

UNIVERSITE MONTPELLIER I  
CENTRE DU DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE  
MASTER II DROIT DE LA CONSOMMATION ET DE LA CONCURRENCE

# **L'éthique en droit des affaires**

Par Valentine Guillemin

Sous la direction de Mademoiselle Mathilde Cayot,  
Doctorante en droit privé

Master 2 Droit de la Consommation et de la Concurrence

Année 2012 / 2013

## Remerciements

---

Je tiens à remercier tout particulièrement ma directrice de mémoire Mademoiselle Mathilde Cayot pour son soutien, ses conseils avisés et sa disponibilité tout au long de la réalisation de ce travail.

Je souhaite également remercier M. Malo Depincé, directeur du Master Droit de la Consommation et de la Concurrence, pour m'avoir permis de suivre cette formation, pour ses conseils et ses nombreux enseignements tout au long de cette année universitaire

Je souhaite adresser mes remerciements à M. le Professeur Daniel Mainguy pour ses conseils toujours pertinents et ses enseignements tout au long de cette formation.

Enfin je remercie toute l'équipe du Centre de Droit de la Consommation et du Marché pour cette année enrichissante dans le cadre du Master Droit de la Consommation et de la Concurrence de l'université de Montpellier.

---

## Sommaire

---

Partie I : Le droit des affaires influencé par l'éthique .....	16
<b>Titre I : L'interaction de l'éthique et du droit des affaires : les influences du régime commun .....</b>	<b>16</b>
Chapitre I : La croissance de la prise en compte des enjeux éthiques.....	17
Chapitre II : La naissance de nouveaux enjeux éthiques .....	61
<b>Titre II : L'intervention de l'éthique en droit des affaires : les influences nouvelles .....</b>	<b>102</b>
Chapitre I : Les parties prenantes et le choix éthique .....	102
Chapitre II : La responsabilité sociale de l'entreprise .....	121
Partie II : La valeur du processus de codification éthique en droit des affaires.....	138
<b>Titre I : Le processus de codification éthique.....</b>	<b>138</b>
Chapitre I : Les différents types de codification à portée éthique.....	138
Chapitre II : La valeur des chartes éthiques dans un contexte mondial.....	156
<b>Titre II : Les conséquences de ce processus éthique .....</b>	<b>174</b>
Chapitre I : La critique de ce dispositif éthique.....	174
Chapitre II : Etude d'un scandale financier donnant lieu à une loi éthique....	184
<b>Annexes .....</b>	<b>202</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>207</b>
<b>Index .....</b>	<b>216</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>220</b>

## Liste des abréviations

---

ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
ADLC	Autorité de la Concurrence
Aff.	Affaire
AFNOR	Association Française de Normalisation
AMF	Autorité des Marchés Financiers
Ass.	Assemblée
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CHSCT	Comité d'Hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Ch.	Chambre
Civ.	Civile
CIJ	Cour Internationale de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Com.	Commerciale
Comm.	Commentaire
Comm. Européenne	Commission Européenne
Crim	Criminelle
D.	Dalloz
Déc.	Décision
DREAL	Direction Régionale de l'Environnement de l'Aménagement et du Logement
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
FLO	Fairtrade Labelling Organization
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ISO	International Organization for Standardization
ISR	Investissement Socialement Responsable
JCP E	Semaine juridique édition entreprises
JCP G	Semaine juridique édition générale
LPA	Les petites affiches
MVD	Mouvement Vraiment Durable
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PIP	Politique Intégrée de Produits
RDD	Responsable Développement Durable
Req.	Requête
RSE	Responsabilité Sociale de l'Entreprise
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial
Soc.	Sociale
TC	Tribunal de Commerce
TGI	Tribunal de Grande Instance

## Introduction

*« L'ethos est un conglomérat de symboles, de mythes, de valeurs, de pratiques et de représentations qui soutiennent et règlent la vie individuelle et collective. Ce sont des normes implicites, des prédispositions aux échanges sociaux qui rendent possibles l'accomplissement des rôles, l'exercice des pouvoirs et l'actualisation des valeurs par les agents sociaux. L'ethos imprime sa marque sur les attitudes, les conduites, les relations de pouvoir, les échanges de biens matériels ou même symboliques et il constitue le principe générateur d'une identité sociétale »*

Bourdieu<sup>1</sup>.

1.- L'éthique est une notion interdisciplinaire dans le sens où elle regroupe des notions telles que la morale et le juridique. Cette introduction va essayer de montrer cette interdisciplinarité en se basant sur l'évolution des concepts d'éthique et de juridique au fil des siècles ; évolution qui s'est faite à travers l'outil de la philosophie.

L'éthique est une notion qui aujourd'hui est de plus en plus usitée ; le terme réapparaît dans les termes légaux « courants » sous des dénominations telles que des « chartes éthiques », ou l' « éthique du droit des affaires, et du management ». Mais cette notion philosophique de prime abord se traduit concrètement par des textes légaux. Le nombre de ces textes a évolué et permis aux acteurs du droit de modifier leur comportement professionnel. En ce sens l'éthique aurait permis au droit d'évoluer ; il s'agira de démontrer l'interaction de l'éthique sur le droit des affaires et la valeur de cette éthique.

Le droit<sup>2</sup> est l'ensemble des règles de droit permettant d'édicter la légalité de certains comportements. Le droit des affaires est une branche du droit privé et regroupe les matières ayant trait au commerce et à la vie des affaires. L'éthique du droit des affaires se rapporterait donc aux comportements évolutifs traduisant cette prise en compte nouvelle. Mais ces chartes éthiques, les applications des nouvelles législations environnementales par exemple, sont-elles d'une efficacité pleine ?

2.- L'éthique, souvent perçue par ce que l'on appelle la morale, regroupe plusieurs

---

<sup>1</sup> Ibid p. 22. P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, 1980, éd., Minit.

<sup>2</sup> G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. 2007, Droit : ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société.

définitions. Le terme *êthikos*<sup>3</sup> en grec, se réfère à la morale ou aux principes de la morale lorsqu'il est usité comme un adjectif. Quand il est employé en tant que nom commun, il désigne une partie de la philosophie qui étudie les fondements de la morale ou l'ensemble des règles de conduite. Le Droit en général peut être l'expression d'une morale sociétale qui se distinguera de la morale philosophique.

Mais l'éthique peut aussi désigner la science morale ou une discipline philosophique pratique et normative<sup>4</sup>, ayant pour but d'indiquer les comportements que les êtres humains doivent adopter.

*« L'éthique apparaît dans le processus de la conscience réflexive ; il s'agit d'un niveau spécifique d'abstraction intellectuelle où se dégagent des valeurs humaines acceptées par l'ensemble d'une communauté. [...] L'Éthique est une conceptualisation particulière, à un moment donné de l'évolution historique des sociétés, des valeurs sur lesquelles s'opère un accord général des consciences »*<sup>5</sup>. Cette définition correspondra plus au droit des affaires ; il s'agit d'une matière pratique indiquant quels comportements sont légaux ou non, quels comportements seront suivis par les professionnels ou non.

La distinction entre éthique, juridique et morale est issue d'une réflexion philosophique d'où un récapitulatif rapide recoupant l'évolution de cette notion.

3.- La morale<sup>6</sup>, nom commun, est l'ensemble des normes, de règles de conduite propres à une société donnée ; l'ensemble des règles de conduite tenues pour universellement valables ; en tant que notion philosophique il s'agit de la théorie du bien et du mal, fixant par des énoncés normatifs les fins de l'action humaine. Certains auteurs ont dégagé des théories sur une « éthique universelle »<sup>7</sup>. Ainsi il existerait comme un consensus sur la reconnaissance mondiale de certains droits et ceux-ci pourraient être inscrits dans les déclarations fondamentales de droits ou par exemple les Principes Généraux du Droit. M T. Bonino et d'autres auteurs ont effectué une étude

---

<sup>3</sup> Larousse éd. 2000.

<sup>4</sup> Il s'agit d'une référence au premier chapitre : l'éthique théorique.

<sup>5</sup> J.-C. ROCHER, *Aux sources de l'Éthique Juridique, Les présocratiques*, éd., Fac 2000, 2001, p.10

<sup>6</sup> Larousse éd. 2000.

<sup>7</sup> P. SERGE THOMAS BONINO, J.B. DONNIER, C. DELSOL, P. BENETON, P. DESCHAMPS, A. RENARD, C. BOUTIN, MGR ROLAND MINNERATH, *A la recherche d'une éthique universelle*, Académie d'éducation et d'études sociales, éd., François-Xavier de Guibert, 2012.

sur les différentes déclarations fondamentales et ils ont pu observer des ressemblances. Par exemple le droit à la dignité humaine se trouvera consacré de façon différente mais de façon prégnante sur tous les continents.

La nécessité de la prise en compte de la notion d'éthique en droit des affaires se fait de plus en plus cruciale face, aux actuelles crises et scandales (bancaires, financiers), aux problématiques telles que la lutte contre la fraude fiscale. Pour certains philosophes l'éthique est une notion permettant l'adaptation du droit. Cette notion permet l'adaptation de la matière juridique pour favoriser certains concepts dont la protection sera à un moment donné perçue comme fondamentale.

4.- Or le droit a déjà évolué au fil des siècles pour permettre la protection de « certaines valeurs ». Ce cadre éthique aura permis d'influencer l'éthique et fait aujourd'hui partie intégrante de notre droit (Partie 1.).

Le droit connaît aujourd'hui des pratiques nouvelles de codification interne par ses acteurs à savoir les entreprises. En effet ces acteurs du droit des affaires rédigent des normes de comportement éthique et font appel à ce concept de façon croissante. (Partie 2.).

### ***L'évolution de la conception éthique et juridique au fil des siècles :***

*« L'interdisciplinarité introduit une indiscipline dans chaque champ épistémologique, obligeant à des reconstructions qui tiennent compte des chemins de traverse »*

M. Patrice Meyer-Bisch<sup>8</sup>.

Cet exposé rapide et succinct de l'évolution historique de la conception éthique par rapport à la conception juridique va se situer sur la période allant des présocratiques aux temps modernes et se centrer sur les matières relatives au droit des affaires.

---

<sup>8</sup> F. DERMANGE, L. FLACHON, A. BONDOLFI, P. BUHLER, E. FUCHS, S. GOYARD-FABRE, M. LEINER, D. MULLER, W. OSSIPOW, D. PECCOUD, A. SCHENKER, M. STETTLER, *Ethique et droit*, éd., Labor et Fides, 2002, p. 161.

## Les présocratiques<sup>9</sup>.

5.- Les présocratiques sont traditionnellement enseignés comme les premiers auteurs à s'être interrogés sur les sources de l'éthique juridique. Le droit ne peut exister sans fondements éthiques car il représente des systèmes de valeurs exprimés par des règles normatives s'adressant à la collectivité et à l'individu. A l'époque l'éthique et la morale sont deux notions qui se regroupent.

En ce sens, si comme pour Thalès, pour toutes les réalités du monde, il existe un principe fondateur, l'éthique est peut-être le principe fondateur de l'évolution législative, en s'appuyant sur des valeurs sociétales jugées comme bonnes (ou positives) et bénéfiques pour la société à un moment donné. Les évolutions du droit des affaires seraient une longue construction, s'étant adaptée aux besoins éthiques sociétaux. Quel serait le fondement éthique du droit des affaires ? A l'époque le commerce était déjà régi par des principes tels que le respect de la parole donnée, ou des principes permettant de sécuriser les échanges. De tels principes éthiques non juridiques ont ensuite été codifiés. En effet aujourd'hui l'article 1134 du Code civil peut être en droit français, sur le plan du droit des contrats, une traduction de la force contraignante d'un engagement pris entre deux professionnels.

La théorie de la consubstantialité d'un Etat et du droit d'Anaximandre<sup>10</sup>, a permis de dégager ce concept de la nécessité de l'adaptation de la norme. Cette adaptation de la norme est nécessaire pour la survie de la société et passe par le processus éthique. L'illustration en droit des affaires se retrouve ces dernières années avec le développement de nouveaux concepts tels que les chartes éthiques, la responsabilité sociale des entreprises, etc. « *L'adaptation de la norme juridique laquelle est tout aussi bien l'adaptation de la norme éthique, est tout aussi nécessaire que la personne humaine à la survie des sociétés* »<sup>11</sup>. Ceci illustre l'importance de l'intervention éthique dans le domaine juridique ; c'est l'évolution de la morale et de l'éthique qui va permettre d'adapter le droit pour la survie même de la société. Cette interaction de l'éthique sur le droit est donc vitale pour tout système juridique.

---

<sup>9</sup> Milieu du VII siècle avant J.C.

<sup>10</sup> J.-C. ROCHER, *Aux sources de l'Ethique Juridique, Les présocratiques*, éd., Fac 2000, 2001. p.25. Anaximandre « *Le Droit, au cœur des sociétés, va devenir non seulement le référent structurant du corps social, mais aussi celui qui va permettre le fonctionnement de ce dernier dans une sorte d'autorégulation qui, selon les époques, se vaudra souvent absolue. De fait, il ne saurait exister d'Etat sans Droit : l'un est consubstantiel à l'autre* ».

<sup>11</sup> Ibid p. 27.



6.- Ces normes éthiques vont constituer un code moral<sup>12</sup>, or un des premiers codes moraux à être apparu est le code moral de la piraterie et ensuite celui du commerce ; le processus de découverte philosophique est donc intrinsèquement lié à la connaissance de l'époque ce qui donne naissance au questionnement éthico-juridique. Mais l'appréciation de ces concepts ayant varié et ne pouvant se faire que par l'appréciation de comportement contraire à cette même notion, soit par un raisonnement a contrario<sup>13</sup>, l'imagination est essentielle. Il s'agirait selon M.J.C. Rocher<sup>14</sup> de l'apport des théories présocratiques. La place de l'imagination<sup>15</sup> a été le moteur de l'impulsion juridique notamment, dans la matière des affaires, pour prendre en compte les évolutions possibles de la société. Or ces normes sont issues directement et concrètement du réel existentiel tel qu'il est perçu et vécu par la race humaine. De ce fait il nous est seulement possible de penser concrètement que l'existant. Le fait de conclure que le devenir n'existe pas non plus, n'a finalement rien de réel ; il ne s'agit que d'une seule revendication de la pensée humaine. M.J.C Rocher s'interroge sur la formulation même de la norme juridique. Cette formulation aujourd'hui prend des formes nouvelles, en effet la création des chartes éthiques, processus nouveau et original, soulève des interrogations quant à la valeur et la future reconnaissance de ces procédés.

Il s'agit donc de faire évoluer un raisonnement par la prise en compte de la complexité de la réalité par des raisonnements, des concepts, et des théories. En effet les présocratiques ont intégré la dialectique<sup>16</sup> comme une composante substantielle et essentielle, de la philosophie, de l'éthique et du droit, de la pensée.

### **La pensée socratique<sup>17</sup>.**

7.- Le philosophe Socrate est célèbre pour sa technique de la « *maïeutique* » ou l'art de faire

---

<sup>12</sup> Ibid p. 35, Pythagore « *Le corps est le tombeau de l'âme* ».

<sup>13</sup> Ibid p. 45, Héraclite « *La maladie fait apprécier la santé ; le mal le bien ; la faim l'abondance ; la fatigue le repos* ».

<sup>14</sup> Ibid p. 55 « *Ne pas se tenir dans l'être, c'est ne pas exister* ».

<sup>15</sup> Ibid p. 54 Parménide « *La nécessité nous contraint à dire et à penser que l'existant persiste, car il existe, est en train d'exister, tandis que "rien" par contre, n'existe pas. Il y a par contre, une première voie dont je te détourne : celle où chancellent, comme des têtes doubles, les mortels qui ne savent rien. Leur manque de perspicacité impose, à l'intérieur d'eux-mêmes, un esprit égaré. Ils se laissent mener, muets et aveugles en même temps, obtus comme des végétaux sans jugement, pour qui être ou ne pas être, c'est la même chose et pas la même chose, pour qui en somme, il y a en toutes choses l'inverse* ».

<sup>16</sup> Ibid. Zenon.

<sup>17</sup> Vème siècle avant J.C., Socrate -470 à -399 avant J.C.

accoucher les esprits de la vérité<sup>18</sup>. Un raisonnement doit être justifié par des arguments rigoureux et émis par un questionnement<sup>19</sup> ; il s'agit de l'art de l'interrogation. On notera ici que ce cheminement possède des ressemblances avec les interrogations juridiques, effectuées par un avocat, lors d'un procès. « *Socrate ne s'engage en faveur d'aucune thèse philosophique et a fortiori, d'aucune position philosophique* »<sup>20</sup>, il a permis une certaine sophistication de la philosophie par la pratique de la dialectique. M. Prede considère que c'est avec Socrate que l'Éthique apparaît en tant que discipline. L'éthique aujourd'hui semble réapparaître en tant que discipline, de par la pratique des entreprises ; pratiques perçues comme morales et bénéfiques pour la société. Socrate se positionne a contrario des courants philosophiques le précédant sur le point de la recherche du bonheur ; un être humain est bon par excellence<sup>21</sup>.

Selon A. Gomez-Lobo, « *l'éthique a pour but non pas d'expliquer l'action mais de l'évaluer* » c'est-à-dire de déterminer si ce qui a été fait est bon ou mauvais ; soit le justifier ou le condamner. Dans cette hypothèse l'éthique est une discipline pratique, elle permet de guider nos actions et celles d'autrui par un certain type de connaissance. L'éthique existant actuellement est-elle un outil permettant de mesurer la moralité, le bien ou le mal d'un comportement en droit des affaires ?

## **Les post-socratiques<sup>22</sup>.**

**8.-** Platon<sup>23</sup>, Aristote<sup>24</sup> vont énoncer des règles qui aujourd'hui semblent aller de soi. Ils posent les « fondements » que vont reprendre des théories modernes comme la Responsabilité

---

<sup>18</sup> Socrate « *Les gens qu'on interroge, pourvu qu'on les interroge bien, trouvent d'eux-mêmes les bonnes réponses* »

<sup>19</sup> Ibid « *Tout ce que je sais, c'est que je ne sais rien* »

<sup>20</sup> M. Prede Préface de l'ouvrage : A. GOMEZ-LOBO, *Les fondements de l'Éthique socratique*, éd., septentrion presses universitaires, 1996, p. 11.

<sup>21</sup> A. GOMEZ-LOBO, *Les fondements de l'Éthique socratique*, éd., septentrion presses universitaires, 1996, p.35. « *L'intégrité morale semble entrer en conflit avec la recherche du bien propre, et donc du bonheur personnel* »

<sup>22</sup> Fin Vème siècle, VIème siècle, Ier siècle avant J.C.

<sup>23</sup> Platon énonce que le droit ne définit pas le juste, il pose seulement des normes. Ces normes doivent intégrer une part de juste qui est tirée de la morale sociétale mais ce processus est intrinsèque dans sa fabrication même et n'intéresse pas le droit lors de son application.

<sup>24</sup> Aristote énonce la règle de la prudence. Le but de l'éthique est de donner au politique des repères pour bien gouverner la cité au travers des lois. Le droit dans son rapport à la morale doit être compris à la fois en fonction de valeurs absolues et en termes de « *contexte historique* ». La morale anime le sens de la communauté et donne au droit un fondement moral. L'« *éthique des vertus* », concept aristotélicien, énonce que le bonheur est l'objectif ultime, c'est la fin en soi de tout individu.

sociale d'entreprise. La vertu est la « *disposition de l'esprit qui conduit à choisir des actions et des émotions relevant essentiellement du juste milieu qui se caractérise par ce que l'être prudent déciderait de faire* »<sup>25</sup> ; il s'agit donc du mi-chemin entre l'excès et le manque de « vertu ». C'est cet équilibre dichotomique, que les théories modernes et les pratiques de management de droit des affaires, essayent d'atteindre. Un équilibre entre deux notions juridiques qui ne sont pas hiérarchisées ; mais que la pratique va permettre de dissocier, pour protéger une valeur qu'elle jugera plus importante sur le moment même (on peut citer par exemple la liberté de travailler du salarié et la protection du savoir-faire de l'employeur, lors de l'utilisation d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence).

C'est à partir de Cicéron que la distinction entre la morale « *moralis* » et l'éthique va être faite. Jusqu'au 17e siècle les deux notions étaient souvent comprises comme synonyme et la distinction étant inexistante, la morale ou l'éthique étaient souvent désignées par le terme de « *loi naturelle* ».

### **Les sociétés « morales » et « post-modernes ».**

9.- Le concept moral a imprégné l'Antiquité et le Moyen-âge, celui-ci repose sur la morale classique que nous avons pu étudier rapidement. Le Siècle des Lumières (XVIIIe siècle) va être l'ère de l'objectivité, de la raison. Cette société sera qualifiée de « morale » par certains auteurs<sup>26</sup>. Cette période va connaître une vision de la Science axée sur le progrès, et la morale est à vocation universelle comme en témoignent les différentes déclarations de droits ou encore l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert cherchant à réunir toutes les connaissances et savoirs de l'époque. Ainsi Hegel<sup>27</sup>, a écrit que le droit incorpore les aspirations morales des sociétés et en reflète ainsi les mœurs « *Ce qui est droit en soi est posé dans son être-là objectif, c'est-à-dire déterminé par la pensée pour la conscience et connu comme ce qui est droit et vaut comme droit, la loi : le droit est positif, de façon générale, par cette détermination* ». Cette vision a été partagée par des théoriciens tels que Hobbes et Rousseau. C'est à cette période que la codification du droit du commerce, puis des autres matières relatives au droit des affaires va débiter.

---

<sup>25</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd. ERPI, 2011, p. 36.

<sup>26</sup> Ibid., p. 4.

<sup>27</sup> HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 1821.

**10.-** La société « post-moderne » va prendre le contrepied du mouvement moral et des auteurs comme M. Dion et M. Fortier vont la qualifier de ce fait de « post-morale ». Elle va reposer sur la subjectivité, le pluralisme moral c'est-à-dire que l'individu va être appréhendé en tant que tel, et que la morale sera propre à chaque individu. L'être humain se construit lui-même<sup>28</sup>, il n'y a pas de nature humaine ou de diktat moral imposé notamment par la religion, la morale résulte d'une construction individuelle et personnelle.

Les sociétés « post-morales » sont caractérisées aujourd'hui par la déconstruction des principes composants les sociétés précédentes (rejet du rationalisme). Le doute et la remise en cause vont imprégner morale et science. La vision positive associant Science et Progrès va être remise en cause notamment lors de la révolution industrielle du fait de la multiplication des accidents corporels. L'idée de protection de certains intérêts, ou de partie considérée comme plus faible émerge et intègre le droit des affaires au détriment d'autre valeur telle que l'efficience. Ainsi les lois en grande distribution montrent un changement inhérent total de la part du législateur. Des années 1950 à 1973 il existe un mouvement de libéralisation face au développement de la grande distribution perçue de façon bénéfique pour les consommateurs. Puis face à son développement à partir de 1973 diverses lois sont venues « rééquilibrer » les rapports de force, telles que la loi Royer du 27 décembre 1973<sup>29</sup> dont l'objectif est d'aider les petits commerçants en difficulté en essayant de freiner la croissance de la grande distribution en prévoyant des commissions d'urbanisme commercial. Mais cette loi aura paralysé le développement de ces commerces pendant une période d'environ deux années où les autorisations n'étaient pas délivrées. La loi Raffarin du 1<sup>er</sup> juillet 1996<sup>30</sup> revient sur le droit antérieur de façon illogique, énonçant une autorisation pour tout commerce de grande distribution.

---

<sup>28</sup> SARTRE « *Nous sommes responsables de ce que nous sommes* »

<sup>29</sup> Loi Royer du 27 décembre 1973 n°73-1193 énonce qu'il est nécessaire d'obtenir une autorisation préalable pour la création d'un supermarché de plus de 3000 m<sup>2</sup>

<sup>30</sup> Loi Raffarin du 1<sup>er</sup> juillet 1996 n°96-603 autorisation pour un supermarché de plus de 300 m<sup>2</sup> alimentaire et de plus 1000 m<sup>2</sup> produit

La naissance des courants « *jusnaturalistes* »<sup>31</sup> et « *juspositivistes* »<sup>32</sup> a permis de faire évoluer l'appréhension du droit.

Dans le contexte de mondialisation moderne, l'éthique est appréhendée en tant que norme positiviste. Le sociologue français Lévy-Brühl énonce que l'éthique « *est l'étude positiviste des pratiques morales, la systématisation des prescriptions, l'étude empirique des conceptions, jugements, sentiments, usages relatifs aux droits et devoirs respectifs des être humains, reconnus et généralement respectés dans un espace-temps donné* »<sup>33</sup>. C'est souvent cette définition positiviste que l'on retient pour l'éthique s'appliquant au domaine du droit des affaires. En ce sens l'éthique ne dicte pas un devoir être ou une distinction entre bien et mal, il s'agit de la représentation muable des valeurs sociétales qui vont être privilégiées selon des plans d'actions par les entreprises, ou les organismes publics.

11.- Le courant du pluralisme<sup>34</sup> est venu pallier à un certain constat d'ineffectivité de ces courants « *jusnaturaliste* » et « *juspositiviste* ». Pour Allan Bloom « *Un tel droit est celui de l'âme désarmée. L'homme de notre temps se trouve ainsi à la croisée des chemins : il lui faut ou se taire,*

---

<sup>31</sup> Le naturalisme énonce que le droit serait indifférent aux idéaux de la morale. L'éthique n'est pas étrangère au droit positif mais se traduit par une idéalisation d'un devoir être. Le droit reste la détermination concrète de ce qui est juste. Les théoriciens les plus connus de ce courant sont Léo Straus, Michel Villey, Maurice Hauriou, Chaïm Perelman.

Pour Léo Straus l'idéal de justice est antérieur et supérieur à toutes règles posées par le législateur. Inversement Michel Villey énonce que le droit doit être en conformité avec les valeurs de la vie et ceci est une nécessité pour le bien être de la société.

Ensuite Chaïm Perelman quant à lui voit la finalité du droit dans l'équité ; équité qui doit être effectuée et donnée par le juge. Ce dernier doit pallier aux imperfections législatives. Enfin Maurice Hauriou énonce que les valeurs éthiques sont sous-jacentes au droit et que ce dernier a pour vocation la diffusion de ces valeurs.

On voit dans ce mouvement comme une imbrication du droit et de l'éthique. L'éthique serait le fondement du droit, et le respect de certaines valeurs serait nécessaire pour la survie même de la société. Mais ceci va plus loin l'équité doit pallier aux imperfections systémiques.

<sup>32</sup> Au sens positiviste, le droit est indépendant de la morale. Au sens strict, il ira jusqu'à énoncer que le droit est dépourvu de dimension morale (Luhman). Cette doctrine est d'inspiration « *kelsenienne* ». En effet, dans cette théorie, l'éthique est exclue de l'ordre juridique contraignant et se situe donc en deçà des autres normes dans la hiérarchie. Le droit ne laisse pas de place à des aspirations ou à des jugements de valeur. Mais un tel modèle ignore les intentions du législateur et la finalité des règles posées. Le contre argument majeur de cette théorie sera qu'il s'agit d'un schéma théorique. En effet aucun ordre juridique à ce jour ne correspond à ce schéma où le droit serait la réalisation de la raison dans l'Etat.

<sup>33</sup> Ibid p. 22. L. LEVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, 1953, éd. PUF.

<sup>34</sup> Ce courant va connaître des théoriciens tels qu'Herbert et Hart. Pour Hart, le droit est un système complexe de règles. Les règles primaires sont liées à des sanctions. Les règles secondaires sont accordées à des instances juridiques. Pour Hart « *le droit suit normalement la morale* ». Mais le droit et la morale ne doivent pas être confondus. En ce sens les modèles juridiques des sociétés ne sont pas des idéaux éthiques. Hart s'appuie sur les lois nazies pour démontrer que la non-validité du droit ne signifie pas nécessairement son immoralité ; et la réciproque est aussi vraie. Le droit a la charge de sauvegarder la liberté individuelle. Mais sa théorie n'est pas un simple positivisme, le droit doit se conformer à la morale comme si la morale donnait un fondement légitime au droit qui serait source de l'effectivité juridique.

Pour que cette effectivité sociale soit remplie, il est nécessaire selon Hart que le droit se conforme (un minimum) avec la morale ambiante des sociétés actuelles, ce qui se traduirait par la prise en compte des évolutions jurisprudentielles et des adaptations législatives. Cependant l'idée de justice n'est pas prédominante sur celle de droit positif. Seul le contenu de la norme sera influencé par cette morale. Les *jusnaturalistes* se différencient sur ce point car ils raisonnent sur une simple prise en compte de la morale, celle-ci devrait être le fondement de toute norme.

*ou avoir le courage de choisir ».*

La distinction de ces matières (éthique, juridique et morale) peut être représentée sous la forme d'un diagramme Euler-Venn<sup>35</sup>.

Ce diagramme est constitué de trois cercles de taille égale qui vont chacun respectivement représenter la morale, l'éthique et le juridique. Ces cercles vont s'entrecouper : au centre, les trois domaines vont coïncider.

Le droit se caractérise par le prononcé de sanctions justifiées par leur application aux comportements préjudiciables pour autrui. Les règles juridiques qui ne recourent pas toutes les valeurs à savoir l'éthique, la morale et le droit ont une fonction simple à savoir permettre la prévisibilité des comportements.

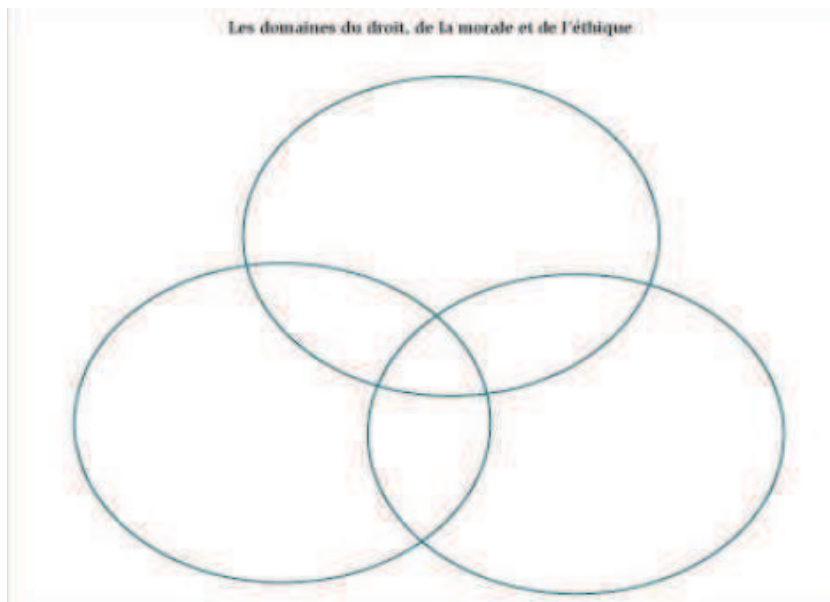
La morale regroupe le domaine des relations sociales dans son intégrité. Les domaines du droit et de la morale peuvent se recouper.

L'éthique s'apparente normalement à l'individu et à des règles personnelles et de ce fait ne s'impose pas aux autres. Cette subjectivité implique comme une extériorisation au cadre légal et ainsi les sanctions prononcées pourraient être morales, éthiques, déontologiques. A ces sanctions, peut s'ajouter une sanction légale lorsque le comportement est contraire à la loi.

Cette distinction permet ainsi d'éclairer certains anachronismes du langage en effet par exemple lorsqu'une entreprise reprend des dispositions légales dans un code éthique, il ne s'agit pas d'éthique mais de normes juridiques.

---

<sup>35</sup> D.A. LAPRES, *Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises*, Revue Lamy droit des affaires.



Certains auteurs nient cette différenciation<sup>36</sup> en énonçant que l'éthique et la morale ont la même signification.

Or la thèse que nous venons d'exposer se fondant sur le diagramme Euler-Venn différencie les deux notions en énonçant que la morale est une pensée organisée et universelle du bien et du mal, alors que l'éthique, définie par le bon et le mauvais, serait relative à un individu, un groupe, une entreprise.

Nous allons ici étudier l'interaction de l'éthique et du droit des affaires, en se penchant à la fois sur le droit existant possédant déjà de l'éthique ou de l'éthique à valeur normative et l'éthique émergeant de par les évolutions sociétales et les politiques actuelles.

*« Le juste entre le légal et le bon »*

P. Ricoeur.

---

<sup>36</sup> P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz Dunod, 2000.

## **Partie I : Le droit des affaires influencé par l'éthique**

12.- Le droit des affaires a été, et continue, d'être influencé par l'éthique. En ce sens cette partie va démontrer l'existence d'une éthique théorique à valeur normative, car faisant partie intégrante du droit des affaires. Certains concepts du droit des affaires découlent directement de l'éthique (par exemple la notion d'abus). L'éthique a donc influencé le droit et fait partie intégrante du droit des affaires. Elle est en effet nécessaire à sa survie et à son évolution.

L'éthique est ici un outil permettant de promouvoir certaines valeurs, qui vont être reconnues, par une société donnée comme fondamentales, à un moment donné (titre I). Ces valeurs sont mouvantes, et l'éthique va permettre le questionnement face à la découverte de nouvelles thématiques (titre II). L'éthique est donc préexistante et imprègne le droit des affaires dans ses concepts juridiques communs.

### ***Titre I : L'interaction de l'éthique et du droit des affaires : les influences du régime commun (droit privé)***

13.- Le régime de droit commun<sup>37</sup> va inspirer les concepts et les fondements des droits spéciaux. En effet, à défaut de texte spécial, le droit commun s'applique. L'évolution des textes, leur application jurisprudentielle, permet de démontrer une prise en compte croissante de la notion d'éthique (chapitre I). Ce mouvement s'est ensuite amplifié par la naissance de nouveaux enjeux et concepts trouvant une consécration éthique notamment dans le droit de l'environnement (chapitre II).

---

<sup>37</sup> Le droit commun sera ici une référence chronologique aux droits positifs privés existants, comprenant le droit civil, le droit commercial, le droit des contrats dans un premier temps. Dans un deuxième temps chronologique les droits spéciaux feront référence aux branches de droit plus récentes, telles que le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement.



## **Chapitre I : La croissance de la prise en compte des enjeux éthiques**

14.- Cette prise en compte grandissante peut s'observer dans le droit positif grâce à l'action du législateur d'une part, et d'autre part grâce à l'action du juge dans les évolutions jurisprudentielles. En effet, ces dernières années, le législateur a amplifié la protection de certains intérêts, certaines valeurs, et ceci par le moyen de réglementations nouvelles. Or ces dernières peuvent énoncer de façon générale ou de façon très précise les obligations nouvelles (Section I). Mais une évolution de ces obligations transparait du fait de la pratique des juges et des évolutions jurisprudentielles (Section II).

### **Section I : La prise en compte de l'éthique par le droit positif**

15.- L'éthique imprègne le droit commun de ses concepts (§1) et le droit des affaires (§2). Mais cette imprégnation est-elle traduite par des obligations légales prescrites par la loi, ou s'agit-il d'un objectif à atteindre pour les acteurs de la pratique ?

Notre position pourra se diviser ici en une éthique théorique énoncée par le législateur au travers du droit commun et une éthique implicite dirigée par le juge au travers de ses décisions de justice. Il y aurait donc une évolution chronologique de l'insertion de l'éthique dans le droit commun, vers les branches spéciales et ensuite l'application par les juges.

#### ***§1 : L'éthique théorique : le droit commun***

16.- Le droit commun (droit civil) est imprégné de notions dont l'objectif est l'atteinte d'un équilibre. Ainsi la notion d'abus permet de limiter l'usage d'un droit qui lorsqu'il devient abusif sera sanctionné, on peut parler de protection a posteriori (A.) et l'obligation d'information intervient en droit commun et en droit spécial pour pallier à une connaissance accrue dans une relation entre un contractant du fait de sa compétence professionnelle ou technique du bien par exemple, au détriment de son cocontractant (B.), on peut parler d'une protection a priori avant la conclusion du contrat. Ces notions éthiques de droit commun influencent le droit des affaires.

## A. La notion d'abus

**17.-** Cette notion d'abus découle d'une construction éthique, à savoir la volonté de rééquilibrer une relation contractuelle, et il faut se tourner vers son origine et son usage.

Il convient donc d'étudier la construction de cette notion (1.) et ensuite quelques exemples de droit commun permettant de sanctionner un tel abus (2.).

### 1. L'héritage de valeurs éthiques

**18.-** La notion d'abus est usitée de façon générale en droit pour rétablir un déséquilibre au profit de la partie en position de faiblesse dans une relation juridique, ou prohiber un usage déterminé d'un droit qui est réputé comme nocif pour la collectivité. De par cette définition on peut rattacher l'abus et l'éthique. Le droit a été construit par la prise en compte de valeurs qui ont été protégées pour permettre un équilibre sociétal. Ces valeurs peuvent être traduites par un souci d'équilibre contractuel ou de loyauté contractuelle ; dont l'abus serait l'outil permettant le rétablissement du « juste ». L'éthique énonce donc un cadre dans lequel sont pris en compte la règle et l'exception ; soit la liberté d'exercer un droit, limitée par la notion d'abus. Cette construction s'est faite dans un premier temps à partir du code civil (2.), puis a été l'objet de codifications dont le régime a ensuite été précisé par la jurisprudence.

**19.-** Cette théorie de l'abus de droit est traditionnellement rattachée à la responsabilité civile. L'histoire de la responsabilité s'est créée autour de jurisprudences et l'on peut citer la célèbre décision du juge Magnaud où l'incrimination de vol n'avait pas été retenue du fait de la situation de l'incriminée qui se trouvait dans un état d'extrême pauvreté. Cette conception de la responsabilité se fonde aujourd'hui sur le fait que l'utilisation d'un droit ne doit pas être abusive, ni porter anormalement préjudice à autrui. Traditionnellement il faut donc une faute, un préjudice et un lien de causalité.

Les applications de cette théorie sont multiples et peuvent se retrouver par exemple:

- **Dans un premier temps en droit des contrats** ; l'abus ressemblera alors à la notion de déloyauté et permettra la sanction d'un cocontractant, dans l'hypothèse d'un usage abusif de ce droit (plus précisément : le droit de rompre les pourparlers, le droit de résilier le contrat à durée indéterminée). On peut citer à titre d'exemple la lésion ou le dol. Cette protection n'a pas été suffisante pour permettre la protection d'un équilibre ou d'une loyauté contractuelle d'où la profusion de nouvelles normes spéciales permettant de sanctionner l'exercice abusif d'un droit.
  
- **Dans un second temps dans des codifications spéciales dont nous donnerons quelques exemples succincts :**

**20.-** En droit des sociétés : les abus de majorité, de minorité ou d'égalité sont jugés fautifs. Ainsi même le droit d'agir en justice peut être abusif et ce caractère abusif sera sanctionné. Seuls les droits discrétionnaires sont insusceptibles d'abus comme l'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 30 novembre 2004 « *la faculté de révoquer un testament constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité* »<sup>38</sup>.

De plus l'article L442-6, I, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> du code de commerce permet de sanctionner sur le fondement de la responsabilité délictuelle le fait pour un professionnel « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque (...) manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* » ou encore « *de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Le régime de cet article devra encore être précisé par la jurisprudence car il est récent (loi LME du 4 août 2008) et ceci se fera à l'avenir dans un troisième temps. Mais d'ores et déjà il a permis de rééquilibrer des relations entre fournisseur et distributeur dans le secteur de la grande distribution, où les disparités liées à la puissance ou la force économique sont les plus notoires. Cet article a été comparé aux dispositions existantes en matière de clause abusive, car sa rédaction s'inspire clairement de l'article L132-1 du Code de la consommation, et du concept de lésion visant à sanctionner le déséquilibre contractuel trop flagrant.

---

<sup>38</sup> Cass. Civ 1ère, 30 novembre 2004, n°02-20883, Bull. civ. II, n°297 ; RTD civ. 2005.443.

**21.-** En droit de la concurrence : l'abus de position dominante<sup>39</sup>. Cet abus sera sanctionné, si une entreprise a sur un marché pertinent, un comportement dominant abusif, qui se traduit par des pratiques commerciales anticoncurrentielles le plus souvent. La prohibition de cette pratique nécessite une démonstration qui se rattache à la théorie de la responsabilité, il faut en effet une faute –un abus–, un préjudice –souvent économique ou d'éviction pour les concurrents– et un lien de causalité.

**22.-** En droit de la consommation : les clauses abusives montrent que le droit prend en compte et s'adapte aux valeurs éthiques sociétales. Une clause est donc réputée abusive si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au profit du professionnel, dans un contrat de consommation<sup>40</sup>.

**23.-** Le droit des affaires prend donc en compte l'éthique par l'intermédiaire de la notion d'abus depuis sa codification. En effet le dol, la lésion sont des concepts anciens. La nécessité d'adaptation du droit dans nos sociétés contemporaines peut déjà être observée par l'accroissement de ces concepts, non de par leur utilisation, mais par leur « extension » c'est à dire la naissance de concept voisin permettant de sanctionner des comportements précis. La sanction d'une clause abusive est depuis 1978 et 1993 acquise de droit de par l'inscription de l'article L132-1 du code de la consommation dans le même code codifié en 1993 et par la naissance de la commission des clauses abusives en 1978.

En effet la sanction d'une telle clause, à savoir être réputée non écrite, aurait pu être effectuée par le droit commun mais la nécessité d'adaptation s'est ici traduite par la création même d'une nouvelle obligation pour le professionnel rédigeant une clause et proposée à un consommateur. Cette volonté de création législative peut être expliquée par le contexte dans lequel nous nous trouvons actuellement.

Les contrats d'adhésion sont très nombreux, le consommateur est réputé comme moins informé et en déficit de compétence technique par rapport au professionnel, et la concurrence sur les conditions générales de vente fait défaut. La partie faible, ici le consommateur, nécessitait donc une protection qui s'est faite explicitement par la création juridique.

---

<sup>39</sup> Articles L420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

<sup>40</sup> Article L132-1 du code de la consommation.

## 2. Les traductions « éthiques » de la notion d'abus en droit commun

**24.-** Différentes notions de droit commun des contrats ont influencé la construction de la notion d'abus. A partir d'exemples précis, il sera possible d'identifier des traductions de l'éthique au travers de la notion d'abus, et ceci s'inscrit dans le contexte du droit des contrats.

Le dol sera abordé plus tardivement se rattachant à l'information des parties à un contrat.

**25.-** La lésion énoncée par l'article 1118 du Code civil est « *le déséquilibre existant entre les prestations respectives des parties au moment de la formation du contrat* »<sup>41</sup>. Cette définition présuppose l'existence d'un contrat à titre onéreux et sans aléa ; soit la lésion n'est concevable que dans les contrats commutatifs conclus à titre onéreux.

La notion d'abus intervient en droit par une volonté de rééquilibrer une relation contractuelle. La sanction de cet équilibre varie selon les hypothèses. La sanction liée à la lésion, ou la rescision, est ancienne et a pour objectif éthique l'équilibre, et la « juste » valeur. Un bien dans une vente, a une valeur ; dans l'hypothèse où celle-ci va être dépréciée de façon trop importante, le droit et l'éthique « normative » imposent une action pour rééquilibrer le rapport contractuel.

L'article 1674 du Code civil énonce les hypothèses de rescision<sup>42</sup> de la vente pour cause de lésion. Ceci signifie que la lésion n'est une cause de nullité que dans les cas énumérés de façon restrictive par la loi. L'éthique en ce sens reprend la règle du principe et de l'exception. Il faut permettre le rééquilibrage quand le prix a été déprécié, mais seulement dans un nombre d'hypothèses listées et énumérées par la loi. La rescision va jouer lors de vente d'immeuble lorsque le vendeur a été lésé de plus de 7/12<sup>ème</sup> de la valeur réelle, et à certaines conditions dans les contrats conclus avec un incapable.

Depuis la loi du 23 juin 2006 sur la réforme du droit des successions, la lésion n'est plus une cause de rescision en matière de partage, elle n'est désormais sanctionnée que par une action en complément de part<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., éd. 2011.

<sup>42</sup> CORNU, *Rescision : nom spécifique que prend –en demeurant soumise au régime des nullités relatives- l'annulation d'un acte pour cause de lésion.*

<sup>43</sup> Article 889 du Code civil

Il s'agit donc bien ici de rééquilibrer un type de contrat mais seulement lorsque le déséquilibre est flagrant. L'abus est donc ici une disproportion importante entre la valeur d'un bien immobilier et son prix de vente.

**26.-** La fraude se traduit en droit français par l'adage latin « *fraus omnia corrumpit* ». Il n'existe pas de texte général sanctionnant la nullité mais la jurisprudence applique parfois cet adage ou « la fraude corrompt tout » pour annuler certains actes frauduleux. Il s'agit d'actes qui sont manifestement « *inspirés par une volonté de détourner les règles impératives normalement applicables*<sup>44</sup> ». Ce principe peut aussi être utilisé pour déclarer inopposable à un tiers les contrats conclus en fraude de ses droits, mais la sanction de la fraude est limitée notamment dans le cas où il existe une autre sanction.

**27.-** L'erreur est un des vices du consentement énoncé à l'article 1110 du Code civil. Cet article énonce que seule l'erreur sur la substance de la chose peut être frappée de nullité, et rejette l'erreur sur la personne du cocontractant à l'exception des contrats conclus *intuitu personae*. Les cas où l'erreur sera sanctionnée sont donc énumérés de façon restrictive par la loi. L'erreur serait donc une représentation inexacte de la réalité. Il conviendra de trouver un équilibre entre l'impératif de protection des volontés individuelles et l'impératif de sécurité contractuelle ; ce dernier argument est souvent avancé par la doctrine solidariste. Pour être sanctionnée l'erreur doit être déterminante, excusable ; il faut que l'erreur porte sur un élément déterminant du consentement de celui qui l'a commise, elle doit être commise par un contractant n'ayant pas les moyens de la dissiper ou de l'éviter.

On peut distinguer l'erreur-obstacle et l'erreur sur la substance pouvant toutes deux entraîner la nullité du contrat. La première désigne l'erreur telle qu'elle fait obstacle à la formation du contrat soit l'erreur sur la nature du contrat ou l'erreur sur l'objet du contrat. Il faut distinguer ici l'erreur sur le prix sanctionnable de l'erreur sur la valeur. L'erreur sur la valeur serait celle qui résulterait après un accord des parties sur le prix, de la plainte d'une partie alléguant que le prix ne correspond pas à la valeur économique réelle du bien ou du service fourni ; il y aurait une appréciation économique inexacte du bien ou du service qui est l'objet du contrat. La seconde ou l'erreur

---

<sup>44</sup> Cass, Civ 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, n°90-16606.

obstacle peut porter sur la matière dont la chose est faite ou plus fréquemment sur les qualités substantielles qui ont déterminé le consentement.

**28.-** Il y a donc un déséquilibre ou un abus lorsque la réalité et la représentation qu'un contractant en fait ne coïncident pas. Et pour palier à ce déficit, l'obligation d'information peut être un moyen efficace, permettant d'informer le cocontractant sur les caractéristiques essentielles et déterminantes du consentement.

Le droit commun a permis l'émergence de nouveaux concepts « éthiques » permettant d'assurer une meilleure protection que celle préexistante et assurée par le droit commun.

#### B. L'accroissement éthique du contenu de l'obligation d'information

**29.-** Cette obligation d'information a beaucoup évolué et il convient de l'appréhender de façon générale soit en droit commun (1.), pour pouvoir ensuite montrer l'accroissement de son contenu par l'inscription de nouvelles obligations d'information dans le droit spécial (2.).

##### 1. L'obligation d'information

**30.-** L'obligation d'information impose à chaque partie la communication des informations nécessaires pour contracter et consentir en connaissance de cause. A titre d'exemple, les articles L111-1 du Code de la consommation et du Code de la santé publique imposent des obligations à la charge du professionnel ; professionnel vendeur de biens ou prestataire de services, ou de santé. On voit donc une construction en plusieurs temps passant par le droit commun et s'élargissant au droit spécial. Cette obligation a une philosophie éthique, à savoir l'équilibre de l'information, surtout au profit d'une partie souvent réputée « en état de faiblesse » ou moins savante.

**31.-** Cette obligation a connu son essor à partir de la seconde moitié du XXe siècle. Une partie de la doctrine y voit « *une exigence de portée générale, dérivée du principe de bonne foi qui gouverne la phase de conclusion* »<sup>45</sup>. Selon les solidaristes, l'obligation d'information a pris le pas sur le devoir de chacun de s'informer par lui-même ; devoir qui a longtemps prévalu en

---

<sup>45</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J. 3<sup>e</sup> éd.2011 p. 104

jurisprudence qui connaissait l'adage latin « *emptor debet esse curiosus* » ou l'acheteur doit être curieux.

Cette obligation précontractuelle d'information existe en droit civil et des affaires. Quand elle pèse sur un professionnel son contenu peut être variable, allant de la fourniture d'un simple renseignement à la délivrance d'une mise en garde voire d'un véritable conseil. L'étude du contenu de l'obligation d'information permet de mettre en lumière un accroissement du contenu normatif relatif à cette obligation légale. En effet ce contenu normatif tend à devenir une obligation positive, décrite avec précision par les textes spéciaux. Ces textes vont lister les documents à fournir c'est en ce sens que l'on parle d'obligation positive. Enfin on peut noter un accroissement du nombre de textes prévoyant une telle obligation positive.

