

Les normes éthiques

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL
Avocat associé Ernst & Young Société d'avocats

Résumé : Malgré leur diversité apparente, les normes éthiques issues par les entreprises (codes de bonne conduite, chartes de développement durable et chartes éthiques) traitent de thèmes relativement harmonisés, qui évoluent en fonction des risques perçus. Cette pratique, venue du monde anglo-saxon, est désormais bien partagée par les entreprises cotées européennes, de grande ou taille moyenne. La tendance est d'ailleurs à la standardisation, illustrée notamment par la mise en place de la norme ISO 26000 en matière de RSE et le projet de normes ISO en matière d'anti-corruption.

Ces normes éthiques ont été développées en réponse à un enjeu majeur – préserver l'actif désormais le plus important des entreprises, à savoir sa réputation – et deux types de textes. Les premiers incitent à la mise en place de telles normes dans le cadre de programmes de conformité, afin de bénéficier de sanctions moindres en cas de violation. Toutefois, les textes plus récents en la matière vont plus loin et sanctionnent désormais le défaut de programme efficace. Le second type de textes oblige l'entreprise, non pas à faire, mais à communiquer sur ce qu'elle fait en matière de RSE sur le mode du *comply or explain*, visant ainsi à encourager les comportements vertueux. Ici aussi, la tendance est au renforcement, illustré par le développement des obligations de transparence qui s'imposent désormais aux entreprises de certains secteurs.

La question de l'opposabilité de ces normes qui constituent la *soft law* est classique. Les réponses se sont clarifiées au fur et à mesure que les documents éthiques gagnaient en substance et juridicité. Dès lors que ces normes sont publiées, par exemple sur le site internet de l'entreprise, elles produisent des effets juridiques. C'est ainsi qu'en droit français, la procédure de modification du règlement intérieur doit être suivie afin de rendre ces normes opposables aux salariés. Par ailleurs, certaines conditions doivent être remplies afin de pouvoir entrer dans le champ de la déclaration simplifiée des alertes éthiques, tel que défini par la CNIL. Les dirigeants pourraient de leur côté voir leur responsabilité engagée par leurs actionnaires en cas de communication d'informations erronées sur les sujets éthiques. Enfin, la requalification d'une telle communication en pratiques commerciales trompeuses est désormais posée aux juges français, une enquête ayant été récemment ouverte sur ce fondement.

Le développement des normes éthiques, répondant aux demandes des parties prenantes dans un contexte international complexe, pose en effet la question fondamentale de la finalité de l'entreprise et de la gestion des conflits d'intérêts entre objectifs éthiques et but lucratif.

Mots-clés : Alerte professionnelle, chartes de développement durable, chartes éthiques, CNIL, Codes de bonne conduite, concurrence déloyale, diffusion d'informations erronées, faute de gestion, norme ISO 26000, pacte mondial, pratiques commerciales trompeuses, responsabilité contractuelle, règlement intérieur, RSE, transparence

INTRODUCTION

Le thème des normes éthiques soulève, d'emblée, plusieurs contradictions spontanées.

Commençons, avant d'entrer dans les débats, par traiter du sujet de la différence entre l'éthique et la morale :

« Les deux termes éthique et morale font l'objet de définitions diverses et parfois contradictoires. Nous utilisons de manière quasi équivalente les deux termes d'origine étymologique grecque (*ethos*) et latine (*mos*) pour désigner les processus par lesquels l'être humain, en référence à une altérité, tente d'humaniser son existence et celle d'autrui et de leur donner sens. La morale – ou l'éthique – est indissociable d'un travail de réflexion critique sur les cultures et les institutions afin de rendre les conditions concrètes d'existence des personnes plus conformes à des idéaux reconnus et partagés concernant la justice et le bien »¹.

Même après ces précisions, la première contradiction persiste. Elle porte sur la compatibilité même entre ces deux termes, celui de normes qui, implicitement, évoque l'idée de force obligatoire alors que l'idée d'éthique relève du sens partagé mais intime du bien et du juste. L'une des définitions de Paul Ricœur, qu'il est impossible de ne pas citer dans ce cadre, permet, en partie, de la résoudre :

« L'éthique peut être définie, très en gros, comme une orientation de l'agir humain par des normes »².

L'entreprise, tout comme l'être humain, aurait donc besoin d'agir dans un cadre normé, besoin rendu encore plus crucial du fait de l'internationalisation de ses activités.

Ce besoin expliquerait aussi l'extension du champ de la norme du domaine technique à l'éthique, seconde contradiction apparente.

1 Cécile Renouard, « L'intérêt économique aux prises avec la visée éthique : le cas de Rio Tinto Alcan au Ghana », *Mondes en Développement*, Vol.36-2008/4-n°144 63.

2 Paul Ricœur, « Postface au Temps de la responsabilité » [1991], in *Lectures 1. Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991, p. 272.

Or, force est de constater que cette tendance ne fait que s'amplifier. La norme ISO 26000 en est l'illustration. Adoptée en 2010, elle a pour objectif de proposer aux entreprises un cadre structurant (mais non certifiable, contrairement aux normes techniques) pour leur permettre de répondre correctement aux questions centrales de responsabilité sociétale en matière de :

- gouvernance de l'organisation,
- droits de l'homme,
- relations et conditions de travail,
- environnement,
- loyauté des pratiques,
- questions relatives aux consommateurs,
- communautés et développement local.

Cette tendance, qui voit la norme se déplacer du domaine technique à des domaines beaucoup plus transverses, est de fond. Preuve en est : l'Organisation Internationale de la Normalisation, qui s'est réunie à Londres du 24 au 27 juin 2013, a décidé de créer une norme ISO en matière d'anti-corruption, qui, elle, est appelée à être certifiée. Un autre comité travaille, parallèlement, à la mise en place d'un nouveau standard ISO Compliance qui pourrait voir le jour en 2014.

Ces normes éthiques diffèrent-elles, ou non, par leur nature même, des normes techniques ? La question qui se pose notamment, au-delà des moyens d'action de l'entreprise, est celle de la finalité poursuivie par l'entreprise.

Or l'élargissement du champ d'intervention des entreprises était loin d'être évident il y a encore quelques dizaines d'années. Rappelons que le droit du Delaware a dû être modifié afin que les administrateurs, qui s'engageaient dans des politiques de RSE, ne voient pas leur responsabilité engagée par des actionnaires qui s'en tenaient à une conception stricte de l'entreprise caractérisée par la position de Milton Friedman, Prix Nobel d'Économie :

« *There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud* »³.

3 "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", by Milton Friedman, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, consulté sur <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html> le 12 juillet 2013.

Les opinions ont certes évolué depuis cette date, ainsi que l'illustre la position de William Caly Ford, Jr., alors Président de Ford, qui déclarait :

*"We have three obligations : to provide superior returns to our shareholders ; to give customers exactly what they're looking for ; and to do it in a way that has the least impact – or the most benefit – for the environment and for society in general. Keeping our eye on all three of those equations is the recipe for future success".*⁴

Pourtant les questions de fond qui sous-tendent ce développement des normes restent nombreuses. Elles le sont également en droit.

