

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'ÉTHIQUE DE L'ENTREPRISE

JULIEN THÉRON

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 20 Juin 2013, 1359

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

L'ÉTHIQUE DE L'ENTREPRISE

L'éthique est plus qu'un phénomène de mode. Des problématiques classiques, telle la loyauté en droit des affaires, sont désormais rejointes par d'autres, telle la corporate governance ou la RSE, qui sont au centre des préoccupations des entreprises.

1. - L'engouement pour l'éthique - L'éthique fait aujourd'hui l'objet d'un réel engouement, au point d'être devenu l'un des thèmes les plus à la mode du droit des affaires. L'essor extraordinaire, en ce début de XXI^e siècle, de la responsabilité sociale (ou sociétale) des entreprises (RSE), qui « traduit très exactement l'idée d'entreprise citoyenne, d'une entreprise dont l'activité, au-delà des contraintes légales, peut et doit intégrer (...) une dimension éthique dans les domaines sociaux et environnementaux »^{Note 1}, suffit à le démontrer. Ce phénomène est susceptible de générer plusieurs types de réactions. Par certains aspects, ce phénomène peut paraître inquiétant par ce qu'il révèle. La morale aurait à ce point déserté la vie des affaires que par sursaut il serait fait appel à l'éthique pour combler ce vide^{Note 2}, ou du moins donner l'impression d'y pourvoir. Par d'autres côtés, il est possible de suspecter une forme de cynisme entrepreneurial consistant à afficher une image morale destinée à séduire les actionnaires et les consommateurs. Pire, il pourrait s'agir là d'un alibi destiné à masquer des pratiques peu recommandables, de « *greenwashing* »^{Note 3}. Sans tenir un « discours angélique consensuel »^{Note 4}, une autre attitude plus positive peut consister à se féliciter de la progression de l'éthique quels qu'en soient les motifs. Si l'éthique devient un marché, tant mieux^{Note 5} ! Qu'une entreprise essaie d'avoir une activité la moins dommageable pour la collectivité et l'environnement à des fins pécuniaires ou parce que cela correspond à une philosophie qui lui est propre, c'est le résultat qui compte.

2. - La permanence de l'éthique en droit des affaires - Mais quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur ce phénomène, il faut rejeter l'assimilation de l'éthique à un simple phénomène de mode, en vogue, destiné à capter de nouveaux profits. Le besoin d'éthique est sans doute plus pressant au temps présent, pour toute une série de raisons économiques, écologiques, sociales ou philosophiques. Mais il serait faux de croire que l'éthique des affaires aurait été en d'autres temps complètement inexistante.

Comme il serait faux, bien évidemment, d'affirmer que l'éthique contemporaine se résume toute entière au phénomène RSE. Oppetit l'avait déjà observé il y a vingt ans : l'éthique des affaires est marquée par sa permanence^{Note 6}. Une permanence qui n'exclut pas, néanmoins, un caractère évolutif.

3. - De la morale à l'éthique des affaires - La morale a toujours été présente dans le monde du commerce et de l'industrie. Elle existait pour les marchands du Moyen-Âge^{Note 7}. Plus tard, c'est une certaine morale religieuse qui est même présentée comme un des facteurs essentiels du développement du capitalisme par Max Weber^{Note 8}. Pour autant, il s'agit là essentiellement de morale au sens le plus strict du terme. Les comportements qui vont découler de l'adhésion à ce type de prescriptions tiennent plus du perfectionnement intérieur de l'homme, de la recherche d'un idéal que de l'organisation sociale... Le Droit ne devrait par conséquent pas s'en préoccuper. Mais ce serait oublier que certaines valeurs véhiculées par cette morale « personnelle » contribuent à rendre possible la vie en société. Il suffit de songer au respect de la parole donnée pour s'en persuader^{Note 9}. Il y a là, avant tout, une règle morale élémentaire. En ce sens le Droit ne peut se désintéresser de ces valeurs. Surtout, si les individus ne les suivent plus spontanément, le système juridique doit alors prendre le relais pour les suggérer ou les imposer si elles sont nécessaires à l'organisation sociale. C'est alors que la morale, affaire d'autonomie, devient hétéronomie^{Note 10}. Et, parce que le droit n'a pas pour objet de faire tendre les individus au perfectionnement intérieur, il faut alors supprimer de ses prescriptions toute connotation « moralisatrice ». Raison pour laquelle sans doute, et alors que morale et éthique sont à l'origine synonymes, les juristes préfèrent parler d'éthique des affaires que de morale des affaires. Le terme paraît plus neutre^{Note 11}. C'est en quelque sorte la morale sans l'aspect moralisateur^{Note 12}.