Cette obligation peut ainsi aller jusqu'à l'obligation de « *s'informer pour informer* »<sup>46</sup> ; il y a donc un accroissement dans la portée de cette obligation et celle-ci devient alors une obligation positive à savoir une obligation de renseignement. L'éthique, allant dans le sens de la promotion de l'équilibre et des libertés, tend à accroître la prise en compte de cette obligation d'information. Mais une atténuation persiste, en effet une prise en compte de l'opportunité de « faire une bonne affaire » est aussi nécessaire et on peut citer à ce titre la célèbre jurisprudence de la Cour de cassation de l'arrêt « *Baldus* » rendu en sa première chambre civile le 3 mai 2000<sup>47</sup> énonçant qu'il n'y a pas d'obligation d'information pesant sur l'acheteur au profit du vendeur sur la valeur d'une chose.

Cette solution a été réaffirmée et étendue notamment dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 17 janvier 2007<sup>48</sup> « *l'acquéreur, même professionnel n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* ».

**32.-** L'éthique étant un outil permettant la prise en compte de certaine valeur, valeur mouvante selon les sociétés, on peut voir ici l'accroissement de son importance. L'obligation d'information s'accroît petit à petit au détriment de la liberté contractuelle. Cette dernière est perçue comme nécessaire dans nos sociétés actuelles car permettant une sécurité juridique par la connaissance équilibrée des informations déterminantes pour le consentement des parties.

---

<sup>46</sup> A-M. GAVARD GILLES « *celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même, l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause* » Cass. Civ2. 19 oct. 1994, n°92-21543, D. 1995.499.

<sup>47</sup> Cass. Civ1, 3 mai 2000, *Baldus*, n° 98-11381. D. MAZEAUD, Defrénois 2000.1110.

<sup>48</sup> Cass. Civ 3, 17 janvier 2007, n°06-10442.



L'éthique va énoncer une valeur et corrélativement une exception sera ensuite nécessaire au bon fonctionnement dans la mise en œuvre de la règle de droit.

Le renforcement de cette obligation d'information nécessite-t-elle une prise en compte plus accrue ?

## 2. L'accroissement éthique de son contenu

**33.-** L'obligation d'information est de plus en plus accrue dans certains domaines et l'on peut citer à titre d'exemple ici la loi Doubin du 31 décembre 1989<sup>49</sup> qui fait peser une obligation d'information précontractuelle à la charge du franchiseur (article L330-3 du Code de commerce). Cette obligation est lourde pour le débiteur, en effet il doit pouvoir prouver qu'il a bien informé le franchisé, cette preuve peut se rapporter par tous moyens. De la jurisprudence montre qu'il est possible de demander l'annulation pour vice de consentement lorsque les documents précontractuels d'information n'ont pas été suffisants, soit au sens de la jurisprudence, sincères, loyaux (non trompeurs). Un arrêt inédit récent de la chambre commerciale de la Cour de Cassation<sup>50</sup>, énonce que ces documents précontractuels, qui sont généralement des prévisions, des documents financiers et comptables (bilans, comptes prévisionnels par exemple) ne sont pas engageants, dans le sens où ils n'ont pas valeur contractuelle et où le « *franchiseur n'a pas d'obligation de résultat sur l'existence d'un écart entre les prévisions fournies à titre indicatif et les résultats effectifs de l'exploitation* ». Le franchiseur au titre de son obligation d'assistance doit fournir à ce titre des éléments permettant d'établir des prévisions. Mais « *l'article L. 330-3 du code de commerce impose au franchiseur de fournir à l'autre partie un document, donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* » et que l'engagement du franchisé « *sur la foi des informations fausses et trompeuses communiquées par le franchiseur et retenu que le franchiseur, qui devait fournir un historique de la franchise, avait volontairement déformé la réalité du réseau en occultant sciemment les difficultés de son développement en province, procédant à une rétention d'informations essentielles mettant en cause la viabilité de l'exploitation, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère déterminant des manœuvres déployées, a fait l'exacte application des articles L. 330-3 du code de commerce et 1116 du code civil* ». Des informations trop optimistes s'écartant de la réalité ont été considérées

---

<sup>49</sup> Loi, 31 décembre 1989, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, « Doubin », n°80-1008

<sup>50</sup> Cass., Com., 3 avril 2013, n°11-16303

comme cause d'annulation pour vice du consentement<sup>51</sup>.

**34.-** Les domaines bancaire et de l'assurance se voient aussi imposer des obligations d'information très lourdes qui se traduisent par des documents précontractuels et qui doivent aller jusqu'à un devoir de conseil. Les consommateurs ont dans ces domaines des délais de rétractation leur permettant de résilier unilatéralement le contrat (7 à 14 jours).

Lors de la conclusion d'un crédit avec un consommateur (crédit à la consommation article L311-1 et suivants du Code de la consommation, crédit immobilier article L312-1 et suivants du Code de la consommation), certaines mentions doivent être fournies par le professionnel dans l'offre de contrat qui en crédit à la consommation doit être maintenue au moins pendant 15 jours. Ces mentions vont être relatives au taux effectif global, au coût du crédit, aux échéances mensuelles, au tableau d'amortissement, à la faculté de rétractation (14 jours pour le crédit à la consommation et de 15 à 30 jours pour le crédit immobilier). Dans l'hypothèse de la conclusion d'un crédit immobilier le professionnel aura à sa charge une obligation professionnelle d'information et un devoir de conseil et de mise en garde. Ce devoir de mise en garde résulte d'arrêts de la Cour de Cassation rendus en sa chambre mixte le 29 juin 2007<sup>52</sup>. Le prêteur doit donc informer et conseiller son client. Mais dans le cas où il n'est pas averti et où il existe un risque du fait de ses capacités de remboursement face à un crédit, le professionnel aura à sa charge une obligation de mise en garde dont il devra prouver l'exécution.

En cas de conclusion par un consommateur d'un contrat de crédit revolving ou renouvelable, la loi exige des mentions particulières du fait de la considération de ce crédit comme plus dangereux notamment par exemple la fourniture du tableau d'amortissement doit être jointe dans l'offre de contrat.

En matière de contrat de vente à distance électronique ou par internet le délai de rétraction est de 7 jours. La jurisprudence communautaire de la Cour de Justice des Communautés Européennes a estimé que l'information du consommateur se faisait par un processus faisant intervenir plusieurs « clics » et la conservation du contrat pour le consommateur sur un support

---

<sup>51</sup> Cass., Com., 12 juillet 2012, n°11-19047.

<sup>52</sup> Cass., Ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, n°06-11673.

durable. Le « double clic » a été assimilé par la Cour comme un mode de formation original du contrat. Le support durable quant à lui ne peut être un simple lien hypertexte, en effet l'envoi d'un mail de la part du professionnel envers le consommateur, permettant un certain contrôle a été jugé comme une information essentielle pour le consommateur. Ceci a été jugé dans un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 5 juillet 2012<sup>53</sup>.

35.- On observe l'accroissement éthique par une spécialisation normative concrète, intervenant de façon spécifique dans chaque domaine du droit, pour répondre à une problématique similaire « l'information de la partie faible », mais variant du fait de l'accroissement et du développement des domaines, des technologies, etc., et de ce fait du questionnement éthique. Ainsi l'éthique serait la démarche philosophique permettant un nouveau questionnement, soit la protection du consommateur dans un domaine inexistant dans les décennies précédentes.

## **§2 : L'éthique théorique en droit des affaires**

36.- Le droit des affaires connaît des notions dont la philosophie et l'application sont antagonistes telles, la sanction de la rupture abusive des relations commerciales abusives, et la procédure d'engagement en droit de la concurrence. La première rappelle la notion d'abus de droit commun et la deuxième semble avoir une philosophie qui lui est propre (A.). Enfin la rédaction contractuelle doit permettre la meilleure ingénierie possible pour répondre aux besoins des parties de la façon la plus adaptée possible (B.).

### A. Deux visions antagonistes pragmatiques de l'éthique théorique

37.- La rupture d'une relation commerciale est sanctionnée par son abus et le code de Commerce énonce un régime propre aux relations commerciales établies (1.). Mais cette philosophie éthique de l'abus sera tempérée par les mécanismes existants en matière de régulation des marchés qui ont une vocation éthique mais peuvent au premier abord paraître antagonistes (2.).

---

<sup>53</sup> CJUE, 5 juillet 2012, C 49/11.

## 1. La rupture d'un contrat lors d'une relation commerciale

**38.-** L'article L442-6, I, 5<sup>ème</sup> <sup>54</sup> énonce les conditions de rupture d'une relation commerciale établie, à défaut de respect de ces conditions cette rupture sera qualifiée d'abusives et son auteur devra indemniser par des dommages et intérêts conséquents son ancien partenaire commercial.

Une relation commerciale établie est qualifiée par son intensité et sa durée<sup>55</sup> ; ceci implique une relation suffisamment stable, suivie et habituelle. Il peut s'agir d'un contrat à durée indéterminée ou d'une suite de contrats à durée déterminée. La cour de Cassation dans un arrêt rendu en sa chambre commerciale le 15 septembre 2009<sup>56</sup>, énonce qu'il y a une relation commerciale établie alors même qu'il s'agit de contrat à durée déterminée dans la mesure où les relations commerciales ne pouvaient se poursuivre en dehors de la période.

Le fautif est le producteur et la victime n'est pas identifiée ; en effet la jurisprudence est souple et le statut de la victime importe peu. La seule limite est l'existence d'une relation commerciale.

**39.-** La rupture peut être une résiliation, un non-renouvellement d'un contrat, un déréférencement ou une modification des obligations essentielles du contrat. La sanction de cet article concerne la rupture brutale. Il s'agit d'une rupture sans préavis ou avec un préavis trop court. La loi énonce que ce préavis doit prendre la forme d'un écrit. Les seuls cas où il sera possible de se dispenser de cette obligation de préavis sont l'inexécution par l'autre partie de ses obligations et la force majeure.

---

<sup>54</sup> Article L442-6, I, 5<sup>ème</sup> code de Commerce « I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ; »

<sup>55</sup> Cass., com., 5 mai 2009, n°08-11916.

<sup>56</sup> Cass., com., 15 sept. 2009, n°08-19200.

La rupture devra intervenir suite à un préavis qui devra respecter une durée suffisante quant à la durée de la relation commerciale. Certaines professions ont des accords interprofessionnels qui précisent les délais de rupture. En l'absence de tels textes, l'appréciation de la durée sera un pouvoir souverain incombant aux juges du fonds. Le juge va considérer le temps nécessaire à l'entreprise pour se réorganiser. On tient compte pour estimer cette durée des usages et de l'ancienneté de la relation.

**40.-** La conséquence d'une rupture abusive sera l'engagement de la responsabilité délictuelle du professionnel pour la violation d'une obligation légale de préavis. Le fautif doit, des dommages et intérêts, et réparer l'intégralité du préjudice dès lors qu'il est direct et certain.

Un arrêt de la cour de Cassation, rendu en sa chambre commerciale, le 10 novembre 2009, « Société Carrefour contre Légal Le Gout »<sup>57</sup>, arrêt non publié au bulletin, a été déconcertant. La cour de Cassation approuve les juges du fonds qui ont admis la poursuite du contrat. Le juge des référés avait constaté que « *la rupture constituait un trouble manifestement illicite de nature à causer un dommage imminent à la société Légal dans la mesure où cela allait entraîner une diminution significative de commande* ».

Il conclut en énonçant qu'il peut ordonner la poursuite des relations commerciales pendant une durée déterminée.

**41.-** Le principe de cet article demeure la liberté de rupture mais il est encadré par l'abus. L'esprit de ce texte est de permettre au cocontractant de se retourner. En effet les prévisions économiques d'un contrat lors d'une relation commerciale peuvent être bouleversées par la nécessité d'adaptation rapide et peuvent ainsi placer un cocontractant dans une situation économique très difficile. Pour remédier à cela ce texte est venu régir la rupture. Il y a donc un constat de position de faiblesse de l'une des parties qui se trouverait en situation de « dépendance » quant à son cocontractant. Cette philosophie démontre l'influence de l'éthique dérivée de la notion d'abus de droit commun et se traduit par la codification d'un texte spécial en droit des affaires et notamment pour régir l'abus dans la conduite d'une relation commerciale.

---

<sup>57</sup> Cass., com., 10 novembre 2009, "Sté Carrefour c/ Légal Le Gout", n°08-18337.

**42.-** L'éthique théorique passe donc par la codification d'un texte et son application par la jurisprudence. Il s'agit de sauvegarder un intérêt, une valeur, une philosophie par la protection d'une partie en situation économique faible ou dépendante. Ce raisonnement peut s'opposer à celui de la procédure d'engagement où la partie dans une situation économique avantageuse (partie à une entente ou en position dominante) va être exonérée pour permettre la découverte de l'infraction.

## 2. La procédure d'engagement en droit de la concurrence

**43.-** La procédure d'immunité d'amende fait partie des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence. Cette procédure est régie par les articles L464-2 et R464-5 du Code de commerce introduits par la loi « NRE » de du 15 mai 2001<sup>58</sup>. Les infractions concernées par cette procédure de clémence sont les ententes anticoncurrentielles<sup>59</sup>, relevant des dispositions de l'article L420-1 du Code de commerce et 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

L'esprit de ce texte vise les ententes les plus graves soit les cartels entre entreprises consistant à fixer des prix, des quotas de production ou de vente, répartir les marchés, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents.

Pendant la durée de la procédure de clémence et jusqu'à l'envoi de la notification des griefs aux parties concernées, l'Autorité de la concurrence « préserve dans la limite de ses obligations nationales et communautaires » la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence. Cette confidentialité ne pourra pas être accordée au leader du cartel, soit l'entreprise ayant été à l'origine de la pratique anticoncurrentielle. Dans le cadre de cette procédure une entreprise participant à un cartel par exemple, va saisir l'Autorité par l'envoi d'un courrier et sera ensuite exonérée de poursuite pénale et exemptée de pénalité financière liée à l'infraction concurrentielle<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Articles modifiés par l'Ordonnance du 13 novembre 2008 n°2008-1161.

<sup>59</sup> Communiqué du 2 mars 2009 de l'Autorité de la concurrence.

<sup>60</sup> Les poursuites sur le plan civil pourront toujours être engagées. Le leader d'un cartel ne pourra pas bénéficier de cette exemption de poursuite.

Cette procédure a été mise en œuvre pour la première fois par le Conseil de la concurrence dans une décision du 11 avril 2006<sup>61</sup>, où il a exonéré de sanction pécuniaire la société qui avait sollicité le bénéfice de la procédure de clémence.

**44.-** En vertu de l'article L464-2 IV du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008, une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, si elle a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité de la concurrence, ou l'administration, ne disposaient pas antérieurement.

**45.-** À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte, à cette fin, un avis de clémence. Cet avis précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après présentation des observations du commissaire du Gouvernement et de l'entreprise ou de l'organisme concerné. Cet avis, transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, n'est pas publié. Lors de la décision, l'Autorité de la concurrence peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

Ces dispositions sont complétées par l'article R 464-5 du Code de commerce prévoyant que l'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche "*s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence. La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou un rapporteur de l'Autorité de la concurrence*".

---

<sup>61</sup> Cons. conc., n° 06-D-09, 11 avr. 2006, France Portes, dont le recours a été rejeté par la CA Paris, 24 avr. 2007 : JurisData n° 2007-335953

L'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité de la concurrence à une entreprise, ne la protège cependant pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction. En revanche, le Conseil de la concurrence a considéré que la clémence était au nombre des motifs légitimes qui justifiaient la non-transmission au parquet d'un dossier en application de l'article L 462-6, alinéa 2 du Code de commerce.

**46.-** Il existe donc une demande de clémence de type I ; dans cette hypothèse l'exonération totale ou l'immunité d'amende pourra être accordée dans deux cas : cas où l'Autorité de la concurrence ne dispose pas d'information sur l'entente présumée (type I A), cas où l'Autorité dispose déjà d'informations sur l'entente présumée (type I B).

La procédure de clémence de type II concerne les hypothèses d'exonération partielle de sanctions pécuniaires ; les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues par le type I peuvent bénéficier d'une exonération partielle – en principe de 50% maximum du montant de la sanction normalement imposée- si les éléments de preuve apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont elle dispose déjà.

**47.-** La philosophie de ce texte est administrative et inversée par rapport à celle de droit commun. Il s'agit de « faire plus avec moins » soit de garantir l'efficacité de la dépense publique. En effet les cartels sont des pratiques anticoncurrentielles détectables, mais très difficilement, et nécessitent une demande de moyen très coûteuse. On peut parler du « dilemme du prisonnier » car le concept de ce texte repose sur la délation qui permet d'exonérer partiellement l'entreprise délatrice soumise à la clémence.

Pour inciter la délation, le montant des sanctions pécuniaires a été augmenté de façon significative. Il y a un constat d'effectivité de cette pratique en droit de la concurrence. Or cette dernière pourrait dans un premier temps sembler contraire à l'éthique, en effet la coopération commerciale ou la loyauté dans une relation commerciale est ici mise à bas par la délation. De plus l'auteur de la délation sera exonéré alors qu'il participait à l'infraction même. Mais l'esprit de ce texte est l'équilibre du marché au sens économique et non la sanction des individus ou des entreprises. Il sanctionne les entreprises ayant participé à une entente mais ceci est une conséquence de la sauvegarde de la concurrence.



La finalité éthique est donc toujours la recherche d'un équilibre et de dicter des comportements bons ou mauvais pour la collectivité. Mais les acteurs étant par nature différents, personnes physiques et personnes morales, les techniques mises en œuvre diffèrent.

## B. La rédaction contractuelle

**48.-** La rédaction d'un contrat est un processus essentiel en droit des affaires où les conventions peuvent entraîner des relations commerciales très longues ou mettre en jeu des sommes d'argent très importantes. La rédaction contractuelle, va avoir lieu par le biais de clauses permettant la sauvegarde d'un certain équilibre (1.) ou le viciant (2.), car déséquilibrant un contrat et pouvant être alors sanctionnée.

### 1. Les débats théoriques et leurs enjeux : l'exemple de la clause de non concurrence

**49.-** L'exemple de la clause de non-concurrence peut permettre d'illustrer la sauvegarde d'un équilibre contractuel.

Mais dans certaines hypothèses de simples mentions générales, comme par exemple dans un contrat d'assurance vie, la nomination d'un tiers bénéficiaire peut être faite par des mentions telles que « à mon épouse » ou « à mes enfants », mentions générales qui peuvent être les bienvenues pour permettre d'attribuer les sommes à tous les enfants, si certains enfants n'étaient pas encore nés à la date de conclusion du contrat, ou à une nouvelle épouse dans l'hypothèse d'un divorce. Ceci peut aussi être exclu par la volonté du rédacteur de la clause qui choisira alors une mention restrictive telle que la dévolution des sommes à « M. X ». La rédaction est donc essentielle car elle peut permettre de s'adapter à des situations non encore envisagées ou envisagées mais futures, ou souder une situation qui ne devra pas changer.

Il existe cependant des clauses prévues pour sauvegarder un équilibre, telle que la clause de non-concurrence. Cette clause a pour philosophie la protection du savoir-faire, et se trouve dans une certaine continuité de l'obligation du salarié envers un employeur. Mais elle constitue aussi dans ses modalités légales une protection du salarié et de l'équilibre contractuel.

Une clause de non-concurrence est une stipulation par laquelle un cocontractant se prive de la

faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité susceptible de concurrencer celle de l'autre partie au contrat.

A l'origine en droit des affaires, et contrairement à la jurisprudence sociale imposant une double limitation temporelle et spatiale, une simple limitation dans le temps ou l'espace de la clause suffisait. Cependant, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation une exigence cumulative des critères (contrat de franchise<sup>62</sup>). Il est possible, pour certains auteurs<sup>63</sup>, d'y voir la généralisation de la solution énoncée en droit social, en vue d'une plus grande protection du débiteur. En pratique on peut observer qu'un bon nombre d'engagements de non-concurrence satisfont cette exigence d'une double limitation.

La jurisprudence est venue façonner le régime des clauses de non-concurrence. Pour être valable une clause de non-concurrence doit respecter certains critères, qui constituent des conditions cumulatives selon la jurisprudence de la cour de Cassation.

- La clause doit être indispensable à la sauvegarde des intérêts légitimes de l'entreprise.

Cette condition résulte d'un arrêt de la cour de Cassation, rendu en sa chambre sociale, du 14 mai 1992, « *Laveur de vitre* »<sup>64</sup>. Le critère se réfère à la spécificité des fonctions exercées par le salarié. Cette clause sera indispensable s'il existe un risque de concurrence préjudiciable à l'entreprise.

- La clause doit être limitée dans le temps.

La clause ne doit pas comporter une durée excessive et dans une décision du 7 mars 2007<sup>65</sup>, la chambre sociale a approuvé une Cour d'Appel qui avait réduit la durée d'une clause de non-concurrence, jugée excessive quant à sa durée.

- La clause doit être limitée dans l'espace.

Une limitation géographique à l'interdiction de concurrence est exigée. La détermination de cette limitation dépend de la zone réelle de concurrence. La rédaction de la clause doit donc indiquer

---

<sup>62</sup> Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-17650

<sup>63</sup> M. CHAGNY, J-L. FOURGOUX, *Les clauses de non-concurrence : approche pratique*, Lamy Droit des Aff. 2012, n°68.

<sup>64</sup> Cass., Soc., 14 mai 1992, « *Affaire du laveur de vitre* » n°89-45300.

<sup>65</sup> Cass. Soc., 7 mars 2007, n° 05-45280, « *Mais attendu que c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a retenu que tout en étant justifiée, la clause litigieuse était excessive dans sa durée et l'a réduite à douze mois* ».

avec précision la limitation dans l'espace. Lorsque la zone est fixée par un rayon kilométrique encerclant l'entreprise, il faut préciser comment ce rayon s'étend et que l'activité du salarié est interdite dans la zone retenue. Un arrêt de la chambre sociale du 10 janvier 2001<sup>66</sup> a pu énoncer qu'il faut préciser l'activité du salarié, car la clause est d'interprétation stricte pour porter le moins atteinte à la liberté du salarié.

- La clause doit comporter une contrepartie financière lorsqu'elle est insérée dans un contrat de travail.

Depuis plusieurs années, la doctrine souhaitait faire entrer dans ces critères la contrepartie financière en se fondant sur la théorie de la cause. Une clause dépourvue de contrepartie financière aurait été pour cette partie de la doctrine dépourvue de cause. La Cour de Cassation dans un arrêt du 10 juillet 2002<sup>67</sup>, rendu en sa chambre sociale, a énoncé l'obligation de cette contrepartie financière en droit social en se référant au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. La Cour de Cassation vise le principe fondamental de la liberté du travail.

Cette contrepartie financière ne doit pas être dérisoire, car un tel montant équivaldrait à une absence de contrepartie et permettrait d'annuler une clause<sup>68</sup>. Cette appréciation est un pouvoir souverain des juges du fond. Généralement elle doit représenter environ 33% du salaire, 50 % de la rémunération mensuelle, voire les deux tiers et plus dans certains cas exceptionnels.

---

<sup>66</sup> Cass., Soc., 10 janvier 2001, n° 98-46038 « *Et attendu que, procédant à l'interprétation de la clause de non-concurrence rendue nécessaire par son ambiguïté, la cour d'appel a estimé qu'elle interdisait au salarié, pendant une durée de deux ans, d'entrer au service d'une entreprise concurrente ou, plus généralement, de s'intéresser directement ou indirectement et sous quelque forme que ce soit à une entreprise de cet ordre, située dans un rayon de 200 kms autour du centre d'exploitation de l'ancien employeur, peu important, dès lors, l'implantation géographique des clients de l'entreprise concurrente ;*

*qu'elle a constaté que M. X... avait travaillé pour une société dont le siège social était situé à 204 kms à vol d'oiseau et à 248 kms par la route du siège de la société Sol Sud Atlantique et a exactement décidé que le salarié n'a pas violé la clause de non-concurrence ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

<sup>67</sup> Cass., Ch. soc., 10 juillet 2002, n°99-43334 et 99-43336, « *Conformément au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et à l'article L. 120-2 du Code du travail, une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

<sup>68</sup> Cass., Ch. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721.

Le salarié respectant une clause de non-concurrence illicite, peut prétendre à des dommages et intérêts en l'absence de contrepartie financière<sup>69</sup>. Cette contrepartie financière est due quelle que soit la cause de la rupture du contrat de travail sauf en cas de décès du salarié<sup>70</sup>.

**50.-** Selon la plupart des auteurs, le juge n'a pas compétence pour fixer le montant de la contrepartie financière. Il en est de même de sa modération ou de son augmentation, car il ne s'agit pas d'une clause pénale<sup>71</sup>. La seule sanction serait donc, dans ce cas, la nullité de la clause. La seule exception semble concerner l'hypothèse d'une modification judiciaire du périmètre de l'interdiction.

Les juges du fond semblent disposer du pouvoir de modifier le champ d'application d'une clause de non-concurrence excessive ; il s'agit d'un pouvoir de « réfaction judiciaire » pour certains auteurs ou d'un pouvoir d'extension judiciaire du champ d'application de la contrepartie financière. On peut soutenir qu'autoriser un pouvoir de réfaction en la matière, alors que le salarié invoque la nullité de la clause, est contestable. Si la clause est excessive, elle porte une atteinte excessive à sa liberté fondamentale (d'exercice d'une activité professionnelle). Permettre au juge de sauver une clause illicite en réduisant son champ d'application, est contestable. Les juges ont largement étendu ce « pouvoir de réfaction » dans les arrêts du 12 septembre 2002. Le juge peut limiter la clause dans le temps, l'espace ou ses autres modalités. De ce fait, le juge peut aussi réduire le champ d'application de la clause dans ses activités limitées.

Cependant, le juge ne peut pas modifier la contrepartie pécuniaire<sup>72</sup>. Mais finalement, lorsque la clause a une contrepartie insuffisante, les juges du fond vont l'annuler et fixer des dommages et intérêts. La problématique de l'ordre public de protection soulève la question qui est de savoir si le juge peut opérer son pouvoir de réfaction et donc « sauver » une clause illicite alors que le salarié en invoque la nullité ?

---

<sup>69</sup> Cass., Ch. soc., 5 avril 2006, n°04-45205 « *le respect par un salarié d'une clause de non concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* ».

<sup>70</sup> Cass., Ch. soc., 29 octobre 2008, n°07-43093 « *La contrepartie financière de clause de non concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après la rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation limitant ces possibilités d'exercer un autre emploi. Il en résulte qu'elle n'est pas due en cas de rupture du contrat de travail par suite du décès de l'intéressé* »

<sup>71</sup> Cass. soc., 6 mars 1986, n° 83-43158 et Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-43719

<sup>72</sup> Cass., Ch. soc., 16 mai 2012, n°11-10760.

Dans certains arrêts, la Cour de Cassation a prononcé la nullité de la clause de non-concurrence<sup>73</sup>. La Cour n'a pas souhaité sauver la clause alors que le salarié avait violé l'obligation de non-concurrence. Alors que dans d'autres hypothèses, le juge a pris en compte la violation de la clause par le salarié, pour le sanctionner en prononçant la réfaction de la clause ; comme s'il s'agissait d'une « réfaction sanction<sup>74</sup> ».

Le plus logique serait de laisser le salarié libre de la sanction. Si le salarié devant une clause excessive ou qui prévoit une minoration d'une contrepartie par exemple demande la nullité de la clause ;

- dans ce cas le juge devrait prononcer la nullité, si le salarié ne souhaite pas conserver le bénéfice de la clause,

- ou si le salarié souhaite « garder » ou sauver la clause, le juge devrait la réputer non écrite en sa part illicite et/ ou utiliser son pouvoir de réfaction.

L'ordre public social nécessiterait de prononcer la sanction demandée par le salarié.

On voit ici comme une adaptation de la sanction de par les enjeux à protéger. La rédaction d'un contrat, influencé par le régime d'une clause, doit donc protéger un équilibre éthique.

**51.-** La sanction de la clause de non-concurrence est une nullité. Il semble s'agir « d'une nullité relative ». Ainsi seul le salarié pourrait invoquer le bénéfice de cette nullité.

La nullité produit, au profit du salarié, les mêmes effets que si la clause n'avait jamais existé. Il sera libéré de son obligation de non-concurrence –plus de condamnation possible pour non-respect de la clause-. Il sera en principe privé du bénéfice de la contrepartie financière qu'elle prévoit. L'employeur ne peut pas obtenir le remboursement des sommes déjà versées au salarié pendant la période où il a respecté l'interdiction contestée. L'entreprise peut s'exposer au paiement de dommages-intérêts dans cette hypothèse.

Les pouvoirs de correction (ci-dessus dénommés pouvoir de réfaction par certains auteurs) du juge semblent se cantonner à la fixation de l'étendue de l'interdiction et au champ d'application de la contrepartie financière.

---

<sup>73</sup> Cass., Ch. Soc., 27 février 2007, n°05-44984, la clause de non- concurrence ne prévoyant le versement de la contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture à l'initiative du salarié est nulle.

<sup>74</sup> Cass., Ch. Soc., 25 janvier 2012 n° 10-11590 et Cass., Ch. Soc., 12 oct 2011, n° 09-43155

A la différence de la nullité, la révision laisse survivre la clause. Ce qui a pour effet, d'une part, de maintenir à l'entreprise une protection indispensable à ses intérêts et, d'autre part, de conserver au salarié le bénéfice de la contrepartie financière.

**52.-** Les conditions de validité d'une clause de non-concurrence peuvent être expliquées par la philosophie du texte, qui tend à protéger le débiteur de la clause de non-concurrence. Cette protection est accrue lorsqu'il s'agit d'un salarié car les juges attachent une grande importance à la formation et aux connaissances acquises dans la vie professionnelle. L'appréciation de l'atteinte portée à l'activité professionnelle va être faite par les juges du fonds en se basant sur deux paramètres à savoir la durée pendant laquelle l'activité prohibée a été exercée et la qualification professionnelle. Ainsi si la clause permet au salarié l'exercice d'autres activités ou d'occuper des emplois variés, celle-ci pourra être admise, si elle n'empêche pas l'utilisation des compétences professionnelles dans un autre secteur par exemple.

## 2. La pratique rédactionnelle des clauses de non-concurrence

**53.-** Les clauses de non-concurrence doivent respecter des conditions spécifiques de validité découlant de règles spéciales se rattachant, soit aux contrats d'affaires, soit aux contrats de travail. On peut rappeler que les clauses de non-concurrence stipulées à la charge d'un agent commercial sont soumises à des exigences spécifiques énoncées à l'article L134-14 du Code de commerce, lesquelles n'excluent cependant pas, selon la jurisprudence, les conditions posées en droit commun des contrats.

- En droit social :

La rédaction d'une clause de non-concurrence<sup>75</sup> doit respecter des conditions de forme et de fond. Elle peut être prévue dans tout contrat de travail, aussi bien dans un contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée à temps plein ou temps partiel, un contrat de travail temporaire, voire dans un contrat de formation en alternance.

---

<sup>75</sup> Annexe Modèles de clause de non-concurrence : Formulaire Lamy Droit social, Etude n°209-14, La clause est-elle applicable dans tous les cas de rupture ; Formulaire, Lamy, n°II.1875-6, *Clause de non-concurrence et rappel de salaire*, P. AXELROUDE, D. ARMAND.

A quelles conditions doivent désormais satisfaire les clauses de non-concurrence pour éviter l'annulation ou la reconfiguration judiciaire ?

Parce qu'elle déroge au principe constitutionnel de liberté du travail, la clause de non-concurrence doit obéir à des conditions de fond et de forme.

Elle doit comme vu précédemment : être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et l'espace, et comporter une contrepartie financière. Le tout en tenant compte des spécificités de l'emploi du salarié. Ces conditions sont cumulatives. La connaissance de ces conditions de validité requises est nécessaire pour s'y conformer et ainsi instaurer une certaine sécurité dans la rédaction de la clause, mais aussi pour anticiper les évolutions législative et jurisprudentielle en la matière<sup>76</sup>.

**54.-** La clause doit faire expressément référence à une limitation dans le temps et dans l'espace sous peine de nullité de l'obligation de non concurrence. Ceci devrait se traduire par une interdiction limitée précisément à la fois à une durée et à un territoire ou des activités ou un secteur professionnel. « *Une interrogation subsiste sur le sens du terme « espace » utilisé par la Cour de cassation dans les arrêts précités du 10 juillet 2002. A l'heure de la mondialisation, et compte tenu de la performance des nouveaux outils de communication, il est permis de douter qu'elle ait entendu viser exclusivement un espace géographique* »<sup>77</sup>.

En revanche si les limitations sont excessives par rapport aux risques réels encourus par l'entreprise et portent une atteinte démesurée à la liberté du travail du salarié, le juge peut alors restreindre l'étendue de la clause ou l'annuler.

Cette limitation dans l'espace et le temps, pourra être très restrictive soit une petite durée et un petit rayon géographique, lorsqu'il y a exacte coïncidence entre l'activité de l'entreprise et celle du salarié. A l'inverse quand les fonctions exercées par le salarié mettent en œuvre un savoir-faire ou une technicité indépendamment de l'activité de l'entreprise ; la clause peut être très étendue, et ceci d'autant plus que l'activité de l'entreprise est spécifique. (Ex : VRP –voyageur représentant placier,

---

<sup>76</sup> M. CHAGNY, J-L. FOURGOUX, *Les clauses de non-concurrence : approche pratique*, Lamy Droit des Aff. 2012, n°68.

<sup>77</sup> A. DUPAYS, J-R. LE MEUR, C. PHERIVONG, *Comment rédiger la clause de non-concurrence ?*, Lamy, droit appliqué, Les Cahiers du DRH n°67, 2002.

cadre de direction). Il faudra ici effectuer un « dosage » entre interdiction temporelle et géographique pour que la clause soit licite. Il a par exemple été jugée licite une interdiction de 10 ans, qui ne visait qu'une entreprise directement concurrente située dans la même ville<sup>78</sup>. Cette durée d'interdiction doit rester raisonnable. En effet les savoir-faire, les relations avec les clients, évoluent de plus en plus vite et tendent rapidement vers l'obsolescence.

**55.-** La clause de non-concurrence doit être justifiée par un intérêt légitime de l'entreprise. Cette clause veut interdire la généralisation systématique d'une stipulation contractuelle à l'ensemble d'une catégorie de personnel. Il faut apprécier ici la réalité du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise du fait des fonctions du salarié (savoir-faire, accès à des informations stratégiques, liens clientèles). Le défaut de cette condition de fond entraîne la nullité. Cet intérêt légitime semble s'apprécier à la date de conclusion du contrat. A titre indicatif, la plupart des conventions collectives limitent la durée de l'interdiction entre 1 et 2 ans sur un territoire circonscrit aux départements limitrophes. Le choix des termes utilisés dans la rédaction de la clause de non-concurrence est essentiel car il s'agit d'une clause d'interprétation stricte.

**56.-** La clause doit comporter une référence expresse à une contrepartie financière en matière de contrat de travail, dont le défaut entraîne la nullité de l'obligation de non-concurrence. Une exception semble concerner cette contrepartie financière à savoir l'hypothèse où une convention collective prévoit une telle contrepartie ; mais celle-ci ne sera valable, que si la convention préexiste à la clause de non-concurrence et que le salarié ait été informé de l'existence de la convention à la date de signature du contrat portant la clause. Le montant de l'indemnisation n'est pas mentionné ; la seule obligation est le respect du principe de proportionnalité. D'après la jurisprudence il semble ressortir une interdiction de limiter le versement de la contrepartie à certains types de rupture.

**57.-** Les spécificités de l'emploi du salarié doivent être prises en compte dans la rédaction générale de la clause : aussi bien pour fixer la durée et l'étendue territoriale ou professionnelle de l'interdiction que pour apprécier la proportionnalité de la contrepartie financière.

---

<sup>78</sup> Cass. soc., 21 oct. 1960, n° 59-40.160.



Autrement dit, il convient d'apprécier la durée de l'interdiction, le montant de la contrepartie, et l'intérêt légitime, au regard des fonctions exercées par le salarié, de sa qualification, de son positionnement dans l'entreprise et de ses difficultés futures pour retrouver un emploi.

Une importante contrepartie financière peut par exemple compenser une forte atteinte à la liberté du travail.

**58.-** La prise en compte des dispositions existantes et énoncées par les conventions collectives avant l'introduction d'une clause de non concurrence dans un contrat de travail est primordiale.

Le non-respect de ces dispositions peut quelquefois conduire le juge à imposer l'application de la clause<sup>79</sup>, ou à l'annuler<sup>80</sup>.

Les règles fixées par les conventions collectives concernent majoritairement la durée de la clause, quelquefois le secteur géographique concerné, le montant de la contrepartie financière, les délais et le formalisme à respecter par l'employeur s'il souhaite renoncer à l'application de cette clause.

Un tableau en annexe, sur les conventions collectives contenant des dispositions relatives à l'interdiction de concurrence<sup>81</sup>, permettra d'illustrer ce point.

**59.-** Une simple lettre de l'employeur peut libérer le salarié de son obligation de non-concurrence ; cette lettre doit mentionner le contrat de travail et énoncer cette libération. Ceci peut prendre la forme de « *Conformément aux dispositions de l'alinéa <> de l'article <> de votre contrat de travail, nous vous libérons de votre obligation de non-concurrence. En conséquence, aucune contrepartie financière ne vous sera versée.* »

Le renvoi dans la clause de non-concurrence, aux dispositions de la convention collective, peut être judicieux pour ce qui concerne le montant de la contrepartie financière.

Cette technique présente un double intérêt. Elle évite, en cas de modification de la convention collective, d'être confronté à des dispositions contractuelles devenues moins favorables que celles

---

<sup>79</sup> Cass. soc., 24 févr. 1982, n° 80-40283.

<sup>80</sup> Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41480 : cas d'une contrepartie financière dérisoire fixée à un niveau bien inférieur à celui de la convention collective.

<sup>81</sup> A. DUPAYS, J-R. LE MEUR, C. PHERIVONG, *Comment rédiger la clause de non-concurrence ?*, Lamy, droit appliqué, Les Cahiers du DRH n°67, 2002

fixées par l'accord collectif. Elle permet, en cas de révision de l'accord, d'échapper au régime de la modification du contrat de travail.

Son inconvénient est de ne pas permettre une personnalisation du contenu de la clause, notamment en ce qui concerne la prise en compte des spécificités de l'emploi occupé par le salarié.

Ce renvoi à la convention collective doit être précis ; un simple renvoi à l'article de la convention collective sans autres précisions dans le contrat de travail, ne serait pas valable.

En l'absence de précisions quant à la mise en œuvre de la clause (dans le contrat ou la convention collective), la clause aura vocation à s'appliquer quel que soit le motif de rupture du contrat.

Il est donc important, au moment de la rédaction de la clause, d'opter pour une rédaction générale qui visera tous les cas de rupture du contrat ou au contraire de choisir des limites d'interdiction à certains cas de rupture que l'on précisera.

L'exigence d'une contrepartie financière doit inciter les entreprises à insérer systématiquement dans la clause des dispositions relatives à la levée de l'interdiction, dans le respect des dispositions de la convention collective. A défaut d'être autorisée par le contrat, la renonciation à la clause rémunérée n'est pas possible sans l'accord du salarié et la contrepartie financière doit être versée même si l'interdiction n'a plus d'objet.

Les conventions collectives prévoient le plus souvent des modalités particulières pour l'exercice de ce droit à renonciation, notamment quant au délai dans lequel il doit l'exercer. Ce délai est souvent bref : entre huit et quinze jours et il peut commencer à courir, selon le cas, à compter de la notification de la rupture ou à l'expiration du contrat de travail. La jurisprudence se montre rigoureuse quant au respect par l'employeur du formalisme conventionnel ou contractuel en ce domaine. L'employeur qui n'aura pas respecté le délai se verra contraint de verser l'indemnité compensatrice.

**60.-** L'interdiction de concurrence peut être assortie d'une clause pénale. Il s'agit de prévoir à l'avance le montant de la réparation qui sera due par le salarié en cas de non-respect de l'interdiction. Il y a alors sanction automatique, sans que l'employeur ait à justifier d'un préjudice. Il faut noter que le juge pourra réviser le montant de cette clause pénale s'il est manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice subi.

En cas d'inclusion d'une clause pénale, on veillera à préciser que cette clause s'applique sans préjudice d'une demande additionnelle de dommages-intérêts ou de cessation d'activité concurrentielle. En l'absence d'une telle stipulation, il est juridiquement impossible de demander à la fois l'exécution de la clause pénale et l'exécution forcée de la clause de non-concurrence.

- En droit des affaires :

Les conditions de validité de fond sont les mêmes à l'exception de la contrepartie financière qui n'est pas exigée.

Cependant, il semble résulter de certaine jurisprudence une certaine « extension » de l'exigence d'une contrepartie financière aux contrats d'affaires. On peut citer à cet effet un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 2009 où une contrepartie a été exigée au profit du gérant non salarié de succursale<sup>82</sup>. On peut ajouter ensuite le salarié actionnaire ou associé de la société qui l'emploie<sup>83</sup>. Cette condition va-t-elle être étendue à l'avenir aux contrats d'affaire ?

Selon M. Chagny et J-L Fourgoux<sup>84</sup>, dans un premier temps la Cour de Cassation a rejeté cette interprétation dans un arrêt du 24 novembre 2009<sup>85</sup> relatif à un contrat de franchise où elle s'est prononcée sur la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle ; celle-ci n'étant valable que si elle est limitée dans le temps, l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat. Dans un second temps, un arrêt du 15 mars 2011<sup>86</sup> semble annoncer un changement. Dans cette décision, la chambre commerciale intervient au visa de l'article 1131 du Code civil et du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, au profit du salarié actionnaire. Ces mêmes auteurs énoncent que l'article L422-6-I-2° du Code de commerce pourrait fonder l'exigence d'une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence.

La sanction est la même à savoir la nullité ou l'anéantissement rétroactif de la clause.

---

<sup>82</sup> Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42089, Bull. civ. V, n° 277

<sup>83</sup> Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824, P+B

<sup>84</sup> M. CHAGNY, J-L. FOURGOUX, *Les clauses de non-concurrence : approche pratique*, Lamy Droit des Aff. 2012, n°68

<sup>85</sup> Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-17650

<sup>86</sup> Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824

Le prononcé de la nullité peut s'accompagner de l'octroi de dommages-intérêts. Ceci concerne aussi les contrats d'affaires comme en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 2 mars 2010<sup>87</sup>, où des dommages et intérêts ont été admis au bénéfice de celui qui a respecté une clause de non-concurrence illicite.

Pour éviter de procéder à la violation d'un engagement de non-concurrence valable, il est possible de procéder à son rachat. Cette affirmation implique que le montant prévu dans le contrat ne soit pas excessif, autrement dit qu'il interdise en pratique au salarié de se libérer.

L'effet relatif des conventions, principe énoncé à l'article 1121 du Code civil, délimite en principe les effets contractuels à leurs co-contractants. De cette façon il a pu être jugé qu'un engagement de non-concurrence ne peut porter atteinte à la liberté de travail d'un tiers même lié au salarié, ou encore la clause stipulée au profit d'une société faisant partie d'un groupe ne saurait bénéficier aux autres sociétés appartenant au même groupe.

Pour les tiers, une clause de non-concurrence peut les concerner soit car ils sont complices de la violation de l'obligation de non-concurrence, soit car ils en sont les victimes. Dans cette hypothèse la responsabilité du tiers complice peut être recherchée sur le fondement de la concurrence déloyale ; il faut pour cela que le tiers ait eu connaissance de la clause valide, ou que la clause soit usuelle dans le secteur concerné<sup>88</sup>.

**61.-** L'efficacité d'une clause de non-concurrence doit rester l'objectif principal de son rédacteur ; ceci peut sauvegarder les intérêts du bénéficiaire et constituer un handicap pour le débiteur. Ce conflit d'intérêts, se retrouve dans les confrontations judiciaires qui révèlent une sophistication des arguments et une grande perméabilité du droit commun au droit économique. Même si l'objectif de prévisibilité est toujours recherché, c'est sur l'avocat rédacteur d'actes, puis plaideur, que la responsabilité pèsera in fine. À défaut d'être l'ennemi de l'avocat, l'insécurité juridique pesant en la matière peut être un moteur de réflexion en amont dans la rédaction de clauses plus mesurées, mais plus efficaces.

---

<sup>87</sup> CA Montpellier, 2 mars 2010, n°08-09150

<sup>88</sup> Cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 juillet 2010, n°09-67516, Bull. civ. III, n°146 : le tiers à un contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel (violation clause non-concurrence) dès lors que ce manquement lui a causé un dommage.

La renonciation au régime des clauses de non-concurrence peut se faire par les voies : de la renonciation à toute clause en se contentant des obligations légales ou par la stipulation d'une clause d'un autre type.

Il existe d'autres clauses que l'on peut considérer comme des alternatives à la clause de non-concurrence : la promesse de contre fort, la clause de non ré-affiliation, la clause de non sollicitation, la clause de secret, la clause de confidentialité par exemple.

**62.-** Il y a donc des visions qui peuvent au premier abord sembler antagonistes ; mais les philosophies sous-jacentes, étant un rééquilibrage au profit d'une partie supposée plus faible, sont bien à finalité éthique. Le droit positif consacre en ce sens une éthique théorique.

**63.-** En conclusion, le droit positif connaît donc des dispositifs protecteurs qui vont selon les hypothèses favoriser certains acteurs, ces derniers présumés plus faibles. La protection d'une valeur est en ce sens l'admission d'un consensus sociétal faisant partie intégrante d'un processus normatif éthique. Ce processus normatif éthique est l'intégration dans les règles légales de la conscience du bon ou du mauvais. Ainsi, il s'agirait d'une « bonne » valeur qu'il est nécessaire de protéger. Cette protection se fait aussi par des concepts jurisprudentiels, et la pratique des juges, qui traduisent une certaine éthique implicite.

## **Section II : La prise en compte de l'éthique par des concepts jurisprudentiels**

**64.-** La prise en compte de l'éthique implicite va se traduire par des concepts jurisprudentiels « consacrés », par le recours des professionnels entre eux et devant les juges, dans leur pratique des affaires. Les notions de secret des affaires (§1.), et d'engagement d'honneur (§2.) ont vu leur régime se construire grâce à la jurisprudence.

### ***§1 : La traduction d'une éthique implicite par le secret des affaires***

La notion jurisprudentielle de secret des affaires comporte la notion en elle-même (A.) et son exception à savoir la levée du secret (B.).

## A. Présentation de la notion

**65.-** Le secret des affaires est une notion très usitée et dont la finalité éthique est quelquefois peu comprise. En effet il est nécessaire de protéger les données par le secret (1.) mais, selon les intérêts en cause, la levée du secret aura une finalité éthique tout aussi importante. Un projet de réforme traite de la question (2.). Ainsi on se trouve souvent face à de telles problématiques : l'éthique doit-elle favoriser la protection du secret des affaires ou la levée de ce secret pour être compatible avec le fonctionnement démocratique, en ce sens faut-il protéger la transparence et l'égalité ou bien la défense des libertés individuelles face à la société ?

### 1. Le domaine de la protection du secret des affaires

**66.-** Le secret des affaires est une notion jurisprudentielle qui est assez récente dans la culture occidentale. Il s'agit d'un moyen d'action permettant de protéger l'intégrité des professions et la liberté individuelle des personnes en cause. On énonce encore qu'il a vocation à protéger l'indépendance du professionnel dans ses relations contractuelles ; ainsi la connaissance par les tiers de certaines informations, contrats, projets contractuels, etc., pourrait nuire à la bonne marche d'une entreprise et rendrait certains rapports, avec un professionnel, inopérants.

Cette notion a connu un essor et une protection croissante à notre époque du fait de l'apparition de nouvelles technologies et d'internet.

Le secret professionnel est nécessité par l'enjeu d'indépendance des professions, il touche donc des domaines divers, en plus du domaine des affaires ; et devient primordial dans la relation professionnel-client comme par exemple : dans la sincérité des échanges d'information et des rapports entre un avocat et son client, un médecin et son patient. Les problèmes juridiques qui se sont posés sur l'application du secret des affaires sont relatifs à la levée de ce secret. Cette levée va faire apparaître des conflits de valeurs tels que l'éthique professionnelle s'opposant à la morale ou encore les valeurs professionnelles par exemple<sup>89</sup>. En droit des affaires le problème de la levée du secret des affaires est intrinsèquement lié à la levée de la confidentialité des informations détenues par le professionnel.

---

<sup>89</sup> G. GOUZES, M. CANTO-SPERBER, S. LALANNE, J. POUILLARD, R.GRANDO, *Secret, éthique et démocratie*, LPA, 20 juin 2001 n°122, p.13.

67.- Le secret des affaires recouvre « *l'ensemble des biens informationnels ou immatériels de l'entreprise, couverts par la confidentialité par le biais de mesures appropriées en vue de les tenir secrets, et dotés d'une valeur économique substantielle* »<sup>90</sup>, comme l'envisage l'article 39.2 du Traité ADPIC (Accords Internationaux sur la Protection des Droits Intellectuels) qui touche au commerce. Selon le professeur J-C Galloux, le « *caractère protégeable ou non de ces informations par un droit de la propriété intellectuelle* » n'influe pas sur le contenu de la protection<sup>91</sup>. Par exemple répondent à cette définition : les procédés de fabrication, les savoir-faire, les informations financières, les accords économiques secrets, les informations de stratégie.

Cette protection prend son sens en termes d'analyse économique, car ces biens immatériels, permettent à une entreprise de se différencier de ses concurrents tout en préservant l'exercice de son activité.