Émises par les entreprises, les normes éthiques sont en effet au cœur du développement de la *soft law* caractérisée par un foisonnement de textes dont la nature et la substance sont très différentes. Pour mieux appréhender ce phénomène, il est donc nécessaire, dans un premier temps, de tenter de classer ces normes éthiques selon leur typologie et leurs sources (I).

Ce panorama des pratiques permettra ainsi d'aborder l'un des questions majeures posées par ces normes : celle de leur valeur juridique. Le temps du passage du « markéthique » aux normes éthiques est-il enfin venu (II) ?

I. — TYPOLOGIE ET SOURCES DES NORMES ÉTHIQUES

A. — *Typologie*

Les normes éthiques émanant des entreprises, elles recouvrent plusieurs types de documents, voire les mêmes types de documents dont, toutefois, les intitulés diffèrent en fonction de leurs auteurs (1). Toutefois, derrière cette apparente diversité se dégage une relative harmonie dans les thèmes abordés par ces codes et chartes qui relèvent désormais d'une pratique bien partagée par les entreprises d'une certaine taille (2).

1 Des documents de nature et à visée différentes

Nous pouvons classer les documents s'apparentant aux normes éthiques en trois grandes catégories : les codes de bonne conduite, les chartes de développement durable et les chartes éthiques.

Un code vise : « un corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs [...], soit d'une élaboration réglementaire [...], soit d'une codification formelle de textes préexistants [...] et reclassés selon leur origine »⁵. En cohérence avec cette définition, les codes de bonne conduite

⁴ <http://www.aps.org/units/fps/newsletters/2002/january/a1jan02.html>, site consulté le 12 juillet 2013.

⁵ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000, 8e éd., p. 154.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

sont avant tout des documents listant et explicitant les règles applicables à l'entreprise, celles-ci étant par nature conformes à la loi, voire, pour les entreprises internationales opérant dans des pays dont le système juridique est jugé insuffisant à certains égards, supérieures aux lois locales. La circulaire de la Direction Générale du Travail du 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur⁶, indique ainsi que « les "bonnes pratiques", souvent réunies dans un "guide" ou un "code", sont des références et des conseils, applicables à une entité ».

Ces codes s'insèrent dans des programmes de conformité, dont l'objectif premier est de prévenir les violations des règles :

« Un "programme de conformité et d'éthique" est l'ensemble d'actions mises en œuvre par l'entreprise visant à rendre les comportements des dirigeants et salariés, tant au sein de l'entreprise que vis-à-vis des tiers, conformes aux valeurs de l'entreprise et à la norme, interne et externe, qu'elle applique et ce, quelle que soit la zone géographique où ils opèrent »⁷.

Ils sont, avant tout, destinés aux salariés de l'entreprise, voire à ses fournisseurs ou partenaires. Pour autant, leur communication dépasse bien souvent le périmètre interne : les codes de bonne conduite sont très souvent disponibles sur les sites internet des entreprises.

Les chartes de développement durables poursuivent, elles, un objectif différent : celui d'explicitier, vis-à-vis des parties prenantes, la politique appliquée par l'entreprise dans le domaine de l'environnement, des relations avec les salariés et des interactions avec la société civile. Ces chartes illustrent ainsi « L'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁸. Il s'agit donc d'un document destiné avant tout à être communiqué au public, plus axé sur les grands principes que sur les référentiels que l'entreprise entend appliquer en la matière.

Une première constatation s'impose à ce stade : l'entreprise, par les biais de ces codes et chartes, a sans doute recréé de la complexité là où l'un des objectifs initiaux était de simplifier, en les explicitant, les normes applicables.

6 Circ. DGT n° 2008-22, 19 nov. 2008, NOR : MTST0880880C, *BO min. Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité* n° 2008/12, texte 4/33, p. 1-24, 30 déc. 2008, Citations p. 3-4.

7 Virginie Lefebvre-Dutilleul, *Codes de bonne conduite et chartes éthiques, outils de gestion des risques*, Éditions Lamy Conformité, 2012.

8 Livre Vert de la Commission Européenne « *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* » – 18 juillet 2001.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

La charte éthique serait-elle un moyen de résoudre cette contradiction apparente ? En effet, alors que le code fait la synthèse des règles, la notion de charte, elle, évoque un acte fondateur. Ce sont les valeurs de l'entreprise qui y sont mises en avant, plutôt que les normes. La circulaire DGT précitée, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, rappelle ainsi que :

« L'éthique est une discipline pratique et normative qui se donne pour but de dire comment les êtres doivent se comporter. Pour ce faire, des critères sont établis pour juger si une action est bonne ou mauvaise et pour juger les motifs et les conséquences d'un acte. L'éthique sociale est la branche de l'éthique qui s'intéresse non pas aux actions individuelles mais aux ensembles sociaux en général. En la matière, par exemple, le monde anglo-saxon a placé au cœur de sa réflexion la notion de conflit d'intérêts »⁹.

Logiquement, les destinataires de la charte éthique sont à la fois les parties prenantes de l'entreprise, qui appréhendent ainsi les valeurs dans lesquelles les actions de l'entreprise s'inscrivent, mais aussi ses salariés, fournisseurs et partenaires, qui, en adhérant à ces valeurs, permettent à l'entreprise d'atteindre ses objectifs stratégiques dans le respect de ses valeurs.

2 Des thèmes communs

Malgré leurs objectifs et leurs publics différents, il est frappant de constater que ces codes et chartes abordent quasiment tous les mêmes thèmes.

Une étude réalisée en 2011 sur les codes de bonne conduite et chartes éthiques des sociétés du CAC 40¹⁰ illustre, par ordre décroissant des codes concernés, les domaines couverts :

Respect de l'environnement	100 %
Relations de travail et développement personnel	90 %
Relations commerciales	81 %
Concurrence	78 %
Corruption	78 %
Santé et sécurité	78 %
Qualité fournisseurs	75 %
Informations des actionnaires	75 %
Informations des marchés financiers	75 %

⁹ Circ. DGT n° 2008-22, 19 nov. 2008, préc., citation p. 4.

¹⁰ Roquilly Ch., « Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40. – Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise », *Cah. dr. entr.*, 09-10/2011, 2011, p. 29.

