

L'ordre juridique de la société multinationale

Christopher L. BAKER
Avocat à la cour, Paris - New York

Résumé : Les États cheminent entre concurrence et convergence, les entreprises transnationales entre opportunisme et autorégulation. Il est futile d'imaginer qu'un ordre unifié et stable émerge de cette tension. Le monde normatif des entreprises transnationales doit plutôt être compris en appréhendant la direction de ses changements, et non pas en cherchant à trouver un état d'équilibre. Pour l'auteur, les conceptions essentielles relèvent tant des efforts des États pour ajuster leur pouvoir normatif et promouvoir leur attractivité dans un monde globalisé, que de la perméabilité croissante des entreprises et de leurs dirigeants à certains objectifs sociétaux qui vont au-delà du juridique et qui viennent se rajouter à la performance financière comme indicateurs complémentaires de la vitalité d'une entreprise.

Mots-clés : Entreprises transnationales, *compliance*, innovation sociale, territorialité, *enforcement*.

« *Economic globalization has outpaced political globalization.* »
Joseph Stiglitz¹

La mondialisation et la libéralisation des échanges ont modifié en profondeur la nature des relations entre États et entreprises mais également les contours mêmes de ces notions. Si les États ont vu leur pouvoir et leur sphère d'intervention croître au cours du XX^e siècle, avec notamment l'apogée de l'État providence dans le monde occidental de l'après-guerre, le tournant du XXI^e siècle se caractérise par un recul relatif des États et par une

¹ Joseph E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, W.W. Norton & Company, NY, 2007, p. 21.

montée en puissance des grandes firmes multinationales et des marchés financiers. L'historien retrace l'émergence de l'objet qu'est la société par actions, puis l'entreprise². Le philosophe constate la genèse d'un genre nouveau d'objet hybride dont l'existence serait devenue possible puisque nous ne l'aurions même pas pensée.³ L'économiste observe que l'entreprise multinationale prospère en s'adaptant à la globalisation économique et financière. Le juriste théorise une coévolution de l'État et de l'entreprise.

Le gigantisme des entreprises transnationales interpelle. Leur pouvoir économique se mesure désormais à l'échelle des États :⁴ le distributeur américain Wal-Mart ne se contente pas d'un chiffre d'affaires annuel dépassant le sixième de l'économie française mais, fort de ses 2,1 millions de salariés, fait jeu égal avec l'armée populaire chinoise et ses 2,3 millions de militaires de carrière !

Cette colossale accumulation de pouvoir et de richesse, portée par la globalisation de l'économie au cours des cinquante dernières années, se conjugue avec une remarquable concentration, encore mal comprise, du contrôle de cette richesse,⁵ probable corollaire de la croissance des inégalités économiques constatée par ailleurs⁶ et ce nonobstant la convergence des revenus moyens par habitant sur le globe.⁷

Au-delà de la captation et concentration de pouvoir de marché qu'elles représentent, les entreprises transnationales posent des questions inédites en raison – précisément – de leur ancrage territorial diffus, des liens de plus en plus distendus qu'elles entretiennent avec leur État d'origine et de leur capacité à agir au-delà des juridictions et dans les espaces juridiques qui les séparent. Les grandes entreprises françaises n'échappent pas à ce mouvement

2 Jean-Philippe Robé, « Les États, les Entreprises et le Droit, Repenser le Système Monde », Gallimard, *Le Débat*, 2010/4 – n° 161 p. 74-87.

3 Bruno Latour, *Nous n'avons jamais été modernes, Essai d'anthropologie symétrique*, p. 2.

4 Le chiffre d'affaires de Wal-Mart pour son année close le 31 janvier 2013 est de 466 milliards de dollars, soit à peu près 1/6 du PIB de la France. (2 036 milliards d'euros pour la même période – cf : <http://www.economie.gouv.fr/files/projet-loi-finances-2013-plf-chiffres-cles.pdf>).

Voir aussi <http://www.businessinsider.com/25-corporations-bigger-than-countries-2011-6?op=1>.

5 The network of global corporate control, Stefania Vitali, James B. Glattfelder, and Stefano Battiston, <http://arxiv.org/pdf/1107.5728.pdf>

6 François Bourgignon, *La Mondialisation de l'inégalité*, Éditions du Seuil, 2012.

7 Christine Lagarde, « The Future Global Economy and the Future Fund, Managing Director », *International Monetary Fund*, Washington DC, Friday, October 11, 2013: « *In just the next decade, the share of emerging and developing economies in global GDP will increase from about half to nearly two-thirds. Per capita incomes will converge across countries, with a rapidly expanding middle class in those nations.* » <http://www.imf.org/external/np/speeches/2013/101113.htm>.

d'internationalisation⁸, de « cosmopolitisation »⁹ du management et des états-majors.

Dans ce contexte de globalisation, les entreprises établissent leur stratégie de développement à l'échelle internationale et non plus en référence à un territoire donné. Pour ces objets-entreprises, le concept de nationalité perd de son sens. « L'entreprise multinationale se pense d'abord globalement, c'est-à-dire dans son entièreté. Ses performances (résultats, bénéfice, rentabilité, etc.) sont toujours analysées d'abord globalement, car c'est globalement que l'entreprise prend tout son sens. La composante territoriale, lorsque l'entreprise est multinationale, n'apparaît en général que dans un second temps. »¹⁰ Dès 1967, George Ball, un diplomate américain, prédisait que les grandes entreprises acquerraient peu à peu une identité apatride. L'accélération de la mondialisation au cours des années 1990 et 2000 lui a donné raison.¹¹ Même la localisation du siège social n'est plus aujourd'hui un critère pertinent pour définir la nationalité d'une entreprise. Personne ne pense, par exemple, que le groupe Renault-Nissan, dont le siège social est situé aux Pays-Bas, est un groupe de nationalité néerlandaise. Comme l'indique un rapport parlementaire, « la nationalité juridique d'une entreprise, fonction du siège social, ne se confond pas toujours avec son identité nationale véritable, qui résulte en partie du centre de décision

8 Julien Le Roux, « La détention par les non-résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2012 », *Bulletin de la Banque de France*, n° 193, 3e trimestre 2013, p. 2. « À la fin de l'année 2012, les non-résidents détiennent 410,4 milliards d'euros d'actions des trente-cinq sociétés françaises composant l'indice du CAC 40, sur une capitalisation boursière totale de 886,4 milliards d'euros. Le taux de détention par les non-résidents des actions françaises du CAC 40 atteint 46,3 % en 2012, soit une progression de près de 2,2 points de pourcentage en 2012, équivalente à celle observée en 2011. »

9 Christian Gaudin, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, Sénat, 22 juin 2007, p. 72.

10 Conseil national de l'information statistique, Statistiques Structurelles fondées sur les groupes d'entreprises et leurs sous-groupes, *Rapport du groupe de travail*, janvier 2008, p. 15.