La sanction, attachée à la violation du secret des affaires, soulève un développement quant à l'évolution de la position des tribunaux sur ce point. Dans un premier temps, aucune sanction spécifique n'était prévue en réponse à la violation du secret. La jurisprudence a donc dû définir quel fondement juridique était le plus approprié pour permettre la protection de cette notion.

Un débat entre la qualification de « *vol de données dématérialisées* » et celle « *d'abus de confiance* » a vu le jour, et la jurisprudence a tranché en faveur de la qualification d'abus de confiance sur le fondement de l'article 314-1 du code pénal. Cet article, dans sa rédaction actuelle, énonce que « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.* ». La remise de la chose, précitée dans cet article, était interprétée comme étant un bien corporel. Or les biens protégés par le secret des affaires sont des biens immatériels.

En réponse à cette problématique le Tribunal Correctionnel de Versailles, dans un jugement Valéo du 18 décembre 2007<sup>92</sup>, et le Tribunal Correctionnel de Clermont-Ferrand, dans une affaire

---

<sup>90</sup> A. CHERON, *Le délit de « violation du secret des affaires »*, D. 27 février 2012 n°1

<sup>91</sup> Ibid réf. J.C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, Chron. 229.

<sup>92</sup> TC Versailles, 18 décembre 2007, *Valéo*, n°0511965021, comm. 62, Com. électr. n°4, avril 2008, note E. A. CAPRIOLI.

Michelin du 21 juin 2010<sup>93</sup>, ont étendu la notion d'abus de confiance en intégrant le détournement de données confidentielles<sup>94</sup>. Le jugement de 2007 condamne une stagiaire pour abus de confiance qui, en l'espèce, avait téléchargé des fichiers confidentiels de la société Valéo. Dans le raisonnement juridique, le tribunal s'est heurté à un conflit de qualifications : le délit d'accès et de maintien frauduleux (article 323-1 code pénal) avec pour circonstance aggravante le délit de suppression frauduleuse (article 323-3 code pénal) auxquels se rajoutait le délit d'abus de confiance (article 314-1 code pénal). Le Tribunal a retenu la qualification d'abus de confiance car celle-ci apparaissait « *comme la qualification la plus spécifique [...]* ».

En effet ces problèmes de qualification résultaient dans la nature même de l'infraction. L'élément matériel à savoir l'acte de détournement, ne résultait pas de la suppression des dossiers confidentiels, mais de l'usage fait de ces données.

La solution jurisprudentielle a été critiquée par la doctrine qui énonce que la protection donnée était insuffisante.

## 2. Le projet de réforme

**68.-** Pour M.A. Cheron la solution jurisprudentielle est insuffisante, cette dernière serait artificielle. La solution passerait par une protection pénale. Le projet de loi de M. Carayon, présenté en 2012, prévoyait l'ajout d'un nouvel article au code pénal, l'article 325-3, créant un délit de « *violation du secret des affaires* » qui aurait été sanctionné de trois ans d'emprisonnement et de 375 000€ d'amende.

Le projet de loi prévoit cependant une atténuation en précisant que le secret ou la confidentialité pourra être levé face aux juges, à la police, aux douanes, à l'autorité de la concurrence, ou à la Commission Nationale Informatique des Libertés (CNIL). La levée du secret pourrait être possible dans une autre hypothèse ; si le juge considère qu'il n'est pas de nature à nuire gravement aux intérêts de l'entreprise, s'il s'agit d'une procédure en diffamation, si un manquement à la loi est

---

<sup>93</sup> TC, Clermont-Ferrand, 21 juin 2010, *Michelin*, comm. 31 Com. électr. n°3, mars 2011, *Une tentative de vente d'informations confidentielles par un ancien salarié, incriminée sur le fondement de l'abus de confiance*, note E. A. CAPRIOLI

<sup>94</sup> E.A. CAPRIOLI, *Sécurité des systèmes d'information et stagiaire chinoise*, Comm. Com. électr. n°4, avril 2008, comm. 62.



constaté, ou encore si le secret n'est pas justifié.

**69.-** Cette réforme vise les informations de nature « commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public » dont la divulgation pourrait « compromettre gravement le potentiel scientifique et technique, les positions stratégiques, les intérêts commerciaux ou financiers ou la capacité concurrentielle [de l'entreprise] »<sup>95</sup>. Les entreprises pourront identifier elles-mêmes les « documents secrets » en y apposant une mention. Ainsi les auteurs rappellent que l'existence potentielle d'un dispositif législatif protecteur du secret des affaires, doit être avant tout confortée par le comportement des entreprises. Par exemple M. E.A. Caprioli ajoute que les salariés selon le contexte de gravité du secret doivent être contrôlés par la société qui met à disposition ce savoir.

## B. La levée du secret

**70.-** Le secret des affaires, ne permet pas que de protéger l'intégrité des professions, il est nécessaire à la liberté individuelle. Sa levée est donc nécessaire (1.). L'éthique implique une certaine relativité dont l'exception circonstancielle (la levée) fait partie intégrante de la garantie de l'efficacité de ces dispositions.

Par les exemples du droit des sociétés et du droit de la concurrence (2.), il va être possible de montrer que le principe du secret absolu, soit le secret professionnel et par extension le secret des affaires, peut être restreint dans certaines conditions législatives spéciales.

### 1. La levée du secret en droit des sociétés

**71.-** La levée du secret peut être nécessaire de façon casuistique. Il est possible, en droit de la personne, droit du travail, droit des entreprises, droit fiscal et autre, de faire tomber ce secret ou de demander sa levée au juge.

L'exemple du commissaire aux comptes montre que le secret professionnel, et par extension le secret des affaires a une valeur absolue, en principe il ne peut être levé. Ceci s'explique de par les

---

<sup>95</sup> Ibid.

enjeux éthiques et les valeurs protégées par ce principe. L'article L822-15 du code de commerce énonce que ce principe de secret a valeur absolue pour le commissaire aux comptes et son exception à savoir la levée du secret « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 823-12 et des dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions. Toutefois, ils sont déliés du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance lorsqu'ils font application des dispositions du chapitre IV du titre III du livre II ou du chapitre II du titre Ier du livre VI.* »

La levée du secret peut donc intervenir dans ces cas précités par l'article du Code de commerce à savoir dans le cadre de la procédure d'alerte, ou le contrôle des conventions réglementées et ces dispositions sont applicables depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Les second et troisième alinéas de cet article rajoutent des hypothèses où la levée du secret est admise notamment « *Lorsqu'une personne morale établit des comptes consolidés, les commissaires aux comptes de la personne morale consolidante et les commissaires aux comptes des personnes consolidées sont, les uns à l'égard des autres, libérés du secret professionnel. Ces dispositions s'appliquent également lorsqu'une personne établit des comptes combinés.*

*Les commissaires aux comptes procédant à une revue indépendante ou contribuant au dispositif de contrôle de qualité interne sont astreints au secret professionnel.* »

Cependant les commissaires aux comptes restent tenus à ce secret envers le commissaire aux apports.

Le juge a un pouvoir d'appréciation en la matière ; la destination des documents sollicités à des personnes liées par le secret des affaires n'aura pas d'incidence sur l'obligation du commissaire aux comptes<sup>96</sup>.

Lors d'une procédure de redressement judiciaire, pendant la période d'observation, l'article L622-2 du Code de commerce énonce que « *Le commissaire aux comptes du débiteur ne peut opposer le secret professionnel aux demandes du commissaire aux comptes de l'administrateur judiciaire tendant à la communication de tous renseignements ou documents relatifs au fonctionnement, à compter de la désignation de cet administrateur, des comptes bancaires ou postaux ouverts au nom du débiteur* ».

---

<sup>96</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 24 mars 2009, n° 07-08.359.

## 2. La levée du secret par l'Autorité de la Concurrence

72.- L'Autorité de la Concurrence possède la faculté de demander la levée du secret des affaires notamment par la saisine de document. Certaines infractions du droit de la concurrence (entente, abus de position dominante) sont difficiles à prouver et seule la saisie de document confidentiel peut permettre la découverte de l'infraction. Cette faculté de saisie de document entre dans les pouvoirs d'enquête lourde de l'Autorité, dispositif énoncé à l'article L450-4 du Code de commerce. Ce type d'enquête étant plus intrusif l'Autorité doit remplir des formalités spécifiques pour que cette enquête puisse être réalisée. En effet, une autorisation judiciaire doit être délivrée antérieurement pour le juge des libertés et de la détention choisi au Tribunal de grande instance du lieu de la perquisition. L'enquête étant menée et conduite avec l'assistance de la force publique, des officiers de police judiciaire vont se déplacer dans les locaux de l'entreprise.

73.- L'article L450-4 du Code de commerce énonce que « *Les agents mentionnés à l'article L450-1 ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information que dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur de l'Autorité de la concurrence, sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter.* »

Dans le cadre de cette enquête les agents pourront donc saisir tous les documents qui peuvent être utiles pour la découverte de l'infraction. Ceci constitue une différence notoire avec l'enquête simple (article L450-3 du Code de commerce) où la saisie est plus limitée en effet il n'y a pas d'OPJ (Officier de Police Judiciaire), ni d'autorisation du JLD (Juge des Libertés et de la Détention), et les documents pour pouvoir être saisis dans le cadre de l'enquête simple devront être suffisamment identifiés.

Le refus de communication des documents, ou d'autre pratique visant à aller à l'encontre de ce pouvoir de perquisition telle que l'obturation de mention sur des documents<sup>97</sup>, constituent un délit d'opposition à fonction (article L450-8 du Code de commerce). Ce délit est passible de 6 mois

---

<sup>97</sup> Cass., crim., 24 février 2009 n°08-84410 (JurisData n°2009-047349) : constitue un délit d'opposition à fonction la remise d'une copie des documents sollicité par les agents enquêteurs, la personne qui en a occulté des mentions relatives aux coordonnées personnelles et bancaires des clients, démarcheurs, ou des livreurs.

d'emprisonnement et de 7500 € d'amende.

Il s'agit de 3 types d'agents qui peuvent procéder à ces enquêtes :

- Les agents nommés par le ministre de l'économie,
- Les agents de type A et B de la DGCCRF,
- Les agents de l'Autorité de la concurrence depuis la loi LME de 2008.

**74.-** L'illustration ici de la nécessité de lever le secret des affaires se perçoit dans ce pouvoir accru de perquisition. Cette levée peut donc être faite par les agents nommés à cet effet, mais peut être demandée par les parties lors de la demande de communication de pièce.

Les parties, ou les conseils des parties, peuvent aussi demander la communication de pièces lors d'une action en concurrence déloyale. Cette levée du secret des affaires sera nécessaire pour permettre aux parties de caractériser l'infraction lors de l'instance en cours. Par exemple, pratiquer des prix plus bas sur un marché délimité en concurrence est licite. Considérons cette pratique dans un réseau de distribution ; l'acquéreur des produits en amont du réseau pour la revente au consommateur final, va avoir pour objectif de trouver le produit de meilleure qualité possible selon le marché, et de prix le plus bas.

Or dans une hypothèse de concurrence déloyale, les produits moins chers seront de moindre qualité. Il sera alors nécessaire de prouver la différence de qualité entre un fournisseur et le second. Ceci pourra être effectué par le référé expertise. Cette pratique permet de demander au juge la communication de pièces. Elle peut être jointe à une action en concurrence déloyale (article 1382 du Code civil), et est énoncée à l'article 858 du Code de procédure civile.

Elle va être jointe à une ordonnance délivrée par le juge qui donnera suite ou non à cette procédure. En pratique, ce référé expertise est usité et est efficace pour la découverte d'infractions.

**75.-** Ces pratiques en droit de la concurrence permettent la levée du secret des affaires. L'esprit de ce texte est de permettre la découverte et la démonstration des pratiques anticoncurrentielles illicites. L'éthique dans ce texte est implicite, il s'agit d'une volonté de permettre aux différents acteurs la découverte et la démonstration de pratiques déloyales.

**76.-** La garantie du secret en droit des affaires est une nécessité à finalité éthique mais cette

affirmation, est aussi vraie dans certaines circonstances, pour sa levée. La philosophie des textes rejoint celle de la règle et de l'exception.

## **§2 : La portée de l'éthique implicite à travers la pratique du *Gentlemen's agreement***

**77.-** La pratique du « gentlemen's agreement » ou des engagements d'honneur a connu des évolutions selon le régime jurisprudentiel. Ces questions suscitent toujours un débat doctrinal, suite à une construction jurisprudentielle (A.), mais la jurisprudence communautaire (B.) fait ressortir un besoin éthique qui a pu se traduire par la reconnaissance de force obligatoire, à certains de ces engagements, lorsque ceux-ci étaient destinés à concrétiser une pratique anticoncurrentielle.

### A. La lettre d'intention ou l'engagement d'honneur

**78.-** Le débat doctrinal se divise sur ces questions selon la vision adoptée sur ces engagements, mais la jurisprudence a tendance à leur consacrer une force obligatoire dans le milieu des affaires. La vision doctrinale (1.) fait suite à une construction jurisprudentielle de cette notion (2.).

#### 1. La vision doctrinale

**79.-** La lettre d'intention et l'engagement d'honneur autrement dit « gentlemen's agreement » est une pratique courante en droit des affaires. On peut concrétiser ce type de pratique par des formules de non engagement à savoir des documents non contractuels, des engagements sur l'honneur, des bons pour lettre d'intention ou encore par des mentions telles que « binding in honour only » ; pratiques usitées pendant la période des pourparlers.

**80.-** Cette pratique démontre une absence de volonté de s'engager, soit une absence de détermination sur les éléments essentiels du contrat, ceci soulevant la question de l'effet de cet acte en cas d'inexécution de l'une des parties. Cette inexécution reste peu probable connaissant l'importance du principe du respect de la parole donnée dans le milieu des affaires et de l'atteinte à la réputation de la partie ne s'exécutant pas. Sans s'engager au sens strict légal, les parties souhaitent tout de même se lier par la parole échangée, et donc la respecter. M. B. Oppetit a pu

écrire que « *s'il peut apparaître curieux de voir des professionnels mettre en jeu des intérêts parfois considérables sur la seule garantie d'une parole d'honneur, c'est qu'en réalité, ils savent fort bien qu'au-delà du sentiment de l'honneur qui peut l'animer, le débiteur s'expose, en cas d'inexécution, aux pressions et aux sanctions d'un milieu puissant au sein duquel s'exerce souvent une véritable autorégulation* »<sup>98</sup>.

**81.-** Pour la doctrine solidariste, ce caractère extracontractuel place ces pratiques hors du droit et les prive de force obligatoire<sup>99</sup> ; reconnaître l'inverse, serait aller à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté. Cependant des arrêts ont pu reconnaître une force liante à de tels engagements, notamment dans le cadre du milieu des affaires ou lorsque ces derniers étaient pris dans le cadre familial ou qu'ils étaient trop flous<sup>100</sup>. Mais les principes d'autonomie de la volonté et d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, peuvent permettre de justifier la réintégration des pratiques d'engagement d'honneur dans la sphère contractuelle ; de plus cette interdiction de se contredire est désormais consacrée à l'article 1.8 des Principes Unidroit « *une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscité chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ». En effet, l'arrêt de la Cour de Cassation rendu en sa chambre commerciale le 8 mars 2005, rappelle cette exigence de cohérence dans les comportements des cocontractants<sup>101</sup>.

**82.-** Pour la doctrine utilitariste cette valeur liante sera reconnue ou non par le juge mais l'incertitude persiste ; l'engagement sur l'honneur est une manifestation de volonté à savoir celle de ne pas se soumettre au droit étatique. Le fait pour un engagement sur l'honneur de trouver sa cause dans un engagement réciproque peut permettre de lui reconnaître une valeur liante et obligatoire et pourra engendrer la naissance d'obligations sur le plan civil. Ceci a été dégagé par une partie de la doctrine dont M. G. Rouhette notamment cité par le professeur D. Mainguy dans l'arrêt de la Cour de Cassation rendu par la chambre des requêtes, le 4 juillet 1904<sup>102</sup> « *l'engagement d'honneur pris par V. de désintéresser complètement ses créanciers en cas de*

---

<sup>98</sup> Cité par M. N. VIGNAL, *L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires a son honneur !*, Rev. Lamy Droit civil 2007, p. 40

<sup>99</sup> CA Paris, 21 mars 2003, Rtd Civ. 2003, p. 495, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>100</sup> Cass. com., 28 février 1983, n° 81-14.921, Rtd civ. 1983, p. 746, obs. J. Mestre.

<sup>101</sup> Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, RTD civ. 2005, p. 391, obs. Mestre J. et Fages B

<sup>102</sup> Cass. req., 4 juill. 1904, S. 1905, I, p. 37.

*retour à meilleure fortune a été l'une des conditions déterminantes de l'acceptation des créanciers, et ne pouvant être séparé des autres clauses du contrat, auxquelles le débiteur a voulu ajouter la garantie de son honneur, il avait le caractère d'une obligation civile ».*

Ces « engagements » ont vu leur régime se construire du fait de la jurisprudence et des usages du milieu des affaires.

## 2. La construction jurisprudentielle

**83.-** En effet la question de savoir si ces engagements étaient hors du droit et avaient ou non une force obligatoire ou liante pour leurs auteurs a été soulevée par la jurisprudence. Quelquefois la déclaration d'intention va produire des obligations et dans certaines situations n'en produira pas. Le paradoxe survient dans la nature de « l'engagement » où les parties déclarent ne s'engager que sur l'honneur et ne reconnaissent pas l'effet d'exécution forcée demandée devant un juge à cet engagement. Dans l'hypothèse où l'une des parties souffrant de l'inexécution de la promesse et portant son action devant les tribunaux, celle-ci va contester cet effet non obligatoire. La jurisprudence a donc fluctué entre reconnaissance et non reconnaissance de cette valeur.

**84.-** Un arrêt de la Cour de Cassation, rendu en sa chambre des requêtes le 25 février 1835<sup>103</sup>, portait sur les engagements pris dans le cadre familial. Dans cet arrêt la Cour considère que l'engagement d'honneur ne peut permettre l'engagement d'une action civile.

Il s'agissait d'un engagement entre un frère et des sœurs pour permettre une gestion du patrimoine en cas de donation de leur mère commune.

Des arrêts de Cour d'Appel d'Orléans rendus le 23 avril 1842<sup>104</sup>, et de la Cour d'Appel de Bordeaux rendu le 31 mai 1848<sup>105</sup> vont dans ce sens et jugent que ces engagements d'honneur ne donnent naissance à aucune obligation juridique.

Pour la Cour d'appel d'Orléans, il s'agissait d'un engagement pris par un notaire, qui consistait au versement d'une somme d'argent à sa commune. Après arrêt des versements, le maire le poursuivit en justice et la Cour d'appel l'exonéra de cet engagement qui n'était pas porteur d'obligation.

---

<sup>103</sup> Cass., requ., du 25 février 1835, DP 1838, I, p.439, cité par B. Oppéit, op. cit., p.112.

<sup>104</sup> CA Orléans, 23 avril 1842, S. 1843, II, p. 383

<sup>105</sup> CA Bordeaux, 31 mai 1848, DP 1848, 2, p. 180

Dans la décision de la Cour d'Appel de Bordeaux, l'engagement d'un débiteur de rembourser sa dette a été jugé comme ne donnant naissance à aucune obligation juridique.

La Cour de Cassation dans un arrêt rendu par la première chambre civile, le 25 mai 1870<sup>106</sup>, énonce qu'« *en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* ».

**85.-** Une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 décembre 1968<sup>107</sup> va dans le sens inverse ; des époux souscrivant un engagement sur l'honneur pour rembourser leur solde bancaire débiteur, étaient tenus d'une obligation civile.

Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 10 janvier 1972<sup>108</sup> reconnaît la valeur obligatoire d'un engagement pris par les cessionnaires des actions d'une société au motif que le juge des référés avait « *le droit d'enjoindre aux débiteurs de faire ce qu'ils avaient pris l'engagement de faire, que les engagements souscrits par ces derniers étaient parfaitement clairs [...]* » ; il s'agissait en l'espèce d'un engagement pris par les cessionnaires pour assurer la pérennité d'une brasserie.

**86.-** Enfin l'arrêt cité ci-dessus de la Cour de cassation, rendu en sa chambre commerciale le 23 janvier 2007, a traité cette question<sup>109</sup>. Ainsi pour la doctrine et N. Vignal<sup>110</sup> dans cet arrêt, la Cour confirme la tendance des juges à conférer une force obligatoire à ce type d'engagement ; des cas de non reconnaissance des engagements d'honneur existant, mais la majorité de la jurisprudence les reconnaissant comme pourvu de force obligatoire. En principe la nature de ce document émanant de la volonté des parties ne peut être autre qu'extracontractuelle et de ce fait le principe de force obligatoire ne peut jouer dans cette analyse. La Cour de cassation énonce que cela dépend « *de la teneur exacte de l'engagement que prend le garant [...]* »

Mais une question ici peut être soulevée, car l'intention des parties dans les arrêts ci-dessus n'est pas prise en compte. Peut-on se demander si l'intention des parties peut permettre à la Cour de reconnaître ou non une valeur obligatoire à l'engagement ? La prise en compte de l'éthique est peut

---

<sup>106</sup> Cass. civ., 25 mai 1870, D. 1870, I, n° 257

<sup>107</sup> Cass. com., 23 décembre 1968, n° 67-13.046, Bull. civ. IV, n° 374

<sup>108</sup> Cass. Com. 10 janvier 1972, n° 70-11.161, JCP G 1972, II, n° 17134, note Guyon Y

<sup>109</sup> Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189

<sup>110</sup> N. VIGNAL, *L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires a son honneur !*, Rev. Lamy Droit civil 2007, p. 40.



être une considération sous-jacente de la Cour pour reconnaître à ces engagements une valeur ou non.

## B. L'éthique et les gentlemen's agreement

**87.-** La reconnaissance de cette valeur liante et créatrice d'obligation à ce type d'engagement découle de la prise en considération de l'éthique (1.), ce qui se traduit ensuite sur le plan de la jurisprudence communautaire (2.).

### 1. La prise en compte de l'éthique

**88.-** Les déclarations d'intention peuvent résulter d'une volonté de protection des droits et intérêts de leur auteur. La question de l'interprétation de cette volonté pourra soulever des interrogations qui peuvent expliquer les fluctuations jurisprudentielles en la matière.

L'arrêt de la Cour de Cassation rendu en sa chambre commerciale le 23 janvier 2007<sup>111</sup>, décide qu' « *en s'engageant, fût-ce moralement, "à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* ». En l'espèce, il s'agissait d'un litige relatif à des actes de contrefaçon après la conclusion d'un accord transactionnel où les parties s'engageaient à ne pas copier certains produits de marque concurrente. La Cour reconnaît une valeur obligatoire pour les parties à cet acte. Cette position peut démontrer une volonté de prise en compte de l'éthique sous-jacente. Copier des produits commercialisés par une marque peut constituer un acte de contrefaçon. Il s'agit donc ici d'une volonté de protection des intérêts des parties à la déclaration d'intention.

Mais en l'espèce de tels engagements d'honneur sont bien de réelles déclarations de volonté pour les parties. Cette volonté ne fait que reprendre des dispositions légales préexistantes en matière de contrefaçon. Leur reconnaître une valeur juridique permet d'interpréter le contrat à la lumière de

---

<sup>111</sup> Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189

la volonté expresse des parties qui ont spécialement repris une disposition légale pour lui ajouter une force supplémentaire.

Ces déclarations d'intention sont quelquefois nombreuses et peuvent figurer en préambule au corps d'un contrat. Ces dernières seront un instrument d'interprétation de la volonté des parties, permettant d'expliquer des points précis du contrat. Leur reconnaître alors une force juridique semble nécessaire pour posséder une interprétation de la convention la plus proche possible de la volonté des parties (article 1134 du Code civil). En ce sens ces dernières seraient un gage du respect du principe de l'autonomie de la volonté.

**89.-** Les engagements d'honneur peuvent répondre à des obligations légales de déclaration de l'intention. Ces exigences ont été imposées par le législateur dans un objectif de transparence. Un exemple de droit des sociétés et de droit boursier en matière de filiales et de participations permettra d'illustrer cette idéologie. L'article L. 233-7, VII du Code de commerce dispose que *« lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la personne tenue à l'information prévue au I est tenue de déclarer, à l'occasion des franchissements de seuil du dixième ou du cinquième du capital ou des droits de vote, les objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre au cours des douze mois à venir. Cette déclaration précise si l'acquéreur agit seul ou de concert, s'il envisage d'arrêter ses achats ou de les poursuivre, d'acquérir ou non le contrôle de la société, de demander sa nomination ou celle d'une ou plusieurs personnes comme administrateur, membre du directoire ou du conseil de surveillance [...] »*. Le franchissement de seuils de participation doit être notifié à l'Autorité des marchés financiers et au public, pour permettre une certaine transparence du marché. Il s'agit en fait d'une déclaration d'intention sur l'éventualité d'une prise de contrôle dans un futur proche. Ces obligations de déclaration jouent un rôle informatif et peuvent éventuellement permettre la conciliation d'intérêts divergents<sup>112</sup>. Ces dernières sont une obligation légale et leur défaut sera sanctionné par la loi.

Ces engagements peuvent donc être pris dans l'intérêt de leur auteur ou de leur bénéficiaire. Ils permettent le respect d'une éthique contractuelle dans l'interprétation de la volonté des parties.

---

<sup>112</sup> M. LAMOUREUX, *Les déclarations d'intention en droit privé*, Rev. Lamy Dr. Civil. 2008, p. 48.

## 2. La jurisprudence communautaire

**90.-** La jurisprudence communautaire a pu déceler dans certains engagements d'honneur des ententes prohibées par le droit<sup>113</sup>.

On peut citer à cet effet de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Commission.

Les décisions de la Commission européenne du 2 août 1989, « *Treillis soudés* »<sup>114</sup> et du 30 novembre 1994 « *Ciment* »<sup>115</sup>, ont reconnu les gentlemen's agreement comme étant des « règles de bon voisinage » ou des « règles d'usage et d'éthique ». Il s'agit en effet d'une sorte de règle de bonne conduite dans la pratique des affaires.

La Commission a considéré que « *ceux-ci, étendant les dispositions préalablement arrêtées dans une convention, formaient avec celle-ci un tout indivisible, et devaient être considérés comme des accords prohibés* ». Ces accords en l'espèce devaient être prohibés car constitutifs d'une entente ; ces accords précontractuels permettaient d'asseoir la pratique anti-concurrentielle.

**91.-** Au sens de la jurisprudence communautaire, pour qu'une restriction constitue un « accord » caractérisé par l'article 101§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, il n'est, en effet, « *nullement nécessaire que les parties la considèrent comme juridiquement contraignante* » ; selon une décision de la Commission du 21 décembre 1988<sup>116</sup>. La force précontractuelle de cette pratique entrant dans la catégorie des pourparlers n'a donc pas d'incidence sur sa reconnaissance comme un acte constitutif de concurrence déloyale ou anticoncurrentiel.

La Commission précise en effet que : « *dans une entente secrète, lorsque les parties mesurent pleinement le caractère illégal de leur comportement, elles n'entendent évidemment pas que leurs arrangements collusoires aient une force contractuelle* »<sup>117</sup>. De même, la Cour de justice a considéré qu'une recommandation « non obligatoire » émanant d'une association d'entreprises

---

<sup>113</sup> Articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne

<sup>114</sup> Comm. Europ. 2 août 1989, n°89/515/CEE, *Treillis soudés*, JOCE 6 sept. n°L260, JCP G 1990, II n°21430 obs. M.-C BOUTARD-LABARDE et L. VOGEL

<sup>115</sup> Comm. Europ. 30 nov. 1994, *Ciment*, JOCE 30 déc., n°L343.

<sup>116</sup> Comm., 21 déc. 1988, n°89/190/CEE.

<sup>117</sup> Comm., 21 déc. 1988, CE n°94/599.

pouvait constituer une « décision » au sens de l'article 101§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

**92.-** Pour conclure ce paragraphe, il s'agit donc d'une volonté de prendre en compte les pratiques des acteurs à l'origine de pratiques anticoncurrentielles telles que des ententes secrètes ou des associations d'entreprises. Ces pratiques précontractuelles sont usitées mais ne sont pas illicites en tant que telles. Elles le seront lorsqu'elles auront pour objectif une pratique illégale comme c'est le cas ici.

**93.-** En conclusion de cette section, l'éthique implicite du droit des affaires est très vaste, mais ces deux exemples montrent que sa prise en compte est croissante. A ce titre, des projets de réforme et l'intégration de la notion par le droit communautaire démontrent cette extension croissante.

**94.-** Le droit des affaires contient donc une éthique implicite et théorique. L'éthique énonce en général une valeur avec une règle de protection juridique à laquelle vient se rajouter une exception. Cet accroissement éthique se situe plus sur le plan de la reconnaissance légale des notions qui vont être consacrées et ensuite appliquées. Or de nouveaux concepts ont pu voir le jour. L'évolution actuelle des concepts et des enjeux planétaires ont fait naître de nouvelles attentes sur le plan éthique.

## Chapitre II : La naissance de nouveaux enjeux éthiques

*« Le plus grand défi n'est pas seulement dans les institutions, il est d'abord dans les esprits. Prendre soin de l'environnement, faire en sorte que les pauvres puissent dire leur mot dans les décisions qui les touchent, promouvoir la démocratie et le commerce équitable : tout cela est nécessaire pour concrétiser les bienfaits potentiels de la mondialisation »*

Joseph E. Stiglitz, prix Nobel d'économie de 1998

La naissance de nouveaux concepts éthiques s'est caractérisée par l'émergence de nouvelles orientations en droit de l'environnement (Section I) et sur le plan du développement (Section II).

### Section I : Les enjeux environnementaux

95.- Des notions telles que l'éthique, la justice, sont intrinsèquement reliées à la géographie et c'est aujourd'hui de façon assez naturelle, à la suite des débats actuels et scientifiques, que le droit se penche sur la prise en compte de l'environnement. Le droit de l'environnement est un droit « jeune ». En effet il remonte aux années 1970 et a été codifié dans les années 1980-90<sup>118</sup>.

Les préoccupations liées à l'environnement sont apparues en 1870, à la suite de l'industrialisation, mais ce mouvement est resté minoritaire (première réglementation sur les ateliers incommodes, insalubres soit des lois sur les nuisances de l'activité humaine). Ce droit est éclaté, évolutif et technique. Il est lié à la place de la science qui n'est plus perçue, depuis la société post-morale, seulement comme une source de progrès. Le risque zéro en science n'existe pas et seule la connaissance de son état actuel permet d'apprécier des risques connus.

On voit naître aujourd'hui de nouvelles thématiques éthiques liées à l'environnement telles que, les principes environnementaux (le développement durable par exemple) (§1.), et des pratiques entrepreneuriales se traduisant par un management environnemental (§2.). Ainsi l'éthique est nécessaire au droit pour sa survie et son adaptation.

---

<sup>118</sup> Codification par la Loi du 30 décembre 1996 n°96-1236, puis pour la partie législative par l'Ordonnance du 18 décembre 2000, n°2000-914, puis par les décrets du 2 août 2005 pour la partie réglementaire n° 2005-935, et du 22 mars 2007, n° 2007-397.

Le droit de l'homme à un environnement sain est consacré assez régulièrement en droit international, mais il faut le reconnaître sous des formulations diverses souvent ambiguës manquant de clarté. La première formulation se trouve dans la Déclaration de 1972 de Stockholm "*L'homme a un droit fondamental à la liberté, l'égalité et à des conditions de vie satisfaisante dans un environnement dont la qualité lui permet de vivre dans la dignité et le bien-être*".

La formulation dans la déclaration de Rio de 1992 en énonce un principe "*Les êtres humains ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature*".

Ensuite la formulation dans la convention d'Aarhus 1998 "*Participe à la protection du droit de chacun à vivre dans un environnement propre à assurer son bien-être et sa santé*".

### **§1 : Les nouveaux concepts environnementaux éthiques**

**96.-** Le développement durable serait un moyen d'action permettant de répondre au défi de la mondialisation, comme l'a préconisé l'Union européenne dans la déclaration de Lisbonne de mars 2000. Mais cette notion ne connaît pas de définition unanime au plan international. Le lien entre entreprise et souveraineté politique a entraîné une profonde transformation des sciences de gestion, par l'appropriation de nouveaux concepts environnementaux et sociaux envisagés par rapport à une globalisation financière à long terme.

Le principe de précaution est un moyen d'action, outil permettant d'atteindre des objectifs. Il est donc un principe au service du développement durable. A leur origine les deux notions semblaient se confondre dans certain système politique. Nous verrons ici comme concept non codifié mais reconnu internationalement, le développement durable (A.), et en tant que principe codifié le principe de précaution (B.) ; ces deux notions constituant de nouveaux concepts éthiques.

#### **A. De nouveaux concepts éthiques : le développement durable**

**97.-** Le développement durable est une notion extra-juridique qui a pris une ampleur croissante ces dernières années et qui repose sur des piliers tels que la croissance économique, le progrès social et le respect de l'environnement. On peut s'interroger sur son objet ; s'agit-il d'un moyen de communication des entreprises face aux consommateurs ou d'une représentation éthique du développement d'une entreprise dans une perspective d'avenir enveloppant les générations futures ?

La philosophie et le développement de ce concept (1.) permettront d'étudier son application à un secteur particulier (2.).

## 1. Les fondements du développement durable

**98.-** Traditionnellement, on attribue à deux philosophes européens la paternité des idées constituant le socle du concept de développement durable : Jonas et Levinas, le premier ayant posé les bases de la solidarité intergénérationnelle et de la précaution, le deuxième le concept de risque encouru par la collectivité<sup>119</sup>. Il est couramment admis que le développement durable comporte trois dimensions qu'il doit concilier : le bien-être social, l'efficacité économique, et la préservation de l'environnement. « *En d'autres termes, le développement durable a pour enjeu de subvenir aux besoins de l'ensemble de l'humanité (rôle de l'économie), en préservant les conditions de reproduction de la nature (préoccupation écologique), dans des relations sociales d'équité permettant d'assurer la paix et la cohésion sociale (attentes sociales et sociétales)*<sup>120</sup> ».

**99.-** Le rapport de Brundtland présenté par la Commission mondiale du développement a défini la notion de développement durable par le concept de « *développement soutenable* » qui « *est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Et aujourd'hui, ce dont nous avons besoin, c'est d'une nouvelle ère de croissance, une croissance vigoureuse et en même temps, socialement et environnementale soutenable*<sup>121</sup> ».

Ce principe présuppose le recueil de données, préalable à toute application. Il faut donc une coopération entre les acteurs situés dans des milieux différents pour permettre une collecte appropriée. Souvent il s'agira d'entreprises dans un secteur concerné.

Le développement durable dans sa vision traditionnelle, ne concernait que le droit de l'environnement<sup>122</sup> ; aujourd'hui il regroupe une dimension sociale composée des entreprises et des secteurs sociaux. Ce principe éthique, à ses débuts non juridique, et traduit par des

---

<sup>119</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010

<sup>120</sup> Ibid., p.14.

<sup>121</sup> Rapport de Brundtland de 1987 de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement réunie à la demande de l'ONU

<sup>122</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd. De Boeck, 2011, p.86.

engagements, a été repris de façon directe ou indirecte dans les codes et chartes de l'environnement, et dans les traités internationaux.

Le développement durable concerne la protection de l'environnement et la protection sociale, dans le sens où il doit veiller à l'application de conditions de travail correctes pour toute personne.

De ce fait, certains auteurs ont pu énoncer qu'il s'agissait d'une responsabilité sociale et environnementale.

La notion de développement durable apparaît comme une évolution plus poussée dans le sens où son champ d'application est le monde entier. La notion d'« écoefficacité » introduite au Sommet de Rio en 1992, désigne pour l'entreprise sa contribution au développement durable.

Appliquée à un produit, l'écoefficacité consiste à maximiser la valeur du produit tout en minimisant les impacts environnementaux<sup>123</sup>. Il s'agit donc d'une stratégie éthique mise en œuvre par l'entreprise.

A suivi, l'utilisation de ce concept comme outil de légitimation de stratégie d'entreprise, et de moyen marketing permettant la communication vers le public du positionnement de cette même entreprise. Elle peut servir comme un levier pour sensibiliser les actionnaires et créer ainsi un nouveau référentiel de performance.

**100.-** Cette notion de développement durable donne lieu à différents processus à la fois législatifs et pratiques des entreprises. On pourrait considérer cette notion comme le socle « philosophique » et éthique de principes environnementaux visant à la réparation, mais aussi à l'anticipation du préjudice.

Aujourd'hui la loi NRE de 2002<sup>124</sup>, a mis en place la fonction de « Responsable développement durable » (RDD). Ceci fait écho à l'obligation de publier un rapport annuel pour les entreprises cotées. Cette évolution a permis d'axer la communication externe vers une orientation à dominante ressources humaines ; son but étant d'initier « *une démarche de progrès au travers d'un référentiel sur lequel chaque salarié doit s'aligner* »<sup>125</sup>. Les missions confiées au Responsable Développement Durable sont généralement : l'animation de groupes de travail dans l'entreprise, l'identification des enjeux prioritaires de l'entreprise, l'établissement de mesures de

---

<sup>123</sup> Lamy Environnement, Les Déchets, n°235-84 - Développement durable

<sup>124</sup> Loi NRE 20 février 2002 n° 2002-221

<sup>125</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M . PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd. De Boeck, 2011, p. 6.



résultat, l'amélioration des relations entre les parties internes et les parties prenantes externes, la diffusion de la démarche de développement durable.

Le but « philosophique » de cette démarche est d'impacter la globalisation, et en ce sens il est éthique. Ceci se réaliserait par la qualité des emplois, la qualité de vie des salariés, le respect des engagements en matière de diversité, le développement des compétences du salarié, la rémunération équitable des salariés, le dialogue social.

## 2. Les principes clés du développement durable

**101.-** Cette notion de développement durable s'organise autour de principes clés qui tendent peu à peu vers un ensemble cohérent<sup>126</sup> ; et l'on voit dès lors l'évolution du droit qui comprend de nouveaux principes à valeur éthique : le principe pollueur-payeur, le principe d'intégration, les principes d'accès à l'information et à la justice et de participation aux décisions, le principe d'équité intra générationnelle, le principe d'équité intergénérationnelle, le principe de réversibilité, le principe de prévention et le principe de précaution.

**102.-** Le principe pollueur-payeur<sup>127</sup>, a vocation à prendre en compte les coûts qu'une activité productrice génère.

En droit français ce principe est défini par l'article L110-1 du Code de l'environnement ; il s'agit des « *frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci, qui doivent être supportés par le pollueur* ». L'article 4 de la Charte de l'environnement indique « *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement dans les conditions définies par la loi* ». Cette formulation peut inclure les dépenses de lutttes contre la pollution mais aussi les coûts de restauration écologique et la réparation du dommage. La place de l'environnement intègre les principes éthiques. En ce sens la philosophie éthique de ce texte est de faire peser une responsabilité (sociale) sur le pollueur. L'éthique est donc bien ici encore un processus permettant la naissance de nouveaux concepts et élargissant la responsabilité juridique et sociale.

---

<sup>126</sup> T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010.

<sup>127</sup> Formalisé par l'OCDE dès 1972 et avalisé par les Communautés Européennes dès 1973

**103.-** Le principe d'intégration : l'article 6 de la Charte de l'environnement formalise ce principe en le nommant « *principe de conciliation* »<sup>128</sup>. Ce principe favorise l'approche sectorielle pour permettre une meilleure prise en compte et efficacité des politiques d'environnement. Il repose sur des études d'impact en amont<sup>129</sup>, et un responsable identifié. L'éthique présuppose donc une adaptation aux valeurs sociétales. Elle se manifeste par une adaptation de l'action environnementale passant par les acteurs sectoriels.

**104.-** Les principes d'accès à l'information et à la justice et de participation aux décisions figurent dans la *soft law* internationale<sup>130</sup>, dans la loi française<sup>131</sup> et la charte de l'environnement<sup>132</sup>. L'éthique a influencé le droit des affaires, avec les multiples obligations d'information étudiées précédemment. L'émergence de ce concept en droit environnemental n'est que la continuation d'une philosophie préexistante.

**105.-** Le principe d'équité intra-générationnelle résulte du pilier social ; cette équité doit se concevoir à l'intérieur d'une société donnée, entre pays et peuples différents. Ce principe reste vague, en effet l'équité n'est pas l'égalité et de nombreuses conceptions de l'équité sont possibles notamment selon les valeurs sociétales.

**106.-** Le principe d'équité intergénérationnelle résulte de la définition même du développement durable. Il soulève des difficultés quant à l'expression des choix des générations futures qui n'existent pas aujourd'hui et qui n'ont pas les moyens d'exprimer leurs choix. De plus, des intérêts contraires entre intérêts des générations présentes et futures peuvent apparaître. Des questions par rapport à une approche liée à une durabilité forte ou faible ont été soulevées (présupposé de l'équité). Ce principe démontre une certaine prise en compte des besoins futurs ; l'éthique, en présupposant l'adaptation du droit par rapport à des choix existants, dépasse son

---

<sup>128</sup> Utilisé par le Conseil Constitutionnel dans une décision 2005-514 DC du 28 avril 2005

<sup>129</sup> Loi 10 juillet 1976 et Directive « Projets » de 1985, Directive de 2001

<sup>130</sup> Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, Convention d'Espoo

<sup>131</sup> Article L110-1 du Code de l'environnement : « *le principe de participation, selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* ».

<sup>132</sup> Article 7 « *Toute personne a le droit dans les conditions et les limites définies par la loi d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

propre cadre en l'espèce. Elle vise ici la prise en compte des évolutions futures pour faciliter cette adaptation juridique.

**107.-** Le principe de réversibilité n'est pas véritablement formalisé sur le plan juridique ; il s'agit plutôt d'un principe politique voire économique qui doit guider l'action publique. Il découle aussi de la définition du développement durable. Toute action irréversible entraîne une diminution des options pour la génération suivante. Il s'agit d'un legs négatif envers les générations futures. Ce principe vise donc à veiller le plus possible à la réversibilité des choix effectués par une génération, réversibilité entendue comme une notion positive et éthique.

**108.-** Le principe de prévention est souvent confondu avec le principe de précaution ; on peut citer les mesures prises en 2010, pour interrompre le trafic aérien lors de l'éruption du volcan islandais Eyjaföll. Ce principe s'applique lors de l'existence d'une menace ou d'un risque avéré. Il consiste à diminuer la probabilité d'occurrence d'un dommage et de ses conséquences. Il part du constat qu'en matière d'environnement, de santé, la prévention coûte souvent moins cher que la réparation (mieux vaut prévenir que guérir). Le Code de l'environnement<sup>133</sup> prévoit ce principe qui est constitutionnalisé par la Charte de l'environnement<sup>134</sup>. L'évolution de la reconnaissance éthique passe donc ici par une norme.

**109.-** Le principe de précaution : la France a connu de nombreux exemples où le principe de précaution a été appliqué comme les affaires : du bœuf aux hormones, des Organismes Génétiquement Modifiés (OGM), de la vache folle et du sang contaminé. Ce principe vise à prévenir les risques notamment de crise sanitaire et environnementale. Il faut cependant distinguer prévention et précaution ; dans l'hypothèse de prévention la dangerosité est établie, un risque est connu alors que dans celui de la précaution ce qui est pris en compte est la probabilité d'un risque, d'un accident. Le principe de précaution ajoute au concept de sécurité « *la nécessaire garantie d'un environnement sain en l'absence de certitudes scientifiques* »<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Article L110-1 Code de l'environnement : « *le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économique acceptable* »

<sup>134</sup> Article 3 : « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ».

<sup>135</sup> M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Thèse de 2004 sous la direction de M. J. CALAIS-AULOY, p. 8.

Le système de précaution a été invoqué devant le système de règlement de l'OMC à plusieurs reprises. Ce principe a donc des incidences en commerce international.

**110.-** Tous ces dispositifs montrent donc une prise en compte croissante de l'éthique, par le droit, qui n'est pas toujours codifiée et normative, et peut s'énoncer par des principes à valeur juridique. Ces principes sont souvent codifiés et repris par le droit positif. Le droit de l'environnement comprend donc des principes éthiques très récents et novateurs.

B. L'exemple d'un principe dont la valeur est controversée : le principe de précaution

**111.-** Le principe de précaution connaît des fondements nombreux (1.) et son application est, de ce fait, difficile (2.), alors que les enjeux éthiques sont de plus en plus d'actualité. Mais cet exemple (principe de précaution) va permettre d'étudier la valeur de l'éthique normative.

1. Les fondements textuels et la philosophie du principe de précaution

**112.-** Au plan international, le principe n°15 de la Déclaration de Rio du 13 juin 1992<sup>136</sup>, a donné une définition du principe de précaution dont l'emploi doit être « *pour protéger l'environnement* ». La Convention cadre des Nations Unies<sup>137</sup> reprend le principe de précaution en lui conférant une valeur de recommandation.

En Europe, le principe de précaution a été inscrit dans le traité de Maastricht de 1992<sup>138</sup>, et la même année dans la Déclaration de Rio, cette dernière lui donnant une consécration universelle. Le principe de précaution apparaît aujourd'hui à l'article 191 du Traité sur le Fonctionnement de

---

<sup>136</sup> Déclaration de Rio du 13 juin 1992, *Sur l'environnement et le développement*, Principe n°15 : « *Pour protéger l'environnement des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacité. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* »

(Rédaction se rapprochant de l'alinéa 17 de la Conférence de Bergen « *En vue de réaliser le développement durable, les politiques doivent être basées sur le principe de précaution. Les mesures pour l'environnement doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de dégradation de l'environnement. En cas de menaces de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement.* »)

<sup>137</sup> Convention cadre des Nations Unies, *Sur les changements climatiques*, adoptée le 9 mai 1992.

<sup>138</sup> Traité de Maastricht signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993.

l'Union Européenne<sup>139</sup>.

**113.-** Ce principe de précaution a été intégré en droit français en 1995 dans l'ancien article 200-1 du Code rural. Aujourd'hui cette formulation a été reprise à l'article L110-1 du Code de l'environnement<sup>140</sup> : « [...] *le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ; ».

Une autre définition a été posée par les professeurs P. Kourilsky et G. Viney<sup>141</sup>.

Ce principe est né du concept de sécurité et du droit de l'environnement par le biais des nouvelles préoccupations éthiques de notre époque (dégradation environnementale, changement de l'écosystème par les interventions humaines). En effet la précaution est une norme de comportement, issue en premier lieu du bon sens. Ce principe présuppose l'existence de systèmes scientifiques d'analyse performants et préexistants ; ainsi que le recours à des contrôles en amont, et la présence d'informations sur le risque potentiel. La philosophie de ce texte est le traitement de risques inconnus, ou plutôt une volonté de diminution des risques pour tendre vers une « tolérance

---

<sup>139</sup> Ancien article 174 du TCE « 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants:

— la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,

— la protection de la santé des personnes,

— l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,

— la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique.

2. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union. [...] »

<sup>140</sup> Article introduit par la loi Barnier du 2 février 1995, n°95-101.

<sup>141</sup> M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Mémoire de 2000 sous la direction de M. J. CALAIS-AULOY p.46.

P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, 1999 : « *Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre Etats. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter, d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé.* »

zéro »<sup>142</sup>.

L'éthique remet en cause l'« état des connaissances scientifiques actuelles », en se fondant sur le fait que la prise en compte de ce risque inconnu et l'affirmation que le « risque zéro » n'existe pas. Ce principe doit permettre l'adaptation du droit, à cette nouvelle affirmation (risque zéro). Mais l'évaluation d'un risque inconnu, ainsi que son traitement pose un problème d'anticipation. C'est pour cela que ce principe connaît une rédaction souple, pour permettre aux acteurs, le mettant en œuvre, de s'adapter.

Ce principe devrait tendre à rendre obligatoire un contrôle préventif permanent associé à une recherche scientifique, et certains auteurs énoncent qu'il s'agit d'un « *devoir d'agir en situation d'incertitude ou de prévision à long terme en situation d'incertitude* »<sup>143</sup> pour « *chercher à arrêter un processus grave avant que celui-ci ne devienne irréversible* ».

**114.-** Les mesures prises en application de ce principe de précaution doivent respecter les cinq principes suivants : la proportionnalité<sup>144</sup>, la non-discrimination<sup>145</sup>, la cohérence, l'examen des conséquences d'une action ou d'une inaction, l'examen de l'évolution scientifique.<sup>146</sup>

**115.-** L'éthique pose comme « valeur juste », la prise en compte d'un risque nouveau et inconnu. Son traitement soulève des difficultés, mais la prise en compte croissante de l'éthique est mesurable ici. La reconnaissance de cette éthique nouvelle va aussi passer par le biais des recours au principe de précaution et de l'effectivité de ces recours.

## 2. Les recours au principe de précaution sur les plans interne et communautaire.

**116.-** La valeur de ce principe va passer par sa reconnaissance. En effet les possibilités de recours à l'encontre d'une norme et la qualification des juges est une consécration.

La Cour de Justice des Communautés Européennes<sup>147</sup> (CJCE), depuis 2009 Cour de Justice

---

<sup>142</sup> M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Thèse de 2004 sous la direction de M. J. CALAIS-AULOY année 1999-2000, p.7.

<sup>143</sup> Ibid., p.229, p.233, et p.235.

<sup>144</sup> La mesure en ce sens doit être appropriée, nécessaire, et non disproportionnée. Le principe de proportionnalité a été défini par la CJCE comme : l'action n'excédant pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité. CJCE 12 déc. 1989, Mesner, C265/88.