Conflit d'intérêts	75 %
Protection du patrimoine de l'entreprise	63 %
Conditions de travail	60 %
Prise de position politique ou implication dans une activité politique	60 %
Données confidentielles	54 %
Délit d'initié	54 %
Respect de la vie privée	45 %
Respect des cultures	45 %
Droits de l'Homme	39 %
Contrôle interne et gestion des risques	36 %
Réputation	30 %
Gouvernance de l'éthique (dispositif, comité, fonction)	30 %
Médias et expression publique	24 %
Libertés individuelles	18 %
Blanchiment	18 %
Propriété intellectuelle	15 %
Exportation	12 %
Marchés publics	9 %
Fiscalité	9 %
Performance	6 %
Abus de biens sociaux	6 %
Relations intra-groupe	6 %

Les thèmes listés ci-dessus illustrent les zones de risques telles que perçues à l'époque par les entreprises. Ces thèmes d'intérêt évoluent et s'étendent progressivement. L'une des questions d'actualité porte désormais sur les comportements éthiques en matière fiscale. Le nombre d'entreprises, limité à ce stade, qui abordent ce thème dans leurs normes éthiques n'est-il pas amené à évoluer dans les années à venir ?

Le langage employé dans ces codes et chartes se modifie également :

« sans présumer de leur efficacité ni de leur portée réelle, les codes gagnent en substance avec leur niveau de juridicité. C'est en rappelant certaines normes de source législative ou réglementaire, en énonçant des « infra-normes » (propres à l'entreprise), en les explicitant et en expliquant comment leur mise en œuvre pourra être assurée, que les codes nous paraissent être porteurs de sens »¹¹.

La même étude constatait que 14 % de ces très grandes entreprises n'avaient pas de code de bonne conduite ou de charte éthique publié sur

¹¹ Roquilly Ch., préc.
[p. 269-293]

leur site internet. Or la dernière édition 2013 du *Panorama des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises* réalisé par EY¹² constate que la communication sur les dispositifs d'éthique est marquée cette année par des progrès très significatifs :

- la charte d'éthique est désormais un outil généralisé sur l'ensemble des indices de cotation,
- l'animation de la fonction éthique progresse très fortement au sein du CAC 40 et se renforce sur les autres indices,
- le dispositif de surveillance, lorsqu'il existe, est beaucoup mieux mis en avant au travers de l'existence d'une « ligne d'alerte éthique » ou d'un plan d'audit interne spécifique – au moins pour les sociétés du CAC 40.

Étude 2013 : Outils en place pour l'éthique et la conformité ¹³	CAC 40	SBF120	Midcap
Existence d'une charte éthique/code de conduite/déontologique	100 %	85 %	52 %
Existence d'une fonction Déontologie/Éthique/Compliance dédiée	83 %	33 %	8 %
Existence d'une « ligne d'alerte éthique » dédiée (whistle blowing, Q/R,...)	55%	21%	5%
Existence d'un plan d'audit interne dédiée à la Déontologie/Éthique/Compliance	18 %	3 %	2 %

Par comparaison, les chiffres de l'étude menée en 2012 étaient les suivants :

Étude 2012 : Outils en place pour l'éthique et la conformité	CAC 40	SBF120	Midcap
Existence d'une charte éthique/code de conduite/déontologique	92 %	74 %	42 %
Existence d'une fonction Déontologie/Éthique/Compliance dédiée	53 %	30 %	3 %

12 À paraître, et qui sera mise en ligne sur le site d'EY. A l'heure où nous écrivons cet article l'édition 2012 est disponible sur <http://www.ey.com/FR/fr/Newsroom/News-releases/Communique-de-presse---Edition-2012-du-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises>.

13 Plusieurs réponses possibles par société.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

Existence d'une « ligne d'alerte éthique » dédiée (whistle blowing, Q/R,...)	26%	11%	0%
Existence d'un plan d'audit interne dédiée à la Déontologie/Éthique/Compliance	3 %	3 %	0 %

Le code de bonne conduite et la charte éthique sont donc désormais des outils partagés par de nombreuses entreprises même s'il existe encore des différences significatives dans les moyens mis en œuvre par ces dernières pour les appliquer et les faire vivre.

Cette tendance de fond s'explique par une certaine harmonisation et un renforcement des textes qui sont à l'origine du développement de ces pratiques.

B. — Sources

Deux grands types de sources se dégagent :

Les textes qui accordent des avantages voire obligent à mettre en place des codes de bonne conduite (1) ;

Ceux qui incitent les entreprises à communiquer sur les résultats visant ainsi à encourager les bonnes pratiques sur le fond (2).

Les codes de bonne conduite, qui s'insèrent dans des programmes de conformité, relèvent plutôt de la première catégorie tandis que les chartes de développement durable s'apparentent à la seconde.

Une dernière tendance se dégage, celle de la transparence, qui, désormais, impose à l'entreprise de fournir des données sur certains sujets à connotation éthique, et ce dans le cadre d'une obligation de résultat (3).

Un trait commun à l'ensemble de ces textes se dégage : leur portée dite « extraterritoriale ». Le terme n'est pas exact. Il s'agit, en réalité, de textes qui imposent aux entreprises localisées ou opérant sur un territoire donné des obligations qui s'étendent au-delà du territoire en question.

1 Textes incitant/obligeant à mettre en place des codes de bonne conduite

Abstraction faite des secteurs régulés, tels que les services bancaires et financiers, les premiers textes qui ont favorisé l'émergence des normes éthiques sont venus du monde anglo-saxon, traditionnellement beaucoup plus en faveur de l'autorégulation que ne l'est notre droit continental.

En effet, les programmes de conformité dans lesquels les codes de bonne conduite s'inscrivent se sont tout d'abord développés en réponse à deux

textes majeurs du droit fédéral américain qui ont largement contribué à la standardisation du concept et des pratiques : le *Foreign Corrupt Practices Act* (loi sur la répression de la corruption des fonctionnaires étrangers) promulgué en 1977 et, surtout, les *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (directives fédérales sur la détermination des sanctions) adoptées en 1991.

Ces directives fixent, à l'attention des tribunaux fédéraux américains, un cadre homogène de calcul des sanctions. Ce cadre prévoit notamment un allègement des sanctions pour les entreprises qui ont mis en place un programme de conformité répondant à certaines conditions. Paula Desio, à l'époque, directeur juridique général adjoint de l'*United States Sentencing Commission*, soulignait :

« Lors de la promulgation des directives, la Commission a tenté d'atténuer les pires aspects de la vulnérabilité institutionnelle en intégrant dans la structure des sanctions la dimension préventive et dissuasive des programmes de conformité systématiques. La Commission a allégé les amendes dont les entreprises peuvent être passibles, dans certains cas jusqu'à 95 %, si elles sont en mesure de prouver qu'elles ont mis en place un programme de conformité efficace. Cet allègement visé dans les directives est subordonné à la notification rapide aux autorités et à la non-implication du personnel de haut niveau dans la commission réelle de l'infraction »¹⁴.

Les entreprises américaines ont donc progressivement mis en place des codes de bonne conduite et programmes de conformité afin de bénéficier de ces allègements de peine. Mais c'est surtout avec l'adoption du *Sarbanes-Oxley Act* (dit « *SOX* »)¹⁵, qui a fait suite aux affaires *Enron* et *Worldcom*, conjuguée avec la résurgence du *Foreign Corrupt Practices Act*, que ces pratiques se sont étendues en Europe.