11 Nicolas Veron, « Nationalité des entreprises : la grande confusion », *La Tribune*, 30 mai 2011 écrit que « la plupart des grands groupes européens n'ont plus qu'une part minoritaire de leurs ventes et de leur production dans leur pays d'origine. Leur actionnariat est dispersé. Depuis 2000, même des fonctions de recherche et d'état-major, longtemps considérées comme non délocalisables, ont commencé à être distribuées dans le monde entier. Les références à la "nationalité" de telles entreprises commençaient à sonner de plus en plus creux. »

authentique. »¹² En conséquence, il est loin d'être clair qu'une entreprise transnationale ait vraiment et toujours une identité nationale. Souvent et logiquement, elle déborde de son identité nationale d'origine, dès lors que son activité, son capital et sa gouvernance se détachent d'un ancrage territorial historique.

Cette montée en puissance des entreprises transnationales, accompagnée de leur progressif déracinement national intervient alors que les États se font concurrence pour retenir ou attirer l'activité économique des grandes entreprises, et en même temps cherchent, de manière unilatérale ou multilatérale, à exercer un contrôle politique sur les marchés et la globalisation afin d'en atténuer les effets délétères dans leurs économies nationales.

Il s'ensuit une tension entre, d'une part, les forces centrifuges que sont les lacunes juridictionnelles interétatiques, la concurrence normative entre États, l'opportunisme des entreprises, et, d'autre part, la tendance à la convergence et à l'harmonisation de ce qui peut constituer un comportement « acceptable », tant sous l'impulsion des acteurs étatiques que par cette dynamique parfois contestée que constitue l'autorégulation.

Un nouvel ordre émerge donc, entre les poussées du *shopping* et du *dumping* d'une part, et les efforts divers des architectes qui cherchent à dessiner, puis à construire, brique par brique, une nouvelle responsabilité des entreprises à la mesure des défis de la globalisation. Force est de constater que le chantier avance lentement.

I. — LE CONSTAT : UN OPPORTUNISME ENTREPRENEURIAL DANS UNE GLOBALISATION MAL RÉGULÉE

Le vide et l'asymétrie juridiques

Le non-droit qui règne dans les États faibles et le confort juridique qu'offrent les États qui permettent aux entreprises de fixer leurs propres normes, au détriment de la société ou de l'environnement, constituent une évidence de la globalisation.

Ces zones permissives constituent une tentation majeure pour les entreprises globalisées. Elles donnent aux entreprises des opportunités, voire des excuses, pour s'y développer le plus légalement du monde tout en échappant aux contraintes de certaines normes auxquelles elles auraient peut-être dû se

12 Christian Gaudin, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, Sénat, 22 juin 2007, p. 83.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

soumettre ailleurs. Les entreprises peuvent s'y abriter, en y localisant des sociétés *holdings*, des flux financiers (redevances, dividendes, intérêts, commissions), y faire détenir des participations, des droits de propriété intellectuelle, des contrats. Quand ce laisser-faire normatif concerne le droit du travail, elles peuvent y recruter une main-d'œuvre moins protégée et donc meilleur marché. Pour compliquer notre affaire, les entreprises peuvent exercer leur opportunisme directement, par le truchement de filiales ou sous-filiales, et si utile ou nécessaire pour s'éloigner un peu plus d'un éventuel risque, par le moyen de la sous-traitance ou d'un autre arrangement contractuel idoine.

L'asymétrie juridique, créant un espace d'opportunité interstitiel entre des juridictions, constitue une tentation plus « technique », incitant à des montages plus sophistiqués. L'entreprise transnationale et ses conseils ne se privent pas d'explorer les opportunités structurelles issues de règles juridiques et ou fiscales asymétriques : un flux financier qui quitte une juridiction peut être considéré au vu des règles de cette juridiction comme constitutif d'intérêts (souvent fiscalement déductibles) ; puis, en arrivant à destination, ce même flux peut légitimement se retrouver transformé en dividende par l'effet des règles juridiques ou fiscales du territoire du bénéficiaire ; un dividende de préférence non imposable, partiellement imposable, ou porteur d'un crédit d'impôt.

Ce vide et ces asymétries existent, et sont exploités par les entreprises transnationales. Les États réagissent logiquement selon leur intérêt bien compris : parfois, subissant le marché, les États se font concurrence pour attirer ou retenir les entreprises ; parfois, si opportun et politiquement faisable, les États se concertent pour mitiger les conséquences de la fuite en avant provoquée par une concurrence trop ouverte.

La concurrence entre États

L'attractivité normative des territoires est désormais un enjeu essentiel de la compétition internationale. Ce phénomène a été mis en lumière de manière éclatante – et controversée – par les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale qui reposent, entre autres, sur une comparaison internationale des systèmes juridiques et proposent chaque année un classement des pays offrant les conditions les plus favorables aux affaires. Les rapports *Doing Business* montrent que « la compétition – et les freins à la croissance – touche maintenant aussi le terrain de la microéconomie, de l'organisation de la société, et notamment des interfaces entre les institutions et le système

productif, et donc sur le terrain des effets économiques du droit"¹³. Dans les dernières éditions de ce classement, la France est passée du 26^e rang en 2011, au 29^e en 2012, au 34^e en 2013, nous invitant à réfléchir – au-delà des questions méthodologiques – à la pertinence, aux qualités d'innovation et à l'efficacité de notre système juridique.

Cette concurrence normative légale s'accompagne d'une concurrence normative réglementaire.¹⁴ En effet, la production de normes légales se révèle de moins en moins adaptée aux exigences actuelles du droit économique¹⁵. À la fois acteur et arbitre de la confrontation des forces du marché, l'État se trouve pris dans une logique concurrentielle, libérale et internationaliste qui menace sa capacité à rester la principale source d'édiction de la réglementation économique et financière. Il apparaît en particulier que « les modalités contemporaines de production de la norme financière disqualifient l'appareil étatique comme une source pertinente d'édiction des règles, qui sont toujours plus fines, expertes et évolutives, sans avoir pour autant perdu leur dimension politique »¹⁶. C'est donc bien souvent le régulateur, que ce soit en droit de la concurrence, droit boursier, fiscal ou financier, qui anime cette concurrence normative. Celui-ci, schizophrène aussi, construit une concertation multilatérale et développe une coopération réciproque avec ses homologues étrangers, tout en préservant s'il le peut dans la régulation harmonisée des espaces techniques recelant un avantage concurrentiel pour sa propre économie et pour ses acteurs nationaux.