<sup>145</sup> Des situations semblables ne doivent pas être traitées différemment.

<sup>147</sup> CJCE, *FEDESA*, 30 novembre 1990, C331/88.

de l'Union Européenne (CJUE), a présenté sa position quant au principe de précaution<sup>148</sup>. Suite à la crise de la Vache folle, l'état français a pris des décisions d'embargo. La Cour énonce que le principe de précaution n'est pas une cause de justification à des restrictions à l'échange communautaire ; il peut être une justification de protection de la santé publique. En fait, les CJCE ont admis l'application de ce principe, mais ne l'imposent pas. Il y a donc une reconnaissance du principe éthique, mais sa valeur contraignante soulève des interrogations.

**117.-** La Commission<sup>149</sup> quant à elle semble accorder une place plus « protectrice » ou « institutionnelle » à ce principe ; « *Lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées [...]* »<sup>150</sup>. La solution apportée ici par la Commission, vise à protéger les impératifs de santé publique, elle accorde un champ d'application élargi au principe de précaution. Ces arrêts permettent d'illustrer un peu mieux le contenu de ce principe de précaution : il y a une incertitude scientifique. Cette incertitude pèse sur le facteur déclenchant. De ce fait, la décision est provisoire, et est nécessaire, tant que l'incertitude scientifique ne permet pas de lever le risque sanitaire.

Il semble que la CJCE et le TPI (Tribunal Pénal International) ont accordé à la Commission, le pouvoir de prendre des mesures de sauvegarde en l'absence de certitude scientifique, par l'application du principe de précaution. Enfin il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'exigence de proportionnalité semble primer ; et s'ériger en référentiel de la licéité de l'utilisation du principe de précaution.

**118.-** Sur le plan interne le Conseil d'Etat, lors d'une affaire relative aux OGM, a admis l'application du principe de précaution mais dans certaines conditions. Dans un arrêt de 1998, le Conseil d'Etat<sup>151</sup>, l'a admis, lors d'un renvoi à la CJCE pour interprétation par le biais d'une question préjudicielle. La Conseil d'Etat a ensuite appliqué le principe de précaution en matière de

---

<sup>148</sup> M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Mémoire, Directeur J. CALAIS-AULOY Année 1999-2000.

<sup>149</sup> Comm. 1989, n°89/469/CE (JOCE, I, 225). (mécanisme de la clause de sauvegarde)

<sup>150</sup> Comm., 12 juill. 1996, Royaume-Uni/ Commission, n°96/239/CE, C180/96.

<sup>151</sup> CE, 11 décembre 1998, n°194348, Question préjudicielle lors d'un recours en annulation à l'encontre d'un arrêté permettant l'inscription de maïs transgénique dans le catalogue des espèces de plantes cultivées en France. (Arrêté faisant suite à une autorisation de la Commission Européenne).

droit de la santé mais en présence d'une grande insécurité scientifique<sup>152</sup>.

**119.-** On peut déduire ici une faculté des Etats membres de prendre des mesures de précaution dans le domaine de la santé. Dans les autres domaines cette application semble réservée aux institutions<sup>153</sup>.

Il demeure donc des imprécisions et des interrogations sur ce principe de précaution du fait de sa rédaction imprécise ; à la fois sur sa valeur, son champ d'application, sur la nécessité d'agir, en résumé sur sa mise en œuvre. En effet la seule obligation, est la mise en place d'un système performant de gestion des risques. En France différentes agences ont été mises en place notamment dans le domaine alimentaire<sup>154</sup>.

L'éthique en posant ce qui est « juste et bon » se rapproche d'un fondement moral de la responsabilité. Elle émerge, notamment lorsqu'il s'agit de normes, vers une responsabilité. Ici ces principes sont codifiés, mais la responsabilité en découlant est plus morale que juridique. L'imprécision des textes face aux moyens, c'est à dire les tests scientifiques à mettre en œuvre, rend cette responsabilité juridique difficile à consacrer. De plus l'éthique comprend souvent le principe d'une règle restreinte par une exception. Or à l'inverse ce principe est restreint quant à son champ d'application, mais ne connaît pas de limite. Et l'utilisation abusive de ce texte pourrait être néfaste car le risque zéro n'existe pas.

**120.-** Enfin l'application de ce principe en pratique n'est pas encore totalement efficiente<sup>155</sup> ; mais l'affirmation juridique existante, permet de démontrer la matérialisation d'une éthique commune. Le droit retransmet une volonté d'encadrement de la science a priori, par la mesure des méthodes et des manières par lesquelles elle s'exerce.

L'éthique ici a amené de nouveaux questionnements face aux problèmes environnementaux contemporains et le droit s'est adapté pour les retranscrire. Peut-être dans les années à venir ce principe sera-t-il modifié pour connaître une plus grande applicabilité devant les juridictions.

Ceci se traduit notamment par des pratiques et des dispositifs environnementaux pour permettre la

---

<sup>152</sup> CE, 24 février 1999, *Pro-Nat*, n°192465

<sup>153</sup> M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Mémoire, Directeur J. CALAIS-AULOY Année 1999-2000.

<sup>154</sup> AFSSAPS -Agence française de sécurité sanitaire des aliments-, IVS -Institut de veille sanitaire-, etc.

<sup>155</sup> On pourra citer à ce titre l'utilisation au plan international du principe de précaution (et du principe de prévention) qui reste encore très modérée par exemple dans l'arrêt de la Cour Internationale de Justice « Usine de pâte à papier ; Argentine contre Uruguay » du 20 avril 2010.



protection de ces principes.

**121.-** En conclusion l'évolution du droit et de la jurisprudence sur les problématiques à dominante scientifique nous renvoie au fait que « *science sans conscience n'est que ruine de l'âme*<sup>156</sup> » est toujours d'actualité. Le droit, sa pratique et l'intégration d'une dimension éthique peuvent réguler des excès, prévenir des risques et donc devenir des outils puissants au service de l'humanité. L'organe d'appel de l'OMC a reconnu l'existence de ce principe de précaution en droit international<sup>157</sup>. Il y a donc de nouveaux enjeux éthiques, consacrés par de nouveaux principes en droit de l'environnement, mais dont la reconnaissance n'est pas encore pleine.

## ***§2 : Les dispositifs environnementaux pratiques de protection***

**122.-** Ces thématiques éthiques de développement et d'environnement sont souvent appréhendées par les entreprises comme des stratégies de management pour gagner une clientèle (A.). Elles sont ensuite mises en œuvre par des politiques très centrées sur un sujet (B.).

### A. Le management environnemental d'entreprise

**123.-** Certaines entreprises anticipant, l'évolution et l'accroissement de la prise en compte du droit de l'environnement (codification), ont effectué des démarches de validation quant à la reconnaissance d'un substrat environnemental. Il existe en ce sens un certain management environnemental d'entreprise, que les sociétés vont utiliser dans leur communication grand public pour conforter et/ou valoriser leur image de marque. Ces entreprises vont passer par les dirigeants (1.), mais aussi par des politiques visant toute la hiérarchie (2.).

---

<sup>156</sup> F. RABELAIS

<sup>157</sup> Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce le 16 janvier 1998 : le principe de précaution « *du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité* ». Il reconnaît donc l'existence de ce principe de précaution en droit international.

## 1. Approche développement durable centrée sur la fonction de directeur général

**124.-** L'exemple de l'intégration d'une stratégie environnementale (le développement durable), par le Directeur Général montre qu'elle est la prise en compte interne de l'éthique par les entreprises. En effet il s'agit de management environnemental d'entreprise et ce dernier à une finalité éthique. Cette stratégie va passer par le biais du Directeur Général, qui doit se préoccuper de développement durable pour pallier au risque résultant du non-respect d'une nouvelle réglementation et des conséquences pénales ou financières qui en résultent. Il va ainsi préserver l'image de la société, et permettre sa survie par l'adaptation. En ce sens le développement durable est devenu une condition de progrès et possède une finalité éthique.

**125.-** La première mission du Directeur Général va se définir en termes de développement durable par la définition même de la stratégie employée. Elle va permettre de la création de valeur, et une maîtrise des risques. Cette stratégie va être approuvée par le Conseil d'administration vis-à-vis de l'ensemble des parties prenantes (stakeholders) et dans certains cas le Conseil d'administration va participer à l'élaboration des grandes lignes de cette stratégie. Le Directeur Général a la responsabilité de mettre en œuvre l'agenda développement durable de l'entreprise, c'est-à-dire le plan de marché permettant de créer de la valeur.

Cette stratégie va créer de la valeur durable pour l'entreprise c'est-à-dire qu'elle n'est pas génératrice de coûts supplémentaires et permet de développer l'attractivité de l'entreprise. Le levier de la dimension humaine va être promu, par un programme transversal, pour inciter une cohésion interne. Elle va accompagner un programme de communication, un projet d'entreprise, voire une campagne de publicité. Cette action vise aussi à développer un capital sympathie auprès d'Organisme Non Gouvernemental, de la presse, etc.

La prise en compte du développement durable « *est un moyen de réduction de la facture des matières premières, de l'énergie, des déchets mais aussi des coûts de mise en conformité, des coûts de l'accidentologie*<sup>158</sup> ». Cette stratégie permet d'agir sur les risques, et de limiter la destruction de valeur (risques de réputation, d'image de non-conformité ou de rupture de la chaîne d'approvisionnement pour des raisons éthiques). En effet des enquêtes ou des campagnes de presse

---

<sup>158</sup> T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010

révélant des conditions de travail ou des pratiques inacceptables d'un fournisseur vont avoir un impact direct très lourd pour une enseigne réputée.

L'augmentation du chiffre d'affaires de l'entreprise, par l'emploi de cette stratégie, est le résultat d'une recherche et développement sur des produits ; produits respectant l'environnement, ou dont il est garanti qu'ils n'ont pas été fabriqués dans des conditions non conformes à l'éthique, ou satisfaisant la demande sociale d'entreprise. En ce sens la stratégie va créer de la valeur, si elle est la traduction de la captation d'une clientèle nouvelle. On assiste ainsi à la création de nouveaux marchés permettant de répondre à ces besoins recherchés par les consommateurs. Ce marketing environnemental va alors se traduire par des pratiques éthiques (respect de l'environnement, certification des fournisseurs par exemple).

**126.-** Le « Business model » va être repensé (il s'agit du modèle économique de l'entreprise), pour anticiper par une réflexion constante les modes de consommation de demain et les métiers de la filière. La direction générale a pour mission d'inscrire dans la stratégie de l'entreprise ces opportunités. Il s'agit donc d'une transformation de l'économie et du marché qui est née de la transformation de l'offre. De nouvelles pratiques apparaissent comme l'insertion de critères de développement durable dans les appels d'offres, par exemple la mise en place d'un bilan carbone inscrit dans une démarche de certification ISO 14 001<sup>159</sup> de l'entreprise. Toutes ces pratiques ont la recherche s'orientent autour de la satisfaction du client. Ainsi EDF a modifié ces offres commerciales et son approche marketing, pour passer d'une vente aux kilowattheures à la vente d'un confort thermique et visuel.

Une approche développement durable va permettre d'améliorer la maîtrise des risques de mise en cause de la responsabilité du directeur général. En effet le droit de l'environnement, la responsabilité sociale de l'entreprise ont accru le risque de mise en cause de la responsabilité du dirigeant notamment par de nombreuses infractions pénales (pollution, hygiène, sécurité etc.). Le Directeur Général doit donc veiller à ce que sa politique de gestion couvre l'ensemble des risques de la responsabilité sociale de l'entreprise, et à mettre en place des délégations de pouvoirs efficaces, au bon niveau, pour permettre de placer la responsabilité au niveau où les infractions

---

<sup>159</sup> Norme de certification environnementale internationale ; elle repose sur le management environnemental. Elle est fondée sur une approche connue sous le nom de roue de DEMING qui peut être résumée : Plan, mise en œuvre, vérification, analyse correction et réaction, ou PDCA Planifier, Développer, Contrôler Ajuster elle comporte 18 exigences, (Plan, Do, Check, Act).

sont susceptibles d'être commises et donc d'être évitées<sup>160</sup>.

La direction générale dans ses tâches habituelles devra introduire des changements organisationnels, managériaux et dans la communication interne et externe (le point de départ va varier en fonction du degré de maturité de l'entreprise vis-à-vis des questions de développement durable, et des réglementations sectorielles existantes). En effet le comité exécutif devra s'organiser pour traiter de ces questions. Fixer le niveau d'ambition à atteindre, nécessitera la définition des valeurs de l'entreprise et l'impulsion d'une réflexion chez les responsables des principales fonctions de l'entreprise, qui pourront s'aider par des diagnostics ou des consultants externes.

L'éthique est donc prise en compte dans une telle stratégie de développement durable. Elle influence l'offre des entreprises pour répondre à de nouveaux besoins.

## 2. Approche du développement durable dans l'entreprise en général

**127.-** Les entreprises sont des acteurs, d'une politique de développement durable ; en ce sens leur action permet de réduire les effets négatifs des processus industriels, d'introduire des procédés écologiques au sein des modes de production, et d'améliorer les échanges commerciaux internationaux. La stratégie éthique va se traduire sur l'organisation interne de l'entreprise. Le consommateur quant à lui peut aussi consommer en respectant le développement durable et est un des acteurs de la politique de développement durable.

**128.-** Le rôle de l'entreprise, dans la mise en œuvre d'une politique de développement durable, va se jouer sur le plan social, par le biais du droit du travail. Tout d'abord, le Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail doit être consulté, notamment sur le programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail. Le Comité d'Entreprise doit ensuite être informé et consulté sur différentes questions telles que l'organisation du travail, les techniques de production, les conditions de travail<sup>161</sup>. L'objectif est

---

<sup>160</sup> T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010

<sup>161</sup> Il a aussi pour mission d'étudier les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur (C. trav., art. L. 2323-1 et C. trav., art. L. 2323-27).

d'appréhender les mesures correctrices et les améliorations proposées par l'employeur. Le rôle de ces comités est de s'assurer que les actions envisagées ne nuisent pas à l'environnement.

**129.-** L'information sur les mesures de développement durable, effectuée par le biais du Comité d'Entreprise en les mettant à son ordre de jour (réunion plénière), va entrer dans le rôle de l'entreprise. Certaines entreprises vont créer une Commission de Développement Durable. Cette commission facultative est mise en place par le Comité d'Entreprise, et est dirigée par le Responsable du Développement Durable. Ce dernier va correspondre avec les différents acteurs de l'entreprise quant aux questions de développement durable. D'autres entreprises vont mettre en place un Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ce comité peut recourir à des experts, mener des enquêtes.

**130.-** Lors de la cotation en bourse d'une entreprise, l'employeur est tenu de communiquer avant l'assemblée générale, aux actionnaires, la liste des documents transmis annuellement (article L2323-8 du Code du travail). Cette liste comprend le rapport social et environnemental. Ce dernier décrit les impacts de l'activité de l'entreprise en matière d'emploi, et de développement. Ce rapport doit indiquer les modalités relatives à l'activité de leurs filiales.

Le rapport de gestion de l'article R225-105 du Code de commerce (remis par le Conseil d'administration ou le directoire et présenté aux actionnaires) comporte parmi les données relatives aux conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise : la consommation des ressources, matières premières, les nuisances sonores ou olfactives, les rejets et déchets ; les démarches d'évaluation et de certification ; les mesures et dépenses financières liées à l'environnement<sup>162</sup>. L'éthique se traduit sur ce point par une information des actionnaires sur les politiques de développement durable. Enfin des exemples de mesures concrètes peuvent se traduire sur le plan interne, par des politiques plus basiques telles que la diminution du nombre d'impression de document papier, des mesures de recyclage, la gestion des déchets et des énergies, favoriser des déplacements en train ou le « ferroutage », des constructions de locaux en basse consommation (isolation ...), des mesures de mécénat.

---

<sup>162</sup> Guide Lamy de l'Elu du CE, Thème 706 Œuvrer pour le développement durable, n°10 Favoriser le développement durable dans votre entreprise

131.- Ce concept de développement durable, par le biais de la notion d'éthique, s'est imposé sur les différents niveaux organisationnels de l'entreprise. Il permet d'accroître la valeur de l'entreprise tout en « maîtrisant » les risques et les responsabilités en découlant. Ces stratégies donnent une place centrale à la notion de responsabilité. C'est surtout pour anticiper les conséquences légales que l'éthique est appliquée comme un management environnemental, notamment sur le plan de la notoriété. La conquête de nouveau marché économique en ce sens a été bénéfique. Sur le plan de l'éthique, on voit apparaître de nouvelles normes à valeur éthique appliquées et nécessaires en droit de l'environnement.

La responsabilité environnementale, est cependant une réalité, qui pèse toujours sur les entreprises, et les conséquences de leur activité. Cette dernière est une responsabilité particulière<sup>163</sup>, de par son domaine, et la philosophie des textes<sup>164</sup>. La loi du 1<sup>er</sup> août 2008<sup>165</sup>, a concrétisé la reconnaissance de la responsabilité environnementale par la notion de préjudice écologique. Ce préjudice peut se retrouver dans l'application du principe pollueur-payeur ; dans l'article L160-1 du Code de l'environnement<sup>166</sup>. L'article L161-1 du même code<sup>167</sup> va préciser ce préjudice, il s'agit de « *détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement* » et celles-ci sont réparables. « *Il s'agit ici de la réception en droit d'une notion particulièrement intéressante, visant à quantifier la valeur du capital naturel, par exemple en prenant en compte les services d'approvisionnement de ces ressources, de régulation, ou même leurs intérêts culturels* »<sup>168</sup>.

Cette remise en cause de la science et l'apport de nouveaux concepts éthiques se sont traduits par cette notion de développement durable, celle-ci permettant de sensibiliser différents acteurs aux enjeux éthiques de la matière environnementale. Mais ceci se traduit aussi par de

---

<sup>163</sup> M-P. BLIN-FRANCHOMME, *Entreprises et responsabilité : aperçu de quelques avancées récentes du développement durable dans la vie des affaires...*, Revue Lamy, Droit des affaires et développement durable, n°32, 2008.

<sup>164</sup> L'article L152-1 du Code de l'environnement énonce une prescription de 30 ans à compter du fait générateur du dommage ce qui montre une volonté de protection plus étendue, ce délai dérogeant au droit commun.

<sup>165</sup> Loi 1<sup>er</sup> août 2008, n°2008-757, transposition de la directive Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 n°2004/35

<sup>166</sup> Article L160-1 du Code de l'environnement : « *les conditions dans lesquelles sont prévenus ou réparés, en application du principe pollueur-payeur et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant [...]* ».

<sup>167</sup> Article L161-1 du Code de l'environnement : « *[...]l° - Créent un risque d'atteinte grave à la santé humaine du fait de la contamination des sols résultant de l'introduction directe ou indirecte, en surface ou dans le sol, de substances, préparations, organismes ou micro-organismes ; 2° - Affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux, à l'exception des cas prévus au VII de l'article L. 212-1 ; [...]* »

<sup>168</sup> M-P. BLIN-FRANCHOMME, *Entreprises et responsabilité : aperçu de quelques avancées récentes du développement durable dans la vie des affaires...*, Revue Lamy, Droit des affaires et développement durable, n°32, 2008

nouveaux principes tels que le principe de précaution, ou le préjudice écologique. Le contenu de l'éthique à valeur normative, s'accroît pour permettre l'adaptation du droit à notre période contemporaine.

#### B. Les exemples de politiques de développement durable mises en œuvre

**132.-** Les dispositifs pratiques de protection en matière environnementale se traduisent par des normes sectorielles et notamment des certifications (1.), qui ont conduit à de nouveaux apports motivés par l'action des environnementalistes (2.).

##### 1. Approche développement durable par le biais des certifications environnementales

**133.-** La certification est un mécanisme passant par le biais d'un organisme certificateur, qui va délivrer un certificat de conformité permettant de répondre à des exigences données.

Il existe deux formes de certification en matière environnementale :

- Le système des normes ISO<sup>169</sup>
- Le système EMAS<sup>170</sup>

**134.-** Les normes ISO sont divisées en différentes catégories<sup>171</sup>. Les systèmes ISO et EMAS sont des démarches de validation par un organisme certificateur. Cet organisme va évaluer ; certains critères permettant d'attribuer une labellisation ou une certification notamment dans le domaine éthique. Ce système repose sur le volontariat. Il s'agit dans les deux démarches, d'un engagement pour l'entreprise qui choisit elle-même, d'effectuer des efforts dans le domaine de l'environnement.

Cette démarche doit être documentée, et s'inscrire dans l'amélioration continue ; une fois les objectifs définis l'entreprise va alors faire venir un certificateur (organisme tiers) pour effectuer un

---

<sup>169</sup> International Organization for Standardization ou Organisation Internationale de normalisation

<sup>170</sup> Eco Management and Audit Scheme

<sup>171</sup> ISO 9000 pour le management de la qualité, ISO 14 000 pour le management environnemental, ISO 3166 concernant les codes des pays, ISO 26000 pour la responsabilité sociétale, ISO 50001 pour le management de l'énergie, ISO 31000 pour le management du risque, ISO 22000 pour le management de la sécurité des aliments, ISO 4217 concernant les codes des monnaies, ISO 639 concernant les codes des langues.

audit. Après l'écoulement d'un certain temps, des audits réguliers auront lieu pour vérifier si les résultats de l'entreprise remplissent les objectifs posés. Le certificateur une fois convaincu délivrera ou renouvellera la certification.

**135.-** Cependant des différences permettent de distinguer ces deux systèmes.

Sur le point du respect de la réglementation existante : le système des normes ISO 14 000<sup>172</sup> permet à l'entreprise certifiée d'obtenir la qualification même si « elle ne respecte pas » le droit de l'environnement qui lui est applicable. Une entreprise peut avoir l'occasion de conserver la certification ISO 14 000 alors qu'elle a reçu plusieurs procès-verbaux de la Direction Régionale de l'Environnement de l'Aménagement et du Logement (DREAL). Cette non-conformité avec le droit applicable constitue ici un écart ; le certificateur vérifie que l'entreprise est consciente de cet écart et a engagé un plan d'actions correctives.

Sur ce point le système de l'EMAS oblige le certificateur à vérifier que l'entreprise respecte le droit communautaire de l'environnement. Ainsi ce qui est certifié représente les efforts de l'entreprise au-delà de la réglementation préexistante.

Cette différence existe parce que le système ISO est un système international. Sa logique permet d'effectuer une comparaison entre les efforts faits par des entreprises de différentes nationalités. Les entreprises concernées par ce système sont dans des pays différents ; les réglementations les concernant sont donc très différentes et ce système essaye de se baser sur un autre référentiel que les réglementations. L'EMAS qui est soumise aux mêmes directives communautaires exige des efforts au-delà de la réglementation.

**136.-** Sur le point de la déclaration environnementale : ce point constitue une deuxième différence entre les deux systèmes. Le système EMAS oblige l'entreprise à rédiger une déclaration environnementale. Ce document doit mentionner les rejets de l'entreprise dans l'environnement, les objectifs fixés, l'obtention de la certification, les résultats obtenus, et les nouveaux objectifs à atteindre. Cette déclaration va ensuite faire l'objet d'une certification par l'auditeur et l'entreprise ne peut communiquer au-delà du contenu de cette certification.

L'obtention de la certification EMAS est plus compliquée que la certification ISO 14 000 ; il en résulte un plus grand nombre de certifications ISO. En 2000, la France pouvait compter 2000

---

<sup>172</sup> La norme ISO 14 000 désigne l'ensemble des normes qui concerne le management environnemental.



certifications ISO, et en 2010, 35 certifications EMAS. En Allemagne, les entreprises se tournent plus vers le système de l'EMAS.

Ces deux labels ne peuvent pas être apposés sur les produits eux-mêmes ; mais sur l'affichage, sur les publicités, ou autres documents délivrés aux consommateurs.

**137.-** La norme 14 001, dénommée « Management environnemental - Exigences et lignes directrices pour son utilisation », est un outil de mesure de l'impact de l'activité d'une entreprise sur son milieu environnemental. Elle va intégrer des aspects environnementaux plus divers (la pollution : émission dans l'air, les rejets dans l'eau, la contamination des sols, la gestion des déchets, les utilisations des ressources et des matières premières).

**138.-** Différents mécanismes de contrôles de ces dispositifs environnementaux éthiques se sont mis en place, mais certains se démarquent par une protection plus poussée et d'autres sont plus usités. Il y a donc en droit de l'environnement un apport éthique considérable dû à l'émergence de la prise en compte de nouvelles valeurs par la société.

## 2. Les apports environnementalistes

**139.-** Ces apports se sont traduits par des écolabels, qui sont le fruit d'un processus d'accord. Les écolabels visent à reconnaître un produit d'entreprise. Il en existe un grand nombre en Europe. En France, il s'agit de la norme « NF environnement<sup>173</sup> ». Le règlement européen du 25 novembre 2009 (n°66/2010) a mis en place un écolabel européen. Le système est composé de deux étapes :

- L'établissement d'un cahier des charges par type de produit : ce cahier des charges va regrouper les attentes de l'écolabel par rapport à ce type de produit. Il est élaboré par un Comité Européen où siègent des représentants des différents ministères de l'environnement, de l'industrie, de la santé ; des représentants des industriels concernés et des représentants des associations de protection sociale de l'environnement et de consommateurs. On analyse également le cycle de vie du produit, l'origine de la matière, et la fin de vie produit.

---

<sup>173</sup> NF SD 21 000 norme publiée par l'AFNOR (Association Française de Normalisation) en 2003 et considérée comme non certifiable car il s'agit d'un guide concernant la prise en compte du développement durable dans la stratégie de l'entreprise.

- L'atteinte d'un accord résultant d'un compromis aboutissant à un écolabel. Cette affirmation ne signifie pas que le cahier des charges ne correspond pas au produit idéal ; il s'agit d'un compromis entre les intérêts des industriels, des consommateurs et des environnementalistes. Quand le compromis est trop faible, les associations environnementalistes ne signent pas le cahier des charges. Chaque fabricant peut faire la démarche volontaire de respecter ce cahier des charges, cela sera alors évalué puis s'il le respecte, il obtiendra le droit d'apposer l'écolabel sur le produit. Lorsqu'il sera certifié, il faudra alors payer une redevance aux associations environnementales parties prenantes.

**140.-** Différentes obligations sont apparues dans des branches du droit où on ne les attendait pas forcément ; on peut citer l'article L225-102-1 du Code de commerce, modifié en 2002, et rendant obligatoire pour les entreprises cotées en bourse la rédaction d'un rapport annuel sur l'environnement. Ce rapport doit expliquer les impacts de cette entreprise cotée en bourse sur l'environnement. Il doit être détaillé et contenir les mentions suivantes : les émissions de polluant générées, la consommation de ressource et d'énergie, les mesures prises pour assurer la conformité de l'activité de l'entreprise aux dispositions réglementaires, les dépenses engagées par l'entreprise dans l'environnement, la démarche de certification environnementale, si l'entreprise a été condamnée par une décision judiciaire à cause d'une pollution générée. Cette obligation permet d'expliquer la tendance actuelle des entreprises à procéder à des transactions pour éviter des condamnations, lorsqu'elles sont poursuivies en matière environnementale ; la récidive n'est alors pas qualifiée. L'entreprise doit indiquer les objectifs qu'elle assigne à ses filiales à l'étranger en matière d'environnement. Cela permet de savoir si une entreprise n'a pas délocalisé à l'étranger des éléments polluants de son cycle de production.

Ce rapport annuel est mis en ligne sur le site internet des entreprises, mais il demeure peu utilisé par l'Autorité des Marchés Financiers.

Cette obligation, n'a pas été très respectée puis un forum citoyen a été créé en 2005. Ce forum citoyen, dans lequel apparaissaient des ONG, des syndicats, a analysé en profondeur les rapports rendus par les entreprises : en 2005, 17 des 40 entreprises du CAC 40 n'avaient pas établi le rapport ou de manière imprécise. Puis petit à petit, les entreprises se sont mises à respecter cette obligation.

Ce rapport est intéressant mais n'est pas toujours très fiable. Il doit être fourni à chaque achat d'actions de l'entreprise. Il est important car il permet d'informer les actionnaires sur les pratiques de l'entreprise et d'introduire une notion d'éthique dans les rapports entre l'entreprise et ses actionnaires. L'éthique ici, est de promouvoir l'information des parties dans l'entreprise et des partenaires commerciaux présents et futurs.

Les assureurs exercent eux aussi une certaine pression. La garantie responsabilité civile n'inclut plus forcément les risques de pollution et l'assureur avant d'accepter le risque de pollution va prendre un certain nombre de garanties. Souvent les assureurs font réaliser un audit environnemental avant d'assurer les entreprises. Quand il y a des risques même supposés, les assureurs refusent de les assurer. Dès 1919, les assureurs américains avaient arrêté d'assurer les entreprises produisant de l'amiante.

**141.-** Il y a donc des apports environmentalistes notoires qui se traduisent par une place dans les stratégies des entreprises. En conclusion de ce paragraphe, un certain recul quant aux assureurs vient contrebalancer cette avancée environmentaliste éthique ; aujourd'hui les assureurs refusent d'assurer deux types de risques environnementaux :

- les risques liés aux Organismes Génétiquement Modifiés,
- les risques sanitaires liés à la téléphonie mobile,

Les avancées dans le domaine des banques soulèvent des interrogations.

En France, il y a peu d'intervention des banques. En revanche, aux Pays Bas les banques peuvent être tenues en partie responsables d'une pollution résultant d'un équipement qu'elles ont financé.

**142.-** En conclusion l'éthique et la prise en compte des principes du développement durable sont devenus incontournables pour les entreprises. En effet sous la pression sociétale, les entreprises ont pris conscience des valeurs associées à la prise en compte éthique des principes du développement durable notamment parce qu'ils sont devenus une préoccupation pour les clients, les distributeurs, mais également pour les salariés. Il s'agit donc d'une valeur morale et éthique forte qui crée un lien de cohésion, de la valeur ajoutée économique mais également des atouts marketing et des attributs positifs de communication.

D'autre part, les entreprises sont soucieuses de ne pas subir la pression des environmentalistes et des attaques médiatiques associées qui peuvent nuire gravement à leur image et détruire de la

valeur économique, de la valeur actionnariale (capitalisation boursière par exemple), mais également avoir un impact fort sur le niveau de leurs affaires.

Face à tous ces enjeux, les systèmes normatifs ont créé des référentiels qui permettent des mesures efficaces et par la même des comparaisons objectives. Il s'agit d'une matérialisation tangible de l'éthique dans la conduite des affaires et dans le pilotage des entreprises.

## **Section II : Les enjeux de développement**

*« (...) Le développement durable est d'ores et déjà le vecteur d'un commerce qualifié d'éthique, à savoir respectueux de critères sociaux et environnementaux de base, et s'adressant à tous les acteurs de la filière marchande classique <sup>174</sup>»*

**143.-** Les entreprises dans un secteur mondialisé rencontrent inexorablement la thématique du développement. L'éthique du développement (§1) et sa mise en œuvre (§2), vont être relatives aux polémiques de commerce équitable, de gestion des ressources environnementales (eau, énergies, air, etc.) et enfin de gestion des pollutions.

Les différents leviers existants sont la finance carbone, la fiscalité environnementale, l'étude d'impact, la notation et les audits, l'éthique ISR/RSE, la consommation durable, le nouveau modèle économique et la gouvernance de développement durable. Ils vont permettre de mettre en œuvre une éthique du développement au sein de la stratégie de l'entreprise.

### ***§1 : L'éthique du développement***

**144.-** Dans la perspective de mondialisation et de société de consommation, les modalités de vente et d'achat sont remises en question pour tendre vers une finalité éthique. En ce sens certaines entreprises vont se tourner vers le commerce équitable (A.), et certains consommateurs vers la consommation durable (B.).

---

<sup>174</sup> M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Pratiques commerciales : l'émergence juridique du commerce équitable*, Rev. Lamy droit des affaires, n°12, 2007.

## A. Le commerce équitable

**145.-** Le commerce équitable possède une finalité éthique certaine (1.), à savoir rééquilibrer des rapports commerciaux sur le plan mondial. L'efficacité d'une telle finalité ne peut être garantie que par l'existence de contrôle (2.).

### 1. Les fondements du commerce équitable

**146.-** Le fondement philosophique et éthique du commerce équitable est une rémunération minimum pour quiconque travaille. On peut citer à ce titre la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 « *Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine* ».

La mondialisation a intensifié les disparités entre pays par le biais des échanges commerciaux. Les producteurs de certains pays ont donc un revenu extrêmement bas et les travailleurs des exploitations connaissent des conditions de salaires et de travail largement insuffisantes.

**147.-** Le commerce équitable a pour but d'assurer le développement de petits producteurs et de travailleurs marginalisés de pays en difficulté par un changement des relations avec les consommateurs finaux. Il est fondé sur des principes constituant la base et l'efficacité du système qui sont appelés la charte du commerce équitable<sup>175</sup>.

Le principe majeur est de permettre l'accession au marché aux petits producteurs marginalisés et défavorisés. Ces derniers se trouvent dans une situation extrêmement instable du fait de leur dépendance à des éléments multiples (climatiques, politiques, etc.), et le but du commerce équitable est de contractualiser des droits et des obligations aux différents partenaires commerciaux sur des bases destinées à être appliquées dans la durée.

Pour les producteurs les règles du commerce équitable conduisent au respect de deux exigences :

- Donner des garanties concernant un approvisionnement de qualité (norme de sécurité, approvisionnement durable, respect norme réglementaire),
- Réduire l'esclavage, le travail forcé, l'exploitation des enfants.

---

<sup>175</sup> J.-P. DOUSSIN, *Le commerce équitable, pour une nouvelle relation Nord-Sud*, Revue Lamy option qualité 2003, dossier, n°217.

En réponse pour les agents économiques de la filière, les obligations sont essentiellement financières :

- Garantir un prix d'achat minimum,
- Assurer un préfinancement partiel des récoltes sur demande des producteurs,
- Assurer une transparence de fonctionnement et un contrôle du respect des engagements pris,
- Renforcer les organisations de producteurs.

Ce système a pour but de redynamiser les échanges commerciaux dans les pays défavorisés, par l'encouragement à l'autonomie des producteurs, et l'organisation de la filière en éliminant des intermédiaires inutiles et en recherchant une augmentation maximale de la valeur ajoutée dans le pays de production. Certains intègrent la promotion de l'agriculture durable et de la protection de l'environnement par une utilisation raisonnée des matières premières et des sources d'énergie en préservant leur renouvellement.

Cependant l'intégration dans une économie de marché repose sur un système relationnel basé sur les principes énoncés ci-dessus et qui est né d'une éthique à savoir la recherche d'une certaine équité dans les relations commerciales entre certains pays.

**148.-** La rencontre de l'offre et de la demande peut se faire par le biais de circuits spécialisés (ex : boutique associative Artisans du Monde), ou de la distribution classique (ex : association Max Havelaar). Cette association reprend le nom d'un héros d'un roman de Edouard Douwes Dekker de 1860 qui dénonçait le système commercial né de la colonie néerlandaise et accablant les javanais. Cette association est chargée d'un rôle d'aide technique aux producteurs défavorisés, de promotion auprès des consommateurs, et de contrôle. Ce signe de reconnaissance d'une association néerlandaise répond aux principes fondamentaux du commerce équitable. D'autres initiatives telles que Fair Trade ou Tranfair ou Rättvisemarkt ont vu le jour, et l'ensemble de ces projets nationaux ont été réunis en 1997, dans une organisation internationale commune dénommée Fairtrade

Labelling Organizations International ou FLO qui siège à Bonn et concerne 17 pays<sup>176</sup>. Cette organisation a pris en charge :

- La totalité des activités de soutien aux producteurs en coopération avec les ONG ;
- Les activités de contrôle assurant le respect des critères du commerce équitable ;

Les associations peuvent également prendre le relais pour les activités de promotion, les activités de contrôles de la filière à partir de l'introduction sur le territoire national.

Neuf produits de consommation, à savoir le thé, le café, les bananes, le chocolat-cacao, le jus d'orange, le sucre, le miel, le riz et les mangues, font l'objet d'une garantie par l'association.

Le commerce équitable en théorie est une pratique commerciale éthique bénéfique ; mais la pratique présuppose des moyens de contrôles pour que ce dernier soit efficient. Des contrôles sont donc nécessaires pour garantir la philosophie éthique du commerce équitable.

## 2. Les contrôles mis en place : une certification

**149.-** Il s'agit d'une démarche de certification qui repose sur deux piliers :

- un cahier des charges
- un contrôle par un organisme indépendant des professionnels de la filière (producteurs, transformateurs, commerçants).

**150.-** Les cahiers des charges de Max Havelaar par exemple sont arrêtés dans le cadre de FLO (Fairtrade Labelling Organization) en concertation avec les organisations de producteurs. Ils sont constitués de deux séries d'exigences ; des exigences d'ordre général, applicables à tous les produits, des exigences concernant les petits producteurs organisés au plan local : coopératives, groupements etc.

Depuis 2002, la distinction entre activité de contrôle et activité de soutien technique est faible mais devient de plus en plus efficiente pour les organismes internationaux et associatifs ; l'objectif étant de se rapprocher des normes internationales applicables aux organismes de certification de produits<sup>177</sup>. Il convient de souligner une différence entre ce système et celui applicable aux labels

---

<sup>176</sup> Irlande, Royaume-Uni, Suède, Norvège, Finlande, Danemark, Pays-Bas, Belgique, Luxembourg, Allemagne, Autriche, Suisse, Italie, France, Japon, Canada, Etats-Unis.

<sup>177</sup> ISO-CEI 65, NF EN 45011

agricoles issus de l'agriculture biologique ; le financement du coût des contrôles n'étant pas assuré par les producteurs.

**151.-** Le contrôle des règles applicables au commerce équitable est aussi effectué par les règles du droit de la consommation s'agissant de produits à destination des consommateurs.

Il s'agit de protéger ici le consommateur contre un usage « fallacieux » du concept de commerce équitable. Le consommateur, en échange d'un prix un peu plus élevé, s'attend à des caractéristiques précises liées aux produits de commerce équitable.

Une approche tend à s'assurer de la loyauté des transactions soit le respect de Code de la consommation quant aux règles sur l'étiquetage, les tromperies, la publicité fausse et de nature à induire en erreur.

Une autre approche tend à s'assurer de cette loyauté en se remettant au respect des textes sur les certifications.

Les caractéristiques du commerce équitable doivent être exactes et loyalement présentées. Selon l'article R112-7 du Code de la consommation sur l'étiquetage des denrées alimentaires, les produits présentés avec des garanties d'origine précises, ne doivent pas être de nature à créer une confusion dans l'esprit du consommateur, notamment sur les caractéristiques de la denrée alimentaire. Une présentation ambiguë peut donc être sanctionnée.

L'article L213-1 du même code sur les tromperies est aussi applicable ; il s'agirait de toute affirmation inexacte sur les conditions de production, de vente ou de distribution présentées comme conforme au commerce équitable.

Mais les articles L121-1 et suivants du Code de la consommation sur la publicité fausse ou de nature à induire en erreur trouvent ici une pleine application. En effet l'incrimination visée par ce texte est plus large, celle-ci englobant les conditions de ventes, d'utilisation, résultats attendus, la portée des engagements pris par l'annonceur ou encore l'identité, les qualités ou aptitudes du fabricant ou revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.

Enfin le message doit être loyal, soit indiquer des mentions claires et précises concernant ce qui est garanti. En l'espèce « les mentions garanties » semblent faire référence au cahier des charges établi par le FLO, mais cette définition est parfois contestée. Il ne s'agit pas de la seule norme établissant un référentiel certificateur pour le commerce équitable.



En effet la norme AFNOR revendique la promotion des valeurs du commerce équitable pour une catégorie plus large. Cette norme vise tous les petits producteurs, et non seulement ceux des pays du Sud, que certaines associations visent exclusivement.

A ceci s'ajoute l'obligation de véracité du message qui doit être respectée par l'annonceur selon l'article L121-2 du Code de la consommation. Selon cet article les agents chargés de contrôles officiels peuvent exiger de l'annonceur la mise à leur disposition de tous les éléments propres à justifier les allégations fournies dans la publicité. De ce fait le contrôle est effectué par tierce partie, et il est organisé par les associations regroupées dans le FLO.

**152.-** Le développement de cette notion notamment par l'intermédiaire de dispositions applicables dans le Code de la consommation a permis la naissance de l'idée d'un système de certification officiel qui favoriserait les intérêts des producteurs et des consommateurs. On constate en matière agricole une forte présence des pouvoirs publics qui éditent le contenu du cahier des charges, des labels, et des certificats de conformités (avec indication géographique), ces derniers devant être homologués par le ministère de l'Agriculture et celui de la Consommation. Or il s'agit d'une politique agricole nationale et les thématiques de commerce équitable s'inscrivent dans des politiques mondialisées. Certaine critique<sup>178</sup> avance qu'énoncer un cahier des charges précis serait une contrainte, qui empêcherait une certaine flexibilité. Or cette dernière est requise par les évolutions internationales pour les produits agricoles. Mais effectuer un contrôle de conformité répondant aux craintes des consommateurs liées à l'alimentation favoriserait peut être le développement du commerce équitable si le coût n'est pas disproportionné. Enfin concernant les produits non agricoles et les services<sup>179</sup>, les règles en matière de certification semblent être les suivantes : une liberté du contenu des cahiers des charges fixés après consultation ou en concertations avec les parties prenantes et une présentation loyale, une exigence de compétence et d'indépendance des organismes certificateurs (attestation d'un organisme d'accréditation), et enfin un rôle de supervision incombant aux pouvoirs publics.

Mais le système français interdit que l'on puisse appliquer ces règles aux produits agricoles et alimentaires.

---

<sup>178</sup> J.-P. DOUSSIN, *Le commerce équitable, pour une nouvelle relation Nord-Sud*, Revue Lamy option qualité 2003, dossier, n°217.

<sup>179</sup> Les articles L115-27 et L115-28 du Code de la consommation énoncent les règles relatives aux certifications et à leurs conditions d'applications, ainsi que les articles R115-1 et R115-9 du même code.

**153.-** L'éthique a donc encore une fois conduit à l'émergence d'un nouveau concept lié aux pratiques des entreprises. Cette nouvelle pratique (le commerce équitable) fait l'objet d'une protection qui est énoncée par le droit de la consommation, et le droit des contrats (pratiques commerciales avec les partenaires, et charte commerce équitable adossée aux contrats).

Le processus éthique conduit donc en premier temps à l'émergence d'une valeur, et ensuite à la construction de son cadre de protection. Une fois ce stade acquis on peut donc parler d'éthique à valeur normative ce qui n'est pas encore le cas en l'espèce. En effet les textes applicables ici ne sont pas spécifiques aux pratiques de commerce équitable, même si des discussions sur le sujet s'enracinent.

## B. La consommation durable

**154.-** Depuis le XXIème siècle une remise en question du modèle de consommation a lieu dénonçant les rapports déshumanisés<sup>180</sup>, les dérives de la croissance et de la consommation non-durable<sup>181</sup>, un manque éthique<sup>182</sup>. Une contestation émerge pour dénoncer une société aliénante du « toujours plus », et se tourner vers la consommation durable.

Le Mouvement Vraiment Durable donne une définition de la consommation durable<sup>183</sup> : « *La consommation durable correspond à une utilisation de biens et de services qui assurent la satisfaction des besoins personnels et collectifs sans être la seule condition de l'épanouissement individuel. Elle s'appuie sur la qualité environnementale et sociale des produits, l'utilisation et l'élargissement des formes alternatives de consommation ainsi que sur la réduction des quantités de ressources naturelles employées pour satisfaire les besoins. Cette consommation peut s'intégrer aux structures actuelles de consommation et en susciter de nouvelles* ».

La consommation durable doit donc être définie (1.), mais celle-ci s'adressant aux consommateurs l'information délivrée au public devra répondre à des exigences (2.) pour que le système puisse avoir une certaine cohérence.

---

<sup>180</sup> C. FOURIER

<sup>181</sup> F. OSBORNE, J. DORST

<sup>182</sup> P. LE TOURNEAU

<sup>183</sup> Mouvement Vraiment Durable : Association loi 1901 créée en 2004 qui regroupe des acteurs nationaux et internationaux reconnus dans le domaine du Développement Durable. Le Mouvement Vraiment Durable centre son projet sur les aspects sociologiques, politiques, et philosophiques de la consommation durable.

## 1. Achat durable ou responsable

**155.-** Un achat durable doit tenir compte des critères environnementaux et sociaux qui caractérisent un produit ou un service acheté.

Un achat vert à la différence, est une référence aux seules conditions environnementales de la fabrication du produit ou du service.

L'achat responsable est attesté par un éco-label ou des indications sur son recyclage, son bilan carbone etc.

Dans cette catégorie on peut faire entrer les achats solidaires, soit ceux fabriqués dans le cadre d'actions de solidarité et dont le produit de vente est reversé à des associations, ou bien directement par des populations défavorisées<sup>184</sup> ; et les achats équitables comme vu précédemment.

Un achat irresponsable ne tient pas compte des critères environnementaux. On parle d'un passage du consommateur de masse au « consomm'acteur »<sup>185</sup>. Il s'agit donc de comportement de la part des consommateurs quant à leur choix de consommation.

Pour une entreprise une politique d'achats responsables est la partie intégrante d'une politique de responsabilité sociale et environnementale, permettant ainsi de contrôler le risque fournisseur et de constituer un argument de vente.

Une charte fournisseur est souvent élaborée. Cette politique a souvent été mise en œuvre par les politiques publiques notamment pour les collectivités territoriales qui ont été les premières à mettre en œuvre des achats responsables. Les ministères (ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, le ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat et l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'Energie (ADEME) ont coordonné leur action pour mettre à la disposition des acteurs des marchés publics des guides et des formations.

Dans le cadre du Grenelle de l'environnement la stratégie de développement durable est centrée sur les achats responsables. Mais cette stratégie commerciale passe indéniablement par l'information des consommateurs.

---

<sup>184</sup> T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010

<sup>185</sup> M.P. BLIN-FRANCHOMME, *Le « marché de la consommation durable » regards sur la loyauté des pratiques commerciales*, Rev. Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2012, étude 13

## 2. L'information du consommateur sur la consommation durable

**156.-** La loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Loi n°2009-967) du 3 août 2009<sup>186</sup>, prévoit des obligations quant au contenu des informations environnementales délivrées aux consommateurs ; celles-ci doivent être sincères, objectives et complètes. Ceci complète l'exigence de fourniture de produit respectueux de l'environnement à un prix attractif.

Ces exigences environnementales vont se traduire sur l'étiquetage au niveau national et européen.

- La mention des impacts environnementaux des produits devra être développée ainsi que l'affichage de la traçabilité et des conditions sociales de leur production, l'affichage du « prix carbone », l'affichage de la classe énergétique des produits soumis à l'étiquetage communautaire
- La prise en compte de la performance énergétique du développement durable dans le bâtiment et l'habitat,

La publicité doit répondre aux critères de licéité du Code de la consommation.

**157.-** On voit ici une évolution et une émergence de nouveaux concepts. Ces derniers ont une protection qui passe par le droit existant ou l'éthique préexistante contenue dans ces codifications. Le devoir d'information précontractuel relevant de la bonne foi, rejoint l'obligation d'information du consommateur. Le commerce équitable et la consommation durable passent par une information du consommateur, ce dernier voyant ses choix subordonnés aux informations délivrées par les professionnels.

De nouvelles émergences éthiques sont codifiées et de fait disposent d'une valeur contraignante.

---

<sup>186</sup> *Information du consommateur sur les caractéristiques environnementales des biens, produits et emballages*, Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2009, alerte 71

## **§2 : La mise en œuvre de l'éthique du développement**

**158.-** Les leviers économiques sociaux et sociétaux sont souvent énumérés comme la finance carbone, la fiscalité environnementale, des études d'impact sur l'évaluation environnementale, des notations et audits, la mise en œuvre de l'éthique au travers de la RSE, la consommation durable, etc.

Mais ces leviers agissent sur des politiques plus globales telles que l'économie d'énergie et la réduction des gaz à effet de serre, la promotion des énergies renouvelables, le changement des modes de transport, l'éco-conception, l'Analyse du Cycle de Vie et le bilan carbone, ou la construction durable. L'exemple de la gestion des déchets (A.) et du système de responsabilité prévu en la matière (B.) illustre bien les possibilités d'action des entreprises sur des leviers éthiques.

### A. La gestion des déchets

**159.-** La thématique de la gestion des déchets, est née d'une contradiction, liée à la liberté de la libre disposition des marchandises et de leur abandon qui doit être régulé. Cet abandon doit être régulé notamment pour préserver cette liberté de disposition des marchandises.

Dans les années 1970, la nécessité de prévenir la production de déchets afin d'en réduire le gisement s'est imposée notamment dans l'espace politique et marchand européen<sup>187</sup>. Ceci s'est notamment illustré par une dizaine de directives européennes qui ont vu le jour à cette période : la directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets, la directive 91/689/CEE du 12 décembre 1991 relative aux déchets dangereux, la directive 94/62/CE du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages, la directive 1999/31/CE du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets, la directive 2002/96/CE du 27 janvier 2003 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques pour la période 2004-2006, la directive 2006/12/CE du 5 avril 2006 relative au traitement des déchets ainsi que la directive 2008/98/CE du 19 novembre 2008 relative elle aussi aux déchets et abrogeant la précédente.