Plus proche de nous dans le temps, le *UK Bribery Act* entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011¹⁶, a également contribué à la diffusion de cette pratique en créant un nouveau délit sanctionnant le défaut de prévention, par les entreprises, des actes de corruption commis « pour leur compte par les personnes qui leur sont associées ». Ce texte permet désormais, dès lors qu'un acte de corruption est commis quelque part dans le monde¹⁷, par un salarié, une filiale, voire un agent d'une entreprise ayant une activité au Royaume-Uni, de poursuivre l'absence de mise en place d'un système de prévention adéquat. Cette nouvelle infraction n'est donc pas une responsabilité pour

14 < www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/ORGOVERVIEW.pdf > (page consultée le 15 septembre 2013), traduction libre.

15 *Sarbanes-Oxley Act*, 30 juill. 2002.

16 *UK Bribery Act* consultable sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> (page consultée le 15 septembre 2013).

17 Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'acte de corruption soit condamné dans le pays où il est intervenu. Il suffit qu'il puisse l'être si le droit anglais s'appliquait.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

autrui, mais une responsabilité propre à l'entreprise poursuivie que l'on considère généralement devoir être la société tête de groupe. Elle s'inscrit dans la tendance plus générale visant à sanctionner la société mère pour les fautes commises par ses filiales, que l'on retrouve également en droit français de l'environnement et dans l'application par les juges du droit de la concurrence¹⁸.

Mais des pays de droit continental ont également développé un corpus de textes intéressant en la matière.

L'article 102, section 2 du Code pénal suisse dispose que :

« en cas d'infraction prévue aux articles 260ter [participation à une organisation criminelle], 260quinquies [financement du terrorisme], 305bis [blanchiment d'argent], 322ter [corruption d'agents publics suisses], 322quinquies [octroi d'un avantage à certains agents publics] ou 322septies, alinéa 1 [corruption d'agents publics étrangers] ou encore à l'article 4, a), alinéa 1, let. a, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [concurrence déloyale constituée par un acte de corruption], l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction »¹⁹.

C'est sur la base de ce texte qu'une entreprise suisse, membre d'un groupe français, s'est fait condamner pour ne pas avoir pris les dispositions nécessaires afin d'empêcher la commission de certains actes de corruption par ses agents²⁰.

Le décret italien n° 231 de 2001 prévoit également que les personnes morales sont pénalement responsables de certains délits commis par leurs représentants ou salariés, pour le bénéfice ou l'avantage de ces personnes morales. Les délits concernés sont la corruption et d'autres catégories de délits (tels que les homicides et blessures involontaires en cas de non-respect des règles d'hygiène et de sécurité et les délits en matière d'environnement). Sur le mode du *UK Bribery Act*, les entreprises peuvent éviter ou limiter les sanctions pénales si elles prouvent qu'elles ont mis en place un programme efficace de conformité en vue d'éviter la commission de ces délits.

18 La loi dite « Grenelle II » du 12 juillet 2010 a ainsi introduit un principe de responsabilité de la société mère pour les dommages environnementaux causés par leurs filiales en liquidation judiciaire, soumis à certaines conditions. En droit de la concurrence, la société mère est tenue pour responsable des pratiques anticoncurrentielles de ses filles et petites-filles, sauf à pouvoir démontrer leur autonomie.

19 C. pén., suisse, art. 102, section 2.

20 Déc. *Attorney fédéral suisse*, 22 nov. 2011.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

2 Textes incitant/obligeant à communiquer en matière de RSE

Le *corpus* de textes en matière de RSE s'est développé de façon indépendante des textes qui ont favorisé l'émergence et désormais sanctionnent l'absence de programmes de conformité dont l'un des piliers repose sur l'existence d'un code de bonne conduite.

L'initiative fondatrice en la matière est le Pacte Mondial, le 26 juillet 2000 au siège de l'ONU à New York, qui « invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption ». Les adhérents, volontaires²¹, sont listés sur le site internet du Pacte Mondial et doivent communiquer chaque année sur les bonnes pratiques qu'elles ont mises en œuvre en rapport avec les thèmes visés par le Pacte. À défaut, elles peuvent être délistées à l'issue d'une procédure contradictoire.

Cette initiative illustre la tendance de fond en matière de RSE qui consiste à demander aux entreprises de communiquer sur leurs pratiques et d'identifier, en creux ou plus directement, les « mauvais élèves », visant ainsi à favoriser l'émergence de comportements vertueux. Il n'existe donc pas d'obligation directe de mettre en place une charte de développement durable.

Cette tendance est profondément ancrée en matière de RSE, et ce même lorsque les textes de loi interviennent dans ce domaine. Ainsi, en France, la communication des données RSE est désormais obligatoire pour un certain nombre d'entreprises²², en particulier les sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions ou sociétés européennes dont :

21 Au 1er juin 2013, le Pacte Mondial comptait 11 380 adhérents dans le monde dont 7 500 entreprises. En France, on dénombrait 915 participants dont 815 entreprises.

22 Alinéa 6 de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce : « [...] s'applique aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi qu'aux sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État. Lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations fournies sont consolidées et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L.233-3. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés à la première phrase du présent alinéa ne sont pas tenues de publier les informations mentionnées au cinquième alinéa du présent article dès lors que ces informations sont publiées par la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, de manière détaillée par filiale ou par société contrôlée et que ces filiales ou sociétés contrôlées indiquent comment y accéder dans leur propre rapport de gestion. Lorsque les filiales ou les sociétés contrôlées sont installées sur le territoire national et qu'elles comportent des installations classées soumises à autorisation ou à enregistrement, les

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

- les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;
- ou
- le total de bilan ou le chiffre d'affaires net est supérieur à 100 millions d'euros et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est supérieur à 500.

Ces sociétés doivent publier :

- les actions et orientations prises en matière sociale, environnementale et d'engagements sociétaux en faveur du développement durable ;
- les données de l'exercice clos et, le cas échéant, de l'exercice précédent afin de pouvoir les comparer ;
- les explications concernant les informations ne pouvant être produites ou ne paraissant pas pertinentes, selon le principe du *comply or explain* ;
- la référence à un référentiel national ou international en indiquant les préconisations retenues et ses modalités de consultation.

La nouveauté introduite par la loi *Grenelle II* consiste à faire vérifier ces informations par un organisme indépendant, qui, en pratique, s'avère souvent être l'un des commissaires aux comptes de l'entreprise. Ceci illustre une autre tendance de fond en matière de RSE, à savoir la mise en place de référentiels contrôlables dans un domaine éthique où l'information était, à l'origine et par nature, plus qualitative que quantitative.

Ces obligations sont entrées en vigueur, s'agissant des sociétés cotées, au titre des exercices ouverts après le 31 décembre 2011. Les premières publications de ces données sont donc intervenues au cours du premier semestre 2013.