4. - De l'éthique des affaires à l'éthique de l'entreprise - Si l'on peut retenir qu'en règle générale l'éthique « vise à conjurer les excès de l'individualisme du *self interest*, qui menacent l'avenir, et tend à définir un compromis entre la morale du sacrifice et l'amoralisme individualiste »^{Note 13}, on peut également admettre que le visage de l'éthique n'est pas figé. Les débats actuels sur la RSE et les autres formes « modernes » de l'éthique à l'instar du gouvernement d'entreprise, ont cet immense mérite de mettre en lumière son caractère évolutif. De fait, les entreprises s'ouvrent de plus en plus vers l'extérieur et cherchent à prendre en considération des intérêts qui ne sont plus seulement ceux de leurs collaborateurs ou partenaires, mais ceux de la collectivité. Parler d'éthique de l'entreprise plutôt que d'une éthique des affaires, nous semble ainsi exprimer plus justement ce phénomène. Mais si les visages de l'éthique ne sont pas figés, ses modes de propagation ne le sont pas non plus. Que l'on se souvienne : au milieu des années

1990, la doctrine évoquait déjà le « renouveau de l'éthique »^{Note 14}, un renouveau qui résultait du fait qu'une éthique étatique était en train de prendre le pas sur l'éthique corporatiste traditionnelle. En ce début de XXI^e siècle, on célèbre au contraire le caractère volontaire des engagements éthiques pris au-delà de la loi. Mais il n'est pas dit que demain, le mouvement ne soit pas celui d'un nouveau rattrapage par les pouvoirs publics. Un rattrapage qui est d'ailleurs déjà perceptible, comme en témoignent par exemple la communication de la Commission européenne du 25 octobre 2011 relative à la RSE^{Note 15} ou encore le projet de loi qui devrait découler des propositions faites par la mission d'information parlementaire sur le gouvernement d'entreprise déposées le 20 février dernier^{Note 16}.

5. - Bref, l'éthique de l'entreprise ne se laisse pas aisément saisir. Ses figures (1) comme ses modes de diffusion (2), sont extrêmement variés. C'est peut-être cela qui en fait, en définitive, un objet d'étude si passionnant^{Note 17}.

1. LES FIGURES DE L'ETHIQUE DE L'ENTREPRISE

6. - L'entreprise éthique ne se soucie pas seulement de son intérêt propre mais prend également en compte l'intérêt d'autrui : celui de ses membres, et l'on peut alors parler d'éthique interne (A), comme celui des tiers ou de la collectivité de façon plus générale, et l'on peut alors parler d'une éthique externe (B).

A. - L'éthique interne

7. - Si l'on admet que l'entreprise peut être conduite à dépasser son intérêt égoïste de recherche exclusive du profit, c'est incontestablement dans les rapports avec ses membres que la chose semble, sinon la plus naturelle, du moins la plus aisée.

8. - L'éthique interne s'exprime ainsi, et en premier lieu, par la prise en compte par l'employeur de l'intérêt de ses salariés. Si le phénomène doit bien sûr beaucoup à la volonté du Droit de protéger la partie faible au rapport de travail, il n'est pas que cela : le paternalisme patronal ou la « solidarité entre tous les membres d'une même entreprise » dont parlait Paul Durand^{Note 18}, peuvent en être également d'excellents moteurs, notamment dans les PME. Ce qui est certain, c'est que cette éthique patronale est appelée à se développer au regard d'un contexte qui est celui d'une crise de l'emploi et qui est par ailleurs marqué par l'essor de nouvelles formes de management et d'organisation du travail. La santé et la sécurité au travail, l'encadrement des pouvoirs de l'employeur et la promotion corrélative des libertés des salariés, la protection de l'emploi, sont autant de préoccupations constamment renouvelées^{Note 19}.

9. - L'éthique interne s'exprime également, en second lieu, par la prise en compte par les dirigeants sociaux de l'intérêt de l'ensemble des membres de leur société. En France, le débat sur la définition de l'intérêt social, nourri par la doctrine de l'entreprise, nous familiarise depuis longtemps déjà avec cette idée que les organes de la société devraient prendre en compte la pluralité d'intérêts catégoriels présents dans l'entreprise. Si leurs ressorts sont différents, c'est aussi dans cet esprit qu'ont été développés aux États-Unis et au Royaume-Uni dans les années 1980 les principes de la gouvernance d'entreprise. Ce mouvement aujourd'hui mondialisé tend depuis l'origine à « assainir au maximum l'exercice du pouvoir »^{Note 20}. Il s'agit de s'assurer que les sociétés soient gérées dans l'intérêt commun des associés et de la société et non dans celui des dirigeants ou des seuls associés majoritaires^{Note 21}. Cela passe notamment par une moralisation dans la direction de l'entreprise, la mise en œuvre d'une politique de transparence, ou une répartition équilibrée des pouvoirs entre les différents organes... Si elle poursuit encore pour l'essentiel l'objectif de protection des investisseurs, dans de nombreux pays la *corporate governance* a néanmoins évolué pour intégrer, de plus en plus souvent, d'autres préoccupations comme la parité homme/femme et d'autres intérêts, à l'instar de ceux des salariés, de l'environnement naturel, et plus largement, ceux de toutes les parties prenantes^{Note 22}. Insensiblement, l'éthique externe prend alors le relais de l'éthique interne.

