

LA *Semaine* JURIDIQUE

*La pertinence de la sélection,
la fiabilité des analyses*

Social

25 SEPTEMBRE 2012, HEBDOMADAIRE, N° 39 - ISSN 1774-7503

Directeur scientifique :
Bernard TEYSSIE

Rédactrice en chef :
Claire BRUNET

1391 **CONDITIONS DE TRAVAIL**

La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique

Étude par Emmanuel DAOUD et Julie FERRARI

1392 **ÉPARGNE SALARIALE**

Plan d'épargne d'entreprise

Formule par Dominique JOURDAN

Également cette semaine

Act. 413 **Droit comparé** - Chez nos voisins européens (aperçu rapide, cabinet Hogan Lovells, ss-dir. Jean-Marc ALBIOL)

1400 **Syndicats** - La représentativité d'un syndicat affilié à la CFE-CGC tient compte des suffrages exprimés par tous les salariés au sein du collège unique (Cass. soc., 4 juill. 2012, note Laurence PÉCAUT-RIVOLIER)

Act. 414 **Sécurité sociale** - Rapport de la Cour des comptes sur le financement de la sécurité sociale (aperçu rapide)

1399 **Comité d'entreprise** - Invocation de l'irrégularité de la consultation du CHSCT par le comité d'entreprise (Cass. soc., 4 juill. 2012, note Laurent CAILLOUX-MEURICE)

1391 La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique

Emmanuel DAOU, D,

avocat, cabinet Vigo

Julie FERRARI, D,

avocat, cabinet Vigo

Malgré l'emploi du terme « responsabilité » dans l'intitulé même de la notion de RSE, celle-ci reste avant tout une démarche volontaire des entreprises¹, singulièrement des employeurs, qui n'est assortie d'aucune sanction et qui ne peut donc, a priori, engager directement leur responsabilité. Toutefois, la réalité juridique et judiciaire est plus complexe. En effet, dans le domaine social, il s'avère que la RSE est clairement source d'obligations juridiques.

1 - Tous les acteurs de la vie économique ont à cœur de se développer en promouvant « le développement durable² », c'est-à-dire en intégrant dans leurs activités des préoccupations d'ordre économique, social et écologique. Concrètement, cette volonté se traduit par la notion de responsabilité sociale – ou sociétale³ – des entreprises (ci-après RSE), consacrée internationalement par la norme ISO 26000 adoptée en 2010⁴. La RSE est un « concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire »⁵, allant au-delà des contraintes légales qui s'imposent à elles.

2 - Si la démarche de RSE est souvent analysée sous l'angle environnemental, il nous est apparu important de mesurer son impact dans le domaine social car les salariés, « parties prenantes », sont concernés au premier chef par les politiques RSE des entreprises qui visent notamment les conditions de travail, la lutte contre la discrimination, l'équilibre entre vie familiale et vie professionnelle, la promotion de la santé et du bien-être au travail, la diversité et la mixité des équipes. Mais la RSE reste avant tout une démarche volontaire des entreprises⁶, en principe dénuée de toute sanction et qui ne peut

donc, a priori, engager directement la responsabilité de l'employeur. Toutefois, la réalité juridique et judiciaire est plus complexe. En effet, dans le domaine social, nous avons identifié dans la RSE des obligations résultant d'une part, de textes internationaux qui renvoient eux-mêmes à des principes d'ores et déjà intégrés au droit positif, d'autre part, de la loi puisque certaines démarches volontaires initialement prises par les entreprises ont fait l'objet soit d'une consécration législative soit sont venues renforcer ou compléter des dispositions légales déjà existantes. Dans ces hypothèses, la RSE sociale apparaît en termes de droit dur ou *hard law* (1).

Par ailleurs, pour mémoire, la RSE est essentiellement fondée sur des engagements volontaires (droit mou ou *soft law*), particulièrement dans le domaine social. Ces engagements sont-ils contraignants ? Force est de répondre par l'affirmative car de tels engagements, en ce qu'ils font référence à des principes clairement revendiqués par les entreprises et sur lesquels les parties prenantes – en ce compris les salariés – doivent pouvoir s'appuyer, dissimulent, en réalité, de véritables obligations juridiques pour les entreprises. Le droit mou est ainsi en passe de s'endurcir (2).

1. Le droit dur ou *hard law* de la RSE sociale : des obligations juridiques identifiées

A. - Les textes internationaux incontournables de la RSE sociale

1° Les conventions, chartes, déclarations et pactes

3 - L'entreprise qui s'inscrit dans une démarche de RSE doit a minima se conformer aux textes suivants intéressant en particulier le domaine social :

- La Charte des droits de l'homme des Nations Unies qui comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux pactes de 1966, la Déclaration tripartite de l'OIT de 1998 relative aux

1. Le caractère volontaire est souligné dans la résolution du Conseil de l'Union européenne du 6 février 2003 concernant la RSE (res. 2003/C39/02, 6 févr. 2012).

2. Notion définie par la Commission mondiale pour l'environnement et le développement comme la « capacité des générations présentes à satisfaire leurs besoins sans compromettre l'aptitude des générations futures à couvrir leurs propres besoins » (Cf. rapport Brundtland, 1987).

3. En 2010, le ministère français de l'Écologie, de l'Énergie et du Développement durable emploie le terme de responsabilité « sociétale », jugé plus large et plus pertinent que « responsabilité sociale ».

4. NF ISO 26000, nov. 2010, 2.18.

5. Définition donnée par la Commission européenne : livre vert, juill. 2001 (COM [2001] 366 final).

6. Le caractère volontaire est souligné dans la résolution du Conseil de l'Union européenne du 6 février 2003 concernant la RSE (2003/C39/02).

principes et aux droits fondamentaux, la convention des Nations Unies contre la corruption de 1990 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 à laquelle le traité de Lisbonne a donné force obligatoire.

- Les textes internationaux qui impliquent un *reporting* pour l'entreprise, tels que le Pacte mondial des Nations Unies, les principes directeurs pour les entreprises et les droits de l'homme adoptés par le Conseil des droits de l'homme en juin 2011, les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, le *Global reporting initiative* (GRI) et le *Global impact* qui propose l'adhésion à 10 grands principes qui font référence notamment à ceux inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans celle du Bureau international du travail et dans les résolutions du sommet de Copenhague sur les questions sociales (1995).

4 - La France a d'ores et déjà intégré en droit interne bon nombre des principes auxquels font référence ces textes, au travers du préambule constitutionnel de 1946, repris en 1958 – souvent visés par les arrêts de la Cour de cassation – qui consacre le droit au travail, le droit syndical ou le principe de participation à travers les représentants du personnel.

Par ailleurs, le Code du travail français comprend des dispositions relatives notamment aux droits et libertés dans l'entreprise, aux discriminations ou à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Il régit en outre les relations collectives de travail, l'organisation du travail (temps de travail, salaire), la santé et la sécurité au travail, l'emploi (en ce compris les travailleurs handicapés), la formation professionnelle ou la lutte contre le travail illégal. Le Code pénal vient quant à lui sanctionner le non-respect de certains de ces principes.

Enfin, il est acquis que certaines dispositions de conventions internationales, en particulier celles de l'OIT, ont un impact certain en droit positif puisque leur application directe devant les juridictions nationales a été reconnue tant par la CJCE⁷ que par la Cour de cassation⁸.