Ces obligations sont appelées à s'étendre aux autres pays européens. En effet, la Commission européenne a préparé un projet de directive sur le *reporting* extra-financier des entreprises et la politique de diversité des sociétés cotées en date du 16 avril 2013 qui pose des obligations similaires à celles existant dans le dispositif français.

3 Textes imposant la transparence

Le glissement sémantique de la communication à la transparence n'est pas anodin.

En effet, les obligations des entreprises en matière d'éthique passent désormais, dans certains secteurs, de la simple obligation de communication

informations fournies portent sur chacune d'entre elles lorsque ces informations ne présentent pas un caractère consolidable. ».

– qui laisse toujours la possibilité aux entreprises d'expliquer pourquoi elles n'ont pas mis en place telle pratique ou fourni telle information en application du principe du *comply or explain* – à l'obligation de transparence qui fixe une obligation de résultat en la matière.

Ainsi, le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* américain, du 12 juillet 2010, introduit de nouvelles obligations visant les entreprises cotées aux États-Unis exerçant une activité extractive dans le pétrole, le gaz ou les mines. Elles devront, au titre des exercices fiscaux se terminant après le 30 septembre 2013, publier les paiements réalisés au gouvernement américain ou à tout autre gouvernement, par projet et par pays, dans un rapport annuel spécifique.

L'Union européenne n'est pas en reste. La directive 2013/34/UE relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents, adoptée le 26 juin 2013, impose le même type d'obligation, mais avec un champ plus large. En effet, les grandes entreprises²³ et les sociétés implantées dans l'Union européenne et admises aux négociations sur un marché réglementé d'un État membre, actives dans les industries extractives ou l'exploitation des forêts, devront publier les montants payés aux gouvernements, par projet et par pays, dans un rapport spécifique. Cette directive, qui est entrée en vigueur le 19 juillet 2013, devra être transposée par les états membres avant le 20 juillet 2015.

D'autres obligations de transparence existent, comme dans le secteur de la santé, avec le *Sunshine Act* américain repris et étendu par la *Loi Bertrand*²⁴ en France. Désormais, toutes les entreprises fabriquant ou commercialisant des produits de santé entrant dans le champ de compétence de l'Agence Nationale de Sécurité des Médicaments et des produits de santé doivent publier l'ensemble des avantages consentis supérieurs à 10 euros TTC ainsi que les conventions conclues avec un certain nombre d'acteurs, dont, en particulier, les professionnels de santé, et ce sous peine de sanctions pénales²⁵.

Les dispositifs obligatoires en matière d'éthique se sont donc, au cours des dernières années, non seulement harmonisés mais aussi renforcés. Les sources ne sont plus seulement volontaires puisque des textes sanctionnent

23 L'article 3.4 de la directive 2013/34/UE précise qu'une grande entreprise est une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères mentionnés, à savoir : total du bilan de 20 000 000 euros, chiffre d'affaires net de 40 000 000 euros ou nombre moyen de salariés au cours de l'exercice de 250.

24 Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

25 Article L. 1453-1 du Code de la santé publique.

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

l'inexistence de ces dispositifs ou le défaut de communication d'informations précises, vérifiables en la matière. Ils continuent pour autant de susciter de nombreuses questions, quant à leur valeur juridique.

II. — VALEUR JURIDIQUE

La question de la valeur juridique des normes éthiques créées ou mises en avant par l'entreprise se pose différemment, en fonction des parties prenantes concernées que sont les salariés (A), les actionnaires (B) et les autres parties prenantes (clients, fournisseurs et partenaires, concurrents et société civile) (C).

A. — *Vis-à-vis des salariés*

La question de l'opposabilité des normes éthiques s'est posée à partir du milieu des années 2000, avec l'introduction des codes d'origine américaine en France. Désormais les conditions de l'opposabilité aux salariés sont bien établies (1). Depuis, les salariés se sont également emparés du sujet puisqu'ils n'hésitent pas à opposer ces normes éthiques aux entreprises qui en sont les émetteurs (2).

1 Opposabilité aux salariés

La question de l'opposabilité de ces normes aux salariés suppose de résoudre les difficultés de qualification de ces normes éthiques, au regard des instruments qui encadrent la relation de travail. C'est ce que tente de faire la circulaire de la direction générale du travail n° 2008-22 du 19 novembre 2008 précitée²⁶ qui indique que :

« chartes éthiques » et « codes de conduite » ne sont pas des notions juridiques « encadrant rigoureusement le contenu de ces récents modes d'expression du pouvoir de direction. Si ces codes et chartes sont des instruments dotés de l'apparence d'une règle normative, leur contenu évite souvent de créer des normes obligatoires et contraignantes. Le texte est souvent ambigu... L'attention des services déconcentrés est donc particulièrement attirée sur le fait que seul le contenu du document définit le champ de la compétence administrative ».

Logiquement, la circulaire considère que seules les clauses relevant du champ du règlement intérieur (par exemple, celles relatives à l'hygiène et

²⁶ Circ. DGT n° 2008-22, 19 nov. 2008, NOR : MTST0880880C, *BO min. Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité* n° 2008/12, texte 4/33, p. 1-24, p. 1-24.

sécurité, à l'utilisation des biens de l'entreprise à des fins personnelles, à l'acceptation ou au refus de cadeaux) peuvent faire l'objet d'une adjonction au règlement intérieur et sont soumises à ce titre au contrôle de l'inspection du travail qui peut en exiger le retrait ou la modification si elles sont contraires à la loi.

Inversement, l'inspecteur du travail ne devrait pas pouvoir se prononcer sur une disposition qui n'entre pas dans le champ du règlement intérieur (par exemple, l'interdiction d'utiliser les ressources de l'entreprise pour soutenir un candidat ou un parti politique). En effet, ces clauses spécifiques relevant du pouvoir de direction de l'employeur, la jurisprudence leur reconnaît une force obligatoire sur la base de la notion d'engagement unilatéral. Néanmoins, afin de préserver la cohérence des codes de bonne conduite et chartes éthiques, la circulaire précitée recommande aux inspecteurs de ne pas demander le retrait des clauses ne relevant pas du règlement intérieur. L'inspecteur du travail pourra ainsi prendre connaissance de l'ensemble du code de conduite au titre de sa compétence générale de contrôle visée à l'article L. 8112-1 du Code du travail²⁷ et, le cas échéant, émettre des commentaires.

Si, sur le plan théorique, cette position du ministère du Travail n'est pas exempte de toute critique, la pratique consistant à traiter les codes de bonne conduite comme des avenants au règlement intérieur, afin de pouvoir les opposer aux salariés, est désormais bien établie.