B. - L'éthique externe

10. - Peut-on sérieusement attendre d'un acteur économique qu'il adopte un comportement éthique envers les tiers ? Si l'on peut avoir le sentiment que cela peut vite « (déranger) le monde des affaires »^{Note 23}, on se rend compte cependant, lorsqu'on y regarde de près, que la figure de l'éthique externe est plus commune que ce que l'on pourrait croire.

11. - Celle-ci peut, d'abord, prendre la forme d'une éthique commerciale. Est-ce si étonnant ? Certainement pas dans le rapport avec le client consommateur, où le législateur a toujours été particulièrement exigeant. Mais probablement pas, non plus, dans les rapports que l'entreprise établit avec ses partenaires commerciaux. Car, sans même avoir à s'interroger sur l'éventuel succès des thèses solidaristes^{Note 24}, on ne peut manquer de relever que, sous l'impulsion du droit de la distribution, les textes ont largement intégré, depuis plusieurs années, l'idée que des relations entre professionnels pouvaient être fortement marquées du sceau de l'inégalité et de la dépendance, et qu'il était du ressort du droit d'organiser la prévention ou la sanction de certaines pratiques. L'offensive contemporaine de notions cadres, comme l'intérêt commun au contrat (V. not. *C. com.*, art. L. 330-3) ou, plus encore, la loyauté^{Note 25}, fournit également, et de façon plus générale, la preuve que les relations commerciales sont parfaitement saisies par le phénomène.

12. - L'éthique externe peut, ensuite, s'incarner dans une éthique concurrentielle. Si un pas semble franchi dans l'ouverture aux tiers, tant il est vrai que la rivalité semble par nature incompatible avec la prise en compte de l'intérêt de l'autre, on doit là encore constater que la figure n'est pas exceptionnelle. L'interdiction de la concurrence déloyale en est, bien sûr, la parfaite illustration. Mais il ne faut pas oublier non plus que le droit antitrust oblige, plus largement, à prendre en considération l'intérêt du marché, et qu'il attend parfois^{Note 26}, dans cette optique, un comportement très moral de la part de l'entreprise, sommée de se livrer à une « concurrence par les mérites » ou d'assumer la « responsabilité particulière » qui échet à une entreprise dominante^{Note 27}.

Peut-on sérieusement attendre d'un acteur économique qu'il adopte un comportement éthique envers les tiers ?

13. - L'éthique externe peut enfin, à son extrême pointe, exprimer la prise en compte par l'entreprise d'intérêts désincarnés, au premier rang desquels figure l'environnement. Tel est l'objet de la réflexion ouverte par la *Stakeholders Theory*^{Note 28}. En pratique, on rejoint ici le très en vogue mouvement de la responsabilité sociale (ou sociétale) et environnementale des entreprises (RSE) qui vise à inscrire

l'entreprise dans une démarche citoyenne en l'insérant dans la perspective d'un développement social et environnemental durable^{Note 29}. Il s'agit pour l'entrepreneur de ne plus prendre uniquement ses décisions au regard de l'intérêt économique de l'entreprise mais aussi eu égard à ce type de préoccupations. C'est évidemment le problème le plus délicat : est-ce bien le rôle des acteurs économiques que de se soucier de questions qui, de prime abord, relèvent davantage des politiques publiques ? Le droit des contrats le suggère aujourd'hui parfois, par exemple lorsqu'il impose, à l'occasion de la conclusion de certains baux, une « obligation d'information pour l'environnement »^{Note 30}, ou lorsqu'il affirme que la bonne foi contractuelle devrait, « dans l'intérêt général de la réduction des émissions de gaz à effet de serre », inciter les parties à renégocier leur convention^{Note 31}. Le droit français des sociétés pourrait, lui, avoir à y redire, qui ne paraît pas encore prêt à admettre que la notion d'intérêt social soit dilatée au point d'y inclure des considérations d'intérêt général^{Note 32}. D'autres signaux plus positifs montrent toutefois que les choses évoluent, l'exemple le plus remarquable étant aujourd'hui constitué par l'intégration poussée de la RSE dans la communication financière^{Note 33}. Un canal original qui souligne, déjà, l'extrême diversité des modes de diffusion de l'éthique de l'entreprise.

2. Les modes de diffusion de l'éthique de l'entreprise

14. - Plus encore que la diversité de ses visages, c'est peut-être la variété de ses modes de diffusion qui rend l'éthique de l'entreprise si singulière pour le juriste. Celle-ci peut être, selon les cas, imposée (**A**), spontanée (**B**) ou, à un échelon intermédiaire, préconisée (**C**)^{Note 34}.

A. - L'éthique imposée

15. - Toutes les entreprises n'ont pas besoin d'être ainsi poussées par une force extérieure, mais puisque tous les acteurs économiques ne sont pas vertueux, il est évidemment nécessaire que l'éthique puisse être imposée en dehors des initiatives volontaires. On observera ainsi, et même si cela relève d'une certaine évidence, que l'éthique est, pour une large part, véhiculée par la législation impérative, étatique

ou supra-étatique. Si la préoccupation éthique est parfois ostensiblement affichée par la loi^{Note 35}, la chose demeure cependant rare. L'éthique s'impose surtout de façon indirecte, en tant que sous-bassement des lois et règlements.