---

<sup>187</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 201, p. 58

**160.-** Aujourd'hui plus qu'un management d'entreprise la thématique de gestion des déchets est devenue une contrainte préalable pour les entreprises. Cette politique relative aux déchets peut être considérée comme une politique de développement durable : en effet le développement durable comme certains principes environnementaux sont des principes généraux, mais la gestion des déchets est une thématique éthique et morale à part entière.

La gestion des déchets est une obligation qui est croissante aujourd'hui notamment depuis la loi du 15 juillet 1975 (n°75-633) où le professionnel est tenu à la gestion des déchets.

Cette politique de gestion des déchets énonce une classification (1.), et une stratégie éthique de gestion (2.).

### 1. Classification des déchets.

**161.-** La Convention de Bâle 1989 vient régler sur le plan international les mouvements transfrontaliers et l'élimination des déchets dangereux pour la santé humaine et l'environnement. Cette convention cherche à réguler le problème de la mobilité liée à la mondialisation des déchets. En effet le trafic illégal de déchets dangereux est la conséquence du coût croissant de traitement dans les pays industrialisés, il semble également de plus en plus lié au besoin de matières premières de la part des pays de plus récente industrialisation (Chine, Inde).

Elle distingue deux catégories de déchets : « *les déchets dangereux et d'autres déchets* ». Par déchet elle entend les « *substances ou objets que l'on élimine, que l'on a l'intention d'éliminer ou que l'on est tenu d'éliminer en vertu des dispositions du droit national* » et par déchets dangereux ceux qui appartiennent à l'une des catégories figurant en annexe de la convention. Sont exclus de cette convention les déchets radioactifs et ceux provenant de l'exploitation normale d'un navire.

**162.-** En droit communautaire, la directive 2008/98 CE relative aux déchets du 19 novembre 2008 qui est entrée en vigueur le 12 décembre 2010, identifie trois natures de déchets :

1/ les déchets soit « *toute substance ou tout objet dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défait* »

2/ les déchets dangereux « *tout déchet qui présente une ou plusieurs des propriétés dangereuses énumérées à l'annexe III* »

3/ les bio déchets « *les déchets biodégradables de jardin ou de parc, les déchets alimentaires ou*

*de cuisine issus des ménages, des restaurants, des traiteurs ou des magasins de vente au détail, ainsi que les déchets comparables provenant des usines de transformation de denrées alimentaires* ». Elle instaure une hiérarchie de traitement. Elle attend que les Etats Membres prennent des mesures pour le traitement de leurs déchets conformément à la hiérarchie suivante : la prévention, la préparation en vue du réemploi, le recyclage, la valorisation autre (notamment énergétique), et l'élimination.

**163.-** En droit français, le code de l'environnement distingue trois catégories de déchets :

1/ les déchets « *Est un déchet (...) tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon* ».

2/ les déchets ultimes « *Est ultime (...) un déchet résultant ou non du traitement d'un déchet, qui n'est plus susceptible d'être traité dans les conditions techniques et économiques du moment, notamment par extraction de la part valorisable ou par réduction de son caractère polluant ou dangereux* ».

3/ les déchets radioactifs

En résumé il existe quatre catégories de déchets :

1. Déchets ménagers et assimilés (vie quotidienne)
2. Déchets industriels banals (déchets d'entreprise qui s'apparentent aux déchets ménagers)
3. Déchets industriels spéciaux (contenant des éléments toxiques)
4. Déchets inertes (gravats issus de travaux ex.)
5. Autres catégories (agricoles, activités de soins, nucléaires...)

**164.-** Il s'agit donc de limiter, par des actions de prévention, une production démesurée de déchets ou de déchets nocifs. Ceci implique au niveau du producteur de négocier avec les industriels ce qui rejoindra alors l'éco-conception et le management environnemental. Au niveau du consommateur l'information sera cruciale celle-ci passant par le biais d'agence telle que l'ADEME (agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie). Enfin il faudra éliminer ces déchets et le Code de l'environnement dans son article L541-2 énonce que « *l'élimination des déchets comporte les opérations de collecte, transport, tri, traitement et stockage nécessaires à la*

*récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie, ainsi qu'aux dépôts ou rejets dans le milieu naturel dans des conditions propres à éviter les nuisances* ». Il faudra ensuite valoriser le réemploi, et le recyclage.

## 2. L'éco-conception

**165.-** Le déchet est passé de *res nullius*, devant être pris en charge par la collectivité, à aujourd'hui une source de responsabilité du producteur. Cette redistribution des coûts (coûts privés / coûts publics) a eu pour objectif de prévoir l'impact environnemental d'une marchandise dès sa production ou sa conception. On parle alors d'« éco-conception » objectif promu pour les réglementations européennes. Cet objectif est central dans la « PIP » Politique Intégrée de Produits proposée par la Commission Européenne en 2001 pour promouvoir la commercialisation de produits plus écologiques. La PIP est une politique environnementale visant le cycle de vie du produit et dont l'objectif est la réduction de l'impact environnemental des produits à tout stade du cycle de leur vie ; ceci de l'extraction de la matière première à la gestion des déchets.

L'éco-conception s'inscrit dans le mouvement de modernisation traversant les entreprises contemporaines, depuis le milieu des années 1990. Ceci s'est ensuite traduit par une pratique « *industrielle de conception écologique de biens ou services, au moyen de la prise en compte en amont – et de manière systématique, globale et multicritère- de leur impact environnemental, pendant toutes les phases de leur cycle de vie* »<sup>188</sup>.

**166.-** Il s'agit d'une démarche volontaire de l'entreprise pouvant être mise en œuvre par une politique de management environnementale. Elle résulte souvent de négociation entre producteur et industriel, et on pourra citer comme exemple la distribution des sacs plastiques.

Cette approche plus globale doit en principe prendre en compte les impacts environnementaux prévisibles dès l'étude de la conception d'un produit industriel. Elle doit inclure les impacts liés à l'utilisation du produit en fin de vie<sup>189</sup>. Ces affirmations vont donc impliquer une déclinaison de principaux éléments.

---

<sup>188</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 201, p. 59

<sup>189</sup> Lamy Environnement - Les Déchets - *De l'écoconception à l'écologie industrielle*



- Il faudra prendre en compte les effets (globaux, locaux, régionaux) du produit sur l'environnement : au cours de sa fabrication, de son utilisation et de son élimination.
- La consommation d'énergies et de matières premières (non renouvelables), la mesure de la perte de la biodiversité, etc.
- L'intégration de matériaux recyclés et la nécessité de recyclage vont induire la mise en place de collecte de tri et de traitement des déchets industriels mis en place dès la conception des produits ; un gain économique et une valorisation énergétique vont ainsi en résulter.
- Il faudra prendre en compte le couple « bénéfice-risque » soit les bénéfices attendus de l'utilisation d'un produit et les risques environnementaux.
- Enfin les conditions de travail, les évolutions techniques économiques et commerciales

Ce processus est novateur car les acteurs se trouvent concernés en amont de toute opération ; en interrogeant les consommateurs sur le traitement de leurs déchets on a pu dénoncer le choix des emballages proposés.

Les outils permettant de faciliter la mise en œuvre d'une telle approche sont par exemple une Analyse de Cycle de Vie. Celle-ci permet de prendre en compte tous les impacts environnementaux à chacun des stades de la vie du produit (conception-utilisation-fin de vie). Cette analyse peut se heurter à des difficultés : manque de données, incomplétude sur la composition de certains composants, obstacles liés à la confidentialité.

Il existe d'autres analyses ; l'évaluation Simplifiée et Qualitative du Cycle de Vie qui est plus restrictive, (elle ne s'applique qu'à un processus industriel donné et s'appuie sur un nombre limité de données environnementales choisies par l'opérateur) ; l'Environmentally Conscious Design and Manufacturing, (elle permet d'approcher la conception du produit et celle du procédé, en s'appuyant sur les effets négatifs générés sur l'environnement à chaque étape du cycle de vie du produit) ; le Design for the Environment, (il s'agit d'une démarche d'amélioration continue pour tendre vers le risque zéro).

Il existe un nombre important d'approches comme par exemple le Life Cycle Design<sup>190</sup> et les éco-

---

<sup>190</sup> Approche cycle de vie systématique où l'on définit un profil environnemental pour un produit tout au long de son cycle de vie. On va ainsi identifier les impacts environnementaux potentiels et essayer de les minimiser dans une perspective de bilan global (cette démarche interdit le simple transfert de charges polluantes d'un stade à un autre).

indicateurs<sup>191</sup>, auxquelles viennent se rajouter les normes et les réglementations existantes (écolabels, normes ISO, directives CE n°94/62 sur les emballages et leur teneur en métaux lourds, etc.). Il faut noter qu'il n'existe pas encore d'outil de normalisation spécifique à l'écoconception.

**167.-** La mise en œuvre de l'éthique du développement, par des analyses, permet donc de « mesurer » les effets négatifs produits sur l'environnement, par une activité industrielle. L'éthique tend à responsabiliser les acteurs par une prise de conscience de leur action sur l'environnement.

## B. La responsabilité élargie en matière de déchet

Nous avons donc aujourd'hui une responsabilité élargie des producteurs dans le secteur des déchets<sup>192</sup> (1.) et un nouveau régime pour les e-déchets (2.).

### 1. La responsabilité élargie du producteur

**168.-** Le principe de la responsabilité du producteur, a été posé au niveau européen, par la directive n°75/442/CEE (modifiée), relative aux déchets, du 15 juillet 1975. Elle a été codifiée à l'article L541-10 du Code de l'environnement. La directive du 17 juin 2008, relative aux déchets, développe le principe de la responsabilité élargie du producteur. Cette responsabilité élargie a été reprise dans le Code de l'environnement du fait de la loi Grenelle I<sup>193</sup> ; on peut citer sur le producteur de déchets d'ameublement, l'article L541-10-6 du Code de l'environnement. La loi Grenelle II, du 12 juillet 2010, n°2010-788, portant engagement national pour l'environnement a repris le concept de responsabilité élargie pour les produits chimiques.

**169.-** Il s'agirait « *d'une approche de politique environnementale dans laquelle la responsabilité d'un producteur à l'égard d'un produit, tant matérielle que financière est élargie jusqu'à couvrir la base de post-consommation du cycle de vie du produit* » selon l'OCDE (2001).

---

<sup>191</sup> Outil défini en interne par l'opérateur qui se dote d'une règle de calcul conduisant à résumer en un chiffre la performance globale de l'impact.

<sup>192</sup> Loi 1975 sur les déchets loi n°75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, Loi 13 juillet 1992 n°92-646 relative à l'élimination des déchets et aux installations classées, Loi Barnier 2 février 1995, Code de l'environnement articles L541-2 et L541-9

<sup>193</sup> Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement I

Ce système implique un changement des droits de propriété, une fois passée à la condition de déchet par l'action des consommateurs, les produits sont sous la responsabilité financière des producteurs. Ce mécanisme vise à inciter une action préventive dès la conception et oblige les producteurs à participer au financement du système de recyclage assuré par les collectivités territoriales. Cependant les entreprises pratiquant l'écoconception restent très limitées, on peut citer la Suède et le Japon qui sont pionniers en ce domaine.

**170.-** Ce principe de responsabilité élargie des producteurs<sup>194</sup> semble pouvoir induire une pluralité d'approches. Celles-ci vont être liées aux actions volontaires des entreprises, qui devront anticiper ou respecter la législation pour promouvoir un concept. Cette responsabilité va imposer des niveaux obligatoires de recyclages et une contrainte de reprise pour les entreprises.

Selon l'article L421-1 du Code de l'environnement les producteurs les plus importants de bio-déchet, doivent organiser un tri à la source et une valorisation biologique ou une collecte sélective. Les coûts incombent pour 20% à des organisations telles que l'ADEME et l'ADELPHÉ et pour 80% relèvent de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

Selon la Directive 94/62/CE modifiée n°2004/12/CE du 18 février 2004, les Etats Membres doivent mettre en place des systèmes de reprise de collecte et de valorisation pour atteindre l'objectif fixé.

**171.-** La prise en compte des valeurs éthiques débouche ici, sur une responsabilité en matière de déchets, et un traitement hiérarchisé.

## 2. Les e-déchets

**172.-** Le principe est la responsabilité élargie des producteurs. Ainsi la directive D3E<sup>195</sup> impose aux fabricants et aux importateurs d'équipements électriques (e-déchets) de prendre en charge sur la base d'une responsabilité financière individuelle ou collective les coûts de collecte et

---

<sup>194</sup> Tableau en Annexe sur la responsabilité élargie des producteurs : N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 201, p. 65, Tableau de Widmer et al. 2005

<sup>195</sup> Directive EEE 2012/19 entrée en vigueur le 13 août 2005 du 2 mai 2012, décret d'application n°2012-617 du 2 mai 2012

de traitement des déchets.

Les obligations financières des producteurs vont différer selon la nature des déchets (ménagers ou professionnels) et de la période de mise sur le marché de l'équipement devenu déchet. Dans le cadre de la gestion des déchets ménagers historiques (mis sur le marché avant le 13 août 2005), il est parfois impossible de remonter aux producteurs des équipements. Dans cette hypothèse, la directive prévoit alors une responsabilité financière collective. Cette responsabilité est assumée par les producteurs à travers la création d'un éco-organisme chargé de gérer pour le compte de ses membres (les producteurs) l'infrastructure de la collecte et du traitement des déchets.

**173.-** La responsabilité individuelle imposée par la Directive D3E<sup>196</sup> ne touche pas aux modalités de collecte de traitement qui peuvent être collectives. La possibilité d'exercer la responsabilité financière et la responsabilité de collecter et de traitement des déchets, implique à son tour que la collecte et le traitement puissent être gérés de façon collective par les producteurs, tout en gardant un mode de financement sur base individuel.

Cette directive a été transposée par les Etats membres et certains ont par le biais de cette transposition limité le principe de la responsabilité élargie<sup>197</sup>.

**174.-** La France a transposé la directive D3E, par le décret n°2005-829 du 20 juillet 2005, complété par 12 arrêtés d'application fixant le cadre de mise en place de collectes sélectives et de traitement des déchets et le rôle ainsi que les obligations de tous les acteurs de la filière des producteurs aux citoyens en passant par les distributeurs et les collectivités. Cette filière est opérationnelle depuis le 15 novembre 2006.

Ce système peut se schématiser comme suit : le produit acheté par un ménage va générer le paiement d'une contribution apparente au distributeur. Ce dernier fait remonter la contribution visible à l'identique sur la tête du producteur. Les producteurs versent une cotisation aux éco-organismes et contribuent à la dépense publique par le biais d'un organisme coordinateur. Les éco-organismes sélectionnent les appels d'offres des opérations de traitements et paient les prestations réalisées.

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 201, p. 65, Tableau de Widmer et al. 2005, p.68 (différentes transpositions)

**175.-** L'éthique, par la responsabilisation des sociétés, fait donc peser ici les conséquences (financières) des déchets sur leur producteur. Elle a ici une valeur normative, car elle découle directement de l'intervention des pouvoirs publics (directive, décret). La prise en compte de l'environnement en matière de déchet a donc créé un nouveau principe de responsabilité éthique en droit français.

Cette section sur les enjeux du développement a permis de montrer que de nouvelles valeurs émergent, grâce à la reconnaissance de nouvelles valeurs éthiques par les entreprises. Ces dernières mettent en œuvre ces concepts éthiques, par le biais de leurs stratégies (commerce équitable, gestion des déchets), qui sont-elles mêmes motivées par les choix des consommateurs (consommation durable). Il y a donc une transformation des philosophies de marché face à un contexte de mondialisation. L'éthique ici a pour mission de rééquilibrer là où persistent des inégalités trop flagrantes en énonçant des valeurs. Ces valeurs, une fois réceptionnées par les acteurs et les pouvoirs publics, deviennent des règles de droits et donc de l'éthique normative.

**176.-** Pour conclure ce chapitre, le développement durable se conçoit généralement en lien avec l'intervention de la sphère publique, mais ce concept ne sera d'une application effective qu'à partir du moment où une sanction viendra mettre un terme aux comportements irrespectueux. La construction d'une éthique dans les pratiques industrielles, sociales et commerciales des entreprises est entrée dans une phase d'accélération. Les fondements normatifs et les référentiels associés sont bâtis, les systèmes d'évaluations et de mesures nécessaires à la maîtrise du progrès dans les pratiques existent, les parties prenantes externes permettent un contre-pouvoir et une régulation de plus en plus efficace. C'est donc au droit de prendre le relais en imprimant une nouvelle dynamique à ce cercle vertueux et créateur de valeur pour les entreprises et pour la société toute entière. Il existe donc un champ important pour concilier éthique et pratique juridique au service de l'intérêt général.

**177.-** En conclusion de ce premier titre, le droit civil et le droit des affaires connaissent dans leurs principes juridiques des valeurs éthiques qui ont été consacrées, par des codifications ou par la pratique des juges. Ces valeurs donnent donc naissance à des textes « éthiques », qui connaissent un régime précis et efficient du fait de leur ancienneté. Du fait de l'évolution de nos sociétés, le

nombre de ces textes, comprenant de l'éthique, a considérablement augmenté. Ces textes se sont traduits par l'édification de principes et de codifications nouvelles en droit de l'environnement. Les dispositifs de protection et de contrôle, ne sont pour l'instant pas encore totalement effectifs, et font l'objet de débats ; d'où la nécessité d'intervention des pouvoirs publics.

## ***Titre II : L'intervention de l'éthique en droit des affaires : les influences nouvelles***

178.- Les nouvelles influences éthiques en droit des affaires se sont traduites par de nouveaux concepts qui ont été théorisés et qui ont reçu de multiples applications. Le choix des parties prenantes, leur identification (Chapitre I), est un des premiers enjeux éthiques, et ceci se traduit ensuite sur le plan de la responsabilité sociale d'entreprise (Chapitre II).

### **Chapitre I : Les parties prenantes et le choix éthique**

179.- La théorie des parties prenantes a fait couler beaucoup d'encre, et sa prise en compte par les entreprises a varié selon la place de l'éthique dans l'organisation interne (Section I). Ces parties prenantes ont pu être envisagées de façon très restrictive ; c'est-à-dire les détenteurs des liens capitalistiques de la société, ou de façon très élargie en incluant des notions éthiques de bien-être pour les salariés et des conséquences sociétales de l'activité économique. Certains mécanismes permettent de promouvoir et d'encourager l'éthique au sein même de l'établissement (Section II).

#### **Section I : Etude de l'entreprise et des enjeux éthiques organisationnels**

180.- Les enjeux organisationnels vont être la désignation des parties (§1.) à savoir les acteurs permettant de définir la politique de gestion (§2.).

##### ***§1 : Les parties prenantes : pouvoir et légitimité***

181.- La prise en compte d'une partie prenante au détriment d'une autre, va découler de la promotion d'enjeux éthiques (A.), et ces derniers ont été critiqués dès leur apparition (B.).

## A. L'influence de l'éthique sur la prise en compte des parties prenantes

**182.-** Le Rapport Viénot de 1995, consacre une conception de l'intérêt social qui accorde une place de choix aux Stakeholders, ou du moins, à un grand nombre d'entre eux. Il le définit « *comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de celle de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le seul souci de l'intérêt de la société concernée* »<sup>198</sup>.

L'identification des parties prenantes (1.) est ici la première difficulté de cette théorie, qu'il faudra ensuite aborder dans le cadre d'une économie de marché (2.).

### 1. Identification des parties prenantes

**183.-** Les termes parties prenantes sont apparus aux Etats-Unis, dans les années 1950, en réaction à la primauté accordée à la valeur financière notamment, par les intermédiaires des actionnaires ou « shareholder » dans un système libéral. Il s'agit donc d'une prise en compte plus élargie des acteurs, ce qui présuppose une adaptation éthique de l'entreprise face à la transformation des marchés. Cette théorie des parties prenantes est en ce sens « comme une matrice »<sup>199</sup> permettant de fonder l'existence et la légitimité de l'entreprise.

**184.-** Ces parties prenantes (stakeholders) sont caractérisées par le pouvoir, la légitimité et l'urgence. Ce sont les personnes et les entités avec lesquelles l'entreprise entretient des relations contractuelles ou celles qui peuvent avoir une influence sur elle<sup>200</sup> ; ou encore « *chacun des groupes sans l'apport desquels l'organisation cesserait d'exister*<sup>201</sup> ». On énonce aujourd'hui que le succès d'une entreprise dépend de l'attention qu'elle porte à ses parties prenantes. En effet, le monde des entreprises doit répondre de ses activités devant un nombre grandissant de groupes sociaux. Cette

---

<sup>198</sup> I. TCHOTOURIAN, Stakeholder Theory, Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2007 n° 1, p. 7.

<sup>199</sup> A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, éd., economica, 2012 : Y. PESQUEUX, *Gouverner avec ou sans les parties prenantes ?*, p. 158.

<sup>200</sup> Définition proche de celle de Freeman 1984

<sup>201</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p109.

théorie sous-entend que les actionnaires (shareholders) ne forment pas le seul groupe que les gestionnaires doivent prendre en compte, ce qui constitue une remise en cause de leur primauté. Cette théorie inscrit l'entreprise dans un ensemble de relations avec des partenaires. Il s'agit donc comme précédemment d'une adaptation éthique aux évolutions sociétales.

On propose traditionnellement une classification entre shareholders soit les propriétaires, et les stakeholders soit les non propriétaires. La référence à cette notion tend à homogénéiser les groupes faisant partie de la gouvernance tout en les distinguant.

Les actionnaires et les dirigeants d'une entreprise, en s'efforçant d'intégrer cette théorie, visent une création de valeur financière à court terme et à long terme ; la première bénéficie aux actionnaires ou shareholders et la deuxième aux parties prenantes ou stakeholders. Le cadre de l'entreprise est donc encore touché par l'adaptation découlant des valeurs éthiques. L'éthique, soit l'élargissement des acteurs à prendre en compte pour en entreprise, semble se traduire ici par un principe qui va influencer le droit pas le biais d'une théorie.

## 2. La théorie des parties prenantes dans une économie de marché

**185.-** Un grand nombre de théories a émergé et certains auteurs ont pu en recenser un peu moins de trente<sup>202</sup> ; certaines seront axées sur les responsabilités de l'entreprise, d'autres seront centrées sur l'influence des parties prenantes sur l'organisation.

Une des premières thèses énoncée historiquement en la matière, est celle de M. Friedman ; si une entreprise est à but lucratif, les gestionnaires ont dans leur mandat, la mission de maximiser les profits, mais ceci est encadré par les règles préexistantes et les coutumes morales. Donc le gestionnaire doit être financièrement responsable dans le cadre de son mandat, les autres responsabilités lui incombant à titre personnel. Or les législations imputent de plus en plus de responsabilités aux entreprises, notamment de par la multiplication des parties prenantes. Cette thèse reçoit aujourd'hui des appuis, notamment de la part des chercheurs en éthique des affaires<sup>203</sup>. Elle énonce que la prise en compte d'une partie prenante, ne doit pas aboutir dans chaque hypothèse à la création d'une responsabilité. Mais comme on a pu le noter précédemment l'effectivité d'un

---

<sup>202</sup> Cf. MITCHELL, AGLE et WOOD ont pu recenser 28 définitions des parties prenantes.

<sup>203</sup> J. BOATRIGHT (2006) cet auteur reconnaît l'importance des parties prenantes dans la réflexion éthique sur l'entreprise, mais non pour la gestion concrète de cette dernière, qui doit toujours viser à la maximisation des profits au bénéfice des actionnaires.



principe dépend de la rédaction des textes juridiques ou de leurs applications par les tribunaux. Les entreprises sont des outils économiques conçus pour créer de la richesse, et les interventions de tiers sont ici perçues comme un risque d'entrave. Cette création de richesse lorsqu'elle augmente, permet d'accroître le nombre d'acteurs qui en bénéficie dans la société. Mais la première critique peut dès lors permettre de soulever une interrogation sur le partage réel de cette création de richesse entre les différents acteurs. Cette critique reviendrait à s'ériger a contrario de la théorie de Friedman ; en nécessitant la création de textes normatifs pour rendre obligatoire la prise en compte des parties prenantes.

**186.-** Un problème éthique émerge dès lors quant à la prise en compte de ses parties prenantes. Prendre en compte la totalité de ces acteurs, est forcément néfaste et dangereux pour l'entreprise, notamment si cette prise en compte aboutit à une responsabilité. Mais restreindre au cercle des actionnaires le cadre de l'entreprise, est contraire à l'éthique et au mouvement de reconnaissance actuelle, qui tend à élargir ce cadre à de nouvelles thématiques (développement durable par exemple). Les théories et les critiques des parties prenantes ont donc vocations à résoudre cette problématique éthique.

#### B. La portée et les limites du modèle

**187.-** La propriété et la direction des entreprises sont deux choses distinctes. Les actionnaires disposent de pouvoirs importants du fait de leur pouvoir de propriété, mais ce pouvoir n'est pas absolu. Pour qualifier d'éthique les choix des actionnaires, il faut que ces derniers fassent des choix moraux tout en assumant des risques financiers. De plus ces choix financiers doivent être effectués dans une perspective éthique. En effet certaines industries peuvent se révéler très lucratives mais effectuer des choix douteux sur le plan éthique. Les pouvoirs économiques des investisseurs ont petit à petit été contraints par les lois et les règlements. L'élément crucial de ces théories est l'évolution du rôle des gestionnaires dans la vie des entreprises ; ces derniers étant devenus des acteurs indispensables à la réussite de l'entreprise. En effet plus que la réalisation de profit, les entreprises proposent des biens et services par le biais d'offres stratégiques. Si le profit est une des mesures de la réussite de l'entreprise, il en existe d'autres aujourd'hui comme sa pertinence sociale, sa durabilité et sa capacité d'innovation.

Ce modèle théorique constitué par les parties prenantes connaît des critiques et des réalités qui vont rendre son application moins aisée. En effet les acteurs sont multiples (1.) et il faut se pencher sur le cadre de protection existant (2.).

### 1. Critique des modèles théoriques : des acteurs multiples

**188.-** Les actionnaires sont les parties prenantes fondamentales mais plusieurs autres parties prenantes doivent être présentes pour que l'entreprise puisse se développer. Les fournisseurs, les distributeurs, les clients, les gestionnaires, les clients et enfin la communauté d'accueil sont tous fondamentaux pour l'entreprise.

Les gestionnaires se trouvent au centre d'un faisceau de relations déterminantes pour l'évolution de l'organisation de l'entreprise. Ils contrôlent la gestion courante et doivent montrer une direction éthique en tant que modèle pour les autres parties prenantes. Mais on voit dès lors apparaître des intérêts convergents (maximisation des profits de l'entreprise par exemple) et des intérêts divergents (intérêts personnels : maximisation des profits individuels). Ces derniers peuvent se recouper, mais cela n'est pas toujours le cas.

Les employés sont les principaux collaborateurs de l'organisation. En principe ils partagent les risques et les bénéfices découlant des activités des entreprises, mais ils absorbent aussi les contrecoups du cycle des affaires.

Les fournisseurs et les distributeurs, c'est-à-dire les partenaires d'affaire, vont constituer des liens d'interdépendance ou d'intégration verticale selon la situation de l'entreprise. Dans l'hypothèse de liens d'interdépendance l'entreprise va développer des stratégies pour ne pas se retrouver dans des situations de dépendance et pouvoir réagir face à des situations concurrentielles. Là encore les intérêts en jeu des parties peuvent être problématiques ; l'objectif de tout acteur sur un marché est d'accroître sa puissance économique, mais les problématiques de position dominante ou de monopôle démontrent à quel point ces pratiques sont néfastes pour les partenaires commerciaux et tous les acteurs du marché économique. Cette théorie visant à démontrer une certaine unité entre ces acteurs se confronte ici à un écueil.

Les clients sont la raison d'être de l'entreprise, et c'est en réaction à de nouveaux besoins que les entreprises ont développé des techniques de management environnemental ou des chartes de qualité pour permettre de répondre à ces attentes. Ces différentes techniques « marketing » fondent la réputation de l'entreprise. Le développement de l'éthique passe donc aussi par les

attentes des clients ou consommateurs qui constituent une partie prenante puissante. Mais là encore la dimension économique rattrape cette théorie ; en effet l'élément fondamental pour un consommateur demeure le prix du produit ou du service.

La communauté d'accueil désigne le lieu de travail et la relation unissant l'organisation à sa communauté, qui est constituée de devoirs, de droits, d'avantages et d'inconvénients<sup>204</sup>.

**189.-** Cette approche peut être critiquée notamment quant au report des externalités négatives, les entreprises reportant les coûts de certaines conséquences négatives de leurs activités sur l'environnement, ou sur une des parties prenantes (très souvent les salariés). En effet toutes ses parties prenantes peuvent être liées par un « but » un objectif commun de création de richesse. Mais cet objectif se heurte à la dimension économique et concurrentielle des marchés. Si le but des entreprises est d'atteindre une position dominante, les intérêts de ces parties prenantes ne pourront pas être tous respectés. L'éthique devra donc s'opposer à de tels comportements ou ériger des dispositifs de protections pour permettre un certain équilibre.

## 2. Les parties prenantes et les dispositifs de protection existants

**190.-** Certaines parties prenantes influent sur les activités de l'entreprise de façon ponctuelle ou permanente ; elles peuvent être essentielles à la survie de l'entreprise du fait de leur influence et on peut citer à ce titre les gouvernements, les concurrents, les syndicats et l'opinion publique<sup>205</sup>.

Les gouvernements ont un rôle historique, de par la nécessité d'adaptation des entreprises aux législations qui ont évolué. Ils énoncent des dispositifs de protection qui vont prendre en compte les valeurs éthiques actuelles. Il existe en effet de nombreuses responsabilités pesant sur l'entreprise, ses dirigeants et ses gestionnaires. Le cadre légal est de plus en plus précis, et tend vers une prise en compte circonstanciée des acteurs et des parties prenantes. Par exemple la loi NRE a consacré une obligation ; certains documents doivent être communiqués pour l'information des actionnaires : le rapport du commissaire aux comptes, les comptes annuels, le rapport de gestion. L'article L123-1 II du Code du commerce permet de mettre à disposition du public un registre.

Les concurrents vont avoir une incidence sur l'évolution du marché par leur réponse aux

---

<sup>204</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 201, p.113.

<sup>205</sup> Ibid, p.116.

besoins des consommateurs mais aussi en termes de concurrence pure. Là encore il existe des mécanismes de protection très précis. En effet le droit de la concurrence se développe en droit interne, en droit communautaire, et aussi en droit international (par le biais des droits nationaux<sup>206</sup>).

Les syndicats, les associations patronales, les groupes de pression sont aussi des acteurs secondaires puisqu'ils vont influencer les prises de décisions à différents niveaux, en essayant de toucher l'opinion publique ; en effet ils sont les moteurs d'un processus sociologique de création législative. Dans d'autres hypothèses ces parties prenantes sont le moteur de processus interne de protection de l'entreprise, notamment par le biais de la certification et l'adoption de standards de référence. Par exemple le Standard SA 8 000<sup>207</sup> concerne l'interdiction du travail des enfants. Il vise en général les conditions de travail (travail forcé, travail dans des conditions indécentes etc.). Le certificat va attester du respect des normes quant à la production et le statut des membres va attester du respect de ces normes au sein du groupe et pour les filières de fournisseurs c'est-à-dire toutes les unités de production.

**200.-** Enfin la dernière catégorie de partie prenante est selon certains ouvrages constituée de l'opinion publique, l'environnement, les générations futures mais ces catégories ne sont que le reflet du changement des mentalités et de la prise de conscience de certaines valeurs<sup>208</sup>.

**201.-** La prise en compte de ces parties prenantes est liée à leur influence et aux dispositifs de protection préexistants. Ces parties peuvent énoncer des obligations légales ou impulser une démarche de certification. Il y a donc un cadre de protection très précis, qui peut s'opposer à la prise en compte de certains acteurs ou impulser leur reconnaissance. En ce sens la norme ISO<sup>209</sup> 26 000, ou la « *portée et l'ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations*<sup>210</sup> », publiée en 2010, concerne l'intégration des normes de responsabilité sociale de gouvernance. Elle prend en compte l'éthique en général. On voit là une réception de l'éthique dans le cadre des parties prenantes ; une entreprise dans sa démarche éthique

---

<sup>206</sup> En ce sens une entreprise voulant intégrer un marché étranger, sera liée par le droit de la concurrence de ce pays.

<sup>207</sup> Social Accountability Standard 8 000, initié par le Council on Economic Priorities

<sup>208</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.124.

<sup>209</sup> International Organization for Standardization

<sup>210</sup> F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2011, dossier 31

peut, par le biais de cette certification générale, s'obliger à intégrer les parties prenantes. Les parties prenantes ont en conclusion un rôle de régulateur moral et éthique pour permettre la prise en compte de problématiques extrinsèques à celle de la gouvernance opérationnelle de l'entreprise ; cette dernière restant focalisée sur les enjeux de développement des affaires et de rentabilité économique. Des dispositifs de protection sont donc apparus du fait de la reconnaissance des parties prenantes. Mais a contrario ils ont aussi impulsé la reconnaissance de ces parties prenantes. Cette protection est donc nécessaire, mais ne doit pas devenir « trop lourde » pour les entreprises, ce qui entraverait leur action.

## **§2 : Les enjeux éthiques de gestion**

**202.-** De nombreux scandales actuels ont permis de révéler l'importance de données comptables fiables pour assurer une information financière loyale (A.). Mais la gestion de l'entreprise passe aussi par ses finances et ses politiques internes (B.).

### A. Les principaux enjeux éthiques de la comptabilité

**203.-** La comptabilité repose sur des enjeux éthiques (1.) qui sont assurés en droit français par les principes comptables (2.).

#### 1. Les enjeux éthiques

**204.-** Il s'agit de fournir des données mathématiques précises proches de la réalité et ne pas présenter de situation fausse ou qui pourrait induire en erreur. En effet la comptabilité a pour objectif la production de documents de synthèse et en ce sens il s'agit d'un outil de gestion notamment pour les dirigeants. Elle permet de donner des indications sur les performances et sur la structure financière du groupe et constitue un moyen d'information des tiers et des parties prenantes. Les pays anglo-saxons se différencient sur ce point car il s'agit plus d'un outil d'information pour les investisseurs. Ceci peut rejoindre le devoir d'information précontractuel de la franchise qui impose la communication de documents souvent comptables permettant de prévoir avec loyauté les résultats à-venir escomptés.

Le comptable a une mission essentielle, dans la présentation de la situation économique de l'entreprise, au moyen des états financiers. Il s'agit de documents tels que la liasse fiscale comprenant les comptes annuels (un bilan, un compte de résultat, le journal, le grand livre, la balance des comptes), ou des documents nécessaires pour la gestion, tels que l'inventaire, mais aussi nécessaires pour certaines opérations : les analyses financières (soldes intermédiaires de gestion, bilan fonctionnel, etc.), pour permettre d'établir une certaine prévision sur l'activité mais également de donner une image fidèle et précise de l'activité.

Il conviendra pour le professionnel de se situer dans une démarche éthique qui passe par une formation, une sensibilisation aux enjeux éthiques dans une perspective de responsabilité sociale. En effet les données entrées dans ces documents sont un moyen de preuve ; leur sincérité et leur loyauté sont donc fondamentales. L'éthique ici présuppose une fidélité à la réalité.

Enfin chaque ordre professionnel est doté d'un code de déontologie. Notamment dans le domaine comptable, on tend à adopter des règles harmonisées sur le plan international par le biais de l'IFA (International Federation of Accountants) et par l'utilisation de logiciels certifiés.

**205.-** Certains écueils à éviter peuvent être listés traditionnellement comme la désinformation financière, ou encore l'évasion fiscale. La mission comptable est aussi de permettre, par la communication de documents sincères, un contrôle sur l'état financier de l'entreprise.

Ces enjeux éthiques ont trouvé une consécration par le biais de principes comptables en droit français.

## 2. Les principes comptables

**206.-** L'article L123-12 du Code de commerce définit la comptabilité et la rend obligatoire pour toute personne ayant la qualité de commerçant. Il énonce ensuite la règle que l'exercice comptable, soit la période s'écoulant entre l'établissement de deux bilans successifs, est d'une durée d'un an. L'enregistrement des mouvements affectant le patrimoine doit avoir lieu dans un ordre chronologique ce qui implique l'établissement d'un inventaire, de comptes annuels

comprenant le bilan, le compte de résultat et les annexes<sup>211</sup>.

Un principe de la comptabilité française est le principe d'enregistrement en partie double : lors d'une rentrée de compte, il y a deux écritures comptables.

**207.-** Trois principes découlent ensuite de l'article L123-14 du Code de commerce :

- Le principe de régularité : soit la conformité aux règles et procédures en vigueur,
- Le principe de sincérité : soit la présentation des comptes dans un souci de vérité prenant en compte les risques et les dépréciations,
- Le principe de l'image fidèle : soit la présentation d'un état financier traduisant le plus exactement possible la réalité économique.

Il existe cependant une exception, si le respect des principes comptables nécessite un écart au principe de fidélité ceci sera possible à la condition d'une indication le mentionnant en annexe. Ces textes sont le fruit d'une consécration éthique reprenant même dans un souci de véracité et d'équilibre le principe de la règle et de l'exception.

**208.-** Le principe du coût historique (article L123-18 du Code de commerce) énonce que les biens inscrits en comptabilité doivent être évalués à l'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, et à la clôture de l'exercice. A l'entrée pour connaître la valeur d'entrée, qui est souvent le coût d'acquisition du bien. A la clôture, soit lors de l'arrêté des comptes, pour connaître la valeur réelle d'un actif et sa valeur comptable. Ce principe découle notamment du principe de prudence.

**209.-** Le principe de non compensation (article L123-19 du Code de commerce) énonce quant à lui qu'aucune compensation ne peut être opérée entre les postes d'actif et de passif du bilan ou encore entre les postes de charges et de produit du compte de résultat. Il y a donc ici la traduction de l'enjeu éthique de véracité des données, chaque opération doit apparaître distinctement.

**210.-** Le principe de prudence (article L123-20 du Code de commerce) énonce que tous les éléments de dépréciation ou de risque de pertes doivent être comptabilisés même s'ils ne sont que probables, et que les profits à l'inverse ne sont comptabilisés que s'ils ne sont effectivement réalisés. La justification de ce principe se trouve dans la volonté éthique de protéger les tiers d'une

---

<sup>211</sup> Définition du bilan, compte de résultat à l'article L123-13 du Code de commerce.

information qui n'aurait d'autre finalité que d'attirer leurs capitaux, et qui serait de ce fait trop favorable et ne présenterait pas une situation réelle de l'entreprise. On veut également éviter de prendre le risque de distribuer les dividendes basés sur un bénéfice aléatoire. Ce principe conduit donc à donner une vision « pessimiste » de l'entreprise. La prudence est un principe comptable dominant dans la plupart des pays d'Europe du fait du rôle traditionnel du système bancaire qui reste un acteur fondamental du financement des entreprises. Les règles comptables ont donc tendance à limiter le bénéfice distribuable aux actionnaires, ce qui peut sur le plan éthique contrebalancer certains écueils de la théorie des parties prenantes.

**211.-** La comptabilité comprend donc une éthique intrinsèque en dehors des codes de déontologie applicables à cette profession. Elle a vocation à assurer le respect des dispositifs légaux et de permettre une cohésion de marché, ainsi qu'une prévisibilité lors d'opérations complexes effectuées par les entreprises (opération de rachat ou de fusion par exemple). Mais la gestion passe aussi par la finance d'entreprise.

## B. La gestion et la finance d'entreprise

**212.-** La gestion de l'entreprise passe par la finance (1.) et des évolutions, liées au contexte actuel, peuvent d'ores et déjà être perçues (2.).

### 1. La finance et l'éthique

**213.-** La fonction de la finance d'entreprise est d'optimiser la situation financière en utilisant les données comptables, la modélisation mathématique, les modèles économiques tout en tenant compte du facteur risque et du facteur temporel. L'objectif est la création de valeur qu'il faut atteindre de la façon la plus efficace possible.

Des difficultés ont émergé, du fait de la place relative accordée aux questions normatives, et assimilées comme éthiques par les acteurs.

**214.-** L'éthique financière semble se définir comme « *la discipline universitaire qui porte sur les enjeux moraux de chacun de ces grands domaines (théorie financière, marchés financiers, services financiers, gestion financière), et sur les normes morales qui doivent s'appliquer aux*



*activités*<sup>212</sup>».

L'équité des marchés financiers est un enjeu dont la naissance date de la science économique elle-même. Les mécanismes de régulation sont indispensables à la bonne marche des affaires. Ces derniers vont passer par le droit pénal des affaires, le droit de la concurrence, et les obligations pesant sur les sociétés et sociétaires. Les régulations sectorielles prennent en compte cet enjeu éthique financier, par le biais de l'Autorité des Marchés Financiers<sup>213</sup> (AMF), par un contrôle et une surveillance des entreprises, pour un bon fonctionnement des marchés financiers. Elle veille notamment à la protection de l'épargne investie dans les produits financiers. L'AMF dispose de pouvoir de contrôle, d'enquête et de sanction. Elle publie notamment un règlement général dans lequel elle fixe les règles et les modalités d'application de la loi<sup>214</sup>, notamment pour les prestataires de service d'investissement. En contrôlant la conformité à la réglementation des documents d'information (pour les sociétés cotées), la mission de l'AMF retombe dans les problématiques éthiques que nous avons déjà étudiées.

**215.-** Les problématiques liées à la finance restent la quête d'un profit maximal, s'inscrivant dans une vision à court terme, la non-considération des nombreuses parties prenantes, l'incapacité ou le refus de chiffrer les coûts externalisés et la défiscalisation. Certaines analystes souhaitent un encadrement légal plus strict et d'autres vont prôner des solutions qui pourraient être mises en œuvre par les marchés eux-mêmes pour remédier à ces problèmes.

## 2. Les évolutions éthiques de la gestion

**216.-** Le contenu de cette thématique s'est accru avec l'essor des nouvelles technologies, du fait des changements d'organisation qu'elles ont impliqués.

Pour ce faire la mise en œuvre de systèmes de sécurité est nécessaire ; ainsi que des études permettant d'évaluer les répercussions sociales des nouvelles technologies.

En effet les thématiques éthiques sont illustrées par les systèmes de sécurité dans les politiques de gestion. La poursuite d'activités économiques doit donc être tempérée par d'autres objectifs que la maximisation des profits.

---

<sup>212</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p173.

<sup>213</sup> Créée en 2003 par la loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière.

<sup>214</sup> <http://www.amf-france.org/>

**217.-** Les fonds d'investissement « éthiques » visent à atteindre un objectif de rentabilité tout en respectant certains principes de gestion considérés comme éthiques. Selon les pays ils représentent des sommes très différentes placées entre les mains des fonds (USA environ 10%, France 1%). Selon certains auteurs (D. Dupré) la viabilité de ces fonds a été éprouvée par la crise financière de 2007 et 2008. En effet les performances de ces fonds n'ont pas été optimales.

Une autre règle essentielle appartenant au monde des affaires est le paiement de ses dettes à leur échéance<sup>215</sup>. Mais les procédures collectives admettent que les conventions passées puissent ne pas être intégralement respectées dans certains cas.

Le défi de la gestion éthique peut notamment apparaître lorsque l'action morale ou éthique attire des sanctions légales ou qu'elle diffère du comportement prescrit par la loi. La finance et les enjeux éthiques de gestion vont donc être liés aux actions des dirigeants d'entreprise qui doivent se rapprocher des parties prenantes<sup>216</sup>.

**218.-** L'éthique évolue donc du fait de la naissance de nouvelles technologies et du développement des nouveaux moyens de communication, mais aussi par les crises économiques vécues dans notre période contemporaine. Certains changements sont encore incertains, car l'éthique passe par l'admission de valeurs, mais la transformation des débats sur la question, s'illustre par une incertitude quant à la solution pour atteindre un équilibre entre des enjeux contradictoires.

**219.-** En conclusion de cette section, la thématique des parties prenantes est très liée à la direction et au financement des entreprises. Mais cette gestion doit prendre en compte l'éthique et une vision élargie des parties prenantes, ne se limitant pas aux simples actionnaires. En effet le cadre légal semble aller dans le sens de la promotion de cet élargissement des acteurs. Mais cette promotion ne doit pas être néfaste pour les entreprises et faire peser sur ces dernières une responsabilité démesurée. Il y a donc des enjeux contradictoires qu'il faut concilier pour permettre une réponse adaptée aux besoins des entreprises et à la prise en compte éthique des parties prenantes.

---

<sup>215</sup> D. A. LAPRÈS, *Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises*, L'éthique et le droit des affaires Tours, 19 janvier 2012, Revue Lamy Droit des Affaires, 2012, n°72

<sup>216</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.172.

## **Section II : Les mécanismes encourageant l'éthique dans l'entreprise**

**220.-** Pour encourager l'éthique au sein d'une entreprise il faut réunir un projet commun et instaurer des mécanismes pour maintenir et renforcer ce projet. Ces « plans d'action » vont donc passer par le biais des acteurs (§1) et par un programme (§2) dont la promotion devra être réalisée au sein de l'entreprise.

### ***§1 : Les acteurs, les actions et mécanismes permettant de promouvoir l'éthique***

Ces acteurs vont promouvoir l'éthique (A.) par des mécanismes à l'intérieur de l'entreprise (B.).

#### **A. La promotion de l'éthique**

La promotion de l'éthique passe par l'organisation interne de l'entreprise (1.), et aussi notamment par la fonction des ressources humaines (2.).

##### **1. L'organisation interne de l'entreprise<sup>217</sup>**

**221.-** L'équipe de direction doit promouvoir l'éthique de façon pertinente et de manière visible pour tous les acteurs de l'entreprise. En ce sens l'organisation de l'entreprise peut comprendre des organismes dont la mission va être la promotion de l'éthique, comme le comité d'éthique du Conseil d'administration.

Le comité d'éthique du Conseil d'administration représente les actionnaires et supervise la gestion de l'entreprise. Sa fonction ne lui permet pas de s'immiscer dans la gestion courante de l'entreprise. Il oriente l'organisation et veille aux intérêts des actionnaires ou des citoyens lorsqu'il s'agit d'un organisme public. Ses membres doivent répondre devant la loi des actions de l'entreprise et ses pouvoirs sont en ce sens étendus.

Ce comité au sein du conseil d'administration peut être considéré de façon restrictive ou très ouverte par rapport aux parties prenantes. Il dispose du pouvoir de créer des comités de gestion pour l'aider à diriger l'entreprise dans sa politique éthique. Cette pratique a été mise en œuvre par

---

<sup>217</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 201, p.204.

de nombreuses entreprises américaines pour répondre à la vague de scandales des années 2000. En effet le conseil d'administration dispose dans le cadre de son mandat de la mission de diffusion du message éthique. Le comité d'éthique du conseil d'administration peut encadrer d'autres entités.

L'ombudsman<sup>218</sup> organisationnel va avoir un rôle différent d'un pays à l'autre mais ses caractéristiques sont les mêmes. Il a pour mission la défense des citoyens contre les abus de l'Etat, en ce sens il est un protecteur et un médiateur des citoyens.

Il va au sein de l'entreprise permettre la gestion de problèmes affectant les employés et mettant en cause les parties dirigeantes. Il peut disposer de pouvoirs étendus en matière d'enquête. Il ne relève que du comité d'éthique du conseil d'administration et n'est pas relié à l'équipe de direction ; mais ses décisions ne sont pas exécutoires.

Le cadre responsable de l'éthique est un poste qui a été créé par des entreprises nord-américaines (ethical officer) ayant une mission compliquée de conciliation des intérêts de l'entreprise et des parties prenantes. Il est le représentant d'une fonction d'un degré hiérarchique élevé, qui devrait dans l'idéal relever du conseil d'administration<sup>219</sup>. Dans ses tâches lui incombent, la conception, la mise à jour et l'évaluation des codes et des programmes d'éthique, la conception et l'encadrement des formations, les programmes de reconnaissance, et le suivi des mesures correctives et disciplinaires.

**222.-** La promotion de l'éthique peut donc passer par l'organisation interne que va adopter l'entreprise. Elle va permettre de mettre en œuvre une politique transversale éthique, par la promotion de certaines valeurs.

## 2. Les enjeux inhérents à la fonction des ressources humaines

**223.-** Le directeur des ressources humaines doit se préoccuper d'éthique, ceci pour éviter des écueils qui font suite aux réalités suivantes<sup>220</sup> :

- La marchandisation du travail,
- La dignité des salariés,

---

<sup>218</sup> Equivalent du médiateur : personnalité indépendante chargée d'examiner les plaintes des citoyens contre l'administration (Larousse, Encyclopédie).

<sup>219</sup> Il existe une association des cadres responsables de l'éthique Ethics Officer Association EOA.

<sup>220</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 201, p.221.

- La reconnaissance du statut de partie prenante du personnel,
- La rémunération et les conditions de travail pour les salariés de l'entreprise mais aussi ceux des sous-traitants,
- Les liens de dépendance économique avec la sous-traitance.

**224.-** Le mode d'organisation du travail soulève de nombreux débats qui peuvent être résumés notamment par le poids accordé aux salariés dans l'entreprise, et la rigidité des pratiques. L'évaluation du rendement, l'amélioration des compétences, la rémunération, la santé et la sécurité du travail ainsi que les rapports collectifs de travail soulèvent des débats. Il existe sur ces points des dispositifs légaux (rémunération minimale, droit à la formation, cotisation à la sécurité sociale, représentant des syndicats dans les entreprises d'une certaine taille), qui diffèrent avec d'autres pays. Mais la fonction de directeur des ressources humaines, en se préoccupant d'éthique, doit promouvoir ces différents aspects pour éviter les écueils cités ci-dessus et ainsi encourager un management se tournant vers l'intérêt commun de l'entreprise plutôt que les intérêts particuliers des individus.