Aussi, même si l'on peut regretter l'absence de sanctions explicites en cas de non-respect des dispositions contenues dans les textes précités, il n'en demeure pas moins que ces derniers créent des obligations pour les entreprises puisqu'ils font partie, pour la plupart, du droit positif.

5 - Mais la logique de la RSE exige que les entreprises dépassent le droit positif et respectent des règles plus contraignantes. Par exemple, s'il dépend directement des entreprises de ne pas recourir au travail forcé et au travail des enfants ou encore d'accorder un repos minimum, en revanche, le respect de la liberté syndicale dépend en premier lieu de l'État qui accueille l'entreprise et de la législation en vigueur. Une entreprise qui souhaite reconnaître la liberté syndicale à ses salariés peut ainsi se mettre en marge du droit applicable dans l'État où elle développe son activité.

Précisément, la RSE peut impliquer un tel dépassement du droit positif⁹.

6 - En tout état de cause, les textes précités ont une force obligatoire puisqu'ils doivent nécessairement être appliqués et respectés par les entreprises qui adhèrent à une démarche de RSE. Ils imposent ainsi à ces dernières de véritables obligations juridiques.

2° La norme ISO 26000

7 - Le respect des procédures normalisées constitue également un préalable nécessaire pour l'employeur qui s'inscrit dans le cadre d'une démarche de RSE. Ainsi en est-il de la norme ISO 26000 qui propose aux entreprises des lignes directrices relatives à l'intégration de la RSE dans leur mode de fonctionnement¹⁰, les incitant à aller au-delà de la réglementation en y associant leurs parties prenantes.

Même si cette norme ne comporte aucune exigence et n'a pas vocation à offrir aux entreprises une certification, elle a néanmoins le mérite d'harmoniser la mise en place des initiatives volontaires prises par les entreprises dans le cadre de la RSE. Surtout, la norme fournit aux entreprises des recommandations et les invite à s'interroger sur sept questions centrales en identifiant plusieurs domaines d'action pertinents sur lesquels les entreprises pourront travailler. Parmi ces questions centrales, les trois suivantes intéressent plus particulièrement l'entreprise en sa qualité d'employeur¹¹ :

- **La gouvernance de l'organisation** : sans que l'énumération soit exhaustive, il s'agit d'utiliser efficacement le capital humain ; d'accorder de bonnes chances aux groupes sous-représentés d'occuper des postes de responsabilité dans l'organisation ; d'arbitrer de manière équilibrée entre les besoins de l'organisation et ceux de ses parties prenantes ; d'instaurer des processus de communication bilatéraux avec les parties prenantes, d'identifier les terrains d'accord et de désaccord et de négocier pour résoudre les conflits éventuels ; d'équilibrer le niveau de pouvoir, de responsabilité et de compétence des personnes qui prennent les décisions au nom de l'organisation.

Concrètement, ces actions et attentes se réaliseront dans les domaines d'intervention traditionnels des politiques de ressources humaines, à savoir les systèmes de rémunération, l'organisation du travail, l'égalité de traitement et la lutte contre les discriminations notamment.

- **Les droits de l'homme** : la norme ISO 26000 prend soin de rappeler que les droits fondamentaux sont naturels, inaliénables, universels, indivisibles et interdépendants¹². Les entreprises doivent respecter ces droits reconnus tant par le droit national de l'État qui les accueille, que par le droit international des droits de l'homme, et doivent mettre en place des procédures afin de détecter les manquements à ces droits et, le cas échéant, les réparer¹³. Ces principes figurent dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans les deux pactes de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques et sociaux et culturels.

La norme ISO 26000 fait en outre du principe d'égalité ou de non-discrimination une forme de principe fondateur¹⁴, tout comme elle met en exergue la nécessité de garantir les droits fondamentaux au travail.

- **Les relations et conditions de travail** : la norme ISO 26000 vise l'emploi et les relations entre employeurs et salariés, les conditions de travail et la protection sociale, le dialogue social, la santé et la sécurité au travail, le développement du capital humain.

8 - En France, bon nombre des principes visés dans la norme ISO 26000 sont inscrits dans le droit positif. Ainsi, si cette norme est dépourvue de caractère contraignant, il n'en demeure pas moins que les principes qu'elle énonce peuvent, s'ils ne sont pas respectés, engager la responsabilité civile ou pénale des entreprises françaises pour non-respect des dispositions du Code du travail et du Code pénal (non-

7. CJCE, 10 mars 2005, aff. C-196/02, *Nikouloudi* concernant la discrimination dans l'emploi fondée sur le sexe.

8. Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499 : *JurisData* n° 2006-032939 ; *JCP S* 2006, 1427, note R. Vatinet.

9. N. Mathey, *La responsabilité sociale des entreprises en matière de droit de l'homme* : CDE 2010, dossier 13.

10. NF ISO 26000, nov. 2010, 6.2.3.2.

11. P. Rozec, *La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ?* : *JCP S* 2010, 1548.

12. NF 26000, nov. 2010, 6.3.2.1.

13. NF 26000, nov. 2010, 6.3.6.

14. NF 26000, nov. 2010, 6.3.7.

respect des dispositions relatives à la durée du travail, entraves, discriminations, travail dissimulé, etc.).

Partant, en plus d'être une référence indispensable, la norme ISO 26000 est source d'obligations juridiques.

C'est également le cas d'autres démarches volontaires prises par les entreprises qui, pour certaines, ont fait l'objet d'une consécration législative, et pour d'autres ont complété ou renforcé des dispositions légales déjà existantes.

B. - Les démarches volontaires prises par les entreprises ayant fait l'objet d'une consécration législative

9 - Le législateur n'est pas resté indifférent à la volonté manifestée par les entreprises de prendre en compte des principes éthiques et l'on a ainsi pu assister à la création de normes juridiques transcrivant ces principes préalablement promus par les entreprises.

1° La réglementation du télétravail

10 - Le télétravail illustre une nouvelle organisation du temps de travail qui permet aux salariés de travailler depuis leur domicile. Cette forme de travail traduit une préoccupation visant à la recherche d'un équilibre entre vie privée et vie professionnelle et constitue un moyen de prévention du stress au travail. Les risques psychosociaux devenant une préoccupation croissante pour les entreprises, celles-ci ont généralisé le télétravail et en ont fait l'une des composantes de leur stratégie de RSE en communiquant sur le bien-être de leurs salariés. Cette pratique n'était encadrée que par une vingtaine d'accords signés dans de grandes entreprises et par un accord national interprofessionnel sur le télétravail datant de juillet 2005. La loi du 22 mars 2012¹⁵ (codifiée aux articles L. 1222-9 à L. 1222-11 du Code du travail) a consacré le télétravail en le définissant (il doit être volontaire, contractualisé et réversible) et en précisant les modalités de sa mise en œuvre.

La loi est donc venue consacrer une pratique déjà mise en place par certaines entreprises dans le cadre d'une politique de RSE.

2° La réglementation de l'obligation de communication des informations environnementales et sociales

11 - C'est surtout le droit des sociétés qui est influencé par la gouvernance éthique¹⁶. En cette matière, l'on trouve cependant des créations légales qui intéressent également le domaine social. C'est le cas de l'obligation de communiquer des informations environnementales mais également sociales mise à la charge des entreprises.