Or nous savons que le droit, même libéral, a jugé utile de dresser la différence entre concurrence loyale et concurrence déloyale, pour entraver les

13 Bertrand du Marais, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit et patrimoine*, n° 170, mai 2008, p. 44.

14 Le phénomène de concurrence normative n'est pas nouveau. L'exemple du Delaware, et l'histoire de son positionnement dans le domaine du droit des sociétés, sont instructifs. Cf. Joel Seligman, « A Brief History of Delaware's General Corporation law of 1899 », *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 1 number 2, 1976 ; Donald Parsons JR. et Joseph R. Slight III, « The History of Delaware's Business Courts », *Business Law Today*, Volume 17, Number 4, March/April 2008. Il est aussi actuel : la réactivité du Luxembourg démontre que le pays est très conscient de l'utilité de la norme pour attirer et retenir les activités nomades dans un monde globalisé. Voir par exemple, <http://blog.economie-numerique.net/2012/11/15/le-luxembourg-perd-il-de-son-attractivite-pour-le-e-commerce/> <http://www.atlantico.fr/decryptage/sans-etat-ame-prive-secret-bancaire-luxembourg-adapte-fiscalite-ueber-legere-pour-attirer-banquiers-europeens-thomas-carbonnier-796384.html>

15 V. not. Marie-Anne Frison-Roche, « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique*, *L'Année sociologique*, 1999/2, vol. 49, p. 457-494.

16 Vincent Darras, *Le droit financier français peut-il être amené à disparaître ?*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011.

dérives vers lesquelles peut pousser une trop libre concurrence. Comme nous le rappelait Professeur Pirovano, la concurrence déloyale en droit commercial français « désigne, *brevitatis causa*, à la fois les actes commis de mauvaise foi et les autres actes fautifs. »¹⁷ Comment ce concept se traduit-il dans le comportement concurrentiel en États ?

La concurrence fiscale entre États fait émerger le concept de « *harmful tax competition* », et le droit du commerce international les notions de « *dum--ping* »¹⁸ ou de « aides d'état illicites. » Dans son rapport *Concurrence fiscale dommageable – Un problème mondial* publié en 1998, l'OCDE montre comment « les paradis fiscaux et les régimes fiscaux préférentiels dommageables, qualifiés collectivement de pratiques fiscales dommageables, affectent la localisation des activités financières et des autres prestations de services, sapent la base d'imposition d'autres pays, faussent les schémas d'échanges et d'investissement et portent préjudice à l'équité et la neutralité des régimes fiscaux ainsi qu'à l'adhésion à ces régimes du grand public en général. Cette concurrence fiscale dommageable pèse sur la prospérité mondiale et sape la confiance des contribuables dans l'intégrité des régimes fiscaux ».

Mon propos ici n'est pas de juger l'utilité de cette concurrence, ni de tracer la ligne qu'un État franchirait en passant d'une concurrence juridique bénéfique, de la recherche d'innovations juridiques susceptibles d'améliorer le fonctionnement du système, pour aller vers une concurrence déloyale, tendant à miner le fonctionnement de la collectivité des nations, en portant avant tout atteinte aux intérêts d'un État tiers. Mon propos est plus simplement de souligner d'une part, que cette concurrence est à la fois la conséquence et le vecteur de comportements opportunistes de la part de certaines entreprises, et d'autre part, que la légitime concurrence entre États commence à définir ses propres limites. Cette concurrence est donc un des principaux moteurs tant du désordre actuel que du nouvel ordre qui pourrait en émerger.

Forum shopping, tax planning, optimisation, abus

Le vide et l'asymétrie juridiques ainsi que les incitations politiques, juridiques et fiscales sont évidemment de nature à infléchir les comportements des entreprises multinationales. Celles-ci ressentent à des degrés variables l'opportunité, voire le devoir, de structurer leurs activités et de diriger leurs

17 Antoine Pirovano, « La concurrence déloyale en droit français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Volume 26, numéro 3, p 467-504, 1974.

18 *Concurrence fiscale dommageable – un problème mondial*, OCDE, 1998, p. 8.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

affaires de manière à optimiser leur situation et la prospérité de leurs actionnaires.

Cependant, tout comme il y a débat entre les États sur ce qui constitue une concurrence loyale ou déloyale, les entreprises sont quotidiennement confrontées à l'opportunité d'une optimisation, et à l'incertitude du comportement à adopter lorsque la ligne juridique entre opportunité et abus est imprécise, parfois d'une imprécision voulue par les États.

Cette incertitude pousse les entreprises à leur tour vers la schizophrénie : faut-il se laisser tenter par l'opportunité, ou bien s'effrayer du risque juridique, financier et de réputation que soulèverait l'abus ? Les plus agressives pratiquent opportunément le *shopping*, gèrent leur profil de risque, composent sans état d'âme avec l'environnement tel qu'il est. Les plus grandes se doivent de croire encore que l'intégration politique peut mener à une géographie juridique et réglementaire plus homogène et surtout plus stable, conséquence d'une hypothétique et idéale convergence d'intérêts entre États raisonnables et vertueux. Les dernières, enfin, développent des règles comportementales extra-légales, produisent leur propre guide venu d'au-delà du droit, des mers brumeuses de l'éthique des affaires ou de la responsabilité sociale, et s'appliquent à faire respecter ces règles par le plus grand nombre, en prêchant l'intérêt général bien compris.

L'opportunisme des entreprises globalisées répond aux balbutiements des États qui cherchent à optimiser pour ces entreprises un contrôle et des règles adaptées : cette tension entre opportunisme et contrôle optimisé est structurante pour l'ordre juridique. Cet ordre est destiné à évoluer avec les entreprises au gré de leurs propres adaptations aux mouvements des marchés et des politiques induits par la globalisation. Regardons en quelques paragraphes comment les États et les entreprises agissent et réagissent.