16. - De façon intéressante au regard de la théorie des sources, on remarquera par ailleurs que l'État confie parfois à une tierce autorité le soin de déterminer les règles éthiques applicables aux entreprises. Cela correspond souvent à des secteurs régulés^{Note 36} : on peut citer le cas de l'AMF, qui détermine dans son règlement général « *les règles de bonne conduite et les autres obligations professionnelles que doivent respecter à tout moment les personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9* » (*C. monét. fin., art. L. 621-7*) ; ou celui des fédérations sportives, qui doivent établir « *une charte éthique et [veiller] à son application* » (*C. sport, art. L. 131-8-1*). Dans un registre proche, qui est celui de la co-régulation, le cas original des « *conventions d'engagements volontaires développement durable* » peut être également signalé. Celles-ci correspondent, depuis le Grenelle de l'environnement, à des « *feuilles de route d'une profession ou d'un secteur donné* »^{Note 37} établies de concert entre l'État et les fédérations professionnelles.

17. - Naturellement, l'éthique imposée pourra aussi prospérer indépendamment de toute intervention étatique, sous la seule impulsion des organisations professionnelles^{Note 38}. Les codes de bonne conduite et chartes éthiques fleurissent ainsi dans les domaines les plus variés, dans une optique classique d'autorégulation^{Note 39}. On le sait toutefois, cette diversité empêche de porter un regard uniforme sur le phénomène. Il existe de nombreuses façons d'expliquer le caractère contraignant de ces codes professionnels, depuis l'adhésion volontaire, expresse ou tacite, des entreprises^{Note 40}, jusqu'à la reconnaissance de l'existence d'usages qu'ils auraient consacrés. La question des sanctions de leur violation est-elle même peu assurée. Au-delà des sanctions disciplinaires, le prononcé de sanctions civiles fait difficulté. On sait que la Cour de cassation n'est pas insensible à l'analyse qui voudrait que la transgression d'une règle déontologique puisse constituer, *ipso jure*, une faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil^{Note 41}. En toute rigueur cependant, l'ordre professionnel et l'ordre civil ne se confondent pas et l'on devrait exiger une faute détachable de la simple infraction disciplinaire^{Note 42}. De la même façon, un contrat ne devrait pas être frappé de nullité pour la seule raison que l'entreprise a violé une règle disciplinaire.

B. - L'éthique spontanée

18. - Dans un mouvement opposé, l'éthique peut être spontanée. Il n'est pas rare, en effet, qu'une entreprise s'inscrive, sans y être contrainte et par l'effet de sa seule volonté, dans une démarche éthique. Les vertus de la *business ethics* - enseignée aux États-Unis depuis les années 1970^{Note 43} - sont nombreuses et les entreprises en sont de plus en plus conscientes, comme l'a notamment montré l'étude fouillée réalisée par l'OCDE en 2000 qui a porté sur 246 codes de conduite adoptés par les entreprises des pays membres. Les acteurs du marché ont d'abord compris qu'un comportement éthique pouvait constituer une véritable force, à la fois, commerciale (les consommateurs étant de plus en plus exigeants) et concurrentielle (obtention de marchés, venue d'investisseurs). En se présentant sous leur meilleur jour, le cas échéant forts d'une évaluation sociale flatteuse réalisée par une agence de notation ou d'une crédibilité entretenue par le respect volontaire de certains standards comme la nouvelle norme ISO 26000^{Note 44}, l'entreprise bâtit sa réputation éthique et contribue même, peut-être, à créer un nouvel actif incorporel^{Note 45}. Mais les préoccupations ne sont pas seulement économiques. Car les entrepreneurs sont aussi parfois animés par une véritable conviction, persuadés que les acteurs du marché ont un rôle à jouer dans la promotion du développement durable. Cette conviction, qui anime notamment les structures de l'économie sociale et solidaire^{Note 46}, peut être du reste partagée avec les collaborateurs de l'entreprise, séduits au moment de leur recrutement puis stimulés à l'occasion de l'accomplissement de leur travail.

19. - Et le Droit ? La question de la valeur juridique de cette éthique spontanée ne peut être éludée, car il serait hâtif de croire que le label éthique maintient forcément l'engagement pris dans la sphère de la morale. La forme ou l'intitulé de l'engagement (code, charte, annonce par voie de presse ou sur un site Internet...) n'étant pas un critère probant^{Note 47}, il existe schématiquement deux façons d'appréhender la difficulté. La première est de se focaliser sur le contenu de l'engagement, afin d'évaluer sa force contraignante. Toute une gradation est alors théoriquement possible : depuis la déclaration politique d'attachement à certaines valeurs, formulée de façon générale et évasive, qui n'engage à rien sinon à devoir en répondre sur un plan commercial, jusqu'au véritable engagement ferme et précis, unilatéral ou négocié^{Note 48}, en passant par l'engagement de respecter une obligation naturelle - qui peut aussi s'épanouir dans le monde des affaires^{Note 49} - ou encore par celui de respecter... la loi, qui oscille entre le pur « gadget marketing »^{Note 50} et l'engagement qui a du sens notamment quand l'entreprise entend diffuser ses valeurs au-delà des frontières en soumettant ses filiales ou ses partenaires étrangers à un standard de comportement