Désireuses d'afficher leur préoccupation liée au développement durable, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé avaient intégré dans leur communication des éléments extra-financiers liés à la gestion sociale et environnementale de l'entreprise. D'abord volontaire, cette démarche a été consacrée en France à l'article L. 225-102-1, alinéa 5 du Code de commerce issu de la loi NRE du 15 mai 2001 complétée par un décret¹⁷ qui impose aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé d'intégrer au rapport annuel de gestion des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité.

Ce dispositif s'étant rapidement révélé limité, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹⁸ et la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, ont élargi d'une part, le champ d'application de l'obligation d'information (visant désormais également certaines sociétés non cotées, notamment celles « 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 », étendant même l'obligation au périmètre de consolidation comptable), d'autre part, le contenu de l'information à fournir, précisant que le rapport annuel de gestion doit comprendre « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités ».

Le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012¹⁹, dont les dispositions ont été insérées dans la partie réglementaire du Code de commerce (C. com., art. R. 225-104, R. 225-105, R. 225-105-1 et R. 225-105-2), précise que l'obligation de communication s'impose à toute société dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 100 millions d'euros et qui emploie plus de 500 salariés. Le décret fixe en outre la liste des informations devant être communiquées, lesquelles portent sur les six thèmes suivants : l'emploi, l'organisation du travail, les relations sociales, la santé et la sécurité, la formation et l'égalité de traitement. Les sociétés cotées doivent fournir des informations supplémentaires sur : l'absentéisme, la fréquence et la gravité des accidents de travail et des maladies professionnelles, la promotion ainsi que le respect des stipulations de certaines conventions de l'OIT.

12 - Il résulte de ce qui précède que le droit français a renforcé les obligations imposées aux entreprises en consacrant une réglementation impérative (l'obligation de communication des informations environnementales et sociales, consacrée à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce) à partir d'une démarche volontaire (communication d'éléments extra-financiers liés à la gestion sociale et environnementale de l'entreprise).

Si aucune sanction spécifique n'est prévue par la loi en cas de non-respect des dispositions du Code de commerce, le droit commun s'applique et offre plusieurs fondements sur lesquels la responsabilité civile ou pénale des dirigeants d'entreprise pourrait être engagée²⁰.

3° La réglementation de l'obligation de reporting ou l'obligation de rendre des comptes sur la performance sociétale

13 - La démarche initialement volontaire consistant à intégrer un code de gouvernement d'entreprise au fonctionnement de la société,

18. C. Malecki, *Éclairage, La loi Grenelle II et la gouvernance d'entreprise sociétale* : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 704. – V. Mercier, *La loi Grenelle II étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental* : Bull. Joly Sociétés 2011, p. 69.

19. D. 24 avr. 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, dont l'application est progressive.

20. Responsabilité civile : C. com., art. L. 225-251 (omission d'une information, motif pris, soit d'une infraction aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit d'une faute de gestion). Responsabilité pénale, dans la mesure où l'article L. 225-102-1 du Code de commerce est soumis au régime du rapport annuel : C. com. art. L. 246-6 2° (image non fidèle de comptes annuels du résultat des opérations de l'exercice) et C. com., art. L. 242-10 (non-soumission à l'approbation de l'assemblée du rapport de gestion), C. monét. fin., art. L. 465-1 (diffusion dans le public de fausses informations contenues dans le rapport annuel). En toute hypothèse, la publicité mensongère pourrait être invoquée pour sanctionner des informations qui seraient erronées dans le rapport de gestion (Cf. I. Tchotourian, *Aspects environnementaux et sociaux de la RSE et management des entreprises : une éthique au centre et autour de l'entreprise* : Revue management & Avenir, n° 10, à consulter sur le site www.cairn.info).

15. L. n° 2012-387, 22 mars 2012 : JO 23 mars 2012 ; JCP S 2012, 1204, pratique sociale H. Guyot.

16. V. Mercier, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire* : Dr. sociétés 2011, étude 6.

17. L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116 : JO 16 mai 2001. – D. n° 2002-221, 20 févr. 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales : JO 21 févr. 2002.

est aujourd'hui indirectement imposée aux entreprises par les articles L. 225-37, alinéa 7 et L. 225-68 du Code de commerce²¹. Ainsi, lorsqu'une société dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé « se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises », le rapport sur le contrôle interne, qui doit être annexé au rapport de gestion annuel présenté à l'assemblée des actionnaires, doit préciser non seulement les modalités de consultation de ce code, mais également « les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été ». Si la société ne se réfère pas à un tel code, le rapport « indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise »²².

Le législateur a jugé insuffisante la démarche volontaire initiale des entreprises consistant à intégrer un code de gouvernement d'entreprise au fonctionnement de la société, puisqu'il leur a imposé d'expliquer les modalités d'application de ce code et de justifier son application ou non application.

14 - Les exemples qui précèdent démontrent que le législateur est déjà intervenu pour consacrer légalement des obligations auxquelles les entreprises s'étaient, initialement, volontairement soumises dans le cadre d'une démarche de RSE. Ils illustrent ainsi l'impact de la RSE sur la réglementation. Par ailleurs, d'autres démarches volontaires des entreprises s'intègrent dans une perspective de complémentarité ou de renforcement des dispositions légales déjà existantes.

C. - Les démarches volontaires prises par les entreprises en complément des dispositions légales déjà existantes

15 - La logique de la RSE exige que les entreprises respectent des règles plus contraignantes que celles du droit positif. Mais le droit social français est déjà particulièrement riche et l'on peut s'interroger sur la valeur ajoutée qu'apporteraient des engagements éthiques pris par les entreprises dans le cadre d'une démarche de RSE. Même si elles ne créent pas forcément de nouvelles règles, les démarches volontaires des entreprises ont aussi vocation à compléter ou renforcer les règles légales existantes. À titre d'exemple, l'inscription du principe d'égalité professionnelle dans le droit ne suffit pas à garantir sa transposition complète. Malgré l'article 3 du Préambule de 1946 qui dispose « la loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » et les cinq lois sur la parité²³, en pratique, pendant longtemps, ce sont les programmes volontaires mis en place par les entreprises dans leur démarche de RSE qui se sont révélés être les moyens les plus efficaces pour garantir le respect de l'égalité professionnelle²⁴. Ces démarches s'inscrivaient ainsi en complément des dispositions légales existantes.

Or, le caractère contraignant de ces démarches a été consacré par les juridictions nationales, lesquelles se sont montrées sévères lorsque

les entreprises revendiquaient le respect du principe d'égalité professionnelle en l'affichant comme l'une de leurs valeurs, et ne le respectaient pas. Ainsi, dans un arrêt rendu le 5 mai 2010, la cour d'appel de Paris a condamné une banque à verser à une ancienne salariée la somme de 157 000 € pour discrimination, alors que cet établissement avait décroché le label diversité en 2009 et était signataire d'un accord sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes notamment en termes de rémunération²⁵.

En tout état de cause, les entreprises de plus de 50 salariés qui n'auront pas mis en place un plan d'égalité salariale entre les hommes et les femmes pourront bientôt être sanctionnées, ainsi que cela ressort des déclarations de l'actuel ministre du Travail qui vient d'annoncer que l'État prendrait un décret en ce sens avant la fin de l'année 2012.