De façon parallèle, la doctrine de la CNIL est venue préciser dans quelles conditions les « alertes éthiques » ou encore « professionnelles » peuvent être mises en place par simple déclaration, dès lors qu'elles répondent aux conditions posées dans son Autorisation Unique n° AU-004, à savoir :

- champ de l'alerte limité :
 - aux obligations législatives ou réglementaires de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption²⁸,
 - aux obligations s'imposant aux filiales d'entreprises étrangères ou aux entreprises françaises cotées aux États-Unis dans le cadre du *Sarbanes-Oxley Act* ou de son équivalent japonais *Financial Instrument and Exchange Act* du 6 juin 2006,

27 Circ. DGT n° 2008-22, 19 nov. 2008, NOR : MTST0880880C, *BO min. Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité* n° 2008/12, texte 4/33, p. 1-24, p. 1-24.

- à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles²⁹ ;
- obligation pour le lanceur d'alerte de s'identifier sous garantie de confidentialité, sauf exceptions ;
- informations recueillies limitées aux domaines entrant dans le champ de l'alerte ;
- destinataires des informations recueillies limités aux personnes chargées de traiter les alertes au sein de l'entreprise et/ou du groupe ou au sein des prestataires de services en charge de cette mission ;
- respect des règles applicables en matière de transferts internationaux de données hors Union européenne ;
- destruction ou archivage (i) immédiat des données qui n'entrent pas dans le champ du dispositif, (ii) dans un délai de deux mois à compter de la clôture de la vérification si aucune procédure disciplinaire ou contentieuse n'est lancée, ou (iii) lors de la clôture d'une telle procédure ; archivage dans la limite de la durée des recours contentieux ;
- mise en place de mesures de sécurité adaptées, à même d'assurer la confidentialité ;
- information claire des utilisateurs, notamment sur le caractère facultatif de l'alerte et rappelant les sanctions en cas d'utilisation abusive ;
- information des personnes visées par les alertes afin de leur permettre de s'opposer au traitement des données les concernant, cette information pouvant toutefois n'être donnée qu'après la mise en place des mesures conservatoires nécessaires ;
- droits d'accès et de rectification ouverts à toute personne identifiée, sauf sur l'identité du lanceur d'alerte.

29 Signalons que dans le cadre du Grenelle II de l'environnement, l'extension de l'alerte professionnelle à tout risque environnemental et de santé publique a été envisagée : « Les organisations syndicales de salariés et d'employeurs seront saisies conformément à la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social sur la possibilité d'ajouter aux attributions des institutions représentatives du personnel une mission en matière de développement durable, d'étendre la procédure d'alerte professionnelle interne à l'entreprise aux risques d'atteinte à l'environnement et à la santé publique et de faire définir par les branches professionnelles des indicateurs sociaux et environnementaux adaptés à leurs spécificités » (L. n° 2009-967, 3 août 2009, art. 53, relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite *loi Grenelle I*).

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

Les alertes qui ne répondent pas à ces conditions, notamment en raison de leur champ d'application, doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation. La CNIL a ainsi accordé plusieurs autorisations pour des dispositifs dédiés aux plaintes et réclamations en matière de discriminations.

2 Opposabilité par les salariés

Les salariés se sont aussi emparés du sujet en opposant à leur entreprise le non-respect des normes qu'elle a elle-même édictées, sur le fondement de l'engagement unilatéral de l'employeur, reconnu en jurisprudence³⁰, et ce même quand bien même la procédure de modification du règlement intérieur n'aurait pas été suivie.

Cela suppose, bien entendu, que les normes en question soient rédigées de façon suffisamment engageante pour pouvoir caractériser un engagement à la charge de l'employeur.

L'objectif recherché par les salariés dans le cadre de ces contentieux est de prendre acte d'une rupture de leur contrat de travail à l'initiative de l'employeur, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse³¹. Si la décision de jurisprudence citée ne rejette pas l'argument, elle

30 « Attendu que pour prononcer la nullité des procédures engagées le 9 avril 2001 et des plans sociaux alors présentés l'arrêt attaqué retient qu'ils constituent la violation des engagements relatifs au maintien du volume d'emplois précédemment pris ; Attendu cependant, que lorsque l'employeur ne tient pas l'engagement unilatéral qu'il a pris de limiter le nombre de licenciements pendant une période déterminée, la procédure et le plan de sauvegarde de l'emploi qu'il met alors en œuvre en envisageant des licenciements ne sont pas pour autant frappés de nullité si le plan comporte des mesures d'accompagnement suffisantes ; que les salariés licenciés ont seulement la possibilité de demander la réparation du préjudice que l'inobservation de l'engagement de l'employeur peut leur causer » (Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501) ; « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des déclarations faites par l'employeur devant le comité d'entreprise, et sans dénaturation du procès-verbal dressé à cette occasion, que la cour d'appel a retenu que celui-ci avait pris en connaissance de cause, sans réserve ni condition, l'engagement de payer au salarié des indemnités de rupture, peu important que cet engagement ait été pris avant la notification du licenciement ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 09-41.401).

31 « Considérant que M. Tesse a dénoncé à la société mère située aux États-Unis (avec copie au dirigeant de la filiale française et au directeur financier) les pratiques illégales dans un mail du 25 octobre 2007, par l'entremise de l'agent de conformité, en application du code d'éthique et de conduite de la société Valeant Pharmaceuticals France [...] Que c'est donc à tort que la juridiction prud'homale a débouté M. Nicolas X... de sa demande tendant à obtenir la requalification de sa prise d'acte de rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'a débouté de ses demandes salariales » (CA Versailles, ch. 15, 29 juin 2011, n° 10/04466).

ne motive pas la rupture unilatérale de contrat uniquement par le non-respect par l'employeur de son engagement, mais le prend en considération, parmi d'autres éléments de fait, pour caractériser la prise d'acte de rupture.

B. — *Vis-à-vis des actionnaires*

Le cadre de responsabilité des administrateurs vis-à-vis des actionnaires est désormais bien établi en cas de diffusion d'informations erronées ; il reste toutefois à le voir appliquer en matière d'informations éthiques (1). D'autres pistes de réflexion sont ouvertes s'agissant d'une telle responsabilité en cas de normes éthiques inexistantes ou insuffisantes (2).

1 Responsabilité en cas de diffusion d'informations erronées

La responsabilité encourue vis-à-vis des actionnaires repose avant tout sur la communication d'informations qui peuvent s'avérer soit manquantes – ce qui, par nature, suppose une obligation de communication légale – soit erronées – ce qui couvre les communications obligatoires mais aussi, dans certains cas, volontaires.

En cas de rapport RSE incomplet, le cadre juridique est précis : tout intéressé peut demander d'enjoindre sous astreinte le conseil d'administration de communiquer les informations RSE manquantes, l'astreinte et les frais de procédure étant à la charge des administrateurs ou du directoire³².

Le cadre juridique est plus diffus en cas de diffusion d'informations erronées.