élevé^{Note 51}. Puisque le juge est seul maître des qualifications, il faut en outre préciser qu'il serait impossible de vouloir lui imposer le déclassement d'une obligation civile en simple engagement moral^{Note 52}. La seconde est de s'attacher à l'effet publicitaire de la norme éthique^{Note 53}. La voie de la publicité mensongère avait été utilisée il y a une dizaine d'années dans la fameuse affaire *Kasky v. Nike*, quand la firme américaine avait communiqué des informations erronées sur les conditions de travail chez ses sous-traitants^{Note 54}. Nul doute qu'aujourd'hui en France, le droit des pratiques commerciales trompeuses (*C. consom., art. L. 121-1*) pourrait servir, dans le même esprit, à contrôler efficacement la communication des entreprises^{Note 55}. Le droit commun n'est pas en reste, qui sait également considérer les attentes légitimes des destinataires : le quasi-contrat, qui oblige à exécuter la promesse illusoire faite à une personne dénommée^{Note 56} ; la théorie de l'effet obligatoire de l'information^{Note 57} ; et pourquoi pas le tout nouveau principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui^{Note 58} ... Bref, attention aux effets d'annonce !

Il serait hâtif de croire que le label éthique maintient forcément l'engagement pris dans la sphère de la morale

C. - L'éthique préconisée

20. - Entre l'éthique imposée et le recours spontané à l'éthique se trouve une troisième voie : celle de l'éthique préconisée. Ici, il s'agit en fait d'inciter les entreprises à adopter une telle démarche.

21. - Dans cette perspective, on songe tout d'abord à la promotion qui est faite à l'échelle mondiale de l'éthique notamment en matière de RSE par diverses organisations ou institutions^{Note 59}. Ainsi, les 43 États signataires des Principes de l'OCDE se sont engagés à promouvoir ce code auprès des multinationales intervenant sur leur territoire, et à les inciter à adopter un comportement responsable. Mais ce n'est pas la seule initiative : on peut encore songer à l'OIT, à la démarche Global Compact de l'ONU, aux principes Équateur, ou aux communications de la Commission européenne^{Note 60}. Cette dernière semble d'ailleurs augmenter l'intensité de ses préconisations. Elle définit en effet désormais la RSE non plus comme un mode d'action purement volontaire mais comme la « responsabilité de l'entreprise vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »^{Note 61}. Le changement terminologique n'est pas neutre. Si les entreprises sont responsables, c'est qu'elles ont pour devoir de répondre de tels effets^{Note 62}...L'Autorité de la concurrence dans son domaine incite elle aussi les entreprises à adopter une démarche éthique en promouvant les « programmes de conformité »^{Note 63}. Il s'agit pour elles de rédiger des chartes comprenant

non seulement une déclaration indiquant leur souci de respecter les règles en matière de concurrence, mais surtout les procédures internes de détection et de prévention qu'elles mettent en place à cet effet^{Note 64}. Le mécanisme de promotion de ces « *compliance programs* » (ou « *compliance* ») revêt une coloration particulière avec l'article L. 464-2, III du Code de commerce. Cette disposition donne la faculté à l'Autorité de la concurrence en cas d'infraction constatée de baisser le quantum de l'amende encourue si l'entreprise fautive s'engage à se doter de tels mécanismes dans l'avenir.

22. - La préconisation peut ensuite provenir d'organismes financiers ou d'assurances soumettant l'octroi de prêts ou de garanties à la condition que l'entreprise en cause s'engage à suivre une démarche éthique^{Note 65} ou subisse un audit en ce domaine^{Note 66}. Dans cette même perspective, on songe également à la toute nouvelle Banque publique d'investissement^{Note 67} qui a parmi ses objectifs celui de participer au développement d'entreprises dans le domaine de l'économie sociale et solidaire.