Ceci va passer par des actions de communication, mais aussi la promotion de dialogue en reconnaissant ainsi les salariés comme partie prenante.

L'éthique peut donc être encouragée par une promotion interne organisationnelle, ou fonctionnelle par le biais du DRH.

#### B. Les mécanismes permettant une mise en œuvre de l'éthique

**225.-** On peut apercevoir des mécanismes permettant une mise en œuvre de l'éthique au sein de l'entreprise. Ces mécanismes vont intervenir soit avant la survenance de problèmes relatifs à l'éthique pour anticiper les conséquences des comportements dans l'entreprise (1.), soit après pour mettre en place un système contrebalancé (2.).

## 1. Les mécanismes a priori

**226.-** L'audit a pour vocation en matière d'éthique à faire le point sur les fonctions de gestion et à mesurer les écarts entre les objectifs fixés, les rendements et les normes<sup>221</sup>.

Les audits financiers sont une pratique courante, mais ceux en matière sociale ne sont pas aussi répandus malgré une normalisation croissante passant par le mécanisme de certification des normes ISO. Les indicateurs sociaux peuvent aussi permettre une évaluation de la pertinence sociale et du degré de responsabilité de l'entreprise à son égard.

Il faut aussi réconcilier la réalité des actions de l'entreprise et l'opinion qu'en a le public. L'information transmise doit être fondée, vérifiable et pertinente sur le plan social. Cette dimension touche notamment la confidentialité ou la gestion des droits des parties prenantes.

La reconnaissance de l'éthique pourrait passer par la promotion et la reconnaissance des salariés qui agissent en conformité avec l'éthique.

## 2. Les mécanismes a posteriori

**227.-** Ces mécanismes doivent envisager un processus de dénonciation et des mesures de sanction. Les mécanismes de dénonciation<sup>222</sup> sont souvent lacunaires dans le sens ou même s'ils existent en théories, la mise en œuvre par un salarié est très ardue. L'ombudsman organisationnel devient alors un acteur clé, ce dernier pouvant accueillir les dénonciations et y donner suite. Le Commissaire aux comptes dans les sociétés où il est requis peut aussi donner suite aux dénonciations. Certaines entreprises européennes ont mis en place une structure pour pallier à ces difficultés ; les mesures devant inclure des clauses sur la nature des violations pouvant être dénoncées ainsi que des formalités à accomplir lors de la survenance d'un incident.

Enfin ces « incidents », contraires à l'éthique doivent faire l'objet de mesures disciplinaires proportionnelles à la gravité du comportement pour garantir l'efficacité du processus.

Il y a donc des mécanismes de « contrôle » de l'éthique qui doivent être mis en place pour garantir son effectivité.

---

<sup>221</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 201, p.214.

<sup>222</sup> Ibid, p.215.

## **§2 : Le programme d'éthique en entreprise**

**228.-** L'entreprise va construire une stratégie d'éthique que l'on va appeler un programme (A.), et la mise en œuvre de ce programme (B.) va se traduire par des pratiques de codification.

### A. La formation du programme éthique

**229.-** Le programme éthique est un ensemble coordonné de mesures et d'actions dirigées par un cadre supérieur dont le souci principal est l'éthique<sup>223</sup>. Une formation éthique est donc nécessaire pour que le personnel acquière une bonne compréhension de l'éthique et la prenne en compte dans son travail. La mise en place de stratégies pourra alors avoir lieu.

La prise de décision doit donc intégrer cette dimension et pour ce faire il est nécessaire de définir les enjeux, et effectuer un choix entre différentes options. La décision sera ensuite mise en œuvre et il sera possible d'en mesurer les effets.

Mais la pratique fait souvent échec à l'intégration de cette dimension éthique ; en effet l'aspect financier comprend avant tout une réponse dans l'urgence et au coût le plus faible possible.

### B. Les traductions de ce programme

**230.-** Les traductions vont passer par des codifications éthiques, des énoncés de valeurs et des codes de conduite<sup>224</sup>. Ces points seront étudiés plus tardivement. Mais on peut d'ores et déjà les décrire de façon très succincte.

La codification éthique est un des instruments les plus usités en la matière, il s'agit d'une normalisation des principes éthiques énoncés par l'entreprise qui doit alors les mettre en œuvre dans son action.

Les énoncés de valeurs sont conçus principalement pour l'usage interne ; il s'agit de principes de valeurs qui vont être énoncés par ordre d'importance.

Les principes d'affaires sont des codes de bonne conduite partagés avec les partenaires de relations commerciales.

---

<sup>223</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.212.

<sup>224</sup> Ibid, p.208.

Les codes de conduite surtout utilisés aux Etats-Unis, décrivent avec précision les comportements moraux attendus du personnel.

Des chartes de responsabilité sociale visent surtout à garantir des aspects éthiques avec les partenaires commerciaux.

**231.-** L'éthique peut donc prendre une place dans les stratégies mises en œuvre par l'entreprise, ce qui va se traduire dans certains cas par des codifications.

**232.-** Pour conclure cette section, la promotion des mécanismes éthiques dans l'entreprise passe par la stratégie interne, l'organisation de l'entreprise et des mécanismes de contrôle. Les différentes fonctions dans l'entreprise vont être touchées. Et ce processus aboutit à la pratique de codification éthique des entreprises.

**233.-** Les choix éthiques liés à la prise en compte des parties prenantes, sont nés des enjeux auxquels sont soumises les entreprises. En effet ces dernières doivent faire face à de multiples pressions qui peuvent être en contradiction. Ces enjeux éthiques se traduisent souvent par des normes ou principes qui évoluent en même temps que la société. Pour terminer ce chapitre, les politiques éthiques de l'entreprise, passant par son organisation, sa communication, et ses membres, se traduisent par l'édification de codifications ayant vocation à s'appliquer avec les acteurs externes (parties prenantes) à l'entreprise.



## Chapitre II : La responsabilité sociale de l'entreprise

234.- La notion de responsabilité sociale d'entreprise (RSE) est récente mais les préoccupations relatives aux conséquences des activités des entreprises quant à elles sont anciennes. L'expression « *corporate social responsibility* » est apparue en 1953 dans les écrits de Bowen<sup>225</sup>, et met l'accent sur *la bienfaisance comme corollaire du principe de responsabilité individuelle avec le but de corriger les défauts du système, de réparer les abus et les outrages plutôt que de prévenir ou d'anticiper les nuisances ou les dommages causés par l'activité de l'entreprise*<sup>226</sup>. La RSE est devenue explicite suite à l'effacement historique de l'Etat providence auquel a succédé une perte de confiance dans les entreprises. Ces dernières ont été désignées comme responsables face à une conception de baisse d'acceptation du risque. Dans les années 1990 les termes, entreprise citoyenne ou entreprise socialement responsable, ou encore entreprise éthique, sont apparus. Les enquêtes actuelles montrent que les attentes du public ont évolué et se tournent vers leurs comportements à l'égard de l'environnement et de leur personnel. La réaction des firmes pour regagner la confiance perdue et restaurer leur image passe par le concept de RSE. Certains auteurs<sup>227</sup>, soutiennent que même si la forme a changé, cette ambition des entreprises de contrôler l'ensemble des pratiques et des comportements du personnel contribuant au développement d'une éthique d'entreprise, constitue une forme de néo-paternalisme visant à définir et à imposer des cadres normatifs dans lesquels insérer les individus.

Ce concept de RSE fait donc face à la crise de confiance et de légitimité actuelle de la grande entreprise, dont l'utilité sociale est aujourd'hui questionnée par la société. Le mouvement de la RSE tend à apporter une justification à ces entreprises pour la rendre acceptable aux yeux de la société civile. La plus grande nouveauté en ce domaine est que cette recherche de légitimité prend une dimension mondiale. Il s'agit donc ici de la théorie de la RSE (Section I).

Mais cette théorie semble plus toucher les grandes entreprises multinationales que les petites PME qui sont focalisées sur un objectif de survie à court terme, du fait des coûts générés par la mise en œuvre d'une politique de RSE. On peut d'ores et déjà s'interroger sur la finalité des plaidoyers en faveur de la RSE, qui viserait à dégager une élite d'entreprises compétitives, cette responsabilité opérant comme un label de différenciation concurrentielle.

---

<sup>225</sup> H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, auteur américain considéré comme le père de la RSE

<sup>226</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010, p7.

<sup>227</sup> Ibid. p. 9.

Il y a donc une illusion de consensus de RSE du fait de la diversité des acteurs, qui conduit à une critique de cette théorie (Section II).

## **Section I : Le concept de responsabilité sociale de l'entreprise**

**235.-** Le concept de responsabilité sociale de l'entreprise débouche sur une responsabilité juridique (§1.) qui a pu être critiquée dès son origine (§2.).

### ***§1 : Le concept de responsabilité sociale de l'entreprise débouchant sur une responsabilité juridique***

**236.-** Les théories de la responsabilité sociale de l'entreprise débouchant sur la conséquence d'une responsabilité (A.), connaît un moteur et levier d'action appelé l'ISR ou l'Investissement Socialement Responsable (B.).

#### A. La responsabilité sociale de l'entreprise

**237.-** La responsabilité sociale de l'entreprise repose sur des fondements historiques (1.), et philosophiques découlant de la terminologie même de cette notion (2.).

##### 1. Les fondements historiques de la Responsabilité sociale de l'entreprise

**238.-** A ses origines la RSE s'assimile à la responsabilité individuelle du dirigeant d'entreprise. C'est là que réside la première difficulté, l'entreprise étant une personne morale. La Commission de l'Union européenne en 2001 a adopté une définition de la RSE comme « *être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes* » ce qui suppose « *l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* ». L'éthique et sa prise en compte a donc permis le déplacement du cadre de la responsabilité, du chef d'entreprise, vers la personne morale.

La Commission a ensuite adopté une nouvelle définition centrée sur l'économie de la RSE ; il s'agit

de : « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* <sup>228</sup> ». Il est aujourd'hui affirmé que la RSE impose le respect de la législation (conventions collectives, engagements avec les parties prenantes) mais demeure un processus volontaire à l'initiative des entreprises.

On apprécie donc les comportements de démarches volontaires ce qui donne un avantage aux entreprises résidant dans un pays où la législation est faible.

Cette définition semble aller dans le sens des pays Anglo-saxons qui entendent la RSE comme une démarche volontaire alors que les pays européens l'assimilent à une obligation contraignante.

**239.-** Les normes ISO 26 000 dans leurs lignes directrices proposent une définition de la responsabilité sociale qui est la « *responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement se traduisant par un comportement, transparent éthique qui :*

- *Contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société,*
- *Prend en compte les attentes des parties prenantes,*
- *Respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement,*
- *Est intégré dans l'organisation et mis en œuvre dans ses relations. »*

La RSE décrit donc les « *efforts que font les entreprises pour aller au-delà de leurs obligations légales pour assurer leur pérennité économique et pour améliorer en parallèle leurs performances sociales et environnementales* <sup>229</sup> ».

## 2. Les fondements terminologiques de la RSE

**240.-** Le terme social doit plutôt être abordé comme « *sociétal* », soit le sens de la conception américaine, comprenant les personnes et l'environnement dans le champ d'application de la RSE. L'entreprise quant à elle doit être une référence aux parties prenantes.

---

<sup>228</sup> I. Tchotourian, *RSE et entreprise : des initiatives européennes en perspective*, Bull. Jol. Soc., 1 janvier 2012, n°1, p.6.

<sup>229</sup> J.P. MINGASSON, *La responsabilité sociale des entreprises, Concept et place dans l'agenda politique européen*, LPA 26 février 2004, n°41 p. 7.

Dans la conception américaine, l'application de la RSE par les entreprises implique des actions philanthropiques (étrangères aux activités économiques) alors qu'à l'inverse cette notion n'entre pas dans le champ de la RSE pour la conception européenne.

**241.-** Le concept de RSE affirme donc les obligations de l'entreprise envers la société, dans le cadre d'une démarche volontaire, dont le management doit s'efforcer de répondre aux demandes des parties prenantes<sup>230</sup>. Il y aurait selon Carroll une pyramide de responsabilité dont les deux premiers degrés, la responsabilité économique (être profitable) et la responsabilité juridique (être légal), sont un préalable requis par la société. La responsabilité éthique (être juste) et la responsabilité philanthropique (être bon) sont des degrés tour à tour attendu et désiré.

Il convient de noter que les théories de la RSE, qui se fondent sur les théories des parties prenantes supposent que par le biais de contrats justes, il est possible d'atteindre les finalités de l'entreprise tout en remplissant les attentes éthiques des parties prenantes.

**242.-** Cette théorie dont découle une finalité éthique (définition de la RSE), connaît comme moteur principal l'ISR ou l'Investissement Socialement Responsable.

B. L'Investissement Socialement Responsable (ISR), et les différents moteurs de la RSE.

**243.-** L'ISR est mis en œuvre par les acteurs de la RSE (1.), et connaît des finalités éthiques qui ne peuvent être contournées par ces acteurs (2.).

#### 1. Les acteurs de la RSE

**244.-** Les principaux acteurs du mouvement de la RSE sont des organisations de la société civile. La RSE va avoir différents moteurs : les mouvements sociaux comme levier d'action la sphère économique, les ONG comme levier de contrôle, les actionnaires et les agences de notations extra financières comme levier d'action de l'ISR ou de l'Investissement Socialement Responsable. Il s'agira donc des parties prenantes. Ces dernières permettront donc la mise en œuvre des pratiques éthiques de RSE.

---

<sup>230</sup> J. IGALENS, *La responsabilité sociale des entreprises*, éd., Eyrolles, 2012, p.5.

## 2. L'Investissement Socialement Responsable

**245.-** L'ISR peut être défini « *comme un investissement en valeurs mobilières qui intègre dans ses choix des critères non financiers sans sacrifier les performances financières*<sup>231</sup> ». Certains auteurs énoncent qu'il est l'expression financière d'un mode de développement durable<sup>232</sup>. L'ISR sera donc un investissement de toute sorte, effectué en tenant compte du risque et de la rentabilité de l'investissement tout en intégrant des critères environnementaux, sociaux, et sociétaux. L'article 53 de la loi Grenelle I<sup>233</sup>, encourage et promeut l'ISR.

Il y a différentes formes d'ISR ; des fonds ISR<sup>234</sup> constitués d'actions ou d'obligations répondant à des critères environnementaux, sociaux ; l'engagement actionnarial ou le poids des investisseurs sur l'entreprise quant à l'amélioration des actions en matière environnementale et sociale ; des fonds d'exclusion (surtout dans les pays anglo-saxons) pour exclure les secteurs considérés comme condamnables (armement etc.) ; des fonds thématiques le plus souvent tournés vers le développement durable et les énergies renouvelables. Les investisseurs institutionnels ont signé en juin 2010, les Principes pour l'investissement responsable (PRI) dans le cadre de l'ONU notamment pour généraliser la prise en compte de ces aspects extra financiers de ces investissements, et ces derniers ont été adoptés en 2011.

**246.-** Ces portefeuilles ISR constituent un levier de promotion de la RSE auprès des dirigeants d'entreprise, car ils vont donner à l'entreprise une image de bonne performance sociale. Les directeurs développement durable ont notamment pour mission de développer ces portefeuilles. Cette forme d'actionnariat reste cependant très rare en France.

**247.-** Les fonds ISR en tant que produits financiers, ne sont pas des acteurs défendant les valeurs du développement durable et de la RSE, mais ils ont contribué à la mise en place de dispositifs permettant une évaluation des entreprises. Il s'agit donc d'un levier de la RSE

---

<sup>231</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010, p 56.

<sup>232</sup> T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010, p168.

<sup>233</sup> Loi n°2009-967 du 3 août 2009, loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement

<sup>234</sup> Article 224 de la loi Grenelle II qui prévoit l'obligation pour les fonds de publier les modalités de prise en compte dans leur stratégie d'investissement des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance.

notamment quant à l'emploi de stratégies, mais ce levier ne peut exister pour les petites PME non cotées.

## **§2 : L'application pratique de la RSE**

**248.-** La RSE en pratique est liée à la consécration des politiques publiques (A.), et aux stratégies développées par les entreprises (B.). En effet une notion très théorique doit recevoir une application et une consécration pour devenir efficiente.

### A. Les sources de la RSE

Les sources de la RSE sont internationales (1.), et sectorielles (2.).

#### 1. Les fondements juridiques internationaux

**249.-** Il s'agit de textes cités par les acteurs de la RSE. Ces textes émanent pour la plus grande majorité des organisations internationales, de l'ONU. On peut citer la Déclaration Universelle des droits de l'homme, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Déclaration de la Conférence de Rio de 1992 et le programme d'action de l'Agenda 21, la Convention cadre sur la biodiversité, le Protocole de Kyoto, le Programme des Nations Unie pour l'environnement, le Programme d'action du sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg.

Des coalitions de grandes entreprises se sont formées pour répondre à ce mouvement de la RSE comme par exemple le « *Business Leaders Initiative on Human Rights* » (BLIHR) dont l'objectif est de favoriser une plus grande intégration des droits de l'homme et de s'engager dans un soutien actif au programme de l'ONU<sup>235</sup>. En contrepied de ce mouvement, certaines entreprises militent pour une convention internationale permettant de rendre ces droits obligatoires<sup>236</sup>.

La convention de l'OIT, les principes directeurs de l'OCDE, et le Pacte mondial de janvier 1999 sont encore cités par les acteurs de la RSE.

Le débat entre norme contraignante et démarche volontaire semble poser la thématique de

---

<sup>235</sup> (Barclays, ABB, The Body Shop etc.)

<sup>236</sup> Carrefour par exemple

régulation de l'activité des entreprises sur le plan mondial.

## 2. Les lignes directrices de la norme ISO

**250.-** Les lignes directrices de la norme ISO 26 000 sont souvent citées et il s'agit d'une référence incontournable en la matière. Cette norme a vocation à encadrer les relations entreprises-société. Elle ne peut donner lieu à une certification ISO et en ce sens, il ne s'agit pas d'une norme de système de management. Elle donne des définitions, présente des principes, et traite des questions telles que la gouvernance de l'organisation, les droits de l'homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, les pratiques loyales des affaires, les questions relatives aux consommateurs, et l'engagement sociétal.

**251.-** La RSE connaît des fondements multiples en droit international et dans les lignes directrices de la norme ISO. Ce concept demeure flou et il faut se pencher sur son utilisation.

### B. Les stratégies et management

**252.-** Cette politique de RSE va être mise en œuvre par des stratégies (1.) et des pratiques de reporting (2.).

#### 1. Les stratégies

**253.-** Elles reposent le plus souvent sur le postulat d'une convergence entre les performances de l'entreprise et la valeur créée pour les parties prenantes. Il peut s'agir de stratégies de développement durable, de stratégies de compromis, de stratégies d'intégration<sup>237</sup>.

La stratégie de compromis cherche à gagner du temps pour préserver au maximum les intérêts économiques de l'entreprise notamment quand les remises en cause touchent le cœur de métier. L'entreprise va alors s'appuyer sur l'argument économique du risque de suppression d'emplois. Elle cherche à retarder la réglementation et en ce sens n'est pas à proprement parler une stratégie de RSE, mais prend en compte la valeur sociale que l'on cherche à fuir.

---

<sup>237</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010.

La stratégie d'intégration va quant à elle passer par l'intégration de la RSE dans la stratégie globale de l'entreprise. Elle va se décliner par des mises en œuvre variées : politique sociale en matière de recrutement, qualité environnementale et sociale des fournisseurs etc. La démarche peut aller d'une simple modification du produit à sa remise en question totale.

**254.-** Pour les PME la stratégie de RSE est plus difficile à mettre en œuvre, et de ce fait est moins intégrée dans les stratégies. Une certaine reconnaissance éthique de la RSE a lieu, qui va être contrebalancée notamment par la philosophie de certaines stratégies citées précédemment.

## 2. Le reporting

**255.-** Des pratiques de reporting RSE ou sociétal ont lieu ; il s'agit de la publication régulière d'information sur la manière dont l'entreprise appréhende les impacts économiques, environnementaux et sociaux de ses activités<sup>238</sup>. Ces informations vont soit être intégrées au rapport financier, soit publiées dans un rapport séparé dénommé « rapport développement durable », ou disponible sur le site internet de l'entreprise. Dans la diffusion de ces informations une normalisation est apparue par le biais du Global Reporting Initiative ou GRI<sup>239</sup> ; celle-ci a pour mission de d'émettre un reporting de RSE comprenant des éléments de développement durable comparable au rapport financier. Enfin le reporting sociétal est devenu une obligation avec la loi NRE : « *les entreprises doivent rendre compte et préciser dans leur rapport annuel de gestion la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité* »<sup>240</sup>. Mais les études en la matière montrent une application inégale de ce texte et l'Union européenne annonce la préparation d'un texte pour harmoniser des pratiques en la matière.

---

<sup>238</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010, p. 102.

<sup>239</sup> Organisation multiparties comprenant diverses parties prenantes (experts des entreprises, syndicats, ONG, investisseurs, cabinets de comptabilité et d'audit) qui se charge de l'élaboration des lignes directrices ou de leurs révisions.

<sup>240</sup> Article 225-102-1 Loi Grenelle 2 de 2010 a étendu cette obligation pour toutes les sociétés excédant certains seuils définis par décret et demande que les informations soient publiées et vérifiées par un organisme tiers indépendant et accrédité.



**256.-** En conclusion, ces pratiques de RSE de plus en plus mises en œuvres par les entreprises à notre époque, démontrent l'intégration des choix éthiques au sein des structures. En effet l'éthique aujourd'hui débouche sur une conséquence nouvelle soit une responsabilité sociale.

**257.-** Dès la définition de la RSE, il est possible de remarquer des similitudes éthiques avec les dispositions précédemment étudiées, notamment quant à ses fondements. Mais les leviers d'action et les stratégies sont spécifiques et illustrent une volonté d'action circonstanciée et spéciale pour s'adapter aux évolutions.

## **Section II : Les responsabilités de l'entreprise**

**258.-** Ces responsabilités sociales vont trouver leur traduction dans différentes théories (§1.) qui ont fait l'objet de nombreuses critiques (§2.).

### ***§1 : Les théories de la Responsabilité sociale de l'entreprise et « leur avenir »***

**259.-** Les théories originelles de la RSE (A.) ont évolué pour donner naissance à des théories plus actuelles (B.).

A. Les « premières » théories de la responsabilité sociale de l'entreprise

**260.-** « *Les premiers modèles de responsabilité de l'entreprise se retrouvent dans l'École américaine de la Business Ethics, complétée par la théorie des stakeholders<sup>241</sup> ».*

Une des premières théories de RSE est celle de l'auteur américain Carroll (1.) qui a ensuite été relayé par Bowen (2.).

---

<sup>241</sup> F. DE BRY, *L'entreprise et l'éthique*, Gaz. Pal., 22 décembre 2001, n°356, p.23.

## 1. La pyramide de responsabilité d'A.B. Carroll

**261.-** A.B. Carroll a proposé une représentation des responsabilités des sociétés à but lucratif qui est devenue une référence dans les débats relatifs à la responsabilité sociale des entreprises<sup>242</sup>. Cette classification peut se présenter sous l'aspect d'une pyramide de responsabilité de la plus importante, se situant à la base de cet édifice, au sommet. On trouvera dans cet ordre : les responsabilités économiques, les responsabilités légales, les responsabilités éthiques et les responsabilités philanthropiques.

La responsabilité économique découle d'un présupposé simple l'entreprise pour être viable, doit être rentable. L'entreprise doit donc réduire ses coûts au maximum et atteindre un degré d'activité suffisant pour atteindre ce seuil de rentabilité. De plus une responsabilité des dirigeants découle dans certaines formes de société telle la Société à responsabilité limitée si la société est constituée avec un capital social trop insuffisant, ou encore en cas de liquidation judiciaire.

La responsabilité légale est très large il peut s'agir de la responsabilité de l'entreprise à l'égard de ses consommateurs, fournisseurs, employés, partenaires commerciaux, éventuellement à l'égard des tiers. Mais aussi d'une responsabilité interne de celle du fait de ses dirigeants. Il s'agit donc des diverses responsabilités légales ou juridiques mais cette notion peut aussi être envisagée sous l'angle de la rapidité d'adaptation de l'entreprise à une nouvelle législation qui sera alors un facteur concurrentiel.

La responsabilité éthique reposerait donc sur les engagements volontaires des entreprises, permettant d'engager leur responsabilité. Il s'agit donc de dépasser le respect du simple cadre légal et de protéger le sens et l'esprit des textes. Certains auteurs considèrent cette responsabilité comme optionnelle.

La responsabilité philanthropique selon Carroll, vise la générosité des entreprises envers la société. Dans cette philosophie, les entreprises ont des besoins nécessaires à leur fonctionnement. L'entreprise va répondre à certains de ces besoins. Cette réponse peut entraîner des conséquences pour la société et suppléer à des manques sociétaux.

**262.-** Ces responsabilités dépassent les réalités économiques liées à la survie de l'entreprise et de l'exigence légale.

---

<sup>242</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.140.

## 2. La responsabilité sociale de H. Bowen

**263.-** Les entreprises sont soumises à des nécessités économiques. La théorie de Bowen repose sur l'effet des responsabilités sociales qui permettent de contrer les effets négatifs de la concurrence dans une économie de marché.

Il analyse les fondements des obligations sociales et formule une critique négative du capitalisme en faveur de la redistribution des richesses et des profits. Certains auteurs énoncent que Bowen fait « un plaidoyer contre le gaspillage <sup>243</sup>», il préconise de ce fait une utilisation responsable des ressources qui se rapproche du développement durable. Cependant il ne définit pas les responsabilités sociales devant être adoptées par les entreprises, mais propose des changements organisationnels au sein de l'entreprise.

Bowen expose donc les thématiques éthiques à développer à son époque.

Il y a donc de multiples théories dans le domaine de la RSE, qui vont pouvoir être classifiées en :

- Théories instrumentales qui présentent l'action sociale comme un moyen créateur de valeur permettant d'atteindre la maximisation des profits recherchée par l'entreprise,
- Théories des parties prenantes,
- Théories de la performance sociale de l'entreprise selon lesquelles l'entreprise tente de répondre aux besoins sociaux,
- Théories de l'entreprise citoyenne, qui intègrent le développement durable comme élément de la RSE<sup>244</sup>.

### B. Les théories « nouvelles » de la RSE

Ces théories sont très vastes et nous en avons déjà évoqué certaines, nous allons prendre comme exemple la théorie instrumentale (1.) et la théorie de la performance sociale de l'entreprise (2.). Toutes ces théories ont pour objectif la promotion de l'éthique dans l'entreprise mais favoriseront des parties prenantes différentes.

---

<sup>243</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.144.

<sup>244</sup> Y.T SILGUY, « *La RSE s'analyse comme la contribution des entreprises au développement durable* », LPA 26 février 2004, n°41, p.18.

## 1. La théorie instrumentale

**264.-** Elle est aussi appelée la théorie de la valeur des actionnaires ou capitalisme fiduciaire. Cette approche repose sur des fondements tels que l'auto-régulation des marchés permettant l'accroissement de profit dans un respect des lois. Il s'agit donc d'une approche plus individuelle qu'en faveur du lien social. Cet « égoïsme » peut en pratique se définir comme la prise en compte des seules parties prenantes que la loi oblige à considérer<sup>245</sup>. La conception étendue de la RSE est ici considérée comme dangereuse car elle s'oppose aux droits des actionnaires<sup>246</sup>.

Il est cependant possible d'établir une RSE à partir d'une perspective d'affaires, on parle alors de business case<sup>247</sup>, permettant la réduction des coûts et des risques à long terme. Cette théorie pour être considérée comme éthique doit intégrer dans sa conception des responsabilités de l'entreprise pour élargir la relation entre entreprise et actionnaire à un cercle autre que celui de l'entreprise.

## 2. La théorie de la performance sociale de l'entreprise

**265.-** Aussi appelée théorie intégrative, elle vise les acteurs des gestionnaires. Les entreprises ayant des responsabilités élargies, c'est à dire dépassant le cadre des lois, des devoirs émergent envers la société et pèsent sur l'entreprise<sup>248</sup>. Cette théorie a vocation à fournir un cadre de gestion cohérent qui intégrerait les responsabilités de l'entreprise en fonction des attentions et des besoins de la société. Un modèle a été proposé par Wartick et Cochran combinant les principes, les processus et les politiques<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011 : SALAZAR et HUSTED la théorie de l'agence, p147.

<sup>246</sup> Ibid. Bowie, Freeman.

<sup>247</sup> Ibid. Colbert, Wheeler.

<sup>248</sup> Ibid. A.B. Carroll, Barnard, Bowen.

<sup>249</sup> Ibid. Modèle de la performance sociale de l'entreprise selon Wartick et Cochran, *The academy of Management Review by Academy of management* 5. 1985. P.767.

<b>Principes</b>	<b>Processus</b>	<b>Politiques</b>
Responsabilité sociale de l'entreprise	Réponse sociale de l'entreprise	Gestion des enjeux sociétaux
1- Economique 2- Légale 3- Ethique 4- Philanthropique	1- Réactive 2- Défensive 3- Accommodante 4- Proactive	1- Définition des enjeux 2- Analyse des enjeux 3- Préparation d'une réponse
<b>Dirigée vers</b>	<b>Dirigée vers</b>	<b>Dirigée vers</b>
1- le contrat social des affaires 2- le monde des affaires comme agent moral	1- la capacité de répondre aux changements sociaux 2- les approches managériales pour créer des réponses	1- la réduction des surprises 2- la détermination de politiques sociales corporatives
<b>Orientation philosophique</b>	<b>Orientation institutionnelle</b>	<b>Orientation organisationnelle</b>

**266.-** Dans l'orientation philosophique, l'entreprise en s'appuyant sur la théorie des responsabilités sociales de Carroll, (obligations économiques et légales, devoirs éthiques et philanthropiques), va orienter son action selon la conception de la société (contrat social des affaires ...).

L'orientation institutionnelle énonce que la réponse sociale de l'entreprise peut être réactive (en réponse à la survenance d'un problème), défensive (protection de l'entreprise), accommodante (réponse aux attentes sociales) ou proactive (au-delà des attentes sociales).

L'orientation organisationnelle est en quelque sorte la dimension politique de la RSE, l'entreprise va devoir déterminer les enjeux pertinents pour pouvoir y répondre de façon appropriée.

**267.-** Ces deux théories semblent avoir perdu du terrain face à celles relatives aux parties prenantes, et au développement durable, notamment du fait de leurs écueils.

## §2 : *Les critiques de ces théories*

**268.-** Ces théories ont fait l'objet de critiques liées à la notion même de RSE (A.). Les critiques se sont tournées vers l'efficacité de ces théories (B.).

### A. Les critiques intrinsèques

**269.-** Ces critiques sont historiques c'est-à-dire qu'elles sont apparues dès la naissance de la notion (1.) et sont liées à la nature de la RSE (2.).

#### 1. Les premières critiques historiques.

**270.-** L'engouement pour la théorie de la RSE a été très fort dès son apparition. Mais cette théorie a soulevé des problèmes sans y apporter de réponses. En effet dès son apparition cette théorie a été critiquée par une partie du milieu des affaires s'appuyant sur l'Ecole de Chicago (Friedman). Le procès opposant Henry Ford aux frères Dodge en 1919 a été très intéressant en la matière. Les frères Dodge avaient élevé une contestation car ils voulaient que les profits réalisés par l'entreprise soient entièrement reversés aux actionnaires. Or l'actionnaire majoritaire M. Henry Ford s'opposait à cette vision et souhaitait réinjecter intégralement les profits dans l'entreprise pour promouvoir des intérêts sociaux. La Cour Suprême du Michigan lui donna tort en arguant que les profits devaient servir aux seuls actionnaires.

Plus tard, l'auteur Levitt en 1958 a soulevé un danger relatif à la RSE ; les entreprises ne peuvent être tenues responsables au même titre qu'un gouvernement ou que les pouvoirs publics car elles ne répondent pas au principe démocratique de l'élection. Ceci vient poser la question du rôle de l'Etat dans les questions de RSE<sup>250</sup>, pour certains auteurs notamment, le rôle d'encadrement des pouvoirs publics est fondamental pour assurer la crédibilité de la RSE par le biais de contrôle externe.

---

<sup>250</sup> B. SAINCY, *La R.S.E., entre mode managériale et exigences de la société : le rôle des pouvoirs publics*, LPA 26 février 2004, n° 41, p. 15

## 2. Les critiques liées à la nature de la RSE

**271.-** Un des défis de la RSE est de déterminer l'apport des entreprises au « bien commun » sociétal. Or la définition de ce bien commun soulève des interrogations. La RSE en ce sens contribue-t-elle à la dignité de la justice, au progrès ou à l'émancipation ? Les enjeux pesant sur les entreprises semblent considérables face à de tels objectifs et leur moyen d'action peu convaincant.

Enfin l'évaluation de la performance sociale d'une entreprise présuppose la définition de ce concept vague et flou. En effet seules les relations qu'une entreprise entretient avec ses parties prenantes pourront être mesurées. Mais cette théorie générale de la RSE ne répond pas aux différentes théories qui ne s'accordent pas sur les acteurs entrant dans les parties prenantes et ne prend pas en compte la taille et les formes diverses qu'une entreprise peut prendre.

### B. Les critiques liées à l'efficacité des pratiques de RSE

**272.-** L'efficacité de la théorie de la RSE va dépendre du rôle des pouvoirs publics (1.) et de la valeur accordée aux codifications éthiques (2.).

#### 1. Le rôle des pouvoirs publics

**273.-** Certaines critiques de la RSE ont mis en exergue qu'il s'agissait d'une stratégie de différenciation par rapport au concurrent, du fait de l'absence de contrôle des pouvoirs publics. D'autres auteurs en réponse<sup>251</sup>, énoncent qu'il ne doit pas y avoir de prescription législative et que la démarche doit rester volontaire. En effet les entreprises vont adopter des mesures variées selon leur environnement et imposer par une prescription légale pourrait tendre à uniformiser et abaisser des pratiques pionnières. De plus cela favoriserait les entreprises de grande taille qui pourraient plus facilement appliquer ces mesures au détriment des petites entreprises.

Enfin le contenu même de ces engagements dits « éthiques » doit être abordé ; car selon les pays où la réglementation est faible, une entreprise sera avantagée et pourra prendre plus d'engagement en la matière.

---

<sup>251</sup> A. DIAMANTOPOULOU, J. QUATREMER, *La r.s.e. ne peut pas faire de miracles, mais elle peut conduire les entreprises à progresser*, LPA, 26 février 2004 n° 41, p. 4.

## 2. La « valeur » de la codification éthique

**274.-** La traduction de ces conduites « éthiques », « responsables », se fait à travers des pratiques de chartes éthiques, codes de conduite, principes d'affaires, énoncés de valeurs, mais quelle est leur force contraignante ?

En effet la majorité de ces codifications éthiques reprennent des législations existantes ou passent par des normes de certifications. Enfin la dernière pratique consiste à énoncer une valeur floue qu'il sera difficile d'évaluer.

En effet cette question de la force obligatoire revient à se poser celle de l'efficacité d'un système de responsabilité éthique. En effet comment engager la responsabilité d'une entreprise si le texte n'a aucune valeur ?

Or cette question de la force de ces engagements est peu soulevée dans la pratique.

**275.-** La RSE a fait l'objet de critiques historiques notamment quant à son absence de réponse sur certaines problématiques éthiques.

En conclusion de cette section, cette partie plus théorique a eu vocation à démontrer la pluralité des théories voulant influencer le processus éthique dans l'entreprise. En effet leur conciliation est difficile et ce en raison de la multiplicité des théories. Enfin cette théorie a pour vocation la conciliation d'enjeux antagonistes : l'accroissement de la responsabilité par la prise en compte de l'éthique, et une meilleure efficacité.

**276.-** En effet tout au long de ce chapitre, les différents fondements et moyens d'action illustrent la consécration de la RSE notamment dans le droit international, et dans les pratiques des entreprises. Mais cette prise en compte éthique s'accroît et même si l'on ne peut parler à proprement parler de responsabilité, ces normes sont génératrices de conséquences en ce domaine.

**277.-** Tout au long de ce titre, un accroissement de l'éthique est perçu par l'émergence de nouveaux concepts ainsi que de contrôles particuliers. La multitude des théories en la matière ne fait que démontrer que l'éthique influence encore grandement le domaine juridique, et que la notion peut encore évoluer.



## **Conclusion Partie I**

**278.-** Le droit des affaires connaît en son sein des dispositions à portée éthique à la fois implicite et explicite. De nouvelles valeurs sont apparues, consacrées par des théories, pour mettre en œuvre une éthique au sein des entreprises et dans le cadre des affaires internationales. La Responsabilité sociale des entreprises, va donc amener cette idée de responsabilité des entreprises envers les diverses parties prenantes. Mais aujourd'hui les pratiques éthiques dépassent ce cadre et se traduisent par des procédés de codification.

L'efficacité de ces théories éthiques va donc être liée à la réception de ce « nouveau droit » et à la mise en place de contreponds par les pouvoirs publics. En effet ces pratiques tendent à démontrer que les entreprises édictent leur propre norme. Il faut donc un élément, un pouvoir extérieur pour venir contrebalancer ce processus car à défaut les entreprises pourraient devenir « juge et partie » de leurs pratiques.

## **Partie II : La valeur du processus de codification éthique en droit des affaires**

279.- Différentes pratiques de codification éthique sont nées comme nous les avons mentionnées précédemment (chartes éthiques, codes de bonne conduite, énoncés de valeurs, principes d'affaires) et la question de leur contenu et de leur force obligatoire se pose. En effet l'efficacité de la Responsabilité Sociale des Entreprises passe par l'efficacité de ces textes nés d'un processus volontaire ou d'une démarche de différenciation concurrentielle.

Nous n'aborderons pas les codes de déontologie qui sont des normes élaborées par une profession pour la réglementer<sup>252</sup> ; en effet le droit des affaires ne connaît pas de déontologie propre. Enfin pour clore la parenthèse la force contraignante des codes « déontologiques » applicables aux professions libérales est connue. En effet, ils n'ont aucune valeur juridique en tant que telle, leur opposabilité dépend de leur inclusion dans un cadre contractuel ou réglementaire<sup>253</sup>.

Ce processus de codification éthique (Titre I), va donner lieu à des critiques qui peuvent être expliquées par des phénomènes d'actualité récente (Titre II).

### **Titre I : Le processus de codification éthique**

280.- La codification éthique a pu être divisée en plusieurs pratiques normatives éthiques (Chapitre I), dont la force juridique doit être étudiée (Chapitre II).

#### **Chapitre I : Les différents types de codification à portée éthique**

281.- Certaines pratiques normatives éthiques vont avoir pour lieu de prédilection l'entreprise (Section I), et d'autres vont avoir vocation à jouer avec les partenaires commerciaux de l'entreprise (Section II).

---

<sup>252</sup> G. CORNU, déontologie : « ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel ».

<sup>253</sup> Cass. Com. 6 décembre 1994 n°92-21335, Cass. Com 6 avril 1999 n°96-21084, D. A. LAPRÈS, *Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises*, L'éthique et le droit des affaires Tours, 19 janvier 2012, Revue Lamy Droit des Affaires, 2012, n°72

## Section I : Les pratiques éthiques internes à l'entreprise

**282.-** Les pratiques de l'entreprise vont viser ici à énoncer des règles éthiques quant aux conditions de travail des salariés (§1.), et des valeurs à promouvoir notamment par les salariés (§2.). En effet le lien entre marketing et éthique est ici très visible. La connaissance par le public et les consommateurs, de conditions de travail indécentes, ou encore du travail d'enfants, cause un préjudice grave à la réputation d'une entreprise. De ce fait l'entreprise met en place des codes éthiques pour faire respecter ses objectifs en la matière.

### **§1 : Les « codes de conduite »**

**283.-** Les codes de conduite vont être abordés de façon théorique (A.) et pratique (B.) pour permettre une meilleure vision de leurs efficacités.

#### A. La vision théorique des codes de conduite

La vision théorique de ces codes va permettre de les définir (1.), tout en énonçant leur contenu (2.).

##### 1. Définition d'un code de conduite

**284.-** Le code de conduite est « *une démarche volontaire de la part des directions d'entreprise qui répondent à une logique d'autorégulation et de maîtrise des processus de dialogue avec des parties prenantes* »<sup>254</sup>. Il s'agit à l'origine d'une démarche réactive par rapport à des campagnes d'opinion altérant l'image de certaines entreprises.

Cette démarche a évolué et est de plus en plus préventive car elle vise à anticiper ou à éviter des initiatives émanant des pouvoirs publics.

Ce mouvement peut apparaître comme l'émergence d'un dispositif global de régulation non contraignant à l'échelle mondiale. Mais bien qu'ils fassent souvent référence aux conventions de base de l'OIT, les codes de conduite présentent la particularité d'être très divers et très inégaux. Ils le sont à la fois dans leurs contenus et dans les partenariats mis en œuvre par les entreprises. C'est

---

<sup>254</sup> M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010, p.70.

la raison pour laquelle leur lisibilité globale est assez faible. On leur reproche généralement leur manque d'harmonisation qui ne permet pas de réaliser des comparaisons inter firmes.

**285.-** Souvent faiblement contraignants un grand nombre de codes de conduite ne subissent pas de contrôle ni de suivi de leur application. Lorsque des audits ont lieu pour s'assurer que leurs principes et leurs engagements sont respectés, de nombreux observateurs relèvent que l'impartialité n'est pas garantie. Leur prolifération a également nuit à leur visibilité et à leur crédibilité ce qui a conduit à la création d'un organisme américain destiné à proposer une norme de certification sociale (SA 8 000) qui était censée servir de référence commune et éviter la multiplication des audits chez les même fournisseurs ou sous-traitants.

Les engagements formulés par les entreprises dans leur code de conduite peuvent néanmoins donner lieu à des recours devant les tribunaux et une jurisprudence s'amorce aux USA pour sanctionner des engagements non tenus.

Le débat sur la légitimité et l'efficacité des codes de conduite continue d'avoir cours. Ils sont notamment discutés par les syndicats internationaux et des campagnes d'ONG qui en soulignent la faiblesse et le manque d'indépendance des contrôles. Ceux qui s'en font les avocats soutiennent que les codes de conduite ont l'avantage d'être transnationaux et de pouvoir faire appliquer des conventions internationales dans des unités de production de pays qui ne les ont pas signées.

Les codes de conduite peuvent être considérés comme une forme de régulation hybride mais leur atomisation, leur morcellement et leurs disparités conduisent à en faire plus une multitude de régulations autonomes qu'une régulation globale cohérente.

**285.-** Il n'y a pas émergence d'un mode de régulation unique et on ne peut affirmer que les tendances actuelles permettent d'y conduire. On s'achemine plutôt vers un modèle de régulation internationale, la gouvernance est polycéphale et s'articule autour de quatre pôles : conseil de surveillance (sans dirigeant), directoire, comité d'éthique, comité d'audit. Cette gouvernance améliore l'autorégulation des entreprises.

## 2. Le contenu des codes de conduite

**287.-** Les codes de conduite sont surtout utilisés aux Etats-Unis. Leur contenu décrit avec précision les comportements moraux attendus du personnel. Ils sont souvent rédigés à la deuxième ou troisième personne du singulier ; et en général ils ne font que reprendre le contenu légal existant. La valeur de ce code de conduite va dépendre de son degré d'utilisation, et de sa plus ou moins large communication.

En effet, si le code est inséré dans un document à valeur contractuelle (CGV) sa force tirera du contrat son effectivité. Mais en l'espèce ces codes de conduite semblent être disponibles sur les sites internet des groupes.

Il faut le différencier d'un règlement intérieur car le code de conduite n'a pas la même nature juridique.

**288.-** Ici les principes édictés sont larges et les droits garantis reprennent souvent en grande majorité les droits nationaux et les salariés ont donc plus intérêt à fonder un éventuel recours sur la base de leur contrat de travail.

Il est cependant possible d'envisager un recours de la part des consommateurs, en effet les codes de conduite proposés sur internet sont érigés comme un élément marketing à leur destination. De ce fait, il est peut être possible de se fonder sur les fondements de la publicité (trompeuse) pour dénoncer la non application de ces textes.

### B. La vision pratique d'un code de conduite

**289.-** L'étude du code de conduite de la société Apple (1.) va permettre de révéler si de telles pratiques sont efficaces (2.).

1. Le code de conduite de la société Apple ou « Code of conduct<sup>255</sup> »

**290.-** Le code est rédigé en anglais à la troisième personne du singulier. Une brève introduction énonce que l'entreprise (et ses filiales) s'assure que les conditions de travail respecte un degré de sécurité, que les travailleurs sont traités avec respect et dignité, et que le processus de fabrication respecte l'environnement.

Les fournisseurs et les filiales d'Apple doivent respecter la loi du pays où ils exercent leur activité. Ce code de conduite semble avoir vocation internationale, il reprend les termes de responsabilité sociale et environnementale et fait référence à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, les textes de l'Organisation Internationale du Travail, de la SAI (Social Accountability International), de l'ETI (Ethical Trading Initiative). Il est composé de cinq parties.

- La première partie fait référence aux droits de l'homme et aux droits des salariés.

Cette partie va reprendre le principe de non-discrimination de façon très élargie et va lister diverses pratiques auxquelles il faudra porter une attention particulière (race, sexe, religion, opinion politique, femme enceinte, tests médicaux, etc.).

Le traitement des employés doit être loyal, dans le sens où il ne doit pas y avoir de harcèlement. La société s'engage ensuite à lutter contre le travail illégal, le travail des enfants mineurs tout en ajoutant qu'il faudra établir une protection supplémentaire pour les enfants en dessous de 18 ans lorsque l'âge légal pour travailler dans certains pays est en deçà de 18 ans. Le code de conduite énonce ensuite des principes quant aux modalités de travail et de paiement (60h de travail, payé au salaire minimum du pays où l'activité est exercée, avec la liberté d'association garantie).

- La deuxième partie se réfère à la santé et à la sécurité.

Des contrôles de prévention des risques de dommages corporels doivent être mis en place, notamment concernant l'exposition aux composants chimiques, ainsi qu'une évaluation concernant le travail physique effectué par les salariés. Les salariés doivent ensuite avoir accès à des conditions sanitaires listées (toilettes et sanitaires propres, eau potable, nourriture, ventilation chauffage, accès de secours, espace personnel de travail raisonnable etc.).

Les salariés doivent suivre des formations et les entreprises partenaires sont encouragées à mettre

---

<sup>255</sup> [http://www.apple.com/supplierresponsibility/pdf/Apple\\_Supplier\\_Code\\_of\\_Conduct.pdf](http://www.apple.com/supplierresponsibility/pdf/Apple_Supplier_Code_of_Conduct.pdf)

en place un système de santé.

- La troisième partie relative à l'impact environnemental, va énoncer successivement une exigence de sécurité quant à la manipulation des produits dangereux, une minimisation du gaspillage, un traitement des déchets, et une diminution des pollutions (eau, air) ; tout en mentionnant l'obligation de permis environnemental.

- La quatrième partie est intitulée « Ethiques ». Elle fait référence à une intégrité d'affaire, au secret des informations (confidentialité et whistleblower -contrôles et recours internes-, propriété intellectuelle, engagement de la communauté).

- La cinquième et dernière partie fait référence aux engagements des gestionnaires. Ces derniers comprennent la responsabilité, la mise en œuvre de stratégies, d'audits, d'évaluation des risques, de communication et de formation pour les salariés.

**292.-** La lecture attentive du code de conduite de la société Apple confirme le caractère peut engageant de celui-ci et traduit plus une démarche d'image qu'une volonté de contrainte forte. Le cadre juridique est absent et il n'existe pas de sanction explicite en cas de non-respect. Il existe indéniablement une source de progrès considérable pour rendre plus tangible les intentions et les transformer en réels engagements avec force de contrainte.

## 2. L'application relative de ce code de conduite

**293.-** Des études révélées par des journalistes<sup>256</sup> ont montré que les sous-traitants chinois (Foxconn et Wintek) d'Apple ne respectaient pas le code de conduite énoncé ci-dessus, les

---

<sup>256</sup> G. HUINI, The New York Times, *In China, Human Costs Are Built Into an iPad*, [http://www.nytimes.com/2012/01/26/business/economy-apples-ipad-and-the-human-costs-for-workers-in-china.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/01/26/business/economy-apples-ipad-and-the-human-costs-for-workers-in-china.html?_r=0)

L. ORTIZ, Le Monde, *Apple, gendarme et accusé sur les conditions de travail en Chine*, [http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/01/27/apple-gendarme-et-accuse-sur-le-travail-en-chine\\_1635635\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/01/27/apple-gendarme-et-accuse-sur-le-travail-en-chine_1635635_3234.html)

principales critiques étaient liées au traitement des salariés, notamment à l'indifférence de la santé des travailleurs, aux heures de travail non respectées, au travail de mineurs dans des conditions physiques inappropriées. Ces articles faisaient notamment suite à des suicides et des accidents de travail liés à l'emploi de produits chimiques ayant provoqué des explosions.

**294.-** En réponse Apple a effectué des inspections auprès de ses sous-traitants par l'intermédiaire de la FLA (Fair Labor Association). Le nombre de ces dernières aurait augmenté, en 2011 il y en aurait eu 229, contre 127 en 2010. Dans l'hypothèse d'un manquement d'un sous-traitant au code de conduite, le fournisseur dispose de trente jours pour se reprendre ou bien Apple *"met un terme à la relation commerciale"*.