Si cette diffusion est contraire à une obligation légale, comme c'est le cas en matière de RSE, les actionnaires peuvent tout d'abord engager la responsabilité des administrateurs (ou des membres du directoire) pour infraction aux dispositions législatives ou réglementaires³³. Il pourrait toutefois être

32 Art. L. 225-102 al 2 et 3 du Code de commerce : « Lorsque le rapport annuel ne comprend pas les mentions prévues au premier alinéa, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer ces informations. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge des administrateurs ou des membres du directoire, selon le cas » étant précisé que l'art. L. 225-102-1 al 10 du Code de commerce prévoit que : « Les dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 sont applicables aux informations visées au présent article ».

33 Art. L. 225-251 al 1 du Code de commerce : « Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou

[p. 269-293] Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL *Arch. phil. droit* 56 (2013)

difficile de prouver le préjudice causé par la faute, à savoir la perte de chance consistant à ne pas avoir pu arbitrer leurs investissements en connaissance de cause, sauf, peut-être, pour les actionnaires des sociétés cotées et si les informations communiquées apparaissent délibérément trompeuses.

D'autres sanctions menacent les personnes à l'initiative de la diffusion d'informations éthiques erronées, et ce quelle que soit l'origine de cette diffusion, légale ou volontaire. Il s'agit en premier lieu du manquement aux obligations d'information d'une société cotée³⁴. Les actionnaires n'ont toutefois pas d'intérêt particulier à ce type d'actions, l'amende étant de nature administrative. Ils pourraient en revanche se porter partie civile dans le cadre d'une action pénale pour diffusion de fausses informations dans les sociétés cotées³⁵. Toutefois les chances de succès d'une telle action apparaissent limitées sauf à pouvoir démontrer que la diffusion des fausses informations de nature éthique était de nature à pouvoir influencer les cours.

2 Responsabilité en cas de normes éthiques insuffisantes

Dans certains droits étrangers, la responsabilité des personnes morales peut être engagée en cas d'insuffisance des programmes de conformité (voir paragraphe I B 1). Ces textes n'ont pas encore d'équivalent en droit français. Il convient toutefois de garder en mémoire une décision de justice qui va dans ce sens, même si elle a été fortement critiquée. Dans cette affaire³⁶, la

réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. »

Article L. 225-256 al 1 du Code de commerce : « Lorsque la société est soumise aux dispositions des articles L.225-57 à L.225-93, les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs dans les conditions prévues aux articles L.225-249 à L.255-255 »

³⁴ Article 632-1 du règlement général de l'AMF.

³⁵ Article 465-2 du Code des Marchés Financiers : « Est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur.

Est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours. »

³⁶ TGI Marseille, 1re ch. civ., 11 juin 2003, *Escota c/Lycos et Lucent Technologies*, confirmé en appel : CA Aix-en-Provence, 2e ch., 13 mars 2006, n° 03-15440.

société demanderesse, propriétaire de la marque Escota, avait assigné les sociétés défenderesses afin de voir constater le caractère illicite d'un site Internet nommé Escroca créé par un de leurs salariés. Bien que ce dernier avait reconnu avoir commis les faits reprochés à l'insu de son employeur, le Tribunal a condamné les sociétés en arguant que « la libre consultation des sites Internet était autorisée et aucune interdiction spécifique n'était formulée quant à l'éventuelle réalisation de sites Internet ou de fourniture d'information sur des pages personnelles », en se basant notamment sur une note du directeur des ressources humaines qui indiquait que « les salariés peuvent désormais utiliser les équipements informatiques mis à leur disposition et les accès réseaux existants pour consulter d'autres sites que ceux présentant un intérêt en relation directe avec leur activité au sein de la société, dès lors que ces utilisations demeurent raisonnables, s'effectuent en dehors des heures de travail, et respectent les dispositions légales régissant ce type de communication et les règles internes de la société, l'accès aux sites à caractère explicitement sexuel et contrevenant aux valeurs de X étant prohibé ». Le Tribunal en a conclu que l'employeur était responsable de la faute commise par son salarié dans le cadre des fonctions auxquelles il était employé. Par un raccourci nécessairement critiquable, ne pourrait-on pas voir dans cette jurisprudence la condamnation des chartes informatiques insuffisamment robustes ?

Par ailleurs, si la responsabilité d'une filiale était engagée à l'étranger pour insuffisance d'un programme de conformité, la responsabilité des administrateurs de la *holding* ne pourrait-elle être engagée pour faute de gestion ? Cela nous paraît difficile en l'état, mais il n'est pas impossible que cette insuffisance soit prise en compte dans le cadre d'un faisceau d'indices. Ainsi, dans le cadre d'une action en responsabilité pénale pour diffusion d'informations trompeuses, la responsabilité des dirigeants a été engagée pour, notamment : « Carence de la société à mettre en place les outils de gestion fiables » « Informations [qui] ne faisaient que corroborer les résultats particulièrement favorables [...] alors que les dirigeants n'ignoraient pas leur incapacité à gérer efficacement les informations »³⁷.

Toutefois, si l'existence d'une telle faute de gestion était reconnue, l'intéressé à l'action serait en premier chef la société elle-même – les actionnaires pouvant exercer l'action en réparation *via* l'action sociale dite *ut singuli* ³⁸.

37 Cour de cassation, chambre commerciale, 9 mars 2010.

38 « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées [p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

C. — *Vis-à-vis des autres parties prenantes*

Les autres parties prenantes, clients, partenaires et fournisseurs, concurrents et société civile, sont peut-être celles qui sont le plus appelées à interagir avec les normes éthiques émises par les entreprises. La contractualisation de ces normes vis-à-vis des partenaires et fournisseurs est désormais un fait établi (1). La question de la responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale envers les concurrents ne pose pas non plus de grandes difficultés sur le plan juridique (2). En revanche, l'éventuelle responsabilité pour pratiques commerciales trompeuses pose, implicitement et en creux, la question fondamentale de la finalité de l'entreprise (3).

1 Responsabilité contractuelle

Désormais toutes les grandes entreprises demandent à leurs partenaires et fournisseurs de respecter soit leurs propres normes éthiques soit des normes similaires. Les normes éthiques entrent donc quasi-systématiquement dans le champ contractuel, y compris des entreprises de plus petite taille qui n'ont pas encore mis en place de telles normes.

Les violations de ces normes contractuelles peuvent naturellement entraîner la mise en jeu de la responsabilité contractuelle des fournisseurs et partenaires. Cette question ne pose pas de difficulté particulière juridique. Il convient néanmoins, sur un plan plus pratique, de pouvoir démontrer l'existence d'un dommage lié à la violation d'une norme contractuelle éthique. Cela sera naturellement le cas lorsque l'entreprise client a, de son côté, subi des conséquences soit en termes d'image, soit financières (par exemple en cas de condamnation) en lien suffisamment étroit avec cette violation.

2 Responsabilité pour concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale semble également ouverte aux concurrents s'ils sont en mesure de démontrer, du fait de la communication d'informations trompeuses en matière de normes éthiques, l'existence d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice.