23. - Enfin, la peur de la réprobation publique et des conséquences néfastes qui pourraient en découler sur un plan économique jouent un rôle premier dans la propagation de l'éthique au sein du monde des affaires. Le processus de diffusion des principes de la gouvernance d'entreprise en France constitue à ce titre un exemple frappant. C'est sous la pression des investisseurs institutionnels^{Note 68}, à l'instar des fonds de pension anglo-saxons, que les sociétés cotées se sont soumises à cette éthique véhiculée par les « *principles of corporate governance* » ou encore au « *Code of best practice* »^{Note 69}. C'est donc la crainte de perdre des actionnaires de prime importance qui a ainsi incité les sociétés à mettre en œuvre ces principes. Cette adhésion mi-spontanée/mi-contrainte - à l'origine de la rédaction en France de codes de gouvernance privés à l'instar des codes AFEP-MEDEF et MIDDLENEXT^{Note 70} - s'est accrue aujourd'hui avec la mise en œuvre de la règle du *complain or explain* (appliquer ou expliquer). Tout comme le « *reporting extra-financier* »^{Note 71}, la règle « appliquer ou s'expliquer »^{Note 72} joue en effet un rôle déterminant dans le processus d'incitation par la crainte. L'idée est simple, les sociétés visées par ces dispositifs sont libres d'adopter une démarche éthique. Aucune morale ne leur est imposée. Pour autant, elles sont tenues de rendre publique leur attitude vis-à-vis des principes découlant de la RSE et de la gouvernance d'entreprise. Les informations données étant susceptibles d'avoir une influence néfaste sur leur image publique, elles ressentent la nécessité d'adopter un comportement conforme à ces principes^{Note 73}. Attitude qu'elles n'auraient pas nécessairement adoptée si tout cela était resté purement privé... Il y a là des instruments extrêmement efficaces pour faire évoluer les pratiques des entreprises. Peut-être même plus efficace que la crainte de sanctions juridiques. L'AMF semble en avoir pleinement conscience puisque pour amplifier

le phénomène, celle-ci a décidé dans son rapport 2012 sur « le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées » de désigner nominativement les bons et mauvais élèves.

24. - Compte tenu des conséquences attachées à ces informations, si la question est parfois posée de savoir si l'éthique pénètre l'intérêt social, il faut reconnaître qu'ici ces deux notions entretiennent un lien étroit^{Note 74}. Une mauvaise attitude dévoilée pourrait vraisemblablement porter atteinte à l'intérêt de la société. L'éthique « pure » simplement préconisée serait alors happée par les règles de droit pour être imposée avec les sanctions juridiques idoines... Y aurait-il là une manifestation du caractère cyclique de la diffusion de l'éthique de l'entreprise^{Note 75}? D'abord en dehors du droit, l'éthique ou certaines de ses règles seraient inéluctablement récupérées par lui^{Note 76}.

Note 1 F.-G. Trébulle, Rép. Dalloz sociétés, V° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), n° 9.

Note 2 B. Oppetit, Ethique et vie des affaires, in Mél. A. Colomer : Litec 1993, p. 327 ; Ph. le Tourneau, L'éthique des affaires et du management au XXIe s. : <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires.htm>

Note 3 E. Mouial-Bassilana, La responsabilité civile dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises : Act. Prat. & Ingénierie sociétaire, janv.-févr. 2013, p. 10.

Note 4 J. Mestre, Propos introductifs, colloque Loyauté et impartialité en droit des affaires : Gaz. Pal. 24 mai 2012, p. 6.

Note 5 P. Diener, Ethique et droit des affaires : D. 1993, p. 17, spéc. n° 9.

Note 6 B. Oppetit, préc.

Note 7 Th. Revet, L'éthique des contrats internes in Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires : Librairie de l'Université, 1997, p. 229.

Note 8 M. Weber, L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme : Flammarion, 1999.

Note 9 Th. Revet, préc.

Note 10 Th. Revet, préc.

Note 11 B. Oppetit, préc., p. 320.

Note 12 E. Putman, Rapport introductif, in Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, op. cit., p. 221.

Note 13 B. Oppetit, préc., p. 333.

Note 14 Th. Revet, préc., p. 231.

Note 15 Comm. UE, comm. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014, 25 oct. 2011 (F.-G. Trébulle, Le paquet « entreprises responsables » : D. 2012, p. 144 ; L. Roglev et V. Becker, Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'europpéenne ? : RLDA 2012, n° 67) ; adde l'avant-projet français en réponse, « Plan national d'actions prioritaires en faveur de la responsabilité sociétale des entreprises » (developpement-durable.gouv.fr).

Note 16 L. Boisseau, Salaires des patrons, gouvernement d'entreprise, les propositions chocs des députés : Les Echos, 20 févr. 2013 ; Rev. soc. 2013, p. 249, B. François.

Note 17 Le lecteur pourra d'ailleurs se référer à la nouvelle chronique « Ethique de l'entreprise », qui est publiée annuellement, sous la responsabilité des auteurs de ces lignes, aux Petites affiches, V. LPA 3 juin 2013, p. 5 et s.

Note 18 V. C. Radé, Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?, in Le solidarisme contractuel (dir. L. Grynbaum et M. Nicod) : Economica, 2004, p. 75.

Note 19 V. J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail : Dalloz, 2e éd. 2012, n° 819.

Note 20 A. Couret, Corporate governance, RSE et communication financière : Dr. fisc. 2012, étude 131.

Note 21 V. Magnier : Rép. Soc. Dalloz, V° Gouvernance des sociétés cotées, n° 1.

Note 22 A. Couret, préc. ; F.-G. Trébulle, Stakeholders Theory et droit des sociétés : Bull. Joly 2006, p. 1337, et du même auteur, Gouvernance et responsabilité, que change la loi « Grenelle 2 » pour les sociétés ? : Environnement 2011, n° 5, étude 3. - Adde le « Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise » de la CNUCED (http://www.unctad.org/fr/docs/iteb20063_fr.pdf).