L'on voit donc bien que, dans la RSE sociale, les démarches volontaires prises par les entreprises pour compléter ou renforcer la loi créent, elles aussi, des obligations juridiques.

16 - En dehors des normes précitées qui peuvent désormais être qualifiées de classiques, en ce qu'elles s'intègrent à la réglementation, la RSE s'appuie essentiellement sur des normes non traditionnelles, elles aussi issues – comme les précédentes – de démarches volontaires des entreprises. L'interrogation doit donc porter sur leur caractère éventuellement contraignant.

2. Le droit mou ou *soft law* de la RSE sociale : des obligations juridiques dissimulées

17 - C'est par le biais d'outils et de process que les entreprises matérialisent leur démarche de RSE. Ces outils sont mis en place soit par l'entreprise elle-même, soit en partenariat avec des tiers. Ils expriment les engagements volontaires pris par l'entreprise envers les salariés (A) ou envers les tiers (B). Partant, ceux auxquels sont destinés ces engagements doivent pouvoir compter sur leur respect.

A. - Les engagements volontaires pris par l'entreprise envers les salariés

18 - Il s'agit d'étudier la portée des outils mis en place par l'entreprise en interne, autrement dit par l'employeur.

1° Les documents éthiques diffusés dans l'entreprise

19 - Les chartes éthiques et codes de conduite (ci-après documents éthiques) ont largement été adoptés par les entreprises françaises, en particulier privées²⁶, et ont eu vocation à remplir une nouvelle fonction : d'un outil de marketing et de communication, l'on est passé à un outil de bonne gouvernance et à un outil de RSE.

La Commission européenne s'est penchée sur la portée des documents éthiques et a précisé qu'ils « ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent des normes minimales qui s'imposent à tous, tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent »²⁷. Une telle adhésion repose donc, à l'instar de la RSE en général, sur la base d'une démarche volontaire.

21. Articles modifiés par les lois n° 2008-649 du 3 juillet 2008 et n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

22. V. M.-P. Blin et I. Desbarats, *Le droit des affaires saisi par le développement durable in La modernisation du droit des affaires : LITEC 2007*, p. 89.

23. L. n° 83-635, 13 juill. 1983 dite « Roudy » : JO 14 juill. 1983. – L. n° 2001-397, 9 mai 2001 dite « Génisson » : JO 10 mai 2001. – L. n° 2006-340, 26 mars 2006 : JO 24 mars 2006. – L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008 : JO 24 juill. 2008. – L. n° 2011-103, 27 janv. 2011 : JO 28 janv. 2011.

24. IBM, France Télécom, Schlumberger, PPR ou encore l'Agence spatiale européen (Cf. rapport de l'Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE), *L'accès des femmes aux postes de décisions dans les entreprises*», févr. 2004 : http://www.femmesaaena.com/pdf/reperes/entreprises_orse.pdf).

25. BNP Paribas : *Le Monde*, 6 janv. et 3 mars 2010.

26. I. Desbarats, *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion* : JCP E 2003, I, 112.

27. V. Livre vert, préc. note 4.

20 - Pour autant, le contenu de ces documents éthiques a-t-il un caractère normatif ? La réponse diffère selon le type de documents. À cet égard, l'on peut recenser :

- Les documents qui ne font que reprendre la législation existante, l'une de leurs premières règles étant souvent celle « de respecter les lois et règlements ». L'on peine à voir ici un effort éthique renforcé puisque le respect de la loi et des règlements s'impose à chacun, en l'absence de tout document éthique. Néanmoins, il est des situations où le rappel de la réglementation n'est pas inutile puisqu'elle permet de renforcer la prévention des risques juridiques (en s'appropriant les normes applicables, les collaborateurs de l'entreprise limitent la commission d'infractions). L'affirmation du respect de la loi prend aussi une importance particulière lorsque les documents éthiques s'inscrivent dans les relations avec les fournisseurs ou les sous-traitants implantés dans des États peu rigoureux en matière sociale et environnementale ou, bien que dotés d'une législation pertinente au regard des standards internationaux, ne disposent pas des moyens matériels et humains permettant d'en garantir l'application. À cet égard, certaines entreprises ont même fait le choix d'adopter un document spécifique traitant de leur relation avec les fournisseurs et aux engagements de ces derniers, distincts de leur code éthique²⁸.

- Les documents qui se contentent de reprendre les exigences légales sans autre valeur ajoutée, n'ont cependant aucun caractère normatif.

- Les documents qui traduisent des prescriptions et des interdictions (interdiction du harcèlement sexuel, interdiction d'accepter des cadeaux des fournisseurs) ou encore des conduites à tenir (conduite à tenir des salariés en vue de préserver ou d'optimiser les performances de l'entreprise). Il s'agit de normes de comportement. Parmi les clauses prescrivant une conduite à tenir, certaines prévoient le prononcé d'une sanction disciplinaire en cas de violation, voire précisent le type de sanction (avertissement, mise à pied...). Ce type de document a un caractère normatif en ce qu'il traduit des prescriptions et des conduites à tenir.

- Les documents qui traduisent des déclarations d'intention et affirment les valeurs de l'entreprise (promouvoir la diversité, respecter les droits sociaux fondamentaux reconnus par des conventions internationales : interdiction du travail forcé et du travail des enfants, interdiction des discriminations...). Il s'agit d'expression de valeurs. *A priori*, les documents qui ne traduisent que des déclarations d'intention de l'entreprise n'ont pas de caractère contraignant. Toutefois, si ces documents participent à l'image de l'entreprise, leur contenu est également potentiellement normatif puisque l'entreprise pourrait être sanctionnée sur le fondement de la publicité trompeuse²⁹.

21 - En dehors même de ces distinctions, si l'entreprise a manifesté sa volonté de se conformer à des règles dont elle a précisé le contenu, les tiers intéressés doivent pouvoir compter sur le respect de ses engagements. Dès lors, les documents éthiques sont de nature à faire naître des obligations. De ce point de vue, la RSE est donc créatrice d'obligations de l'entreprise, en sa qualité d'employeur, vis-à-vis au premier chef de ses salariés.

Le ministère du Travail a été amené à s'interroger sur la valeur juridique des documents éthiques et a précisé dans la circulaire DGT n° 2008/22³⁰ du 19 novembre 2008 que « le contenu du document [et non sa dénomination] définit le champ de la compétence

administrative ». Si les documents éthiques contiennent des dispositions relevant du champ légal du règlement intérieur, c'est-à-dire les « règles générales et permanentes relatives à la discipline » (C. trav., art. L. 1321-1-3°), ils devront être soumis au contrôle de l'inspection du travail (de manière analogue à la transmission du règlement intérieur). À titre d'exemple, selon la circulaire, « les clauses d'un code de conduite relatives à l'acceptation ou au refus de cadeaux, à l'utilisation des biens de l'entreprise à des fins personnelles relèvent du champ du règlement intérieur et seront contrôlées à ce titre par l'inspecteur du travail », lequel pourrait exiger le retrait ou la modification des clauses contraires aux lois, règlements ou conventions collectives ou apportant aux droits des personnes et aux libertés des restrictions non justifiées ou non proportionnées au but recherché. De tels documents devront en outre avoir été soumis à l'avis des institutions représentatives du personnel compétentes.