II. — LE CHEMIN DES ÉTATS

Expérimentation avec l'extraterritorialité : limites fonctionnelles du concept de territorialité

Les États se livrent une concurrence féroce pour appliquer leurs dispositions juridiques aux entreprises globalisées. La multiplication des normes à portée extraterritoriale – en matière de lutte anti-corruption par exemple avec le FCPA américain ou le *Bribery Act* britannique, ou de sanctions économiques avec les règles de l'OFAC américain – suscite des tensions croissantes entre les États.

Le droit boursier nous a donné récemment une illustration éclatante de cette tension juridico-territoriale. Pendant longtemps, la SEC et les tribu-

naux américains donnaient une portée extraterritoriale très marquée au droit boursier américain (*Securities Act* de 1933 et *Securities Exchange Act* de 1934). Ils s'appuyaient, pour ce faire, sur les concepts jurisprudentiels de *conduct* et d'*effect* selon lesquels les tribunaux américains sont compétents sur la base soit d'un comportement qui s'est produit sur le territoire américain, soit d'un comportement intervenu à l'étranger, mais produisant ses effets aux États-Unis.

Cette application extraterritoriale du droit boursier américain a donné lieu à un mouvement massif de *forum shopping*, avec un risque majeur d'attraction de sociétés internationales vers les juridictions américaines. En effet, des investisseurs non américains engageaient des actions en justice aux États-Unis contre des sociétés non américaines afin de profiter des avantages procéduraux du droit américain (*discovery*, *class action* avec *opt out*, honoraires de résultat, jury populaire). C'est ainsi que sont apparus les *foreign-cubed plaintiffs*, c'est-à-dire des actionnaires non américains portant plainte aux États-Unis contre des sociétés non américaines, dont ils avaient acquis les titres sur des marchés non américains. Il en est résulté de nombreuses *class actions* boursières contre des sociétés non américaines aux États-Unis (Vivendi, Alstom, Société Générale, Barclays, UBS, RBS, Crédit Suisse, etc.).

La multiplication des contentieux boursiers opposant aux États-Unis des actionnaires européens à des sociétés européennes a suscité l'exaspération croissante des entreprises concernées et de leurs États d'origine, et a donné lieu en 2010 à une mobilisation internationale sans précédent devant la Cour suprême des États-Unis dans la fameuse affaire *Morrison v. National Australia Bank*. Les gouvernements de la France, du Royaume-Uni, des États-Unis et de l'Australie, ainsi que de nombreuses organisations professionnelles, comme l'AFEP ou le MEDEF, ont ainsi déposé des *amicus curiae briefs* dans cette affaire capitale qui devait décider, pour la première fois devant la plus haute juridiction américaine, de l'application dans l'espace du droit boursier américain.

Dans sa décision de principe *Morrison v. National Australia Bank* du 24 juin 2010, la Cour suprême des États-Unis a donné un coup d'arrêt à cette pratique en décidant que les investisseurs qui ont acquis des actions de sociétés non américaines sur des marchés non américains ne peuvent pas agir en justice aux États-Unis pour obtenir réparation. La Cour suprême juge ainsi, contrairement à la jurisprudence qui prévalait alors, que le critère à prendre en compte n'est pas celui de la localisation des activités frauduleuses alléguées mais celui du lieu de cotation et d'acquisition des titres de l'émetteur poursuivi. Il en résulte que les actionnaires non américains qui

ont acquis les titres de sociétés non américaines sur des marchés non américains ne sont pas fondés à intenter ou à se joindre à des *class actions* aux États-Unis. La Cour suprême ferme ainsi la porte aux *foreign-cubed plaintiffs*. Les actionnaires américains qui ont acquis des titres de sociétés non américaines en dehors des États-Unis se voient également privés du droit d'agir en justice aux États-Unis. Par cette décision, la Cour suprême propose aux cours inférieures un nouveau test plus clair, une sorte de "*bright line standard*" visant en particulier à éviter que les États-Unis ne deviennent le "*Shangri-La of class action litigation*" selon l'expression du juge Antonin Scalia qui a rédigé l'opinion majoritaire¹⁹. Comme l'observe un auteur, la Cour suprême a fait preuve à cette occasion d'une « maturité étonnante très éloignée du système de pensée impérialiste dans lequel se meuvent les autorités fédérales américaines (SEC, OFAC, IRS,...) ».²⁰

Cette décision constitue sans doute un exemple de bon sens jurisprudentiel face à des velléités extraterritoriales débordantes. Une retenue jurisprudentielle analogue a pu récemment être remarquée aussi dans la décision *Kiobel*²¹ touchant à l'application extraterritoriale du *Alien Torts Statute*. Mais ces deux exemples ne font que souligner les lignes du conflit.

Les sources de tension entre États se multiplient en raison de la prolifération de normes à portée extraterritoriale, que ce soit en matière fiscale, de lutte anti-corruption ou de sanction économiques. Le chemin est encore long pour parvenir à une harmonisation des standards juridiques applicable aux entreprises transnationales, conjuguée à une application territoriale cohérente et raisonnable des normes juridiques.

Nous pouvons penser le droit en tradition, alors l'extraterritorialité doit rester exceptionnelle, conséquence de la pensée « impérialiste » des États forts, le temps de leur empire. Si cependant nous constatons que cette expérimentation tient non seulement de la position de force des États qui la tentent, mais aussi de la difficulté à mettre en place des solutions multilatérales pour répondre aux besoins normatifs découlant de la globalisation des marchés, des entreprises et de leurs effets, alors nous pouvons imaginer constater – et trouver raisonnable – un décollement progressif de la norme territoriale pour permettre aux États de traiter certains types de comportements.

19 *Morrison v. National Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

20 M. Dubertret, « Affaire *Morrison v. National Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge ? », *Revue de droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2010, étude 17.

21 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

Convergence et harmonisation

Au-delà des efforts unilatéraux d'adaptation, force est de constater que les États et, comme suggéré ci-dessus, leurs régulateurs, s'efforcent de réfléchir l'harmonisation et la convergence. Cet exercice souffre bien entendu de toutes les difficultés que nous permettent d'imaginer tant la *game theory*, que la nature essentiellement politique et nationale des acteurs impliqués. Il dépasse mon propos de cataloguer ici toutes les initiatives d'harmonisation et de convergence, ou d'en mesurer l'importance relative par rapport aux initiatives centrifuges et les émergences de modèles non convergents. Mon avis en tant que praticien avec un peu de route derrière moi est que cette tendance vers l'harmonisation et la convergence n'est qu'un des nombreux vecteurs qui anime le génie de nos législateurs ; et que l'histoire nous apprend qu'il n'est guère réaliste d'imaginer que ce voyage soit durablement et conclusivement animé par un esprit de convergence.