En cas de décalage entre la mise en avant de telle ou telle norme éthique et la réalité, le principe de la faute ne devrait pas poser de difficulté, l'existence de la faute pouvant être plus facile à établir que par le passé compte tenu des possibilités de recoupement et d'enquête ouvertes notamment grâce aux informations circulant sur internet. En revanche, il sera ici

à l'article L. 225-142 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général [...] » (C. com., art. L. 225-252).

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

plus compliqué de démontrer le dommage et surtout le lien avec la faute. Toutefois, un tel dommage ne pourrait-il pas être constitué par la perte de clients ou d'un marché, au profit d'une entreprise éthiquement – mais fausement – mieux-disante ?

Ce risque nous semble ainsi devoir être suivi avec attention, dans la mesure où les consommateurs et autres parties prenantes accordent une place de plus en plus importante à l'éthique des entreprises.

3 Responsabilité pour pratiques commerciales trompeuses

La question de la responsabilité de l'entreprise sous l'angle commercial illustre l'ambiguïté qui continue d'entourer les normes éthiques volontaires. La communication de ces normes au public (notamment *via* leur publication sur le site internet de l'entreprise) s'apparente-t-elle à une communication institutionnelle similaire à la communication sur les comptes ? Ou cette communication extra-financière relève-t-elle par nature des pratiques commerciales, du « markéthique » ?

Cette question a été posée en Californie, dans l'affaire *Nike* contre *Kasky*. Ce consommateur californien a déposé plainte en 1998 contre une campagne menée par Nike qui, déjà, répondait à des accusations d'ONG reprochant à Nike des mauvais traitements infligés aux employés des sous-traitants de la marque. L'argumentation suivie par M. Kasky était que cette communication était de nature commerciale et que Nike devait dû rendre des comptes sur le fondement de la publicité trompeuse. Les juges du fond californiens ont rejeté ce raisonnement et donné raison à Nike – la RSE n'est pas de la publicité – alors que la Cour suprême de l'État de Californie a, elle, jugé en faveur de M. Kasky – la RSE est de la publicité.

Cette question de fond – la communication RSE est-elle de la publicité ? – n'a pas pu être tranchée : la Cour suprême des États-Unis s'est déclarée incompétente en 2003 et les parties ont ensuite transigé.

La question se pose en des termes équivalents en droit français. En effet, la définition de la publicité est très large puisqu'elle vise « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés »³⁹. Or l'article L. 121-1 du Code de la consommation sanctionne notamment les pratiques reposant sur « des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : [...] f) L'identité, les qualités, les aptitudes

39 Cass. Crim., 14 octobre 1998, n°98-80527

[p. 269-293]

Virginie LEFEBVRE DUTILLEUL

Arch. phil. droit 56 (2013)

et les droits du professionnel ; [...] ». Il nous paraît ainsi pouvoir être utilisé pour initier une action à l'encontre d'une communication en matière de normes éthiques qui serait trop favorable, au regard de la réalité, ces pratiques trompeuses pouvant être établies non seulement à l'égard des consommateurs mais aussi des professionnels, donc des concurrents, ou encore des ONG.

D'ailleurs, plusieurs de ces ONG, dont l'association Sherpa, ont déposé plainte contre Samsung et Schneider Electric précisément sur le fondement de pratiques commerciales trompeuses, estimant que ces entreprises, dont les pratiques ne seraient pas conformes à leurs codes de conduite en matière d'éthique, tromperaient leurs consommateurs. Ces plaintes, déposées au début de l'année 2013, seraient basées, pour celle à l'encontre de Schneider, sur une éventuelle violation de ses engagements environnementaux en Indonésie et en Malaisie et pour celle à l'encontre de Samsung, sur un rapport de l'association China Labor Watch qui aurait mis à jour des écarts en matière de respect des engagements vis-à-vis des employés. En juillet 2013, le parquet de Bobigny aurait décidé, d'ouvrir une enquête préliminaire à l'encontre de Samsung, ce qui serait une première en Europe. Il faudra donc suivre ces affaires avec attention en espérant qu'elles permettront de répondre aux deux questions fondamentales suivantes :

- tout d'abord, le non-respect d'un code peut-il être qualifié de pratique trompeuse ?
- par ailleurs, s'agissant d'un délit en principe intentionnel, ne serait-il pas nécessaire, pour mettre en cause la responsabilité pénale des sociétés visées, de pouvoir caractériser que la communication trompeuse intervenant est intervenue en connaissance de cause, et ce au niveau soit des dirigeants soit des personnes ayant pouvoir de les représenter ?

Au-delà, les positions qui seront prises par la justice dans ces affaires (qui sont sans doute appelées à se développer) renseigneront utilement sur la question intrinsèque et posée en creux : quelle est la finalité de l'entreprise ? Nécessairement et uniquement lucrative, ce qui implique que toute communication non légale est par nature commerciale ? Ou lucrative et sociale, ce qui laisserait sans doute plus de marges d'interprétation quant à l'appréciation et la qualification juridique à porter sur les communications volontaires des entreprises en matière d'éthique.

CONCLUSION

Au sens de Paul Ricoeur, la visée éthique correspond au désir d'être alors que la norme éthique répond à la question du devoir être. Les entreprises, dans le contexte international complexe et face aux critiques auxquelles elles doivent faire face, ont incontestablement un besoin de s'organiser et de créer des normes éthiques à même de démontrer qu'elles sont capables de pallier l'absence de droit international contraignant en la matière.

La question de l'éthique suppose donc un autre qui nous rend capable de tenir nos promesses et nous rappelle nos responsabilités. Or c'est bien le développement des attentes des parties prenantes qui a amené les entreprises à s'organiser en la matière.

Au-delà, le principe de responsabilité des entreprises au titre des normes éthiques qu'elles édictent ne fait plus de doute aujourd'hui s'agissant de codes et chartes dont les termes sont beaucoup plus engageants qu'ils ne l'étaient il y a quelques années. Cette inclusion dans l'ordre juridique permettra ainsi d'examiner plus efficacement les conduites des entreprises à l'aune des normes ainsi édictées.

L'analyse de ces normes montre d'ailleurs que les allers retours entre les normes volontaires et le droit positif sont constants, la tendance étant à la reprise, par le droit positif, de ces pratiques, sur un mode plus renforcé et plus exigeant.

Enfin, la réflexion sur le parallèle entre personne morale et être humain pose la question de la finalité de l'entreprise qui est loin d'être résolue à ce jour. La mise en œuvre des normes éthiques au sein de la stratégie même de l'entreprise répond, jusqu'à présent, à des approches dites de gagnant/gagnant qui représentent, certes, un pas très concret en faveur de la RSE mais qui ne remettent pas en cause la finalité première de l'entreprise à but lucratif.

La tension entre la conception utilitariste de l'éthique d'entreprise et celle de son utilité sociale ne commence qu'à être élaborée. Nul doute que ces développements susciteront de nouvelles questions très intéressantes pour tous les juristes en droit des affaires.

virginie.lefevre-dutilleul@ey-avocats.com