Ainsi, l'adoption d'un document éthique, en fonction de la nature des dispositions qu'il contient, est source d'obligations pour l'entreprise puisqu'elle doit adresser ledit document à l'inspection du travail et recueillir l'avis des institutions représentatives du personnel.

Par ailleurs, hors du champ du règlement intérieur, la circulaire reconnaît que des documents éthiques peuvent porter l'expression d'un pouvoir normatif. En pareille hypothèse, le juge pourra contrôler la licéité des clauses d'un document éthique, notamment au regard de la proportionnalité et des libertés individuelles ou collectives ou, plus généralement, de leur conformité à la législation.

La jurisprudence offre des exemples de tels contrôles : les juges ont ainsi été amenés à se prononcer sur la charte d'utilisation des téléphones portables de la SNCF ou la clause de « programme de conformité légale et de responsabilité professionnelle » chez Bayer, et ont considéré, pour la première, qu'elle ne pouvait édicter une retenue sur rémunération illégale³¹ et pour la seconde qu'elle était inopposable aux salariés³².

22 - L'on constate donc, et la circulaire DGT n° 2008/22 en témoigne, que la liberté pour les entreprises de s'engager éthiquement n'est pas synonyme de liberté de s'engager à n'importe quoi³³. Du reste, depuis longtemps déjà, il est admis que le salarié peut exiger de l'employeur le respect de ses engagements unilatéraux³⁴. Ainsi, une entreprise qui, dans un document éthique, s'engage envers ses collaborateurs au-delà de ce que la législation prévoit, peut se voir imposer le respect de cet engagement par le salarié³⁵.

C'est encore plus vrai lorsque les documents éthiques sont insérés dans le contrat de travail ou si celui-ci en fait mention, ces documents pouvant être envisagés comme des actes réglementaires de droit privé ayant force obligatoire³⁶.

Plus généralement, la responsabilité de l'employeur peut être recherchée sur le fondement de l'article L. 1222-1 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».

23 - Le cadre juridique existant n'est cependant pas toujours suffisant et les juges, dans les espèces qui leur sont soumises, prennent souvent en considération le respect des principes éthiques. C'est ainsi surtout sous l'angle de la bonne foi que se manifeste l'éthique. Par

28. C'est le cas notamment de Carrefour et Véolia Environnement (Cf. E. Daoud, B. Dinh, J. Ferrari, C. Gambette, *Gérer le risque pénal en entreprises* : Lamy Axe Droit, 2011).

29. Sur cette possibilité et d'autres, comme l'obligation naturelle, permettant de transformer les engagements éthiques en sources de responsabilité (F.-G. Trébulle, *Rép. Sociétés Dalloz*, V° Responsabilité sociale des entreprises [entreprise et éthique environnementale], mars 2003, dernière mise à jour : janv. 2012).

30. *BO Emploi, Travail, Formation professionnelle*, 30 nov. 2008, n° 12.

31. *Cass. soc.*, 18 févr. 2003, n° 00-45.931 : *JurisData* n° 2003-017806 ; *Bull. civ.* 2003, V, n° 58.

32. *TGI Lyon, ch. urgences*, 19 juin 2006 : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1310, suppl.

33. P. Deumier, *Chartes et Codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques* : *RTD civ.* 2009, p. 77.

34. V. F.-G. Trébulle, *préc. note 28*.

35. *Cass. soc.*, 25 nov. 2003, n° 01-17.501 : *JurisData* n° 2003-021084 ; *Bull. civ.* 2003, V, n° 294, s'agissant de la garantie d'emploi donnée par l'employeur dans une procédure de licenciement.

36. V. I. Desbarats, *article précité note 25*.

exemple³⁷, lors de la conclusion du contrat de travail. La bonne foi est prise en compte dans le raisonnement des juges lorsqu'il leur est demandé de trancher des litiges relatifs à la résiliation d'une promesse d'embauche³⁸ ou à la résiliation d'une période d'essai³⁹. Au stade de l'exécution du contrat de travail⁴⁰, pèse sur le salarié une obligation de bonne foi, de loyauté, de non-concurrence et d'implication et sur l'employeur une obligation de loyauté, de formation, d'information et de respect de la vie privée.

Au nom de l'éthique, les juges exigent ainsi parfois de l'employeur plus que ce qu'impose le cadre juridique existant. Ce dépassement du droit positif est l'une des composantes de la RSE. Ici encore, les procédures contentieuses expriment la force contraignante de la RSE.

Ainsi, l'engagement de la société France Télécom (sa charte de déontologie) « d'assurer [à ses collaborateurs] un environnement sain et sûr, et à favoriser le développement de leurs qualités professionnelles et de leurs responsabilités individuelles (...) » ne l'a pas prémuni d'une mise en examen pour homicide involontaire à la suite du suicide d'un salarié. Au contraire, dans cette hypothèse, ce document pourrait être utilisé comme un élément à charge à l'encontre de la personne morale, en raison du décalage prétendu (en l'état de la procédure) entre les valeurs et engagements affichés et les pratiques managériales retenues⁴¹. L'employeur peut ainsi voir sa responsabilité engagée sur le plan civil mais également pénal.

De manière générale, en matière de santé et de sécurité au travail, le comportement socialement responsable de l'employeur implique le respect du droit applicable qui est constamment renforcé notamment en raison d'une « responsabilisation » accrue des acteurs et d'une intensification des sanctions. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que « sur la base du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement de cette obligation ayant le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »⁴².

Mais, dans une démarche de RSE, les entreprises s'engagent à aller au-delà des exigences légales. Pour apporter une réelle plus-value à la réglementation existante, le comportement des entreprises doit conduire à de « bonnes pratiques » susceptibles de répondre aux nouveaux risques tels que les risques psychosociaux, chimiques, cancérogènes ou issus de substances nanoparticulaires⁴³.

24 - Si dans le cadre de cette démarche de RSE, les entreprises revendiquent de bonnes pratiques, elles manifestent leur volonté de

se placer sur un terrain différent du droit commun et s'exposent, nécessairement à un degré d'exigence renforcé. L'obligation de sécurité de résultat déjà consacrée en droit positif s'en trouve renforcée en cas de non-respect des engagements pris par les entreprises dans le cadre des bonnes pratiques qu'elles affichent.

Dans la RSE, il y a donc place pour un élément de contrainte qui peut être sanctionné, le cas échéant judiciairement.

2° Les engagements volontaires divers pris au sein de l'entreprise

25 - Évoquant « l'inobservation d'un "principe général du droit", d'une coutume impérative ou même d'un simple usage, d'une réglementation d'origine purement privée, ou encore des directives imposées par un syndicat, une association ou un ordre professionnel à leurs membres, notamment sur le plan déontologique », certains auteurs⁴⁴ considèrent que les engagements souscrits par l'employeur dans le cadre de l'adhésion à une démarche de RSE peuvent prendre place dans ce cadre. Dans ces conditions, la faute de l'employeur manquant à ses engagements peut être sanctionnée dès lors qu'elle cause un dommage aux salariés. À cet égard, il semble qu'un préjudice moral puisse être caractérisé chaque fois que l'entreprise a fait naître une attente chez ses salariés et qu'elle a déterminé par ses affirmations un comportement spécifique. Dans ce cas, il est légitime que l'entreprise réponde des désillusions que ses manquements provoquent.