*Entre l'autorégulation et l'État de droit :
une justice négociée par l'auto-enforcement*

Comme nous l'a remarquablement détaillé Olivier Boulon²², les États se trouvent de plus en plus démunis face aux entreprises transnationales pour ce qui est de l'*enforcement* des normes juridiques dans un contexte globalisé. La démonstration de la culpabilité de grands groupes internationaux devant la justice étatique classique nécessite en effet un travail colossal d'enquête et d'analyse de preuves aux résultats très incertains. La complexité des affaires, la globalisation de l'économie, la dématérialisation des données et l'hyper-sophistication du système financier international rendent éminemment complexe le processus de recherche de preuves. Dans les affaires importantes, des moyens considérables sont désormais nécessaires pour collecter, analyser et synthétiser les milliers d'informations pertinentes cachées dans les différents pays où sont actives les entreprises mises en cause. Or, aussi puissants soient-ils, les États ne disposent pas, isolément, des moyens pour mener des telles enquêtes et la coopération judiciaire entre États reste encore trop embryonnaire pour leur permettre de mener à bien, en un temps raisonnable, des enquêtes de qualité au niveau international. Les États se trouvent ainsi confrontés à une situation nouvelle, celle de leur incapacité à instruire ces affaires selon une procédure pénale classique.

22 Voir Olivier Boulon, « Une justice négociée », in Antoine Garapon & Pierre Servan-Schreiber, *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

Conséquence de ces difficultés inédites, une nouvelle forme de justice « très » économique²³ se met progressivement en place. Les textes promeuvent et protègent la délation, la procédure avantage le premier à craquer. Le régulateur recrute le « *whistleblower* »²⁴, enjoint l'entreprise à lui donner les moyens anonymes de son action. Les textes promeuvent et protègent les auditeurs externes, et les arment de droits d'alertes multiples. L'autorité de contrôle use du levier de la loi, et de la menace du procès, pour amener les entreprises à accepter de mener des enquêtes à leurs propres frais sur leurs prétendus manquements. L'autorité ensuite développe son usage de la transaction pour obtenir de l'entreprise le règlement d'une amende – parfois confidentielle et souvent sans reconnaissance explicite de violation de lois – dont le montant est négocié sous la menace d'un procès incertain et de pénalités légales parfois très significatives. Après signature d'accord transactionnels²⁵, l'entreprise se voit contrainte d'accepter la présence d'un moniteur chargé de vérifier la mise en conformité de l'organisation interne de l'entreprise²⁶.

Les États cherchent donc à ajuster leur pouvoir normatif pour mieux répondre aux dynamiques diverses de la globalisation. Ce travail des États s'opère selon de nombreux axes qu'il serait vain d'énumérer. Je retiens ci-dessus les explorations qui me semblent marquer les principaux frémissements structurels contemporains : premièrement, l'expérimentation de l'État, de ses régulateurs et de son appareil judiciaire national avec les limites fonctionnelles du concept de la territorialité du droit, lorsqu'il s'agit de réguler les comportements globaux d'entreprises déracinées ; deuxièmement, l'hésitation de l'État entre la volonté de se différencier des autres pour se rendre plus attractif, et le besoin confortant d'une convergence normative ; et enfin, phénomène récent, cette expérimentation néo-policière avec des armes et des contraintes nouvelles, lorsque, au prix de quelques compromis avec des principes jusqu'ici fondamentaux, l'État transforme l'entreprise en

23 Voir Antoine Garapon, *op. cit.* chapitre 5.

24 Le 1er octobre 2013, la SEC a annoncé avoir versé 14 millions de dollars à un dénonciateur anonyme, le plus gros montant jamais versé par l'agence à ce jour (Securities and Exchange Commission, *SEC awards more than \$14 Million to whistleblower*, communiqué de presse, 1er octobre 2013). Le site internet de la SEC comporte une section spéciale dédiée aux lanceurs d'alertes anonymes. Les dénonciations peuvent se faire facilement en ligne grâce à la page "Submit a Tip". <http://www.sec.gov/whistleblower>

25 A. Mignon Colombet, F. Buthiau, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée, Punir, Surveiller, Prévenir ? », *JCP G*, n°13, 25 mars 2013, p. 621.

26 Sur cette question, V. Antoine Garapon, Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisé*, PUF, octobre 2013.

son propre délateur et inspecteur. Je vois là trois forces qui feront évoluer la structure normative qui guide nos entreprises transnationales.

III. — LE CHEMIN DE L'ENTREPRISE : DE LA *COMPLIANCE* À L'INNOVATION SOCIALE

J'ai déjà évoqué la tentation que présentent pour l'entreprise les espaces mal normés ouverts par la globalisation. Cette tentation est régulée en partie par les efforts que font les États pour trouver des leviers nouveaux, à la marge des concepts classiques du droit, et qui – du moins pour les pays les plus puissants tels les États-Unis – dépassent en partie l'historicité territoriale et le fonctionnement classique de la justice. Mais cette tentation fait aussi et tout naturellement l'objet d'une réflexion interne, d'opportunité, d'identité et d'éthique au sein des entreprises. C'est ce point que j'aimerais maintenant explorer. Face à la globalisation, les entreprises développent et adaptent une nécessaire et nouvelle autorégulation en déployant les outils qui constituent leur contribution à l'émergence d'un ordre nouveau ; en ce faisant, et en attendant l'hypothétique émergence d'une gouvernance globale, les entreprises nous forcent à constater que l'ordre nécessaire n'est pas *stricto sensu* juridique, faute de source étatique.

Conformité, compliance et éthique

Au cours des trente dernières années, la *compliance* est devenue un business pour juristes d'entreprise, avocats, consultants, « *risk managers* » et conseils d'administration. Inventée symbiotiquement par l'entreprise et le régulateur, d'abord dans le sillage du *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, de la Commission Packard sous Reagan pour enfin être propulsée en première ligne par les *Federal Sentencing Guidelines* de 1991 et *Sarbanes-Oxley* en 2002²⁷, la *compliance* s'est progressivement étendue dans le monde des entreprises multinationales.