Note 23 V. L. Aynès, Synthèse, in Loyauté et impartialité en droit des affaires : Gaz. Pal. 24 mai 2012, p. 84.

Note 24 Pour un exposé de cette doctrine, C. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Etudes J. Ghestin : LGDJ, 2001, p. 441 ; L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ? : Economica, 2004 ; et pour une critique, Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, in Mél. P. Didier : Economica, 2008, p. 247.

Note 25 V. notamment J. Mestre, Propos introductifs, in Loyauté et impartialité en droit des affaires, préc., p. 6.

Note 26 Mais pas toujours : l'exemple des programmes de clémence est édifiant, qui sacrifient la morale des participants aux ententes à la recherche de la vérité (V. J.-C. Roda, La clémence en droit de la concurrence : PUAM, 2008).

Note 27 D. Bosco : Rép. Dalloz Dr. communautaire, V° Abus de position dominante, n° 56 et 57.

Note 28 F.-G. Trébulle, Stakeholders Theory et droit des sociétés, préc.

Note 29 V. not. F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion : Economica, 2011.

Note 30 M. Boutonnet, obs. RDC 2012, p. 908, à propos de l'annexe environnementale imposée par la loi Grenelle 2 ; adde L. Neyret, obs. chron. Ethique de l'entreprise, LPA 3 juin 2013, p. 12 et s.

Note 31 CA Nancy, 26 sept. 2007 : JCP G 2008, II, 10091, note M. Lamoureux ; RTD civ. 2008, p. 295, obs. B. Fages.

Note 32 D. Poracchia et D. Martin, Regard sur l'intérêt social : Rev. soc. 2012, p. 475.

Note 33 A. Couret, préc. ; D. Poracchia et Th. Granier, Des relations entre éthique et droit financier, in Liber amicorum Ph. Merle : LGDJ, 2012. - Et plus généralement, V. Vidalens, Le droit des sociétés et la protection de l'environnement, thèse Toulouse 2011 (dir. C. Saint-Alary-Houin).

Note 34 Nous empruntons en grande partie ce découpage à Ph. le Tourneau, op. cit.

Note 35 V. la dernière grande loi sur le sport, L. n° 2012-158, 1er févr. 2012, visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs.

Note 36 P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, in Mél. Ph. le Tourneau, p. 337, spéc. p. 341 et s.

Note 37 Source : www.developpement-durable.gouv.fr. La liste exhaustive de ces conventions est annexée à la réponse française à la communication de la Commission du 25 octobre 2011, « Plan national d'actions prioritaires en faveur de la responsabilité sociétale des entreprises » (avant-projet).

Note 38 P. Deumier, préc., p. 343 et s.

Note 39 Ex. : Code de déontologie européen de la franchise élaboré par l'European Franchise Federation ; Code de déontologie de l'Association française des Fundraisers.

Note 40 V. par ex., en matière sportive, l'applicabilité de la réglementation internationale élaborée par la FIFA, fondée sur la volonté tacite des intéressés : Cass. 1re civ., 4 nov. 2010 : LPA 11 avr. 2011, p. 7, obs. F. Buy.

Note 41 Cass. com., 29 avr. 1997 : RTD civ. 1998, p. 218, obs. R. Libchaber ; ibid., 1999, p. 117, obs. J. Mestre.

Note 42 V. Ph. Jacques, Les rapports entre la faute civile et la faute disciplinaire, in Vers un droit commun disciplinaire ? (dir. P. Ancel et J. Moret-Bailly) : PU St-Etienne, 2007, p. 175 et s.

Note 43 V. B. Oppetit, préc., p. 328.

Note 44 Sur l'évaluation en matière sociale, V. E. Mazuyer et J.-Ph. Robé, Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?, dossier RDT 2010, p. 413 ; sur la labellisation RSE, V. not. la réponse de la France à la communication de la Commission du 25 octobre 2011, préc.

Note 45 V. Vidalens, op. cit., n° 385 ; M.-P. Blin-Franchomme, Le bâti d'une réputation sociétale, nouvelle valeur de l'entreprise, in *Entreprise et développement durable. Approche juridique pour l'acteur économique du 21e siècle* : Lamy, 2011, p. 101.

Note 46 V. publication à venir du colloque du 22 novembre 2012 du CDA de l'UT1-Capitole, « La nouvelle entreprise : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire ».

Note 47 Pour un rappel en matière sociale, V. Circ. DGT 2008/22, 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur : *RTD civ.* 2009, p. 77, obs. P. Deumier.

Note 48 On songe notamment aux accords-cadres internationaux négociés entre les multinationales et les fédérations syndicales. Sur les diverses formes d'engagement des employeurs, V. plus généralement I. Desbarats et G. Jazottes, *La responsabilité sociale des entreprises : quels risques juridiques* : CDE 2012, dossier 13 ; *JCP S* 2012, 1293.

Note 49 Cass. 1re civ., 17 oct. 2012 : *RTD civ.* 2012, p. 720, obs. B. Fages : un dirigeant de société pourrait s'engager à respecter l'obligation naturelle de dédommager un client de la société, qui plus est en s'y engageant à l'occasion d'une audition de police !