Les engagements éthiques volontaires peuvent recevoir la qualification d'usages⁴⁵ puisque le propre des usages est leur caractère facultatif.

Par ailleurs, dans certaines circonstances, la RSE ne peut-elle pas être qualifiée de coutume ?⁴⁶ En droit social, il est admis que des usages soient consacrés alors même qu'ils n'avaient fait l'objet que d'une répétition extrêmement limitée⁴⁷. Ainsi, que la RSE se généralise dans une branche d'activité, qu'elle soit adoptée par un syndicat professionnel qui l'impose à ses membres, et l'on pourra retenir qu'au-delà de l'usage conventionnel, c'est bien une coutume qui en résulte⁴⁸.

La démarche de RSE est donc de nature à entrer dans le champ d'intervention du droit.

3° Les pratiques mises en œuvre volontairement au sein de l'entreprise

26 - Il faut s'interroger sur l'éventuelle valeur juridique de démarches volontairement prises par les entreprises qui ne s'inscrivent pas dans un dispositif juridique propre. À cet égard, les dispositifs d'alerte professionnelle (*whistleblowing*) constituent un exemple pertinent.

À la suite de nombreux scandales financiers (notamment les affaires *Enron* et *Worldcom*), la loi *Sarbanes-Oxley* a été adoptée aux États-Unis le 30 juillet 2002 ; elle impose à certaines entreprises américaines et à leurs filiales de mettre en place des dispositifs d'alerte éthique.

À la différence des États-Unis, le système des alertes professionnelles n'est ni prévu, ni interdit par le Code du travail en France. Néanmoins, une jurisprudence constante protège les salariés qui dénoncent les pratiques douteuses constatées dans le cadre de leurs

37. V. I. Tchotourian, article précité note 19.

38. Pour condamner l'employeur à réparer le préjudice subi, les juges caractérisent le comportement de l'employeur par rapport à ce que préconise la bonne foi : un comportement honnête et conscient tout en appréciant les conséquences des agissements de l'employeur sur la situation du créancier (CA Paris, 28 nov. 1991, n° 33917/91 : *JurisData* n° 1991-024567 ; *RJS* 1992, n° 381).

39. Sur le fondement de la notion de bonne foi, la jurisprudence décide que la rupture d'une période d'essai peut être abusive qu'elle soit le fait de l'employeur ou du salarié (Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44.891 : *JurisData* n° 1996-002490 ; *JCP G* 1996, II, 22739. – CA Paris, 6 mars 1986 : *D.* 1986, inf. rap. p. 206).

40. Pour des illustrations jurisprudentielles, V. F. Vasseur-Lambry, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail* : *LPA* 17 mars 2000, p. 4.

41. V. note en bas de page préc. n° 27, ouvrage « Gérer le risque pénal en entreprises ».

42. Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00.11.793 et n° 99-18.390 : *JurisData* n° 2002-013263.

43. M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats, G. Jazottes, V. Vidalens, *Entreprise et développement durable, Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle* : *Lamy Axe Droit*, 2011.

44. G. Viney et P. Jourdan, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité* : LGDJ, 2^e éd. 1998, n° 461, p. 346.

45. V. F.-G. Trebulle, article précité note 28.

46. B. Starck, À propos des « accords de Grenelle », réflexions sur une source informelle de droit : *JCP* 1970, I, 2363.

47. P. Langlois : *Dr. soc.* 1994, p. 227.

48. V. F.-G. Trebulle, article précité note 28.

fonctions⁴⁹, et un certain nombre de règles de droit du travail français sont proches des dispositifs d'alerte professionnelle (*C. trav.*, art. L. 2313-2 et L. 1161-1. – *C. monét. fin.*, art. L. 561-1, L. 562-1 à L. 562-10 et L. 564-1 à L. 564-6); d'autres voies existent pour signaler des faits répréhensibles au sein de l'entreprise⁵⁰.

En tout état de cause, si les dispositifs d'alerte professionnelle ne sont pas encadrés par un dispositif juridique propre, ils n'échappent pas pour autant au droit; ils se trouvent même « *au cœur d'une inter-pénétration complexe de différents champs juridiques (droit du travail, droit pénal des affaires, loi "informatique et libertés", etc.* »⁵¹. Ainsi et depuis la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) du 8 décembre 2005, en France, les dispositifs d'alerte professionnelle sont licites, à condition de respecter les dispositions du Code du travail et de la loi « *informatique et libertés* » et de se conformer au cadre posé par la CNIL. Et, c'est le juge judiciaire qui exerce ce contrôle et qui, comme confirmé par la chambre sociale de la Cour de cassation, a le pouvoir d'apprécier la licéité d'un tel dispositif d'alerte professionnelle⁵².

27 - Initialement, le développement des dispositifs d'alerte éthique (en France comme ailleurs) résulte d'une démarche volontaire d'entreprises confrontées aux exigences croissantes de transparence, de meilleure gouvernance et de *compliance*. Ces dispositifs ont été institutionnalisés en droit interne via les retombées de la loi *Sarbanes-Oxley*. Cet exemple démontre que, même en l'absence de dispositif juridique propre, les juridictions françaises vérifient la licéité d'un dispositif d'alerte professionnelle, lequel, s'il n'était pas conforme au cadre fixé par la CNIL, pourrait être invalidé.

Même indirecte, la contrainte légale est donc là.

4° Les engagements découlant des accords-cadres internationaux au sein des multinationales

28 - Au plan international, la RSE permet aux entreprises de rechercher des formes de régulation des relations de travail et de négociations collectives adaptées à un contexte spécifique. À cet effet, les entreprises peuvent conclure des accords-cadres internationaux qui présentent la particularité, par rapport aux documents éthiques, d'impliquer les parties prenantes, singulièrement les salariés (*via* leurs représentants), dans l'élaboration ou le renforcement de normes de responsabilité sociale.

Les accords-cadres internationaux s'analysent comme des accords signés par l'employeur, les fédérations syndicales internationales sectorielles, parfois par le comité d'entreprise européen et parfois encore, concomitamment par les fédérations syndicales internationales et les syndicats nationaux du pays du siège de la société mère du groupe. Ces accords visent la défense des droits sociaux fondamentaux et reposent avant tout sur la reconnaissance des conventions de l'OIT. Ils présentent la singularité, là encore par rapport aux documents éthiques, de contenir des dispositions sur leur mise en œuvre dans les différentes filiales du groupe, voire auprès des fournisseurs et sous-traitants.

49. *Cass. soc.*, 14 mars 2000, n° 97-43.268 : *JurisData* n° 2000-000983 ; *Bull. civ.* 2000, V, n° 104. – *Cass. soc.*, 12 juill. 2006, n° 04-41.075 : *JurisData* n° 2006-034602 ; *Bull. civ.* 2006, V, n° 245 ; *JCP S* 2006, 1754, note P.-Y. Verkindt.

50. Les comités d'entreprise, délégués du personnel, syndicats mais aussi les commissaires aux comptes, les procédures spécifiques de lutte contre le blanchiment et l'inspection du travail permettent ainsi de signaler des dysfonctionnements au-delà des domaines comptable, financier et de lutte contre la corruption auxquels se limitent les dispositifs d'alerte.