Cette propagation en elle-même serait intéressante à retracer, marquant comme elle le fait les étapes successives du régulateur américain et de l'autorité de la concurrence européenne, qui cherchent d'abord à policer leurs entreprises nationales, et celles, étrangères qui s'implantent ou contractent dans leur territoire, puis celles plus lointaines dont l'action peut avoir

27 James Weber and David Wasieleski, « Corporate Ethics and Compliance Programs : A Report, Analysis and Critique », *Journal of Business Ethics*, 112 : 609-626, November 2012.

un effet dans ledit territoire, pour enfin attirer dans leurs filets toute entreprise qui laisserait par inadvertance traîner la moindre connexion juridictionnelle. Progressivement, par mimétisme, nécessité politique ou convergence voulue pour rééquilibrer le champ de jeux, de plus en plus d'États ont doté leurs régulateurs d'arsenaux juridiques concurrents.²⁸

Les programmes de *compliance* sont donc très en vogue depuis quelque temps. Ils nous viennent pour l'essentiel des États-Unis. Il s'agit d'un ensemble d'actions, de décisions et des processus qui permettent d'assurer le respect, d'une part, des normes applicables à l'entreprise par ses salariés et dirigeants, et d'autre part, des valeurs et d'un esprit éthique choisis par l'entreprise. Leur non-respect peut entraîner des sanctions judiciaires ou administratives, des pertes financières ou une atteinte à l'image ou la réputation. Dans sa conception américaine, la *compliance* est un « outil majeur de prévention de la délinquance économique en ce qu'elle permet d'intervenir directement au sein des sociétés en leur imposant d'adopter des processus internes efficaces pour assurer le respect des normes et en garantir le contrôle »²⁹. En ce sens, elle est peut-être à ce jour la meilleure réponse à l'exigence de renouvellement du modèle normatif classique – étatique, vertical, unilatéral – rendu obsolète pour le triomphe de l'entreprise – nomade et évanescence – dans tous ses États !

Le développement des règles de *soft law* et des programmes de *compliance* est également et peut-être surtout une réponse à ce besoin d'harmonisation et de participation active des acteurs privés à leur propre régulation. On peut citer à cet égard les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. Il s'agit de recommandations aux entreprises multinationales afin de favoriser une conduite raisonnable des entreprises

28 Voir par exemple le *UK Bribery Act* de 2010. Le *Bribery Act* se différencie des lois antérieures en rendant une entreprise strictement responsable dès lors qu'elles n'empêchent pas des actes de corruption, la seule excuse étant que l'entreprise ait mis en œuvre des procédures adéquates visant à prévenir des actes de corruption. « *But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.* » *Bribery Act*, 2010, Section 7 (2). Le *Bribery Act* a une forte dimension extraterritoriale, une entreprise pouvant être sanctionnée pour des actes de corruption partout dans le monde, dès lors que l'entreprise est une entreprise de droit anglais, ainsi que toute entreprise de droit étranger avec une « présence » au Royaume-Uni. L'acte prévoit en effet qu'est concerné « *a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), [et] any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom* ». Ibid. Section 7 (5). Dans certaines circonstances, une entreprise anglaise peut être tenue responsable d'actes de filiales étrangères.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

29 A. Mignon Colombet, F. Buthiau, *op. cit.* p. 625-626.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

dans les domaines des relations professionnelles, des droits de l'homme, de l'environnement, de la fiscalité, de la publication d'informations, de la lutte contre la corruption, des intérêts des consommateurs, de la science et de la technologie, et de la concurrence. Les *Principes directeurs* ont été mis à jour en 2011 pour la cinquième fois depuis leur adoption en 1976. Des rapports annuels décrivent les actions engagées par les pouvoirs publics des pays signataires pour honorer concrètement leur engagement.

Vu du côté de l'entreprise, la *compliance* se développe comme un outil de gestion du risque juridique, d'abord au « premier degré », en donnant à l'entreprise les moyens de réduire l'incidence de comportements illégaux, puis au « second degré », en donnant à l'entreprise un moyen de démontrer sa « bonne conscience », ou son absence d'« intention délictuelle » afin d'éviter si possible l'application de peines ou pénalités renforcées que le régulateur pourrait chercher à mettre en œuvre dans sa panoplie dissuasive.

Nous sommes proches d'un anthropomorphisme juridique de la personne morale : quel avatar de la conscience humaine régulerait le comportement juridique ou éthique d'une personne morale ?³⁰ Comment peut-on, alors même qu'il y aurait eu défaillance, mesurer le degré de « culpabilité » de l'objet hybride, pour revenir à Bruno Latour, qu'est l'entreprise multinationale ?

Comme « *el Grillo parlante* » devenu « Jiminy Cricket », la *compliance* est le refrain d'autoévaluation et d'autocorrection permettant à l'entreprise d'apprendre et d'internaliser ce qu'est un comportement conforme. En effet, le processus de *compliance* est parfois schématisé comme un cycle : la détection suivie par la réaction menant à la prévention, de nouveau suivie par la détection et ainsi de suite.³¹ La *compliance*, en développant et en réfléchissant ses outils et ses procédés internes (directeurs de la conformité, chartes, formation, procédure d'alerte, etc.) devient un système et un réflexe. Il constitue aujourd'hui un levier interne de gouvernance, une sorte de

30 Sachant qu'il s'agit là aussi d'une forme émergente de comportement collectif, il est intéressant de tracer le cheminement des idées nous venant du siècle dernier sur le comportement des « foules » et l'émergence de la notion de « public » (voir par exemple Gabriel Tarde, *L'Opinion et la Foule*, ou encore José Ortega y Gasset, *La Révolte des Masses*), pour venir aujourd'hui à la théorisation moderne du comportement collectif au sein d'une entreprise (par exemple Blanche Segrestin et Arnaud Hatchuel, *Refonder l'Entreprise*), ou encore au sein de réseaux ou de systèmes complexes (voir not. les travaux du Santa Fe Institute sur les *complex adaptive systems* et *agent based models*).

31 Ce concept est repris notamment par GE dans son « Integrity Booklet ; The Spirit and the Letter », qui établit les trois axes « *Detect, Respond, Prevent, a 360° cycle* », et six piliers ou « *building blocks* » : « *tone at the top, risk assessment and abatement, concern reporting and resolution, communication, training, measurements* ».