**295.-** Mais ce code de conduite repose sur des textes en contradiction avec son contenu même. En effet la Déclaration Universelle des droits de l'homme et les textes de l'Organisation internationale du travail posent des principes interdisant le travail des mineurs. La rédaction même de cette charte se posant comme contre le travail des mineurs et ajoutant qu'il faut procéder à une protection pour les « enfants » en dessous de 18 ans montre des antagonismes de philosophie.

**296.-** Ensuite, le texte se réfère aux minimums légaux des pays où les sous-traitants vont exercer leur activité. Or l'adoption d'un code de conduite a pour but de « gommer » sur le plan international certaines inégalités pour permettre l'adoption d'un « standard » éthique. Cette référence même montre que le contenu est désuet et n'a pas vocation à instaurer un minimum éthique.

Le contenu de ce code de conduite reprend à plus de 90% des obligations légales.

En France ce code se situerait en dessous du minimum légal. On peut donc déjà critiquer cette pratique qui n'a qu'une vocation marketing ou de différenciation par rapport à d'autres concurrents. L'éthique ici n'est présente que dans la dénomination du code.

Enfin le recours à ce code semble compromis de par le caractère international de son champ d'application et face à la disparité des législations. De plus une campagne médiatique sévère dénonçant la non-application du code de conduite, n'a eu comme réponse de la part d'Apple aucun changement de comportement.



**297.-** Des recours commencent à avoir lieu, un arrêt publié au bulletin de la Cour de cassation du 8 décembre 2009<sup>257</sup> répond à l'appel formulé par un syndicat demandant l'annulation d'un code de conduite pour non-respect de la vie privée et des dispositions de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés). La Cour de cassation déclare le code de conduite illicite car ne prévoyant « aucune mesure d'information et de protection des personnes répondant aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 et de la délibération du 8 décembre 2005 portant autorisation unique ».

Enfin une autre force obligatoire applicable aux codifications éthiques, est celle d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ouvre la possibilité d'un recours pour le salarié selon les procédures applicables prévues à cet effet<sup>258</sup>.

## **§2 : Les « énoncés de valeur »**

**298.-** Les énoncés de valeurs sont une pratique de codification éthique qui devra être envisagée de façon théorique (A.) et pratique (B.).

### A. La vision théorique d'un énoncé de valeur

La définition d'un énoncé (1.) de valeur va permettre de se pencher sur le contenu de telles pratiques normatives (2.).

#### 1. La définition d'un énoncé de valeur

**299.-** Les énoncés de valeurs sont conçus principalement pour l'usage interne et on les reconnaît par les expressions telles que « les valeurs que nous privilégions ». Il s'agit de principes de valeur qui vont être énoncés par ordre d'importance : le travail d'équipe, la responsabilité, la communication ouverte, l'innovation, la créativité, l'orientation clientèle, la flexibilité,

---

<sup>257</sup> Cass., soc., 8 décembre 2009, n°08-17191.

<sup>258</sup> F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2011, dossier 31

l'efficacité, le professionnalisme, l'entrepreneuriat, la fierté et la dignité, la loyauté, la motivation et l'enthousiasme, participation, l'unité et les buts partagés<sup>259</sup> .

Les entreprises américaines, européennes et asiatiques en font un usage important.

Ces énoncés vont souvent se retrouver sur le site internet des entreprises et sont souvent rédigés à la première personne du pluriel. Ils ont vocation à situer l'entreprise sur le marché pour les salariés ou salariés potentiels, tout en s'inscrivant dans une démarche de différenciation. Ils peuvent aussi informer le client sur l'organisation interne du travail et la philosophie de l'entreprise.

## 2. La force obligatoire de ces énoncés de valeur

**300.-** Les principes énoncés dans ces énoncés de valeur sont difficiles à mesurer en eux même ; comment mesurer l'innovation par exemple ?

De plus ils semblent plus être des énoncés indicatifs à valeur descriptive. En effet promouvoir le travail d'équipe ne veut pas dire selon les réalités humaines que ce dernier aura lieu de façon effective par exemple.

De plus le salarié dans le cadre de son contrat de travail aura une mission assignée et décrite de façon précise. Un énoncé de valeur n'aura alors que peu d'utilité pour un recours envisagé par un salarié.

Là encore il s'agit de l'image de marque de l'entreprise qui se positionne par rapport à ses concurrents en favorisant certaines valeurs. Mais il s'agit aussi d'un positionnement envers les futurs salariés de l'entreprise.

### B. La vision pratique d'un énoncé de valeur

L'étude pratique d'un énoncé de valeur (1.), démontre l'application de différentes formes d'éthique au sein de l'entreprise (2.).

---

<sup>259</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.209.

## 1. Les énoncés de valeur de la société Landwell<sup>260</sup>

**301.-** La société Landwell, cabinet d’avocat, propose sur son site internet des énoncés de valeur. Ces valeurs peuvent être résumées de la façon suivante : il s’agit d’un engagement individuel et collectif à l’accompagnement dans les activités des clients et la mise en œuvre de leurs projets stratégiques et opérationnels pour garantir leurs intérêts dans le respect des règles de déontologie de la profession d’avocat et de la société.

Cette mission de conseil va être gouvernée par l’excellence, le leadership et le travail d’équipe. Les solutions proposées doivent être pragmatiques et adaptées aux besoins des clients dans une initiative d’innovation, de réactivité et de développement constant des connaissances.

La stratégie de l’entreprise est de devenir le conseil de référence, par un conseil créatif, une prise de responsabilité et une intégrité ceci par la mise en œuvre d’un travail d’équipe. Ce dernier reposant sur la loyauté, le respect et le partage par la mobilisation d’équipe pluridisciplinaire et d’expertise. On retrouve ce schéma sur le site internet de l’entreprise.



<sup>260</sup> <http://www.landwell.fr/nos-valeurs.html>

## 2. L'application de ces énoncés de valeurs

**302.-** Une certaine banalité générale se dégage de ces énoncés de valeurs morales. De plus ces dernières sont difficilement contestables<sup>261</sup>. L'entreprise s'érigeant ainsi comme un acteur éthique est mieux acceptée. Ces comportements, pour certains auteurs, se situent dans un mécanisme de régulation interne des comportements. L'entreprise affiche ses valeurs à l'égard de ses salariés et de ses sous-traitants et fournisseurs. Ainsi l'entreprise pourra s'assurer du respect des principes qu'elle a formulés.

Mais l'application de ces énoncés devra prendre une forme positive dans le sens où l'entreprise devra effectuer des contrôles (certification, audits, etc.) pour s'assurer du respect de ses valeurs.

**303.-** En conclusion les pratiques éthiques internes à l'entreprise ont une efficacité qui va souvent dépendre de leur force juridique, mais aussi des contrôles effectués par l'entreprise.

**304.-** Pour conclure cette section, les codes de conduite et les énoncés de valeur sont des pratiques de codification éthique qui s'adressent aux acteurs internes à l'entreprise. Ces derniers bénéficient d'une force obligatoire contractuelle dans certains cas, ou même légale. Lorsque ces hypothèses, ne sont pas remplies d'autres recours en théorie sont possibles (droit de la consommation par exemple).

### ***Section II : Les pratiques éthiques avec des acteurs externes à l'entreprise***

**305.-** Les principes d'affaires (§1.), et les chartes éthiques (§2.) sont deux exemples de pratiques éthiques de l'entreprise ayant vocation à s'appliquer avec des acteurs externes, c'est-à-dire les partenaires commerciaux, les filiales, les fournisseurs et distributeurs, etc.

#### ***§1 : Les principes d'affaires***

La vision théorique de ces principes d'affaires (A.) va faciliter l'étude des principes énoncés par Google (B.).

---

<sup>261</sup> J.P. SEGAL, *Pluralité des lectures politiques de la responsabilité sociale de l'entreprise en Europe*, Semaine sociale Lamy 2004, n°1186 du 18 octobre 2004.

## A. La vision théorique des principes d'affaires

La définition des principes d'affaires est nécessaire (1.) pour pouvoir aborder leur contenu (2.).

### 1. La définition des principes d'affaires

**306.-** Il s'agit de « *codes qui précisent le type de relation que l'entreprise souhaite avoir avec les partenaires qu'elle considère comme les plus importants pour elle*<sup>262</sup> ». Ils sont utilisés par les entreprises américaines, européennes et asiatiques en grande majorité. Le terme code est générique mais la définition précise d'une relation entre deux acteurs présuppose l'accord des deux parties et donc un contrat. S'il s'agit d'une déclaration unilatérale, la valeur de ces principes fera l'objet d'un débat quant à leur force contraignante.

### 2. Le contenu

**307.-** Ils sont souvent rédigés à la première personne du pluriel. Ils vont énumérer des responsabilités envers les clients, les actionnaires et investisseurs, les employés, les fournisseurs, les distributeurs et les partenaires commerciaux, les concurrents.

Les thématiques communiquées aux clients seront liées à la qualité des produits et des services, la santé et la sécurité du travail, un prix et des conditions de rémunérations décentes.

Pour les actionnaires et investisseurs il s'agira du retour sur investissement et de la création de profit. Les employés seront quant à eux reliés aux thématiques d'épanouissement personnel, du principe de dignité et de respect, de l'égalité des chances, une rémunération et des avantages sociaux concurrentiels.

Les partenaires commerciaux quant à eux entrent dans les thématiques des relations commerciales (lien de dépendance, relation égale, rapport durable).

Envers les concurrents, la thématique éthique d'intégrité est souvent citée.

**308.-** On peut d'ores et déjà noter que ces différentes pratiques de codification éthique sont redondantes et se recourent.

---

<sup>262</sup> M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011, p.210.

## B. Les principes d'affaires de Google et Adwords<sup>263</sup>

L'étude des principes d'affaires de Google (1.) permet de démontrer l'application éthique et la valeur de ces principes (2.).

### 1. Les principes d'affaires envers les « partenaires tiers »

**309.-** Ils sont dénommés ici « *guide de l'annonceur : collaboration avec un partenaire tiers* ». Une partie est destinée au client et explique le fonctionnement du programme de publicité Adwords, qui peut aussi s'occuper de campagnes publicitaires et qui peut être facturé selon divers modes. En un mot Google énonce le panel de son offre publicitaire proposée par le biais du programme Adwords.

Le système est qu'une fois une annonce publicitaire diffusée, les données relatives aux performances vont être transmises au partenaire tiers. Ce système permet de connaître de par sa transparence le retour sur investissement ; on retrouve ici l'intérêt des actionnaires et investisseurs.

**310.-** Les partenaires tiers sont « *des acteurs multiples allant de la grande agence publicitaire au consultant web indépendant en passant par l'éditeur des pages jaunes* », qui entrent dans le programme de partenariat.

Ces partenaires sont identifiables par un badge sur leur site internet et une attestation de certification, et peuvent offrir des services tels que la mise en place du programme et son amélioration, des cours pour utiliser le logiciel ou d'autres produits de Google, un service professionnel de la création du compte à son activation jusqu'à la mise en place de la campagne de publicité et son optimisation. Le client doit donc être sélectif et choisir un partenaire tiers pour gérer sa campagne publicitaire par exemple pour une durée déterminée. La relation avec le partenaire tiers est donc définie strictement en filigrane par Google. Google ajoute des obligations : la résolution des problèmes, la communication des coûts et des performances des campagnes Adwords, la garantie de l'emplacement d'annonces (sur un canal publicitaire spécifique ou à une position donnée), et la possession d'un e-mail Google.com, enfin l'application d'une tarification préétablie.

---

<sup>263</sup> <http://www.google.fr/adwords/thirdpartypartners/>

**311.-** On voit ici que même lorsque le document s'adresse au client les relations avec les partenaires tiers sont très codifiées.

## 2. L'application de ces principes d'affaires

**312.-** Ces principes comme énoncés ci-dessus peuvent avoir valeur contractuelle s'ils sont définis par un contrat. Ils se rapprochent de conditions générales de ventes sans en avoir les critères légaux de l'article L441-6 du Code de commerce.

Ils tendent à intégrer les diverses parties prenantes et à définir les relations avec les partenaires commerciaux.

**313.-** Leur valeur éthique soulève les mêmes interrogations à savoir une présentation loyale au sens de la publicité destinée aux consommateurs.

Mais ces derniers présupposent une définition rigoureuse et se rattacherait donc à un contrat, la force obligatoire contractuelle en découlerait automatiquement et résoudrait ces questionnements liés à la valeur de ces principes.

### ***§2 : L'étude d'une « charte éthique » ou d'un code éthique***

**314.-** Les chartes éthiques dans leur vision théorique (A.) sont le regroupement des différentes pratiques déjà étudiées qui constituent un code éthique au sens large.

L'étude d'une charte éthique (B.) va permettre de démontrer ceci, et de qualifier la force juridique qui lui est attachée.

#### A. La vision théorique des chartes éthiques

**315.-** Même s'il n'est pas le seul facteur déterminant, le principal vecteur lié à l'adoption d'un code éthique est la conformité et l'adaptation à la loi.

L'éthique peut-elle être un remède aux maux des sociétés actuelles ou pallier à des insécurités juridiques ? La définition d'une charte éthique (1.) et de son contenu (2.) va être la première étape de notre raisonnement.

## 1. La définition d'une charte éthique

**316.-** Le terme de charte éthique peut se définir de façon générale, il s'agit d'un document dans lequel l'entreprise entend définir les valeurs auxquelles elle est attachée (énoncés de valeurs), les principes généraux qui gouvernent son activité, les comportements moraux attendus des salariés (code de conduite) ; elle regroupe donc les notions que nous avons étudiées précédemment<sup>264</sup>. Les chartes éthiques au sens restrictif ont vocation à mobiliser les salariés de l'entreprise autour d'une thématique par exemple l'environnement.

Les normes de contrôle imposées aux salariés doivent respecter les libertés individuelles et collectives ; toute restriction doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir selon l'article L1121-1 du Code du travail.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 8 décembre 2009, énoncé que les chartes d'éthique professionnelles ne doivent pas porter atteinte à la liberté individuelle et collective d'expression des salariés<sup>265</sup>. Les discriminations sont aussi prohibées selon les articles L1132-1 et suivants du Code du travail.

**317.-** Les chartes éthiques permettent donc de réunir dans un même document l'ensemble des « *normes applicables à une entité* »<sup>266</sup> ; il s'agit de valeurs et de règles de comportement qu'une entreprise entend promouvoir ou faire respecter par ses acteurs et partenaires. Ces documents doivent en théorie préciser les responsabilités et les devoirs incombant aux salariés dans l'exécution de leur contrat de travail<sup>267</sup>.

## 2. Le contenu d'une charte éthique

**318.-** La Charte éthique dans sa définition généraliste est composée de trois parties<sup>268</sup>.

La première est relative aux grands principes et valeurs de l'entreprise qui sont censés être fédérateurs (énoncés de valeurs).

---

<sup>264</sup> Guide Lamy (de l'Elu du CE), Partie VIII, Thème 810, *Analyser une charte éthique*

<sup>265</sup> Cass. Soc. 8 décembre 2009, n°08-17191

<sup>266</sup> Lamy Thematis 2012, Etude 144, Ethique, Chartes éthiques et code de bonne conduite, définition

<sup>267</sup> Les chartes informatiques doivent être distinguées : il s'agit de charte visant à réglementer l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication au sein de l'entreprise et à assurer la sécurité du réseau informatique.

<sup>268</sup> J.L. DENIER, *Elaboration d'une Charte d'éthique*, Cahiers DRH 2004, n°99.





**321.-** La première partie est relative à l'investissement dans la recherche et développement, aux relations avec les partenaires commerciaux, et aux normes de reporting. Les thèmes abordés vont être la sécurité et la qualité des produits, les documents financiers et professionnels, l'utilisation des actifs de la société, la confidentialité, la représentation de la société par les salariés, une politique de refus des cadeaux sauf si ces derniers ont une valeur symbolique, et enfin une lutte contre la corruption.

La deuxième partie va se centrer sur l'environnement de travail et va aborder consécutivement la santé, l'hygiène, la sécurité, la diversité (principe de non-discrimination), le harcèlement moral et sexuel, le respect de la vie privée, les conflits d'intérêts.

La troisième partie a vocation à réduire et quantifier l'impact sur l'environnement de l'activité de l'entreprise ; les thèmes sur lesquels se centre la charte en la matière sont les activités politiques, les contributions de la collectivité, la responsabilité vis-à-vis de l'environnement.

Enfin la dernière partie, concernant les managers énonce avec précision le rôle de ces derniers qui doivent exercer leur mission avec intégrité, prendre en compte la publicité et le marketing, les délits d'initié, doivent faire des choix de traitement équitable entre les fournisseurs, favoriser la concurrence notamment entre les parties prenantes, et enfin la fiscalité.

## 2. L'application de cette charte éthique

**322.-** La Charte éthique du groupe l'Oréal est disponible sur son site internet dans 43 langues différentes. Elle est en quelque sorte la « Constitution » du groupe en ce domaine<sup>270</sup>. Différents guides sont aussi présents sur le site.

La société a mis au point un outil permettant aux comités de direction d'analyser les risques éthiques pour permettre l'élaboration d'un plan d'action corrective.

Cette charte a pour mission de promouvoir l'éthique auprès des collaborateurs et parties prenantes de l'Oréal mais également de mettre en place des formations. L'objectif est de former les collaborateurs sur divers thèmes éthiques comme la corruption, la gestion de la chaîne d'approvisionnement et développer des compétences éthiques spécifiques telles que « démontrer un niveau élevé d'intégrité personnelle », « développer son raisonnement éthique ».

---

<sup>270</sup> E. LULIN, *La démarche éthique de l'Oréal*, Lamy droit des affaires n°272, du 19 janvier 2012

**323.-** La valeur de cette charte est légale pour les obligations découlant du droit positif qu'elle reprend en son sein ; contractuelle lorsque ces dispositions ne découlent pas d'obligation légale et sont seulement intégrées dans une convention ; « semi légale » lorsque le contenu de la charte comprend les deux types d' « obligations ».

Dans un arrêt du 4 juin 2009<sup>271</sup>, la Cour d'appel de Paris a pu se prononcer sur la force juridique d'une charte éthique.

En l'espèce il s'agissait d'un contentieux relatif à la contestation d'un licenciement. Le juge a pu se prononcer sur la conformité du comportement du salarié avec la charte éthique à la suite des griefs de l'employeur portant sur un comportement inadapté par rapport à la culture managériale d'entreprise. La Cour a énoncé « *La culture managériale de l'entreprise est exprimée dans la charte éthique [...] qui pose pour règles de conduite le respect de la personne, l'honnêteté, et la loyauté et préconise la pratique constante de la délégation, la transparence, l'écoute et la reconnaissance du droit à l'erreur* ». Cette décision allait dans le sens du salarié car l'employeur n'avait pas démontré, un comportement du salarié contraire à cette charte éthique.

**324.-** Le recours, à une charte éthique en droit est donc admis, mais sa valeur n'est pas consacrée et dépend donc de son utilisation.

**325.-** Pour conclure cette section, les différentes pratiques de codifications éthiques sont de plus en plus usitées par les entreprises. En effet les entreprises dépourvues de code éthique, comme par exemple Facebook, sont négativement citées de façon récurrente et cette lacune semble choquer les consommateurs.

Ces pratiques éthiques sont souvent regroupées dans une charte éthique. La diffusion au public va permettre à l'entreprise d'améliorer son image, et de gagner de la valeur ajoutée. Mais la force juridique de ces documents va être liée à leur support et, dans la majorité des cas, aujourd'hui, ces codes éthiques sont annexés aux contrats commerciaux.

**326.-** Pour conclure ce chapitre, l'éthique est de plus en plus usitée. Les pratiques de codification des entreprises sont de plus en plus variées, mais les thématiques et les valeurs énoncées sont récurrentes. La portée et l'efficacité de ces pratiques dépendent de leur utilisation

---

<sup>271</sup> CA, Paris, Pole 6 chb. 11, 4 juin 2009, RG 06/13646.

faite par l'entreprise. Mais l'évolution des pratiques, née dans un contexte de globalisation, permet de démontrer une certaine uniformisation comportementale des entreprises.

## **Chapitre II : La valeur des chartes éthiques dans un contexte mondial**

**327.-** La valeur de ces chartes éthiques est liée aux comportements des entreprises qui ont évolué en la matière et leur donne de plus en plus une valeur contractuelle (Section I). Sur le plan international, les pratiques liées à ce type de charte vont permettre de se pencher sur l'efficacité internationale de l'éthique et la prise en compte grandissante de l'éthique (Section II).

### **Section I : L'évolution des comportements éthiques**

La valeur contractuelle de ces chartes (§1.) va s'opposer à des valeurs qui sont débattues (§2.)

#### ***§1 : La valeur contractuelle de ces chartes***

Ces chartes éthiques peuvent être intégrées dans les Conditions Générales de Vente (A.) ou même faire partie intégrante des contrats commerciaux (B.).

##### A. L'intégration dans les Conditions Générales de Vente

**328.-** L'intégration dans les Conditions Générales de Vente des chartes éthiques, comme l'a fait le site internet PriceMinister (1.), donne à ces dispositifs éthiques une valeur contractuelle, mais permet de protéger certaines dispositions éthiques car celles-ci pourront faire l'objet d'un recours éventuel (2.).

##### 1. L'exemple des conditions générales de vente de PriceMinister

**329.-** Une pratique de plus en plus courante est l'insertion dans les conditions générales de vente de ces procédés éthiques.

On peut citer à ce titre les conditions générales de vente du site internet PriceMinister<sup>272</sup>, qui intègrent la lutte contre les fraudes et la protection de la vie privée dans son article 7 « OBLIGATIONS DES ACHETEURS » : « *PriceMinister pourra être amené, à titre exceptionnel et dans le but de lutter contre les éventuelles fraudes, à procéder à une validation de l'identité de l'Acheteur. En cas de communication tardive ou de défaut de communication des informations requises par PriceMinister dans le cadre de la validation de l'identité, PriceMinister pourra annuler ou retarder l'exécution de la transaction opérée par l'Acheteur.*

*Les données à caractère personnel collectées lors de cette vérification seront traitées conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur et à la Politique de protection de la vie privée de PriceMinister. Ces données seront uniquement destinées à PriceMinister et seront conservées pendant la durée strictement nécessaire à l'exécution de la transaction. »*

## 2. La politique de gestion des données intégrées dans les conditions générales de vente

**330.-** Ainsi les Conditions Générales de Vente intègrent une politique précise concernant la gestion des données et les informations pour garantir la protection de la vie privée<sup>273</sup>. Cette politique va expliciter comment les données vont être enregistrées puis comment désactiver ce processus d'enregistrement.

Concernant l'enregistrement des données personnelles relatives au compte d'utilisation, la durée de conservation « *doit être strictement nécessaire à l'utilisation du compte* ». La collecte doit avoir pour but exclusif l'organisation de jeux de concours. Les données de navigations, les cookies (fichiers textes déposés sur le disque dur de l'ordinateur qui enregistrent les informations relatives à la navigation sur le site). Ces cookies vont être communiqués aux partenaires pour la communication de publicités ciblées. Ces conditions générales de ventes énoncent ensuite une réserve pour les sites de Facebook Twitter et Google +, PriceMinister énonçant qu'il n'a aucun contrôle sur ces sites.

La possibilité de désactiver la sauvegarde de données ou de se désabonner des e-mails automatiques

---

<sup>272</sup> [http://www.priceminister.com/help?action=r\\_contract](http://www.priceminister.com/help?action=r_contract)

<sup>273</sup> [http://www.priceminister.com/help/i\\_priv\\_cookies](http://www.priceminister.com/help/i_priv_cookies)

est ensuite expliquée sur le site (choix de l'opt-out).

En pratique cette désactivation est plus difficile à mettre en œuvre, comme notre expérience de consommateur peut en témoigner.

**331.-** Un code de conduite pour les vendeurs professionnels précise certaines obligations particulières concernant le bon déroulement des opérations par des engagements de « modération » et de « courtoisie », de respect des législations applicables, et des codes de déontologie de son activité.

La valeur d'une charte incluse dans les conditions générales de vente est celle d'un contrat, les recours relatifs au contrat (vice du consentement, dol etc.) seront donc envisageables.

#### B. L'intégration dans les contrats

**332.-** Les chartes éthiques sont aussi intégrées dans des contrats et notamment dans des contrats internationaux, ce qui se répercute sur toute la chaîne contractuelle pour améliorer ou tenter d'améliorer des pratiques sociales<sup>274</sup>. Des sanctions sur le plan civil seront donc envisageables (1.), mais aussi sur le plan commercial (2.).

##### 1. Une sanction par rapport aux dispositions du Code civil

**333.-** La première sanction envisageable lors de l'intégration d'une charte éthique dans un contrat peut se fonder sur le Code civil. Ayant une force juridique contractuelle toute disposition relative à la formation du contrat, c'est-à-dire les conditions de validité de ce contrat, peuvent être un moyen de recours. Les articles relatifs au consentement peuvent trouver pleine application si une erreur (article 1110 du Code civil), une violence (article 1111 à 1115 du Code civil) ou un dol (article 1116 du Code civil) a été commis (article 1109 du Code civil). La charte éthique devra ensuite comprendre, les conditions de validité de l'article 1108 du même code, et les conditions préalables de validité (capacité, objet, cause, consentement).

---

<sup>274</sup> L. RAVILLON, *La RSE dans les contrats du commerce international*, Lamy droit des aff. 2013, n°84

L'article 1134 du Code civil peut aussi être mis en œuvre. Une pratique contraire à des engagements éthiques déclarés peut nourrir le grief d'une exécution de mauvaise foi et ainsi être sanctionnée par cet article.

En effet une telle pratique doit être conforme au devoir de loyauté et au devoir de cohérence des parties.

## 2. Une sanction par rapport à l'article L442-6 I du Code de commerce

**334.-** Dans le cadre d'un contrat commercial, l'intégration d'une charte éthique va avoir des conséquences. Nous avons déjà exposé le dispositif de l'article L442-6, I, V<sup>ème</sup>, du Code de commerce relatif aux relations commerciales. Ne pas respecter une charte éthique intégrée dans un contrat commercial, peut entraîner l'application de cet article, et permettre au juge d'apprécier les engagements éthiques, et leur rupture. Certaines décisions ont pu citer des chartes éthiques dans des contentieux relatifs à cet article. On citera la décision du Tribunal de commerce du 26 novembre 1998<sup>275</sup>, où un fournisseur a demandé l'indemnisation d'une rupture contractuelle brutale. Le Tribunal a énoncé que « *l'éthique de la société X est fondée sur le respect, la loyauté et la coopération vis-à-vis des fournisseurs. Le respect de la parole donnée est une valeur morale essentielle (...)* » et applique ensuite la jurisprudence de la Cour de cassation en jugeant que « *le concédant a manqué de loyauté en n'informant pas la SA PBC de ses intentions de concessionnaire (...)* ».

Le juge ne se fonde pas explicitement sur la charte éthique pour prononcer la brutalité de la rupture, la référence aux dispositions éthiques n'est cependant pas anodine. Ceci montre une prise en compte des dispositions éthiques.

**335.-** L'insertion contractuelle permet de protéger ces dispositions éthiques, en leur donnant valeur contractuelle, et de ce fait, différentes règles de droit peuvent se voir appliquer. Les auteurs des chartes doivent alors veiller au bon respect des principes énoncés dans les chartes.

---

<sup>275</sup> Tribunal de commerce, Roubaix-Tourcoing, 26 novembre 1998, n° 98-1451.

## §2 : Des valeurs discutées

**336.-** Des débats ont vu le jour sur une potentielle valeur de règlement intérieur pour les chartes éthiques (A.), ou encore sur l'existence d'une responsabilité éthique de la société pour les agissements de sa filiale (B.).

### A. Une valeur de règlement intérieur

**337.-** Cette valeur de règlement intérieur peut être le fait d'une requalification de la charte éthique par le juge (1.). Mais outre cet exemple, cette valeur de règlement intérieur entraîne des conséquences lourdes notamment sur le plan du droit du travail (2.).

#### 1. Une potentielle requalification en règlement intérieur

**338.-** L'application du régime de règlement intérieur aux chartes éthiques est possible et discutée<sup>276</sup>, ceci a été illustré par certaines décisions de justice qui ont appliqué le régime du règlement intérieur à ces chartes. La charte relèvera du régime du règlement intérieur (imposant la consultation du CE –comité d'entreprise- et CHSCT – comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail-, à défaut inopposable aux salariés), si elle porte des sanctions disciplinaires. Les matières relatives aux mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, des conditions de travail relatives à la sécurité et la santé des salariés, règles de disciplines, protection envers le harcèlement moral, et garantie de procédure disciplinaire relève généralement du règlement intérieur selon l'article L1321-1 du Code du travail. L'auteur A. Supiot a repris cette idée notamment sur la requalification des dispositions présentes dans un code de conduite ou d'une charte éthique emportant une sanction disciplinaire.

**339.-** Une juridiction du premier degré a pu en juger en ce sens dans une décision du 6 octobre 2004<sup>277</sup>, notamment en énonçant que les dispositions adoptées dans le code de conduite de l'entreprise constituait « *des prescriptions générales et permanentes aux sens de l'article L122-39*

---

<sup>276</sup> I. MEYRAT, *Les chartes éthiques doivent elles prendre place dans le règlement intérieur ?*, Semaine sociale Lamy 2007, n°1310.

<sup>277</sup> TGI, Nanterre, 6 octobre 2004, RG 04/02865



*du Code de travail et constituaient à l'évidence une modification du règlement intérieur ce qui aurait dû donner lieu à une communication préalable de l'inspection du travail, du CE et du CHSCT ».*

## 2. La valeur de règlement intérieur (conséquences)

**340.-** La qualification de règlement intérieur entraîne des conséquences, comme énoncé précédemment ce dernier doit être communiqué à certains organes, il doit être affiché ou communiqué aux salariés.

**341.-** Il a une valeur contractuelle et est soumis au droit du travail ; la juridiction compétente du recours en justice sera alors le Conseil de prud'hommes et les « salariés » pourront se prévaloir de conventions collectives et des dispositions légales du droit du travail. La procédure en cas de sanction disciplinaire est très règlementée (article 1331-1 du Code du travail par exemple proportionnalité des sanctions à la gravité de la faute)<sup>278</sup>. Au final une telle requalification entraînera la possibilité de recours garantie et des exigences supplémentaires légales.

### B. La responsabilité éthique de la société pour les agissements de sa filiale

La responsabilité de la société mère a pu être débattue entre deux conceptions l'une s'y opposant (1.), et l'autre y étant favorable (2.).

#### 1. Une conception s'opposant à l'engagement de la responsabilité de la société mère

**342.-** Une question dans le cadre de la mise en œuvre d'une charte éthique peut légitimement être soulevée quant à la responsabilité de la société mère<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24<sup>ème</sup> édition, 2008.

<sup>279</sup> J. FERRARI, *La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ?*, Lamy droit des affaires 2012, n°76

Le premier constat semble s'opposer à cette idée ; la RSE est le fruit de démarches volontaires. Chaque société membre d'un groupe est une personne morale et dispose d'une autonomie à ce titre. Le principe de l'autonomie de la personnalité morale des sociétés membres d'un même groupe semble s'opposer à l'engagement de la responsabilité de ce groupe ce dernier en étant dépourvu.

## 2. Une conception s'élargissant vers l'engagement de la responsabilité de la société mère

### 343.- Une conception élargie peut aboutir à une responsabilité.

Pour les engagements éthiques à valeur contractuelle, la responsabilité de l'entreprise pour un manquement peut être fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* »).

Dans le cadre de la communication au public, il est possible de se fonder sur la responsabilité délictuelle (article 1382 du Code civil) ou sur le Code de la consommation les documents étant diffusés aux consommateurs (L121-1 publicité trompeuse).

Une qualification de quasi-contrat peut également être possible les codifications étant une démarche volontaire dont il résulte une apparence d'engagement et les quasi-contrats (article 1371 du Code civil) étant les faits « *purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

Enfin la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur peut permettre au salarié de se prévaloir de l'acte.

344.- Toutefois en matière environnementale une responsabilité de la société mère est consacrée, notamment par la loi Grenelle II<sup>280</sup>.

Il est possible de retenir la responsabilité de la société mère sur le fondement d'une faute « *le non-respect de l'obligation administrative de remise en état constitue bien une faute, celle de l'exploitant susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle à l'égard de l'acheteur du site*<sup>281</sup> ». L'exemple de l'affaire Erika où la société mère (Total) a vu sa responsabilité (civile et pénale) engagée en tant qu'affréteur<sup>282</sup> pour délit de pollution des eaux et faute inexcusable.

<sup>280</sup> Loi 12 juillet 2010 n°2010-788 dite Grenelle II.

<sup>281</sup> Cass, Civ 3<sup>ème</sup>, 16 mars 2005, n°03-17875

<sup>282</sup> Cass. Crim 25 septembre 2012 n°10-82938

La jurisprudence emportant qualification d'exploitant de fait permet d'obliger la société mère à soutenir financièrement sa filiale exploitante<sup>283</sup>, notamment pour la mise en œuvre de l'obligation de remise en état et d'engager sa responsabilité civile pour faute en cas de manquement à cette obligation<sup>284</sup>.

La remise en état d'éoliennes prévue par la loi Grenelle II, a modifié l'article L553-3 du Code de l'environnement<sup>285</sup> et précise qu'en cas de défaillance de l'exploitation la société mère est responsable de leur démantèlement et de la remise en état du site.

**345.-** Il est possible d'appliquer différents « régimes » aux chartes éthiques. La potentielle requalification en règlement intérieur montre que son champ d'application commence à faire l'objet d'une définition. De plus cette charte peut entraîner des conséquences juridiques lourdes, si la société mère voit sa responsabilité engagée pour des faits commis par une de ses filiales.

**346.-** Pour conclure, l'intégration des principes normatifs éthiques dans le cadre contractuel influe sur les possibilités de recours dans l'hypothèse du non-respect de ces principes. Cela protège donc les acteurs mais va transformer la responsabilité de l'entreprise ; cette dernière devient responsable de leur application. Lors de la rédaction d'une charte éthique, elle devra redoubler de vigilance, notamment pour que les principes éthiques ne soient pas requalifiés par le juge.

Enfin les exemples de recours illustrent bien que l'importance des principes éthiques est croissante et qu'ils deviennent des éléments fondamentaux pour les parties au contrat.

En effet les pratiques éthiques se voient de plus en plus appliquées et ceci dans un contexte international.

---

<sup>283</sup> BLIN- FRANCHOMME, M.-P. DESBARATS, I. JAZOTTES, G.VIDALENS, *Entreprise et développement durable*, Lamy environnement 2011, définition de l'exploitant dans la directive 2004/35 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale « *personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité* » ou encore article L16-1 du Code de l'environnement « *l'exploitant s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative* »

<sup>284</sup> Cass., Civ 3<sup>ème</sup>, 9 septembre 2009 n°08-13050

<sup>285</sup> « L'exploitant d'une installation produisant de l'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent ou, en cas de défaillance, la société mère est responsable de son démantèlement et de la remise en état du site, dès qu'il est mis fin à l'exploitation, quel que soit le motif de la cessation de l'activité. Dès le début de la production, puis au titre des exercices comptables suivants, l'exploitant ou la société propriétaire constitue les garanties financières nécessaires. [...] »

## Section II : La prise en compte de l'éthique dans un contexte mondial

347.- « *L'opinion publique force aujourd'hui les décideurs internationaux à infléchir la conquête et réclament davantage de justice et d'équité, en somme de l'humain*<sup>286</sup> ». Ainsi l'éthique est devenue une composante fondamentale en politique internationale. Dans un contexte économique globalisé elle est amenée à prévaloir du fait des choix des consommateurs et de cette pression de l'opinion publique.

### §1 : Etude des pratiques éthiques en Chine et en Amérique Latine

348.- L'éthique gagne tous les continents comme en témoignent les pratiques, en Chine (A.) et en Amérique latine (B.), des entreprises multinationales et des associations. Pour S. Goyard-Fabre le droit international est peut-être en train de s'imprégner de certaines exigences éthiques « *Le droit se situe dans la zone médiane entre le légal et le bon* ».

#### A. Les pratiques éthiques en Chine

349.- L'exemple de la société Carrefour et de ses pratiques éthiques (1.), notamment lors de son implantation et du développement de sa politique éthique (2.) va permettre de montrer que la mondialisation communément acceptée aujourd'hui nécessite un encadrement éthique.

#### 1. L'éthique en Chine

350.- Le défi de l'éthique en Chine semble être lié à la conciliation des normes éthiques avec les codes sociaux chinois fortement ancrés dans les mœurs et les pratiques d'affaires spécifiques<sup>287</sup>. Les normes et leur application varient d'un pays à l'autre, et l'attractivité de la Chine réside dans ses conditions de productions moins coûteuses qui attirent les entreprises. La société Carrefour a mis en place une Charte sociale dans les années 2000, et sa politique de responsabilité

---

<sup>286</sup> S. SOULIER, *Ethique et conquête*, Les cahiers Ernst and Young

<sup>287</sup> W. ZHAO, B. BEELER, *Les entreprises multinationales face au défi de la RSE en Chine : le rôle de la gestion stratégique des réseaux sociaux*, N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 2011, p.164.

sociale de 2011 à 2014 est centrée sur la protection de la biodiversité, le respect de l'environnement, l'éducation des clients et l'engagement d'approvisionnement responsable<sup>288</sup>. Ces « chartes éthiques » et codes de conduite sont annexés par la société aux contrats commerciaux et sont donc signés par tous les fournisseurs et partenaires. En 2011, l'entreprise a centré son action sur sa charte de « bois fournisseurs », les engagements relatifs à la certification durable de la totalité des huiles de palme utilisées, à la commercialisation de produits frais « nourris sans OGM » (Organismes Génétiquement Modifiés) et la réduction des énergies employées.

## 2. L'implantation de Carrefour en Chine

**351.-** L'entreprise Carrefour a commencé à s'implanter en Chine dans les années 1995, et elle a dû faire face à une réglementation contraignante, une culture différente, et un manque de confiance des opérateurs locaux.

Pour faciliter son implantation, Carrefour est passé par l'intermédiaire de partenaires locaux (« courtiers culturels locaux ») dont la fonction est l'introduction de la société sur le marché national.

Carrefour a mis en place des formations destinées au personnel de ses filiales. Sa politique était centrée sur la mise en place d'une filière porc répondant aux exigences sanitaires internationales. Avant d'introduire sa gamme de produits, la société a organisé des forums sur les questions de sécurité alimentaire avec les autorités chinoises et les associations de consommateurs présentes dans les grandes villes. Elle a ensuite créé une fondation pour favoriser la sécurité alimentaire et contribuer à la mise en place de normes de sécurité. Carrefour a ensuite obtenu la certification « Green market » en Chine. Cette certification nationale est développée par le ministre du commerce avec l'administration d'accréditation chinoise. Elle s'adresse notamment aux marchés des légumes, fruits, œufs, produits issus de la mer, eau, huiles et condiments etc. Elle permet de garantir un certain respect de l'environnement, de qualité des marchandises par l'intermédiaire de contrôles, et d'obtenir des aides gouvernementales.

L'application de ces chartes reste limitée et devra être étudiée dans le temps afin de pouvoir démontrer une efficacité ou un échec des politiques de RSE.

---

<sup>288</sup> <http://www.carrefour.com/sites/default/files/RAEXPERT2011LAST.pdf>

**352.-** Toutefois un nombre grandissant d'entreprises pensent que le développement de leurs activités nécessite la prise en compte de l'éthique afin de se développer durablement. C'est cette stratégie, que la société Carrefour a mise en œuvre pour s'implanter en Chine, consciente que certains comportements humains peuvent détruire à terme une stratégie d'expansion internationale.

## B. Les pratiques éthiques en Amérique Latine

**353.-** Dans la pratique nous constatons que l'éthique n'est pas seulement un phénomène exclusif des entreprises.

Un contexte particulier en Amérique Latine (1.) va permettre de démontrer par des exemples de pratiques éthiques (2.) que ce phénomène s'étend sur le plan international.

*« Les normes éthiques sont donc des constructions nées à l'intersection de jugements éthiques et de réalités institutionnelles en évolution. Il est évident qu'elles ne peuvent pas être simplement dictées par la volonté d'une partie, pas plus qu'elles ne peuvent se constituer hors de tout sensibilité morale partagée<sup>289</sup> ».*

### 1. Le contexte en Amérique Latine

**354.-** Des associations ont été créées ayant pour objet la promotion de l'éthique et de la RSE ; on peut citer la CEMEFI (centre mexicain pour la philanthropie), l'ALIARSE (Alliance pour la responsabilité sociale des entreprises) qui homogénéisent les labels RSE.

Ces associations sont nombreuses<sup>290</sup> et ont pour objet la promotion de l'éthique ; elles trouvent leur origine dans des groupes professionnels ou religieux.

Il y a eu conjointement l'émergence d'un réseau de fondation d'entreprise tel que la FARN (Fondation Environnement et Ressources Naturelles en Argentine), la FUNDES (Fondation pour le Développement durable) etc. La majorité de ces fondations ont un fonctionnement qui passe par des donations en espèces. Ces fondations ont développé une action passant par un réseau. A titre d'exemple on peut citer le Réseau Interaméricain de Fondation et Actions Entrepreneuriales pour le Développement de Base RedEAmérica dont le but principal est la promotion et la création

---

<sup>289</sup> S. SOULIER, *Ethique et conquête*, Les cahiers Ernst and Young

<sup>290</sup> BITC, Business in the Community, CONAPRED, Conseil nationale pour la prévention des discriminations, CEADS, Conseil des entreprises Argentines pour le développement durable etc.

d'autres fondations et de réussir une plus grande professionnalisation que celle existant<sup>291</sup>. Une collaboration entre ces associations et les organisations de l'ONU (Organisation des Nations-Unies) s'est mise en place, passant par la création d'associations, et des travaux en commun.

**355.-** L'éthique semble avoir un rôle « actif » et ceci peut se percevoir par le rôle de la presse octroyant des prix ou dénonçant les mauvaises pratiques. On a donc une prise en compte croissante de par le phénomène d'internationalisation, mais aussi de par la multiplication des associations et des fondations ayant pour but la défense et la promotion de l'éthique.

## 2. Des exemples de pratiques éthiques en Amérique latine

**356.-** Les associations aident les entreprises notamment par **la collecte de fonds** (exemple en 2009 la banque BBVA en Argentine a collecté 600 millions de dollars pour l'UNICEF en demandant aux usagers des distributeurs automatiques de billets de faire des dons d'environ 20 centimes de dollar à chaque retrait. Un autre exemple est celui de Coca-cola en Argentine qui lors du lancement de la nouvelle boisson HI-C enrichie en vitamines a inséré une étiquette comprenant le logo de l'UNICEF, et a effectué au profit de cette dernière un don de 200 000 dollars), **la remise de prix et l'organisation de congrès internationaux** (organisés par CEMEFI au Mexique), **la formation des entreprises** et notamment des PME, **le benchmarking** ou la promotion des entreprises ayant mis au point des pratiques éthiques efficaces sur certains points, **des enquêtes et des études, des conseils et des pratiques de volontariat.**

Des mesures en matière d'environnement ont été mises en œuvre pour réduire la pollution et le pillage des ressources naturelles ; notamment par les associations Reforestamos México (reboisons le Mexique), et Goodyear.

Sur les conditions de travail, des études ont été réalisées par l'université des Andes en Colombie, et le Ministère du travail en Argentine pour définir et émettre des propositions pour des emplois convenables.

Des programmes d'aides aux familles ont été mis en œuvre pour lutter contre la pauvreté (WBCSD World Business Council for Sustainable Development), prendre en compte la santé, l'éducation

---

<sup>291</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 2011, p.178.

(Association des chefs d'entreprise chrétiens en Argentine) la sécurité (IARSE Institut Argentin de la Responsabilité Sociale des Entreprises) et promouvoir les droits de l'homme (Lexmark).

Dans le cadre de la lutte contre la corruption au Mexique une association la PACI (Partnering Against Corruption Initiative) a été mise en place.

**357.-** Les normes éthiques n'incarnent pas à la perfection des jugements moraux abstraits. On voit revenir les mêmes thématiques, mais l'originalité ici se trouve dans l'impulsion. En effet l'impulsion éthique vient des mouvements de presses, d'associations, d'ONG (organisations non gouvernementales).

Il y a donc comme une séparation entre éthique et pouvoir économique ; mais les normes possèdent une capacité de structuration de leur intérêt notamment par la persuasion des entreprises, ou de groupement, à intégrer dans leur politique des buts normatifs, ou en imposant des sanctions lors de la violation d'une obligation. En effet ce mouvement en Amérique Latine est l'illustration d'une réalité : l'existence de normes internationales éthiques coercitives.

Il convient de rappeler que le système repose dans sa grande majorité sur la persuasion et le volontariat. Mais l'émergence de ces groupes de pression, la valeur contractuelle des normes, sont le reflet d'une réalité simple : les entreprises fortes et les pays à grande influence économique ne peuvent se permettre de négliger le coût économique de la violation des normes éthiques.

## ***§2 : La démarche éthique des groupes multinationaux une réponse à un contexte actuel ?***

**358.-** Peut-on parler d'éthique internationale, y a-t-il une morale régissant les marchés mondiaux ? L'adhésion assez générale à l'éthique semble provenir du fait que les normes sont appréciées par leurs utilisateurs, et les régulateurs de la communauté internationale.

En effet l'éthique reflète des jugements moraux largement partagés. Elle joue un rôle en régulant les interactions internationales et même en les ordonnant.

*« Des normes éthiques apparaîtront plus volontiers là où le pouvoir et le principe se recoupent, quand des principes contraignants se marient harmonieusement avec d'autres aspects de la structure du système international <sup>292</sup>»*

---

<sup>292</sup> S. SOULIER, *Ethique et conquête*, Les cahiers Ernst and Young



Des mouvements de pensée critique énoncent que l'apparition de cette éthique en droit des affaires est liée à un contexte de crise éthique (A.), qui a influencé les démarches des groupes multinationaux (B.).

#### A. Un contexte de crise éthique ?

Ce contexte de crise éthique serait lié au déclin des valeurs (1.), et à l'émergence de valeurs nouvelles les remplaçant (2.).

##### 1. Le déclin des valeurs

**359.-** Selon certains auteurs<sup>293</sup>, la période actuelle connaît une dégradation « *sensible des valeurs et une perte du sens* » phénomène qui a débuté dans les années 1970. On peut en effet observer une augmentation de la médiatisation de la délinquance, de la délinquance d'hommes d'affaires (fraude fiscale, corruption, intelligence économique etc.).

Selon Le Tourneau « *l'individualisme, donc l'égoïsme règnent en maîtres et occultent le jugement moral* », et cela se traduit « *par la perte des convenances et des bonnes manières* ».

Les psychologues énoncent une crise de la famille, ainsi les valeurs et les institutions sont de plus en plus contestées.

**360.-** Les politiques boursières de spéculation démontrent l'existence de certaines pratiques dépourvues d'éthique. A la suite de son raisonnement, Le Tourneau énonce que c'est en réponse à cette dégénérescence sociétale que les pratiques éthiques et de RSE sont nées et se sont développées. Mais ce mouvement est aussi alarmant car il révèle les comportements dépourvus d'éthique.

##### 2. L'émergence de nouvelles valeurs

**361.-** L'éthique en droit des affaires est-elle en crise ? Il est clair que face à l'augmentation des incriminations en droit pénal des affaires, face aux développements de nouveaux moyens de communications, boursiers, législations, le nombre de comportements illégaux a augmenté. On se

---

<sup>293</sup> P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz Dunod, 2000.

trouve aujourd'hui dans un monde des affaires gouverné par des personnes morales, ayant pour but premier la maximisation de leurs profits, dans un contexte où la confiance a tour à tour fait défaut ou non, selon les contextes financiers. De ce fait des principes « moraux » ou « éthiques » ont émergé pour dicter les règles de bonne conduite et permettre un fonctionnement adéquat du système. Mais les thématiques éthiques ont pour but de changer la société par la prise en compte de ces « valeurs ».

**362.-** L'émergence de valeurs nouvelles et de normes nouvelles n'est cependant ni un phénomène anormal, ni un phénomène alarmant. Toute norme est sujette à contestation et réévaluation dans un contexte où le milieu structurel évolue et se modifie lui aussi. Les normes de l'éthique internationale sont intrinsèquement liées aux structures et aux fonctionnements des politiques internationales. Ceci peut être une force et une faiblesse car si le résultat est quelquefois éloigné de ce que nous pouvions souhaiter, il est aussi meilleur que ce que nous aurions obtenu en son absence.

#### B. La démarche des groupes multinationaux

**363.-** L'éthique en droit international des affaires découle d'une démarche que l'on pourra résumer par un rapide historique (1.) ; mais le droit des contrats internationaux connaît des dispositions éthiques qu'il faudra ensuite aborder (2.).

*« L'architecte quoiqu'ayant emprunté une forme à Rome n'a aucun souci de la puissance ni de la force, mais uniquement d'équilibre »*

Simone Weil

#### 1. Historique de la démarche contractuelle

**364.-** Cette démarche est celle que nous avons étudiée tout au long de ce mémoire passant de l'identification des acteurs à la mise en œuvre d'une logistique et une organisation, une adaptation de la structure. Elle vise une meilleure insertion dans d'autres pays et sur un marché où les demandes évoluent.

L'ordre transnational ou international est constitué par des ensembles de contrats ou de traités.

