regardée non plus comme une forme de dégénérescence du droit mais comme la participation à une évolution du droit, un droit en gestation, « *in statu nascendi*, trop jeune encore pour avoir tous les attributs et la force de la maturité⁸⁰ ». Mais on peut aussi estimer que ces formes nouvelles de régulation étendent « l'empire du droit⁸¹ ». La *soft law* sur laquelle repose pour l'instant la responsabilité sociale des entreprises permet d'explorer un champ nouveau pour la réglementation juridique en même temps qu'elle exprime la conscience de la communauté internationale du besoin d'une régulation juridique des activités de l'entreprise globalisée. La RSE s'est donc affirmée comme un

⁷⁸ Communication de la Commission-Partenariat pour le changement dans une Europe élargie –renforcer la contribution du dialogue social européen, COM/2004/0557 final. Communication COM 52005) final, Bruxelles, 9-2-2005. Voir S. LAULOM, « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Droit social*, 2007, p.623-629. E. MAZUYER, « Les instruments juridiques du dialogue social européen, état des lieux et tentative de clarification », *Droit social*, 2007, p. 476-485. A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords cadres internationaux », in M.DESCOLONGES, B. SAINCY, (dir.) *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, éd. La Découverte, col. Entreprise et société, 2006, p.93-115. J.J. PARIS, « Les organisations collectives des travailleurs face aux stratégies des multinationales », *Droit social*, 2007, p.1026-1036.

⁷⁹ M. DELMAS- MARTY (citant Santi Romano) « Désordre mondial et Droits de l'homme », in *Libertés, Justice, Tolérance*, Mélanges en hommage de G. COHEN-JONATHAN, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁸⁰ G. ABI-SAAB, « Eloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à F.RIGAUX, éd. Bruylant, Bruxelles, 1993, p.59.

⁸¹ Expression utilisée par R. DWARKIN, *Law's Empire*, Harvard, 1986, cité par G.ABI-SAAB, *ibidem*.

domaine propice à l'innovation juridique dans un contexte de mondialisation. Elle mobilise divers mécanismes de droit international sans pour l'instant être parvenue à engendrer une volonté politique internationale d'encadrer les activités des entreprises transnationales sur la base de mécanismes de co-régulation⁸².

⁸² Th. Berns, P-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, éd. Bruylant, col. Penser le Droit, Bruxelles, 2007. Voir également, F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, sp.p.81.