51. *Circ. DGT* n° 2008-22, 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

52. *Cass. soc.*, 8 déc. 2009, n° 08-17.191 : *JurisData* n° 2009-050680 ; *JCP S* 2010, 1091, note P.-H. Antonmattei.

29 - À titre d'exemple, l'on peut citer l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux⁵³ qui comporte des dispositions concernant les sous-traitants, lesquels doivent être choisis en fonction de certains points de l'accord tels que la lutte contre le travail forcé, l'interdiction du travail des enfants ou encore la non-discrimination. Cet accord porte en outre une attention particulière à la santé, la sécurité et aux conditions de travail des salariés et sous-traitants, ainsi qu'à la morale de leurs dirigeants par une disposition luttant contre certaines formes de corruption. Des dispositions décrivent par ailleurs les éléments d'une politique spécifique s'appliquant à l'ensemble des entreprises du groupe dans le monde (des « mesures complémentaires » aux règlements applicables « pour aller vers de bonnes pratiques » et « des procédures et consignes » prévoyant notamment la consultation des salariés et de leurs représentants et la réalisation – y compris chez les sous-traitants – de contrôles et audits). Soucieux de la mise en œuvre de cet accord, ses auteurs ont en outre prévu un suivi semestriel de son application par les signataires, lequel devra être transmis à tous les salariés du groupe.

En pratique, il est certain que de tels accords présentent l'avantage non négligeable de favoriser une mise en œuvre concrète des normes de l'OIT puisque les employeurs signataires s'engagent à respecter certaines normes de l'OIT, y compris dans les pays qui n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT.

30 - Ces accords ne sont pas dépourvus de valeur juridique puisque, sur le fondement de la théorie de l'engagement unilatéral, une entreprise pourrait être sanctionnée pour non-respect des engagements pris.

De plus, les enjeux de tels accords s'analysent en termes d'image et la RSE apparaît ici comme un élément de la concurrence que se livrent les entreprises au plan mondial. De tels accords renvoient en effet une image positive de l'entreprise; ils touchent les consommateurs sensibles à l'éthique; ils attirent les meilleurs candidats dans le cadre d'une politique de recrutement ou fidélisent les salariés talentueux.

La démarche de RSE apparaît comme créatrice d'obligations vis-à-vis des tiers intéressés par les accords-cadres internationaux, en particulier les salariés via leurs représentants.

B. - Les engagements volontaires pris par l'entreprise envers les tiers

1° Les engagements pris dans le cadre de partenariats conclus avec les organisations non gouvernementales (ONG)

31 - Si pendant longtemps, les relations entre les entreprises et les ONG s'inscrivaient plutôt dans un cadre conflictuel, de nouveaux types d'échanges se sont désormais instaurés afin de rechercher des voies de collaboration. Ces démarches se sont traduites par la mise en place de partenariats visant des actions conjointes pour atteindre des objectifs prédéterminés. Bénéficiant de l'expertise des ONG, les entreprises sont efficacement aidées dans la mise en place d'une gouvernance tournée vers le développement durable. Elles sont ainsi en mesure de développer un meilleur environnement de travail, de gagner en confiance et crédibilité et d'améliorer leur image auprès du public. Par ces partenariats avec les ONG, les entreprises optimisent leur démarche de RSE.

Ainsi, la société Areva a souscrit un certain nombre d'engagements unilatéraux qu'illustre la signature d'un protocole d'accord avec l'ONG Sherpa sur les maladies provoquées par les rayonnements ionisants. Dans un jugement du 11 mai 2012, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun a considéré que cette société avait commis une faute inexcusable dans le cadre du décès d'un salarié de sa

53. *C. Sachs-Durand*, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux* : *RDT* 2007, p. 107.

filiale nigérienne. Même si le TASS n'est pas allé, pour caractériser la faute inexcusable, jusqu'à retenir la violation par Areva de ses engagements unilatéraux, ceux-ci ont permis d'identifier la personne morale responsable au sein d'Areva. Le tribunal a ainsi donné un effet juridique à ces engagements ; plus généralement, sa décision est susceptible d'obliger les groupes français à appliquer la législation française dans leurs filiales étrangères et à améliorer les conditions de travail de l'ensemble des salariés du groupe⁵⁴.

32 - En tout état de cause, les ONG, comme tous tiers intéressés, doivent pouvoir compter sur le respect des engagements pris par les entreprises. Dans le cas où l'entreprise ne respecterait pas ses engagements, la sanction serait identique à celle précédemment mentionnée s'agissant du non-respect des accords-cadres internationaux.

La démarche de RSE est créatrice d'obligations vis-à-vis des tiers intéressés.

2° Les engagements volontaires affichés par l'entreprise

33 - À partir du moment où l'entreprise prend volontairement des engagements éthiques et les rend publics, elle s'expose à des sanctions, même informelles, dans le cas où elle ne les respecterait pas.

Le risque est d'autant plus grand que les informations environnementales et sociales devant être communiquées par certaines entreprises sont désormais publiques puisqu'elles figurent dans le rapport de gestion qui doit être déposé (avec les comptes annuels) au greffe du tribunal de commerce qui tient le registre du commerce et des sociétés. Les tiers à l'entreprise disposent ainsi d'un véritable pouvoir puisque, mieux informés sur la politique sociale et environnementale d'une entreprise, ils pourront en connaissance de cause décider ou non d'investir dans une entreprise ou d'en devenir client.

34 - Le non-respect par l'entreprise des engagements qu'elle revendique et sur lesquels elle communique aura des répercussions au niveau :

- Des investisseurs, qui font désormais de l'engagement social des entreprises un critère d'investissement. Se développe de la sorte un investissement ou actionnariat spécifiquement responsable (pas d'entreprises polluantes ou faisant travailler des enfants) composé de fonds communs de placements qui revendiquent cette particularité. À cet égard, la FIDH a créé une SICAV Libertés et Solidarité. Cette ONG sélectionne sur le fondement du respect des droits de l'homme les entreprises qui peuvent entrer dans cette SICAV.

Par ailleurs, le Global Compact est devenu un indicateur pour les investisseurs qui demandent notamment aux agences de notations extra-financières de leur indiquer la liste des entreprises dont la politique est conforme aux 10 principes du Pacte. Ils peuvent ainsi refuser d'investir dans les entreprises où l'absence de respect d'un de ces principes est constatée.

- Des établissements de crédit, qui n'ignorent plus l'engagement social dans leurs critères d'évaluation de leurs clients.

- Des consommateurs, lesquels sont de plus en plus sensibles à l'adoption d'un comportement « éco-responsable » par les entreprises.

Sur la base des engagements éthiques pris par une entreprise mais non respectés, les consommateurs pourraient s'estimer trompés par celle-ci. La célèbre affaire *Nike c/ Kasky* aux États-Unis en constitue une illustration. L'entreprise Nike avait été poursuivie pour publicité mensongère à propos d'une campagne de relations publiques sur les conditions de travail chez ses sous-traitants. Assimilant cette campagne à de la publicité, la Cour suprême de Californie a conclu à la recevabilité de l'action intentée contre la société estimant que lorsqu'une entreprise, dans la promotion et la défense de ses ventes et profits, formule des considérations factuelles sur ses propres produits

ou son activité, elle est astreinte à une obligation de vérité (finalement la société décidera de transiger avec son adversaire)⁵⁵.