Note 50 P. Deumier, *Introduction générale au droit* : LGDJ, 2011, n° 424.

Note 51 P. Deumier, préc., p. 350 et s.

Note 52 Cass. com., 23 janv. 2007 : *RDC* 2007, p. 697, obs. Y.-M. Laithier ; *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages : « en s'engageant, fût-ce moralement, à ne pas copier les produits commercialisés (...), la société Camaïeu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel (...) en a exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée ».

Note 53 V. P. Deumier, préc., p. 356, qui évoque « la fonction publicitaire de l'éthique des affaires ».

Note 54 F.-G. Trebulle, *Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky* : *Rev. soc.* 2004, p. 261.

Note 55 Notons qu'est spécialement réputée trompeuse la pratique ayant pour objet, pour un professionnel, « de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas », de même que celle qui a pour objet d'« affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas » (C. consom., art. L. 121-1-1, 1° et 3°). Sur ce texte, V. C. Peres, *L'influence des pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats* : *RDC* 2008, p. 1083.

Note 56 Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002 : *D.* 2002, p. 2963, note D. Mazeaud ; *LPA* 24 oct. 2002, note D. Houtcieff.

Note 57 M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. T. 1. Contrat et engagement unilatéral : PUF, 2012, p. 289. - Rapp. Cass. 1re civ., 6 mai 2010 : RDC 2010, p. 1196, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2010, p. 581, obs. P.-Y. Gautier (reconnaissance de la « valeur contractuelle » d'un document publicitaire sur la foi duquel un contractant s'est engagé).

Note 58 Cass. com., 20 sept. 2011 : RTD civ. 2011, p. 760, obs. B. Fages.

Note 59 Mais il en est de même en matière de gouvernance d'entreprise. On songe par exemple aux encouragements en ce sens promulgués par l'AMF.

Note 60 C. Neau-Leduc, L'impact de la RSE sur le droit positif : Dr. fisc. 2012, ét. 131.

Note 61 Déclaration de la Commission du 25 octobre 2011. F.-G. Trebulle, Le paquet entreprise « responsable » : D. 2012, p. 144 ; L. Roglev, J. Beckhard, V. Becker, Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? : Rev. Lamy Dr. Aff., écl. janv. 2012.

Note 62 Il est intéressant de noter que sur un plan interne, la France fait sienne cette définition. V. l'avant projet de Plan national d'actions prioritaires en faveur de la responsabilité sociétale des entreprises, préc., p. 3.

Note 63 Aut. conc., Comm. proc. 10 fév. 2012 : « programmes de conformité ».

Note 64 V. Ledoux et J.-C. Roda, Les compliance programs en droit de la concurrence : Contrats, conc., consom. 2007, étude 14, p. 5.

Note 65 Et à ce titre s'engage à respecter un cahier des charges en matière d'environnement, social ou encore de lutte contre la corruption.

Note 66 C. Neau-Leduc, art. préc. ; F.-G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) » : Rép. Dalloz société, n° 14 et s., n° 27.

Note 67 L. 31 déc. 2012, n° 2012-1559.

Note 68 V. Magnier, préc., n° 1.

Note 69 Rédigés respectivement aux États-Unis et au Royaume-Uni.

Note 70 Code de l'AFEP-MEDEF pour les grosses sociétés et code MIDDLENEXT pour les moyennes et petites valeurs.

Note 71 Les entreprises qui y sont soumises sont tenues de faire figurer dans un rapport des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité ainsi que sur leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités (C. com., art. L. 225-102-1).

Note 72 Cette règle oblige les sociétés cotées sur un marché réglementé à indiquer si elles suivent ou non un code de gouvernance. Si elles ne le font pas, elles doivent préciser les raisons pour lesquelles elles n'y ont pas recours et indiquer les mesures qu'elles prennent pour compléter la législation. Si elles s'y réfèrent, elles doivent indiquer le code choisi et le cas échéant expliquer quelles dispositions ont été

écartées et pourquoi (C. com., art. L. 225-37 al. 6, L. 225-68 et L. 226-10-1). - V. plus généralement P. Deumier, Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ? : RTD civ. 2013, p. 79.

Note 73 Toute information erronée étant susceptible de sanctions. - Sur ce sujet, V. I. Desbarat et G. Jazottes, préc.

Note 74 D. Poracchia et D. Martin, préc., n° 20 et s.

Note 75 F.-G. Trebulle, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), préc., n° 52.

Note 76 Ce n'est pas la seule hypothèse en effet dans laquelle des règles purement éthiques sont par la suite intégrées par le législateur. Par exemple, les règles de bonne gouvernance préconisent la constitution de comités spécialisés au sein du conseil d'administration pour préparer les délibérations de ce dernier. Le législateur s'est inspiré de cette recommandation et a rendu obligatoire la constitution d'un comité d'audit pour les sociétés cotées (C. com., art. L. 823-19 et L. 823-16).