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

système nerveux ou cette conscience de l'entreprise, dont le rôle normatif ne doit pas être sous-estimé. En dépassant son rôle original de contrôle des seuls risques juridiques et réglementaires, pour intégrer une dimension éthique et RSE, la *compliance* est en train de devenir un outil d'apprentissage, de dissémination et de contrôle de l'ensemble des comportements extra-financiers recherchés : certains parlent du « *beyond compliance* ». ³² L'outil devient un vecteur de progression de la norme.

Éthique et RSE

Wittgenstein nous déclare dans son cours sur l'éthique qui « si quelqu'un pouvait écrire un livre sur l'éthique qui était vraiment un livre sur l'éthique, alors ce livre, en une explosion, détruirait tous les autres livres du monde »³³. Force est de constater que le livre sur le sujet ne semble pas encore avoir été écrit, et que le sujet de l'éthique dans l'entreprise continue à poser plus de questions qu'il ne propose de réponses.³⁴

Cependant, et malgré l'incertitude du contenu et des contours du concept, l'éthique en entreprise intéresse au plus haut niveau de l'entreprise. En effet, concomitamment à la croissance de la puissance économique et financière des entreprises, notre monde a vu se fluidifier la circulation de l'information concernant les entreprises. L'internet et la presse, alertés par le monde associatif ou des ONG, véhiculent rapidement et sélectivement rumeurs et faits concernant les écarts de conduite des entreprises. L'effet peut être immédiat, souvent difficilement réversible, sur une réputation, une marque ou une clientèle. La réputation d'une l'entreprise constituant un de ses actifs immatériels essentiels, aucun dirigeant responsable n'ignore aujourd'hui le risque que ferait courir à son entreprise la perception que celle-ci, ou que ses dirigeants, seraient indifférents à la dimension éthique de l'entreprise ou de son activité.

Un attachement à un comportement éthique, et la capacité à démontrer cet attachement, est donc devenu un élément essentiel de la direction d'une entreprise. Le rattachement en est incertain – parfois auprès de la direction générale, parfois de la direction juridique, et parfois encore de la direction de la communication. Une fois la question de rattachement résolue, se pose

32 Wayne Norman, « Business Ethics as Self-Regulation : Why Principles that Ground Regulations Should be Used to Ground Beyond-Compliance Norms as Well », *J. Business Ethics* (2011) 102 : 43-57.

33 Wittgenstein's Lecture on Ethics (1929-30), in *Philosophical Review* 74 (1) 1965, p. 3-26 (7) : « *if a man could write a book on Ethics which was really a book on Ethics, this book would, with an explosion, destroy all the other books in the world* »

34 Voir par exemple : Alain Anquetil, *Qu'est-ce que l'éthique des affaires ?* Vrin, 2008.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

la question de son indépendance et celle de la justice interne qui la véhicule. Chaque entreprise en fait aujourd'hui son élixir particulier, fonction de son histoire, de ses marchés et de ses dirigeants.

Mais le point essentiel est que cette évolution est aujourd'hui incontestable : le rôle et la place de l'éthique en entreprise, parfois conjugué en RSE, se réfléchit, se théorise, et (se) grandit. Même si cette réflexion reste un début de chantier, en raison, entre autres de la diversité de l'expression du rôle de l'éthique et de la RSE, et de la manière dont ce vecteur doit confluer avec la recherche d'une performance financière dans un système de marché, il s'agit sans aucun doute d'un vecteur normatif interne à l'entreprise qui, avec la *compliance* évoquée ci-dessus, est appelé à influencer sur l'évolution de la norme externe.

L'innovation sociale

L'innovation sociale³⁵ dans l'entreprise porte aujourd'hui plusieurs chapeaux : reste à comprendre si ceux-ci sont phénomène de mode, ou s'ils témoignent d'une évolution de la nature de l'entreprise, ou du moins des méthodes utilisées et des objectifs recherchés par celle-ci. Massotte note que l'innovation sociale « a longtemps été cantonnée aux marges du monde industriel, soit dans les ONG... soit dans les activités sociales ou associatives considérées comme hors marché »³⁶. Je rajouterai que certains vecteurs puissants d'innovation sociale nous viennent aussi sans doute de sources que nous n'avons pas habitude de consulter ou d'absorber : les expériences et l'inspiration du Docteur Yunus avec Grameen et de sir Fazle Hasan Abed avec BRAC³⁷ nous viennent du Bangladesh, forgées dans un foyer incomparable au nôtre. Force est de constater, cependant, que consultants à l'appui, l'innovation sociale creuse aujourd'hui son lit dans le monde de l'entreprise.³⁸ Nous identifions généralement les trois arguments suivants

35 Nous ne nous attarderons pas sur la recherche d'une définition de ce que constitue l'innovation sociale : posons simplement l'idée d'une réflexion ouverte et novatrice sur les moyens et les modes d'organisation sociaux mis en œuvre par l'entreprise, ainsi que les effets sociaux de l'action de l'entreprise.

36 Pierre Massotte, « Comment l'innovation sociale bouscule les entreprises », *Paris Tech Review*, 13 juin 2013 ; Jason Saul, *Social Innovation, Inc : 5 strategies for driving business growth through social change*, Jossey Bass 2011.

37 Ian Smilie, *Freedom from Want, the incredible success story of BRAC, the Global Grassroots Organization that's winning the Fight against Poverty*, Kumarian Press, 2009.

38 Mary Brainerd, Jim Campbell, Richard Davis, « Doing Well by Doing Good : a Leaders' guide », *Mc Kinsey Quarterly*, September 2013.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

pour faire valoir l'intérêt d'une réflexion en entreprise sur les vertus de l'innovation sociale.

D'abord, l'innovation sociale contribuerait à l'émergence de nouveaux modes de comportements organisationnels à l'intérieur de l'entreprise, des fonctionnements plus libres, en réseaux, moins hiérarchiques. Ces arguments sont développés, entre autres, par Segrestin et Hatchuel dans leur ouvrage *Refonder l'Entreprise*³⁹. Pour des raisons historiques, juridiques et financières, l'entreprise d'aujourd'hui frustre l'innovation⁴⁰, décourage l'engagement sociétal (y compris le mécénat et la philanthropie pensés et constitués comme des silos séparés). Il faut innover en structures pour libérer l'innovation et l'engagement social en entreprise. Les travaux avancent sur les nouvelles formes juridiques qui permettent de détricoter la matrice « capitaliste classique » de la société par actions actuelle (actionnariat, objet social, financement et gouvernance)⁴¹. En France, même les secteurs associatif, mutualiste, coopératif et philanthropique, qui font corps avec le *statu quo*, commencent modestement à explorer l'innovation sociale venue d'ailleurs et à explorer les possibilités d'une évolution dépassant le grand progrès de 1901.⁴²

Ensuite, l'innovation sociale serait un moteur de recherche d'abord de réduction d'« externalités négatives » et plus avant, un vecteur poussant à la génération « d'externalités positives » – externalités visant ici des conséquences autres que financières.⁴³ L'ambassadeur de cette notion, le penseur américain Paul Hawken, distille cette thèse depuis son œuvre *Natural Capitalism*. Les idées qu'il trace font aussi leur chemin.