En France, il n'est pas impensable de considérer, qu'à terme, les dispositions relatives à la protection du consommateur (notamment les pratiques commerciales trompeuses) puissent être invoquées afin de dénoncer la violation, par l'entreprise, des engagements affichés au travers de ses engagements éthiques, dès lors qu'ils sont rendus publics et sont un outil de communication (voire de marketing) susceptible d'orienter le comportement des consommateurs.

- Des cocontractants en général. En premier lieu, si dans le cadre des relations avec ses cocontractants, l'entreprise leur signifie l'importance des engagements éthiques et en fait un outil de communication, l'on peut considérer, à l'instar du droit social qui admet ce raisonnement, que ces engagements s'intègrent au champ contractuel ; tout manquement sera assimilable à une inexécution contractuelle. Partant, la responsabilité de l'entreprise pourrait être engagée sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». En deuxième lieu, certains auteurs⁵⁶ relèvent qu'il y a en jurisprudence « une volonté de retenir et de faire entrer dans le champ contractuel tous les documents ayant servi à déterminer le consentement de l'acquéreur, ce qui est le cas des documents publicitaires ». Même s'ils ne sont pas directement des documents publicitaires, les documents mentionnant des engagements éthiques diffusés par les entreprises dans leur démarche de RSE, pourraient entrer dans cette catégorie. Les engagements pris par l'entreprise et portés à la connaissance des cocontractants sont nécessairement intégrés dans l'ensemble contractuel. Dans ce cas, l'information donnée au cocontractant peut avoir un effet sur le contenu obligatoire du contrat. Si cette information est erronée, le recours à l'annulation du contrat par application de la théorie des vices du consentement pourrait être envisagé, et l'entreprise pourrait être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle. En troisième lieu, de fausses allégations développées par une entreprise dans le cadre de sa communication « éthique » pourraient être regardées comme des manœuvres dolosives dans la mesure où elles auront été de nature à emporter le consentement du cocontractant. En pareille hypothèse, ces allégations pourraient être constitutives de publicité trompeuse sanctionnée au titre de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En quatrième lieu, la question du recours à la notion de quasi-contrat peut également se poser⁵⁷ en raison, d'une part, de l'ouverture récente par la jurisprudence de cette catégorie⁵⁸ et de l'affirmation de l'existence d'un régime spécifique⁵⁹ et d'autre part, de la lettre même de l'article 1371 du Code civil qui dispose que « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »⁶⁰. Or, l'adhésion à une démarche de RSE est un fait volontaire dont il résulte un engagement ou une apparence d'engagement. En dernier lieu, certains auteurs indiquent que par l'adhésion à une démarche de RSE, les entreprises transforment une obligation natu-

54. C. Carpentier, *Areva condamnée pour la mort d'un salarié d'une mine nigérienne : une décision en demi-teinte* : Dr. env. juin 2012, n° 202.

55. Cour suprême des États Unis d'Amérique, 26 juin 2003, *Nike Inc e.a., Petitioners c/ Marc Kasky*, 45 P. 3d 243, 301. Cal. Sup. Ct 2002. – S. Robin-Olivier, R. Beauchard et D. de La Garanderie, *La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)* : RDT 2011, p. 395.

56. J. Ghestin *La formation du contrat* : LGDJ, 3^e éd. 1993, n° 412 et s. et V. F.-G. Trebulle, article précité note 28.

57. J. Honorat, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel* : RTD civ. 1969, p. 653. – V. Rép. civ. Dalloz, V^o Quasi-contrats. – C. Asfar, *Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil* : Dr. et patrimoine 2002, n° 104, p. 28.

58. Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002 : LPA 24 oct. 2002, n° 213, p. 16, note D. Houtcieff.

59. Cass. ch. mixte, 12 avr. 2002 : D. 2002, p. 2433, note C. Aubert de Vincelles.

60. V. F.-G. Trebulle, article précité note 28.

relle (ne pas polluer, produire en respectant l'environnement, adopter un comportement écologiquement responsable au-delà des seules exigences réglementaires...) en obligation civile à laquelle elles sont soumises⁶¹.

35 - Les entreprises qui ne respecteraient pas les engagements éthiques qu'elles ont volontairement pris et rendus publics s'exposent donc à de véritables sanctions. Si elles devaient répondre des désillusions que leurs manquements provoquent chez les tiers destinataires de ces messages, elles s'exposeraient à des sanctions sérieuses, telles la rupture de relations contractuelles et la perte de confiance des investisseurs, actionnaires, établissements de crédit ou encore la perte de clients.

Ainsi, la firme pharmaceutique NOVARTIS a été condamnée en mai 2010 par un tribunal de New York à verser plus de 250 millions de dollars pour avoir discriminé l'ensemble des 5600 employées travaillant dans la branche américaine et 3,37 millions de dollars de dommages et intérêts aux 12 plaignantes. Cette entreprise se targuait pourtant d'avoir développé et mis en œuvre des politiques exigeantes en ce qui concerne la diversité et se vantait des différentes distinctions obtenues pour ses programmes de promotion des femmes dans ses équipes. Au cours du procès, relayé par les médias en Suisse (berceau de cette firme mondiale), il a notamment été démontré que les femmes employées bénéficiaient de plus faibles salaires et de moins de formation. Un accord sera finalement trouvé entre la firme et les plaignantes pour mettre fin à la procédure judiciaire, mais il est intéressant de relever qu'à l'issue de ce procès, la firme s'est engagée à

consacrer 22,5 millions de dollars pour développer un programme de prévention des discriminations et de promotion des femmes⁶².

S'agissant de la France, il est constant que les associations engagées dans le cadre de la promotion de l'environnement ou de la protection des consommateurs manifestent une capacité d'action très importante en agissant sur l'image des entreprises. Il est aisé d'imaginer l'impact d'une condamnation, même symbolique, fondée sur le non-respect de règles sur lesquelles on a fondé des campagnes de publicité importantes.

La réprobation des tiers concernés pourrait se révéler en pratique beaucoup plus efficace que les presque 9000 articles du Code du travail, pour ne citer que la réglementation française.

De ce point de vue encore, la RSE doit être perçue comme créatrice de normes contraignantes pour l'entreprise.

36 - L'on peut donc conclure que la RSE est source d'obligations juridiques. Certaines sont d'ores et déjà identifiées et s'intègrent à la réglementation. D'autres, dissimulées, ne sont pas aussi clairement identifiables que les précédentes. Mais toutes ont un caractère contraignant pour les entreprises qui s'inscrivent dans une démarche de RSE.

Ces obligations juridiques composent ce que l'on peut désormais appeler le droit de la RSE sociale.

MOTS-CLÉS : Conditions de travail - Responsabilité sociale des entreprises - Caractère contraignant des normes

JURISCLASSEUR : Travail Traité, Fasc. 1-10, par Laurent Draï ; Travail Traité, Fasc. 1-40, par Véronique Cohen-Donsimoni

61. V. F.-G. Trebulle, article précité note 28.

62. Cf. http://www.novethic.fr/entreprise/ressources_humaines/discrimination, Novartis condamnée à plus de 250 millions de dollars, publié le 21 mai 2010.