Enfin, l'innovation sociale se justifierait comme une source d'amélioration de performance financière des entreprises – ou du moins comme un facteur contribuant à faire émerger une valeur immatérielle

39 Voir, B. Segrestin, A. Hatchuel, « Refonder l'Entreprise », Seuil, 2012.

40 Voir, Navi Radjou, Jaideep Prabhu, Simone Ahuja et Jean-Joseph Boillot : « Innovation Jugaad : Redevenons ingénieux ! » Diatino, 12 avril 2013.

41 Voir, K. Levillain, « La *flexible purpose corporation* ; Un petit pas pour le juriste, un grand pas pour l'entreprise ? » *Cadres-Cfdt*, n°450-451, octobre 2012.

42 Le projet de loi sur l'économie sociale et solidaire, préparée par les équipes de Benoit Hamon au Ministère de l'Économie et des finances, présentée au Conseil des Ministres le 24 juillet 2013, et discutée au Sénat du 6 au 8 novembre 2013, témoigne de l'ambition et de la difficulté à faire se rapprocher le monde de l'entreprise et le monde de l'économie solidaire. Ce projet de loi témoigne aussi de la force conservatrice politique de la philanthropie en France qui continue à se battre, en cherchant à lui imposer une dotation minimale, contre l'instrument souple qu'est le fonds de dotation, et dont le pécher originel était de contourner la taxation de la philanthropie française par les fondations abritantes.

43 P. Hawken, A. Lovins et L.H. Lovins, *Natural Capitalism*, Earthscan 2010.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

valorisée par les consommateurs, le public et même, parfois et en conséquence, par les marchés financiers. Massotte témoigne que l'émergence de ces nouveaux modèles d'organisation prenant mieux en compte la complexité des marchés et le pouvoir des réseaux, permet de poursuivre (sans doute avec succès) le graal du « *doing well by doing good* ». La progression de ce monde de l'innovation sociale et de ses vertus passe sans doute par des études plus affinées permettant de créer un lien causal entre l'innovation et la valeur d'une entreprise. Les arguments sont là, le début de preuve se construit. En attendant, les entreprises entrent, par conviction, par devoir ou par effet de mode, le jeu de l'innovation sociale.^{44,45} Pour ma part, j'y vois une tentative nouvelle et prometteuse de réconciliation de la prééminence actionnariale avec le devoir de respect et de contribution aux intérêts des autres parties prenantes.

Le chemin de l'entreprise, dans le monde globalisé en manque de normes adéquates, conjugue donc, au-delà de l'intérêt de l'actionnaire, toute une panoplie émergente de ces concepts baroques que sont la *compliance*, l'éthique, la RSE et l'innovation sociale. Le moteur qui les réunit, ou pas, c'est la gouvernance de l'entreprise, qui, compte tenu du pouvoir et de la richesse concentrée en celles-ci, véhicule nécessairement des responsabilités nouvelles, que le droit les reconnaisse ou pas.

Gouvernance

L'éthique, la RSE et l'innovation sociale sont donc des valeurs redécouvertes, mises à la mode par le début d'un siècle nouveau, par des multiples séismes (crises financières, immobilières, budgétaires, climatiques, émergence des BRICS, etc.) et par le constat de la dimension nouvelle de l'entreprise transnationale dans notre globalisation. Le pouvoir et la responsabilité qui accompagne l'envergure de ces entreprises ont donc contribué à la nécessité de voir émerger des outils et des règles de gouvernance. L'indépendance des administrateurs, leur professionnalisme croissant, la meilleure définition de la responsabilité des dirigeants et des administrateurs, le devoir de transparence sur l'information financière et progressivement extra-financière constituent autant d'outils développés par et pour le

⁴⁴ Rapports McKinsey.

⁴⁵ Virginie Robert, *Les Echos*, « Gouvernance », 18/10/2013, « Le PDG d'Unilever loue la responsabilité sociale », <http://business.lesechos.fr/directions-generales/gouvernance/le-pdg-d-unilever-loue-la-responsabilite-sociale-55882.php>.

[p. 71-90]

Christopher L. BAKER

Arch. phil. droit 56 (2013)

régulateur, et qui attribuent à la direction de l'entreprise des responsabilités et des moyens de plus en plus sophistiqués pour la conduite de l'entreprise.

Armés de leurs nouveaux outils et de leurs nouvelles responsabilités, les dirigeants d'aujourd'hui, à la tête d'entreprises extraordinairement puissantes, ne peuvent plus se contenter d'impulser un comportement purement économique, ne peuvent plus se considérer comme contraints par la seule norme légale. Le dirigeant se doit, pour le bien de l'entreprise qu'il dirige, d'impulser un comportement éthique, d'explorer la production d'externalités socialement utiles, tout en naviguant les tempêtes des marchés. Ces évolutions mènent, sans angélisme, mais sans ambiguïté aucune, dans cette direction. La marée normative est montante, la *soft law* façonnée par les entreprises, anticipe et forme la norme de demain.

CONCLUSION

Nous sommes témoins de l'émergence⁴⁶ d'un objet hybride nouveau : l'entreprise globale post-capitaliste. Celle-ci co-développe sa norme en symbiose avec un État dont la volonté régulatrice a, par la force des choses, dépassé le droit traditionnel. Il ne s'agit pas simplement d'un nouvel ordre juridique. Les entreprises, les États, les philosophes et les juristes font de l'innovation sociale : nous en avons le devoir.⁴⁷

cbakerparis@gmail.com

⁴⁶ L'émergence ici au sens du concept scientifique issu de la théorie de la complexité, appliquée aux sciences sociales et pourquoi pas au droit. Voir les travaux du Santa Fe Institute (SFI) *Human Behavior, Institutions, and Social Systems*. <http://www.santafe.edu/research/themes/human-behavior-institutions-and-social-systems/>