On peut le décomposer en plusieurs stades de façon simpliste<sup>294</sup> :

Le premier stade est celui où le commerce international se caractérise par des échanges entre des opérateurs localisés dans différents Etats. Les contrats (de vente entre autres) constituent les instruments juridiques de ces échanges, et la méthode de conflits de loi est celle utilisée pour déterminer le droit applicable. Mais ces dispositifs de droit international privé ne répondent pas toujours aux besoins des acteurs.

Le deuxième stade, daté de 1950 à 1990, a été celui d'une profonde modification des pratiques ; notamment la multiplication des investissements à l'étranger, et de ce fait le développement de multinationales. Le contrat va prendre une place prépondérante et ce dernier ne sera plus régulé par les droits nationaux. Les sociétés transnationales vont du fait de leur puissance économique imposer des modèles juridiques de par leur organisation et leurs contrats. Ainsi une partie conséquente du commerce international est un commerce interne à chaque entreprise multinationale.

Le troisième stade, celui que nous vivons actuellement, est caractérisé par l'évolution technique des moyens de communication et l'on voit surgir des concentrations d'entreprises visibles et très importantes.

**365.-** Ce modèle basé sur les contrats a pour objectif d'organiser de façon autonome l'espace mondial. Dans ce contexte certaines clauses sont revenues de façon redondantes dans des libellés identiques ou similaires et ces auteurs ont pu parler d' « universalisation » de ces clauses.

Ces règles viennent apporter une réponse à un besoin technique de résolution rapide des difficultés liées à l'exécution du contrat, à un besoin d'autonomie et d'autorégulation par rapport aux pouvoirs publics.

---

<sup>294</sup> P. KAHN, *L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational*, Lamy droit des aff. 2002, n°46.

## 2. L'éthique dans le droit des contrats internationaux

**366.-** Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international de 1994<sup>295</sup> entre autres connaissent des principes éthiques<sup>296</sup>. Le principe de la bonne foi énoncé dans l'article 1.7 « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international* », il est ensuite ajouté « *Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

On voit donc réapparaître une obligation de loyauté éthique en droit international comme en droit français. Cette obligation de bonne foi se décompose en diverses interdictions, et doit être interprétée à la lumière des conditions spéciales du commerce international, ce qui implique de délaissier les droits nationaux.

L'abus de droit ne doit pas être caractérisé. Selon les Principes Unidroit il s'agit du « *comportement malicieux d'une partie que l'on constate lorsqu'elle exerce un droit simplement pour causer un dommage à l'autre partie, ou dans un but autre que celui pour lequel il lui a été octroyé, ou lorsque l'exercice d'un droit est disproportionné par rapport au résultat initialement voulu* ».

Le fait de se contredire au détriment d'autrui est ensuite prohibé. Il s'agit de l'attente à laquelle une partie a cru raisonnablement.

Cette exigence de bonne foi s'applique pendant les négociations.

La Lex mercatoria consacre aussi préalablement ce principe de bonne foi.

**367.-** Ce dispositif de bonne foi est la consécration d'un certain devoir de loyauté entre cocontractants, qui selon certains auteurs existent déjà en droit français et allant jusqu'à un devoir de solidarité<sup>297</sup>.

Il y a donc une normalisation de l'éthique en droit international des affaires ou plutôt dans le commerce international.

**368.-** Pour conclure, cette démarche des groupes multinationaux codification éthique,

---

<sup>295</sup> Version des principes de 2004 :

<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf>

<sup>296</sup> Colloque Ethique des affaires : De l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Centre de Recherches en Ethique Economique et des Affaires et Déontologie Professionnelle de la Faculté d'Aix-Marseille 1996 : P. LE TOURNEAU, *L'éthique des contrats internationaux*.

<sup>297</sup> Ibid. T. REVET, *L'éthique des contrats en droit interne*

repose sur le droit international. Or ce dernier n'est pas vraiment un droit à proprement parlé. Ces pratiques de codification ont pu être interprétées comme une volonté de combler ce vide du droit international, par la réaffirmation de certains principes comme essentiels pour les entreprises transnationales.

**369.-** Cette section, a permis de démontrer que le mouvement de prise en compte croissante de l'éthique, se traduit aussi en droit international notamment en Chine et en Amérique Latine. Cette dernière semble être liée intrinsèquement au contexte actuel caractérisé par des évolutions et un accroissement de la mondialisation.

**370.-** La valeur de ces chartes éthiques discutée dans ce chapitre, est toujours à étudier lorsque l'on se trouve confronté à une charte éthique. Mais ce document n'est pas dépourvu d'effet sur le plan juridique et ceci emporte des conséquences. Sa valeur est discutée, mais cette pratique éthique fait de plus en plus l'objet de recours, qui permettront d'éclaircir ce point.

**371.-** Créatrice de culture commune, l'éthique des affaires fédère les «parties prenantes» de l'entreprise et en imprègne les activités. Cette approche comportementale responsabilise toute l'entreprise.

Les préoccupations éthiques ne sont que la manifestation tangible d'un nouveau défi pour les sociétés modernes, celui d'un développement durable.

Mais les politiques de RSE, les chartes éthiques, les déclarations morales ne constituent pas un gage d'application effective.

Tel est pourtant bien l'enjeu actuel de l'éthique des affaires : la faire sortir du simple mode incantatoire pour lui faire jouer un rôle opérationnel.

L'enjeu est de faire en sorte que ces démarches ne soient pas des préoccupations marketing ou d'image d'entreprise mais des actions effectives. Les déclarations éthiques vagues, marketing et commerciales ont vécu.

Les valeurs sociales et citoyennes de l'entreprise ne doivent pas seulement être déclamées. Elles doivent devenir les outils de gestion, de management et de décision de l'entreprise. Les démarches éthiques doivent intervenir à tous les stades des processus de décision et de relations d'affaires.

Car, au-delà des expressions un peu emphatiques d'entreprise « sociale », « citoyenne » ou « responsable », au-delà des mots qui renvoient à la bonne conscience de l'entreprise, ces démarches doivent permettre aux directions, gestionnaires, salariés, actionnaires et consommateurs de se retrouver autour d'une éthique partagée et appliquée.

## ***Titre II : Les conséquences de ce processus éthique***

372.- Les conséquences de ce processus éthique vont pouvoir se mesurer par le biais de critiques énoncées à son encontre (Chapitre I), mais aussi par les phénomènes sociologiques de création de loi nouvelle en réaction à des scandales éthiques (Chapitre II).

### **Chapitre I : La critique de ce dispositif éthique**

373.- La critique de ce dispositif éthique passe par l'étude des conséquences de l'éthique (Section I), mais aussi de ces aboutissements qui auront conduit à un processus créateur (Section II).

#### **Section I : Etude critique des conséquences pratiques de l'éthique**

374.- Cette étude va se décomposer en critique négative (§1.) et positive (§2.).

##### ***§1 : Critique négative des pratiques éthiques***

375.- Cette quête éthique est-elle l'expression de la recherche d'un nouveau droit qui pourrait s'imposer internationalement ? En effet les pratiques normatives liées aux chartes éthiques par exemple sont liées à la souveraineté des grandes entreprises (A.) et en ce sens le processus éthique est un vecteur du « diktat » des grandes entreprises (B.).

## A. L'expression de la souveraineté des grandes entreprises

**376.-** L'incidence de la dimension internationale a conduit les entreprises à exprimer un besoin normatif que les droits nationaux ne comblaient pas dans son intégrité (1.), ce qui a abouti à donner un caractère supplétif à leur processus normatif interne lié à l'éthique.

### 1. La dimension internationale

**378.-** Le développement de la dimension internationale a conduit à une certaine remise en cause de la souveraineté (droit applicable, activité mondialisée, etc.), et la RSE peut être considérée comme l'expression de la souveraineté des entreprises. En effet les dispositions énoncées ont vocation à s'appliquer dans tous les pays où l'entreprise exerce son activité et elles entretiennent des rapports étroits avec les législations nationales. Cette coexistence entre l'entreprise et la société civile semble aller dans le sens d'acceptations liées à la globalisation. En effet les démarches éthiques actuelles peuvent être perçues comme le reflet d'un mode de pensée unique<sup>298</sup> qui peut se résumer comme ceci : qui est le plus responsable, quelle entreprise est la plus responsable ? De ceci découle une certaine acceptation de pratiques telles que la recherche d'optimisation fiscale et de dumping sociale. En effet pour certains ces procédés éthiques sont la traduction d'une globalisation et de l'emprise de la culture américaine sur le plan mondial.

### 2. La dimension supplétive

**379.-** De la globalisation, découle un caractère supplétif, des pratiques de codifications éthiques, lié à la limitation de la souveraineté des droits nationaux. La promotion d'une économie capitaliste des pays de l'OCDE, focalisée sur le développement des échanges commerciaux, s'est faite par le biais de ces entreprises multinationales qui ont pu se développer et influencer nos sociétés de façon tangible. Leur influence est devenue telle que l'on peut en quelque sorte parler de « dimension supplétive ». En rédigeant de telles chartes éthiques, les entreprises viennent pallier à certains défauts des droits nationaux. « *Le code éthique est assimilé à une expression du pouvoir*

---

<sup>298</sup> N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 2011, p. 216.

*de direction de l'entreprise*<sup>299</sup> », mais il est aussi l'expression d'une volonté de contrebalancer ce pouvoir tout en ajoutant une valeur ajoutée marketing.

## B. L'expression du « diktat » des grandes entreprises

**380.-** L'expression du « diktat éthique » des grandes entreprises peut se percevoir dans les relations avec leurs filiales (1.) et leurs partenaires commerciaux (2.).

### 1. Les filiales soumises au processus de codification éthique

**381.-** Pour les filiales et filières d'une grande entreprise les processus de codification éthique peuvent être assimilés à un diktat c'est-à-dire leur être imposés sans que l'entreprise les ait consultées auparavant. Dans le cadre d'une filiale multinationale, les valeurs à protéger vont différer d'un pays à l'autre ; et l'on peut d'ores et déjà remarquer que les pratiques de codification éthique ont vocation à s'appliquer au groupe sociétaire. Dans le sens où il s'agit de l'expression de la souveraineté, les normes sont établies de façon indépendante. Si l'entreprise ne prend en compte dans ses parties prenantes que les actionnaires dans le cadre d'une vision réduite, les intérêts sous-jacents auront comme vocation les intérêts financiers.

### 2. Les partenaires commerciaux

**382.-** Les partenaires commerciaux peuvent eux aussi être soumis à ce processus éthique à cause de la puissance économique et des rapports de force entre entreprises. Intégrer une charte éthique dans un contrat, dans un système où la concurrence est accrue n'est pas toujours synonyme de liberté contractuelle ; dans le sens où la concurrence contractuelle peut être nulle. Si les entreprises concurrentes proposent le même type de contrat adossé d'une charte éthique similaire, le partenaire commercial se verra « imposer » cette charte éthique. Or dans un cadre mondialisé les pratiques des acteurs et ici des entreprises tendent à s'uniformiser.

---

<sup>299</sup> F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2011, dossier 31.



## §2 : Critique positive des pratiques éthiques

**383.-** Les points positifs des pratiques éthiques peuvent se diviser en deux grands volets : la création de richesse (A.) et la régulation du marché (B.).

### A. La création de richesse

**384.-** Ces pratiques éthiques sont créatrices de richesse pour l'entreprise (1.) et la société (2.).

#### 1. Pour l'entreprise

**385.-** La création de richesse pour l'entreprise est indéniable, en effet l'image de l'entreprise va être largement impactée par la mise en œuvre de pratiques éthiques. Elle va ainsi attirer de nouveaux consommateurs. Elle va également augmenter la valeur de ses actifs incorporels, tels que les marques.

Elle va aussi permettre d'anticiper certaine législation future, puisque les normes appliquées par l'entreprise auront un degré de protection plus élevée que les prescriptions légales.

La captation de partenaires commerciaux est aussi grandement favorisée.

Enfin, l'action des groupes de pression, des ONG et des médias, tendra à avoir une attitude de neutralité bienveillante, soit une vision positive de l'entreprise.

Au sein même de l'entreprise, l'éthique crée de la cohésion sociale, donne un sens éthique, une morale et des valeurs communes. Ce contexte favorable à l'épanouissement des salariés crée une fierté et un fort sentiment d'appartenance<sup>300</sup>.

#### 2. Pour la société

**386.-** La création de normes éthiques a permis le développement d'investissements (notamment les investissements socialement responsables ou ISR), et en ce sens elle a développé une certaine sécurité des échanges.

---

<sup>300</sup> J. IGALENS, *La responsabilité sociale des entreprises*, éd., Eyrolles, 2012

Elle va ensuite réintroduire de la confiance sur les marchés notamment dans des rapports face à un nouveau partenaire commercial ; en ce sens un partenaire commercial disposant d'une certification éthique va attester d'un certain niveau de moralité, sécurisant pour l'entreprise.

La société va aussi bénéficier d'un nouveau dispositif de protection qui va permettre la protection de certains droits de façon plus bénéfique que dans l'hypothèse où ce dernier serait inexistant.

Cette création éthique fait aussi réapparaître une dimension humaine dans des systèmes de plus en plus dématérialisés où les personnes sont des fictions, et où les enjeux ne sont pas une finalité humaine.

## B. La régulation du marché

**387.-** La régulation du marché va être obtenue par la création de normes éthiques efficaces (1.), et ceci notamment du fait de leur force juridique (2.).

### 1. Par des normes éthiques

**388.-** Ces normes éthiques, en dictant des comportements, vont réguler le marché. En effet elles vont poser un nouveau standard normatif, et les entreprises dépourvues de charte éthique vont être décriées. Ces normes vont devoir respecter les législations nationales mais vont pouvoir énoncer des dispositions plus protectrices dans le domaine de prédilection de l'entreprise. Ces catalogues éthiques vont réguler les marchés grâce aux différentes protections énoncées par les entreprises. Mais ces protections vont être liées à la force juridique reconnue à ces normes éthiques.

### 2. Par une force juridique reconnue

**389.-** L'efficacité des normes éthiques est liée au risque économique pesant sur les entreprises ; ce risque est le coût économique généré par le non-respect de ces normes.

Ensuite leur force contractuelle, leur donne une force juridique obligatoire permettant aux bénéficiaires de ces normes d'effectuer des recours devant le juge. Certains auteurs voient une

valeur incertaine dans ces chartes<sup>301</sup>, mais la pratique d'inclusion quasi-systématique des entreprises dans leurs contrats commerciaux, tend à résoudre ce problème.

Enfin les droits nationaux connaissent des fondements juridiques sur lesquels des recours peuvent s'attacher.

**390.-** Le bilan entre les points positifs et négatifs de ces pratiques, montre que l'éthique est nécessaire dans les sociétés actuelles. L'expansion de ces pratiques est donc une reconnaissance des points positifs que l'éthique apporte à toute entreprise la mettant en œuvre.

**391.-** Pour conclure cette section, ce dispositif éthique connaît un bilan assez positif. Mais un encadrement des pouvoirs publics pourrait aider à leur reconnaissance notamment sur le plan juridique lorsque ces pratiques ne sont pas contractualisées. Enfin cet encadrement pourrait définir un standard de référence éthique à respecter ce qui harmoniserait ces pratiques.

## **Section II : Conséquences et aboutissements de ces pratiques éthiques**

Les conséquences de ces pratiques éthiques peuvent se percevoir sur le plan national (§1.), et le plan international (§2.).

### ***§1 : Les conséquences en droit national***

Les conséquences en droit national sont notamment la possibilité d'effectuer des recours à l'encontre de ces chartes et pratiques éthiques (A.), et l'évolution de la position des Cours à leur encontre (B.).

#### **A. La possibilité d'effectuer des recours**

**392.-** Cette possibilité de recours peut s'illustrer dans les arrêts de la Cour de cassation (1.) et dans la reconnaissance d'une action se fondant sur ces principes éthiques (2.).

---

<sup>301</sup> J. DELGA, *Une analyse juridique de l'éthique d'entreprise au regard de la mondialisation*, Lamy droit des affaires 2005, n°84.

## 1. La mention de ces chartes éthiques par la Cour de cassation

**393.-** Des arrêts de la Cour de cassation citent ces chartes et notamment leur contenu contractuel pour rendre leur décision.

Un arrêt de 2004, publié au bulletin<sup>302</sup>, fait référence à la charte d'une entreprise, qui semble être un catalogue des dispositions légales déjà existantes et prescrites par la loi. La Cour se fonde sur la valeur contractuelle de ces dispositions pour rendre sa décision, et énoncer que l'entreprise a commis une faute en faisant référence dans son annonce à des caractères erronés, alors que « l'éthique affichée dans la charte » devait impliquer un minimum de loyauté. Elle ajoute qu' « *au regard des documents contractuels, la société, en laissant paraître une annonce comportant des mentions erronées sur le nombre des immatriculations antérieures et désignant un véhicule qui avait été gravement accidenté, avait commis une faute ayant concouru au dommage subi par M. Y.* »

Dans un autre arrêt publié au bulletin rendu en sa chambre criminelle<sup>303</sup>, la Cour de cassation énonce que l'entreprise « *met en œuvre une politique de formation de ses détaillants et courtiers-mandataires pour les associer étroitement à l'objectif de jeu responsable ; elle a ainsi, dans les contrats avec ses détaillants, inséré de nouvelles obligations réglementaires et éthiques et leur a imposé de nouvelles règles de transparence et de sécurité* ».

La reconnaissance de ces pratiques éthiques, notamment lorsqu'elles intègrent un cadre contractuel soulève la question relative à l'admission d'un recours à l'encontre d'une telle pratique.

## 2. La reconnaissance d'un recours

**394.-** Un arrêt de la Cour de cassation, publié au bulletin<sup>304</sup>, a reconnu la possibilité d'un recours à l'encontre d'une charte associative et lui reconnaît la valeur d'avenant au contrat de travail d'un salarié, alors que la Cour d'appel en avait déduit une valeur « de code interne de reconnaissance professionnelle », ce qui rappelle les codes de conduite. En l'espèce cette charte traitait des questions liées aux relations entre associés et actionnaires. Or cette charte avait

---

<sup>302</sup> Cass., Civ 2<sup>ème</sup> chb, 10 juin 2004, n° 02-19600

<sup>303</sup> Cass., Crim., 3 juin 2009, n° 08-82941

<sup>304</sup> Cass., Soc., 30 novembre 2011, n°11-12906

clairement valeur contractuelle. La Cour reconnaît ici la possibilité d'un recours et requalifie la charte en avenant au contrat de travail.

## B. Des recours éventuels futurs

Il s'agit ici d'une éventualité envisageable de recours en droit de la consommation (1.) et en droit civil (2.).

### 1. En droit de la consommation

**395.-** Comme énoncé précédemment, les chartes éthiques s'adressent aux consommateurs. Et imaginer un recours de ces derniers sur le fondement de la publicité trompeuse pour non-respect d'une charte éthique est possible. Mais ceci reviendrait à faire peser une responsabilité très lourde sur les entreprises. A contrario cela reviendrait à consacrer une efficacité maximale à ces chartes. Enfin une autre réflexion peut s'ouvrir dans ce cadre, dans la mesure où le projet de réforme d'action collective va bientôt voir le jour, l'hypothèse d'une action de groupe de consommateurs ayant subi un dommage, peut aussi être soulevée.

### 2. En droit civil

**396.-** Le raisonnement sera ici le même mais sera fondé sur l'application de la loyauté par le biais de la bonne foi. Là encore une entreprise ne respectant pas sa charte éthique pourrait être sanctionnée sur les fondements du droit civil.

**397.-** Ces pratiques éthiques ont donc une valeur juridique en droit interne consacrée par les décisions de justice. En effet, la Cour de cassation fait explicitement référence à ces pratiques éthiques, l'avenir leur apportera peut-être de nouvelles consécutions sur le plan juridique.

**398.-** En conclusion, les conséquences en droit national sont le commencement d'une délimitation de ces pratiques. Ces dernières ont une valeur juridique mais celle-ci n'est pas définie avec précision. Le recours est possible mais le fondement qui sera consacré, emportera des conséquences majeures pour les entreprises ayant recours à ces procédés.

## **§2 : Les conséquences en droit international**

Deux conséquences de ce processus éthique sur le plan international ont vu le jour, à savoir la création de nouvelles normes internationales (A.), et un mode de résolution particulier des conflits (B.).

### **A. La création de nouvelles normes internationales**

Des normes nouvelles ont été créées notamment en droit comptable (1.) et en droit sectoriel (2.).

#### **1. L'exemple du droit comptable**

**399.-** Des normes éthiques internationales ont vu le jour : les normes IFRS (International Reporting Standards). L'IFAC (International Federation of Accountants) a été fondée en 1977. Il s'agit d'une organisation internationale pour les professions de comptables et de commissaires aux comptes. Par le biais de l'IESBA (International Ethics Standard Board of Accountants), les standards de référence éthique en la matière sont développés.

Ces derniers sont établis de manière transparente et indépendante. Leur réponse aux exigences de l'opinion publique est nécessaire mais les diversités liées à la profession doivent être prises en compte.

#### **2. L'exemple des normes ISO**

**400.-** Les normes ISO que nous avons déjà citées de façon spécifique ont aussi été créées en 1947 en réponse à ce contexte éthique. Ainsi plus de 19 500 normes ont été édifiées pour répondre à des besoins multiples. L'organisme dirige son action vers les grandes, les petites entreprises et les pays en voie de développement. Ces normes sont élaborées au sein d'un comité technique pour répondre précisément aux besoins éthiques.

### **B. Un mode de résolution particulier des conflits**

Le mode de résolution des conflits en droit international fait de plus en plus appel à l'arbitrage (1.), ou à la transaction notamment par le biais de la médiation (2.).

## 1. Un organe de résolution des conflits particuliers : le tribunal arbitral

**401.-** L'arbitrage et le tribunal arbitral ont ici vu leur importance corrélativement augmenter pour régler les conflits liés à l'exécution contractuelle. Les tribunaux arbitraux apparaissent en effet de plus en plus comme la juridiction de droit commun des conflits nés du commerce international, et leurs décisions peuvent être comparées en termes de jurisprudence car on constate une tendance des arbitres à répéter certaines solutions traitées par les auteurs de doctrines comme des décisions importantes.

L'autorégulation passe aussi par l'éthique à travers l'édification de codes de conduite élaborés par les grandes entreprises et ces derniers en tant que contrat peuvent faire l'objet d'une décision arbitrale. La chambre de commerce internationale a élaboré des codes de conduite à compétence mondiale (code international de pratiques loyales sur la vente par correspondance).

## 2. La médiation et la transaction

**402.-** La médiation est aussi un mode de règlement des conflits internationaux. Il va s'agir dans l'hypothèse de conciliation des parties, d'une formalisation de l'accord de ces parties par écrit à l'invitation du médiateur. Cet accord, auquel le médiateur n'est pas partie, a valeur transactionnelle. Cette transaction est donc une solution amiable des parties à leur différend.

**403.-** Le principe du secret et de la confidentialité s'impose et il est illimité dans le temps. Il est interdit au médiateur d'entretenir des relations d'intérêt professionnel avec l'une ou l'autre des parties pendant l'année qui suit l'achèvement de sa mission. Il ne pourra également pas intervenir sur le litige subsistant dans le cadre d'une autre procédure (contentieuse ou amiable), sauf accord exprès des parties<sup>305</sup>.

**404.-** Les conséquences en droit international développées dans ce paragraphe, sont la création de nouveaux systèmes de contrôle (création de nouvelles normes) et le recours à des systèmes particuliers de règlement de conflit.

---

<sup>305</sup> C. POLI, *Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation*, Lamy droit civil, 2011, n°88.

Les aboutissements en droit international et national, montrent que le régime de ces pratiques éthiques n'est pas encore abouti. Mais que cette reconnaissance se fait peu à peu, notamment par des recours et la création de « systèmes » originaux pour traiter de ces questions.

**405.-** Pour conclure ce chapitre, les normes éthiques que nous connaissons aujourd'hui sont encore loin des jugements moraux que nous pouvons émettre. Mais l'existence d'un dispositif même imparfait, est déjà une avancée en soit. On peut affirmer que ces dispositifs énoncent une protection meilleure que s'il n'existait aucune disposition en la matière. L'intervention d'une consécration juridique est cependant essentielle pour permettre une efficience des droits garantis par ces chartes. Les juridictions ou les pouvoirs publics devront donc définir le champ d'application de ces normes. Ce mouvement en droit français a déjà commencé comme en témoigne la potentielle requalification en contrat de travail ou de règlement intérieur lorsque les entreprises dépassent le cercle des normes éthiques. En tant que dispositif contractuel, cette reconnaissance juridique existe sur la dimension nationale et internationale. En effet le recours à l'arbitrage par les entreprises les liera quant à ces normes éthiques.

Mais les comportements contraires à l'éthique persistent et dans le contexte actuel, des réponses apparaissent par une réaction législative des pouvoirs publics.

## **Chapitre II : Etude d'un scandale financier donnant lieu à une loi éthique**

**406.-** Les phénomènes sociologiques ont souvent conduit à l'élaboration de lois. Les contextes économiques actuels ont démontré un besoin de prise en compte éthique, qui s'est traduit par de nouvelles lois. Ce processus s'est récemment illustré aux Etats-Unis (Section I), et en France (Section II).



## **Section I : Le processus de création d'une loi en réaction à un scandale aux USA**

**407.-** Les scandales Enron et WorldCom (§1.), sont devenus emblématiques de la polémique liée aux manipulations comptables dans les années 2000, ont conduit aux Etats-Unis à l'élaboration de la loi Sarbanes-Oxley (§2.).

### ***§1 : Les scandales Enron et WorldCom***

**408.-** Ces scandales financiers font notamment suite au krach boursier des années 2000 (2001-2002) liés à la manipulation des données comptables. Ce contexte historique (A.), a conduit à un processus sociologique d'élaboration de la loi Sarbanes Oxley en 2002 (B.).

#### **A. Résumé historique de l'affaire**

**409.-** Les scandales Enron et WorldCom réunissent l'histoire de deux entreprises américaines : la société WorldCom (1.) et la société Enron (2.).

##### **1. La société WorldCom**

**410.-** La société LLDS est une entreprise américaine dont l'activité est spécialisée dans la télécommunication, notamment dans la revente à bas prix de minutes de communications longue distance (fondée en 1989). Elle était à l'époque capitalisée en Bourse. Suite au développement de son activité elle a racheté des sociétés et a changé de dénomination sociale pour devenir la société WorldCom. Elle a réussi, suite à de nouvelles opérations de rachat, à se hisser à la deuxième place sur le marché des opérateurs de télécommunications longue distance aux Etats-Unis (1<sup>ère</sup> position ATT)<sup>306</sup>.

En 2002, l'image de l'entreprise a succombé au scandale lié à la découverte de manipulations comptables au sein de la société. Une dizaine de milliards de revenus fictifs ont été déclarés et cette

---

<sup>306</sup> En 1999 du fait de la place sur le marché de la société WorldCom, sa tentative de rachat de la société Sprint Nextel a échoué, en raison d'un refus de l'autorité de la concurrence.

découverte a entraîné une chute de 90% de l'action WorldCom<sup>307</sup>.

En 2003, la société WorldCom est entrée en procédure de faillite devant le tribunal compétent aux USA avec un montant approximatif de 41 milliards de dollars de dettes. Elle a changé de dénomination sociale (MCI). Son ancien président ainsi que son directeur financier ont été condamnés pénalement pour fraude comptable.

## 2. La société Enron

**411.-** La société américaine Enron, capitalisée en bourse, avait pour activité l'achat et la revente d'énergie (gaz et électricité) par l'intermédiaire d'un système de courtage<sup>308</sup>. Elle est née de la fusion des entreprises Houston Gas et Internorth of Omaha qui possédaient des réseaux de gazoducs. L'offre de la société du fait de son développement s'est diversifiée et s'est organisée autour d'une plateforme : offre comprenant tous les services de ces différentes filières énergétiques d'amont en aval.

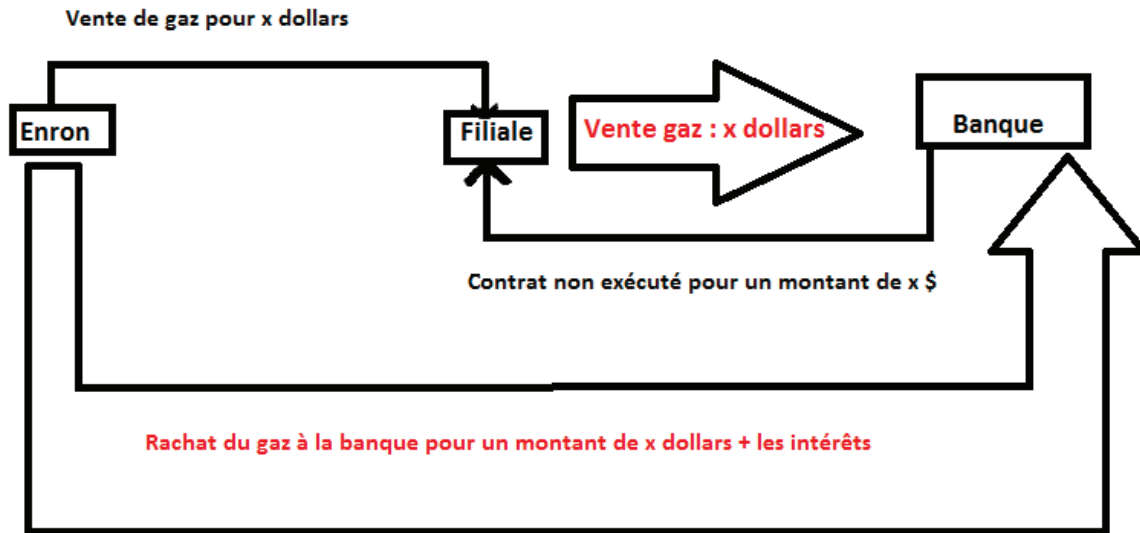
Différents montages financiers ont été créés ayant pour but la rentabilisation de la titrisation. Ces montages sont notamment passés par la création de plus de 3 000 sociétés offshore installées dans des paradis fiscaux (îles Caïmans etc.), et ont permis à la société de sortir des actifs et des passifs de ses bilans comptables.

Les montages financiers mis en œuvre avaient pour but la dissimulation des emprunts de la société. Ce montage comprenait trois acteurs : la société mère Enron, une filiale offshore, et une banque. On peut la résumer comme ceci. Une filiale effectuait une vente de gaz pour un montant de x dollars à la banque. Cette même filiale recevait ensuite la même somme d'argent du fait de la signature d'un contrat fictif dont la prestation n'était pas exécutée ; seul son paiement étant versé. La société mère Enron vendait x dollars de gaz à sa filiale et recevait la somme de x dollars en contrepartie. La société Enron rachetait le gaz à la banque pour un montant de x dollars auquel des intérêts se rajoutaient ; de plus le paiement était effectué en plusieurs fois comme dans un prêt.

---

<sup>307</sup> *Enron, Tyco, WorldCom... des sociétés dans la tourmente*, Les Echos, n°18818, 2003, p.90

<sup>308</sup> Revue de presse, Liaisons sociales, 2002, n°2532



Cette opération équivaut à masquer un prêt, car elle apparaît dans les comptes de la société comme une opération commerciale. Or ce type de montage a permis à la société Enron de s'endetter sans que cela ne soit connu des tiers. De plus la société tenait une comptabilité sur les valeurs de prix du marché et non pas sur les valeurs historiques, ce qui influençait la lecture des bénéfices comptables. En effet les bénéfices inscrits étaient donc ceux à la valeur du gaz au jour de la signature et non les bénéfices réels.

412.- En 2000, suite à l'explosion de la bulle internet les actions de la société Enron ont chuté fortement. Or ces dernières servaient de garantie dans de nombreux montages financiers réalisés par Enron et les banques. Les banques ont alors demandé le remboursement des emprunts camouflés et en 2001 une enquête a été ouverte par la Securities and Exchange Commission. La société Enron a été ensuite contrainte de se déclarer en faillite, du fait de la perte de valeur de ses actions. Cette faillite était donc due aux pertes occasionnées par ses opérations spéculatives sur le marché de l'électricité (maquillées par des manipulations comptables).

413.- De nombreux (centaine de milliers) épargnants ont perdu à cette occasion leur capital retraite qu'ils avaient confié à la société (constitué par des actions).

Les dirigeants de la société ont fait l'objet de procédures pénales et ont été condamnés. Dans le cadre de ces procès de nombreuses incriminations (plus d'une vingtaine) ont été retenues dont la fraude, le complot, les fausses déclarations, et le délit d'initié.

## B. Le processus sociologique ayant amené à la création d'une loi

Ce dernier s'est fait par le biais d'une réaction sociologique (1.), ayant conduit à l'élaboration de la loi Sarbanes-Oxley (2.).

### 1. La réaction sociologique

**414.-** Le processus sociologique d'élaboration d'une loi passe par un élément de crise qui va faire réagir les différents acteurs, groupes de pression, lobbies économiques, syndicats, associations de défense d'un intérêt social. L'option publique va ensuite s'emparer du facteur de crise et ce dernier va être relayé par les médias. En soi il va s'agir de « l'émergence d'une valeur nouvelle » (souvent déjà préexistante mais que le contexte va faire apparaître comme nouvelle). Enfin le processus de contestation va être relayé par les pouvoirs publics qui vont réagir par l'élaboration d'une loi.

### 2. Le processus ayant conduit à l'élaboration de la loi Sarbanes-Oxley

**415.-** Le rôle des cabinets comptables, dans ce scandale, a fortement marqué l'opinion publique.

Les conséquences économiques de ces scandales ont été désastreuses. Elles se sont soldées par des licenciements en masse suite à la faillite des entreprises, à la perte du pécule des personnes détenant des actions ou ayant effectué des placements du fait de la dépréciation boursière subie.

Une forte dépréciation boursière a également eu un impact sur les marchés. Enfin la perte de confiance dans les banques est aussi une traduction sociologique de ce type d'affaires ; mais cette perte de confiance pèse aussi sur les banques qui vont réduire leurs prêts. Là encore ce type de comportement affecte les marchés boursiers de façon très négative.

La traduction de cette peur et la volonté de stopper d'éventuelles pratiques similaires, passent par l'adoption d'une loi, dans la sphère des pouvoirs publics.

**416.-** Le rôle des cabinets comptables a constitué à organiser ce maquillage comptable. Maquillage qui entraîne des conséquences sur l'information éventuelle des tiers voulant nouer des relations commerciales avec l'entreprise, ou la racheter. En effet ces derniers ne pourront bénéficier d'informations réelles et loyales sur la situation économique de la société. Enfin le fait de faire transiter les sommes d'argent par des paradis fiscaux, pour défiscaliser les sommes liées aux emprunts, connote d'une déficience éthique forte.

La loi a été votée par une quasi-unanimité des sénateurs et des députés et a ensuite été promulguée par le Président de l'époque, G.W. Bush.

**417.-** Pour conclure, il s'agit donc d'une réaction sociologique forte, par l'élaboration d'une loi ayant pour but l'inscription d'un dispositif de protection dans la loi.

**418.-** Ces scandales financiers ont des conséquences très lourdes et ont traumatisé l'opinion publique. Les pouvoirs publics ont réagi par l'adoption d'une loi pour pallier à une carence éthique certaine, et anticiper par des interdictions et des règles de comportements ce type de pratique. En résumé il s'agit de la mise en place de dispositifs de protection, avant un éventuel recours, pour faire disparaître ces pratiques dont les conséquences sont jugées trop néfastes pour la société.

## **§2 : La loi Sarbanes Oxley**

Le contenu de cette loi doit être étudié (A.) ainsi que ces conséquences (B.).

A. Le contenu de la loi

Cette loi connaît un champ d'application élargi (1.), et un contenu spécifique et nouveau (2.).

1. Le champ d'application de la loi.

**419.-** Le Congrès américain a adopté, le 30 juillet 2002, le Sarbanes-Oxley Act en référence aux noms du sénateur Paul Sarbanes et du député Mike Oxley<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> J. VAUTIER, *Sarbanes Oxley Act*, Lamy droit des aff. 2002, n°52.

Cet acte s'applique à toutes les sociétés cotées aux USA : *« la loi ne fait pas de distinction entre les émetteurs américains ou non américains. Tout émetteur non américain qui possède des titres enregistrés conformément au paragraphe 12 de la loi américaine sur les opérations de bourse de 1934 (US Securities Exchange Act), ou qui est tenu de fournir des rapports financiers dans le cadre du paragraphe 15 (d) de la loi sur les opérations de bourse, est considéré à cet effet comme une « société anonyme », et est donc soumis à cette loi ».*

**420.-** Il s'agit d'une réforme comptable des sociétés cotées pour protéger les investisseurs. Elle a donc pour objectif d'accroître la responsabilité des entreprises en passant par une communication d'information financière plus loyale et s'inscrit dans la lutte contre les comportements frauduleux.

Il s'agit d'une des seules lois fédérales sur le système comptable américain.

## 2. Le contenu de la loi

**421.-** La loi repose sur des principes tels que l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des gestionnaires et l'indépendance des organes de contrôle. La première innovation est relative à la certification des comptes. Les dirigeants (directeur général Chief executive et directeur financier Chief Financial Officer) doivent certifier les comptes de leur société par une déclaration signée et datée. Cette obligation est sanctionnée par une amende très lourde pouvant aller jusqu'à cinq millions de dollars et vingt ans de prisons. Cependant des auteurs français ont pu énoncer que cette loi n'allait pas bouleverser la pratique des affaires, mais seulement renforcer l'obligation de certification des comptes.

L'entreprise doit aussi mettre en place un comité d'audit.

Le contenu des rapports est déterminé par la Securities and Exchange Commission (SEC), quant aux informations complémentaires que l'entreprise doit fournir. Celles-ci sont relatives aux engagements hors bilan, au rapport du commissaire aux comptes, à un audit sur le code éthique adopté par l'entreprise, et aux autres informations nécessitant d'être précisées.

Un contrôle de la SEC va aussi être effectué tous les trois ans.

Un comité d'audit devra être nommé pour traiter des réclamations relatives à la comptabilité. Il doit être composé d'administrateur indépendant. La loi va régler l'intervention des auditeurs

externes ; ceux-ci ne peuvent intervenir quand dans le cadre de leur mission principale, et l'entreprise devra changer régulièrement d'auditeurs. Les avantages particuliers des dirigeants vont être contrôlés et des sanctions peuvent être prononcées à leur égard s'ils ne respectent pas les dispositions d'information relatives à ces avantages.

**422.-** La loi a créé le PCAOB (Public Company Accounting Oversight Board), organisme de contrôle des cabinets d'audit. Son but est d'établir des normes et de veiller à leur respect par ces cabinets d'audit.

La loi met aussi en place un contrôle interne (section 302 et 404 de la loi) au sein de l'entreprise, à savoir l'ensemble des sécurités contribuant à la maîtrise de l'entreprise ayant pour but d'assurer la sauvegarde du patrimoine et la qualité de l'information et d'assurer l'application des instructions de la direction. Ce contrôle interne dénommé COSO (Committee Of Sponsoring Organizations) a pour but la responsabilisation de tous les acteurs de l'entreprise pour le respect des lois juridiques et éthiques.

Les sanctions encourues pour non-respect de cette loi, sont des sanctions pénales comprenant une amende et peine de prison.

## B. Les premières applications

Les conséquences et application de cette loi vont être perçues aux USA (1.) mais aussi en Europe (2.).

### 1. Les applications aux USA

**423.-** Les applications de la loi Sarbanes Oxley aux USA se sont traduites par un changement de l'organisation interne de l'entreprise américaine. Dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle interne, notamment la SEC propose la création d'un comité dépendant de la Direction et responsable de l'évaluation du caractère significatif de l'évaluation. Ce comité pourrait contenir un chef comptable, un responsable juridique, un responsable de la gestion des risques, un responsable des relations avec les actionnaires, éventuellement un autre membre du management.

**424.-** Enfin de l'obligation de certification des comptes, découle la nécessité d'adoption d'une procédure interne de contrôle. En effet, les dirigeants (Directeur général, Directeur financier)

vont devoir discuter les déclarations financières avec le Comité d'audit, le Conseil d'administration et les auditeurs externes.

**425.-** Ces procédures de contrôles vont être évaluées pour mesurer l'efficacité de la procédure mise en place par l'entreprise notamment quant à la fourniture d'information comptable. Cette évaluation et ses résultats vont être communiqués avant le rapport annuel pour pouvoir être examinés par la direction et le Conseil d'administration.

## 2. Les applications et conséquences en Europe

**426.-** Le référentiel de contrôle interne (COSO, Committee Of Sponsoring Organizations) est utilisé dans le monde entier et notamment en France. Ce contrôle est vu comme un processus de responsabilité des acteurs de l'entreprise, qui permet d'évaluer les risques, les valeurs de l'entreprise. Il a notamment pour objectif la réalisation et l'optimisation des opérations, la fiabilité des informations financières, la conformité aux lois et règlement<sup>310</sup>.

Cette loi Sarbanes Oxley reprend le principe de limitation de l'asymétrie de l'information.

**427.-** La Commission Européenne en 2002, a émis une recommandation sur l'indépendance du contrôleur légal<sup>311</sup>. Ce contrôleur doit s'abstenir d'effectuer sa mission d'audit s'il existe un lien quelconque entre lui-même et son client. Les services remettant en cause son indépendance sont aussi prohibés.

Les systèmes actuels de gouvernance des entreprises dans la quasi-totalité des Etats membres, permettent à leurs membres de traiter les problèmes additionnels se posant en matière d'indépendance du contrôleur légal et augmentent les conséquences de la responsabilité des dirigeants<sup>312</sup>.

**428.-** Cette loi Sarbanes Oxley a vocation à sanctionner un type de comportement réputé

---

<sup>310</sup> Par exemple la loi NRE à son article 116 énonce l'obligation pour les entreprises cotées de communiquer les conséquences sociales et environnementales de leurs activités.

<sup>311</sup> C. TANNOCK, *Scandales Enron et WorldCom et rôle des cabinets comptables*, Journal Officiel des communautés européennes 2003, n° C 137 E, p.42

<sup>312</sup> I. GROSSSI, *La responsabilité des dirigeants*, Rev. Droit & Patrimoine 2003, n°118



comme nocif pour la société. Elle a un champ d'application assez large et met en place un dispositif de contrôle préventif, associé à des sanctions lors de la commission de l'infraction. Elle est donc la consécration d'une prise en compte de l'éthique et on peut alors parler de « loi éthique ».

**429.-** Le processus sociologique d'élaboration de cette loi, en réaction à un scandale financier, permet de démontrer l'adaptation du droit à l'éthique. Ce dernier évolue donc en temps réel pour intégrer des solutions face à un élément déclencheur rappelant l'existence de problématiques néfastes pour la société.

**430.-** Pour conclure les scandales financiers américains ont conduit à l'élaboration d'une loi de normalisation comptable. Cette loi est une réaction sociologique et étatique au traumatisme causé par les conséquences des scandales financiers comptables de cette époque. En ce sens les dispositions de cette loi sont éthiques. En effet il s'agit d'énoncer des règles et des principes, à la suite de comportements dépourvus d'éthiques (fraude, maquillage comptable etc) ayant été démontrés nuisibles à la société.

## **Section II : Le processus de création d'une loi en réaction à un scandale en France**

**431.-** En France le scandale très récent de l'affaire Cahuzac (§1.), a suivi un processus sociologique normatif similaire mais n'a pas encore abouti puisque nous sommes aujourd'hui au stade du projet de loi (§2.).

### ***§1 : Le scandale Cahuzac***

**432.-** Le résumé de l'affaire (A.), va permettre de se pencher sur le contexte sociologique (B.) qui a permis d'aboutir à un projet de loi.

#### **A. Résumé de l'affaire**

Le résumé de l'affaire peut se faire par la remémoration du scandale financier récent (1.) et des enjeux éthiques (2.).

## 1. Le scandale financier

**433.-** Ce scandale politico-financier met en cause le ministre délégué du Budget<sup>313</sup> (Jérôme Cahuzac), en décembre 2012.

Ce dernier a été accusé par le site d'information en ligne Mediapart d'avoir possédé des fonds et des comptes non déclarés dans des paradis fiscaux (Suisse, Singapour).

Clamant son innocence, J. Cahuzac a été démis de ses fonctions en mars 2013, puis il a été mis en examen le 2 avril 2013 par les juges d'instruction sur le fondement de blanchiment d'argent provenant de fraude fiscale.

**434.-** Le point de départ de l'enquête journalistique a été l'expertise de la vente d'un hippodrome à Compiègne effectuée par son prédécesseur Eric Woerth. Le site a ensuite révélé la possession par J. Cahuzac d'un compte bancaire non déclaré en Suisse clôturé en 2010 et dont le solde a été transféré à Singapour<sup>314</sup>. Cette affirmation démentie par l'homme politique<sup>315</sup>, a ensuite été corroborée par le site Mediapart.

Le parquet de Paris a ouvert en décembre une enquête préliminaire, suite à la plainte pour diffamation de J. Cahuzac<sup>316</sup>.

A la fin du mois de décembre, à la demande du directeur de Mediapart<sup>317</sup>, le procureur de Paris a ouvert une enquête sur ces faits pour blanchiment de fraude fiscale et a confié l'enquête à la police judiciaire<sup>318</sup>. Après audition des témoins, examen des preuves, J. Cahuzac a été révoqué de ses fonctions et a avoué en avril 2013 avoir détenu un compte à l'étranger (crédité de 600 000€<sup>319</sup>). Le président et le premier ministre ont qualifié cette action de « faute morale impardonnable » ; et J. Cahuzac a ensuite été exclu du Parti Socialiste. Fin avril, une commission d'enquête a été nommée par l'Assemblée Nationale.

---

<sup>313</sup> Ministre de l'Economie et des Finances Pierre Moscovici

<sup>314</sup> Selon la presse d'un montant de 16 millions d'euros

<sup>315</sup> E. CAZI, A. CHEMIN, *Jérôme Cahuzac : l'accroc*, Le monde édition avril 2013.

<sup>316</sup> V. MAZUIR, *Affaire Cahuzac l'électrochoc*, Les échos, dossier de presse du juin 2013.

<sup>317</sup> Edwy Plenel

<sup>318</sup> Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale, autre grief rajouté plus tardivement : perception par un membre de la profession médicale d'avantages procurés par une entreprise dont les services ou les produits sont pris en charge par la sécurité sociale

<sup>319</sup> Déclaration de J. Cahuzac et selon le Canard Enchaîné 60 millions d'euros sur deux comptes en Suisse (édition 3 avril 2013)

## 2. Les chefs d'accusation

**435.-** Les chefs d'accusation retenus ont été la dissimulation d'information, la fraude fiscale, le blanchiment<sup>320</sup>.

Les deux premiers chefs d'accusation sont liés à la dissimulation des comptes et des montants attribués à ces comptes, notamment dans des paradis fiscaux.

**436.-** Des campagnes législatives (Claude Evin) auraient été financées par le SNIP (syndicat nationale de l'industrie pharmaceutique), et J. Cahuzac serait passé par l'intermédiaire du conseil Daniel Vial dont il est devenu le consultant. Dans ce cadre de lobbyisme pharmaceutique, la mise sur le marché de médicament et d'appareillage médical aurait fait l'objet de pratiques douteuses et de montages financiers. Des éventuels pots de vin perçus en contrepartie de l'autorisation de commercialisation d'appareils médicaux ont été décriés. Enfin il semblerait que des laboratoires pharmaceutiques auraient alimentés les comptes bancaires off-shore.

**437.-** On voit dès lors un manque d'éthique, qualifié de « faute morale » par les dirigeants français, qui a mis en marche le processus de réaction sociale.

### B. Les réactions sociologiques

Les réactions sociétales se sont perçues sur le plan judiciaire (1.) et la réaction des pouvoirs publics sur le plan juridique (2.).

#### 1. L'enquête judiciaire

**438.-** L'enquête judiciaire est conduite par les juges Roger Le Loire et Renaud Van Ruymbeke. L'enquête et l'audition des témoins ont permis de révéler l'alimentation en argent des comptes en Suisse par les revenus provenant des laboratoires pharmaceutiques. La perquisition des domicile et bureau de Daniel Vial, ainsi que du siège du laboratoire pharmaceutique, ont permis la révélation des pratiques douteuses.

Dans l'hypothèse où les faits constituant le blanchiment de fraude fiscale seront retenus, l'infraction pourra être constituée. Le blanchiment<sup>321</sup> consiste à introduire le produit d'une infraction dans l'économie légale pour en dissimuler l'origine. Il est sanctionné par le délit de blanchiment de la loi du 13 mai 1996 n°96-392. Pour les personnes physiques l'article 324-1 alinéa 3 du Code pénal prévoit une amende de 375 000€ et 5 ans d'emprisonnement. En cas de circonstance aggravante la peine d'emprisonnement peut être doublée et le montant de l'amende porté à 750 000€. L'amende peut aussi être augmentée jusqu'au montant de la moitié des avoirs sur lesquels a porté l'infraction selon l'article 324-3 du Code pénal ; et des peines complémentaires peuvent être prononcées (article 324-7 du Code pénal).

## 2. La réaction par le droit des pouvoirs publics

**439.-** A la suite, de cette affaire les pouvoirs publics ont annoncé un projet de réforme (annoncé au Conseil des ministres le 10 avril 2013). Il a notamment un objectif de transparence de la vie publique avec la création d'une autorité (Haute autorité de la transparence de la vie publique), et des mesures telles que l'interdiction de cumuler un mandat de parlementaire avec l'exercice de certaines activités professionnelles ; par exemple l'interdiction de cumul des fonctions de collaborateur parlementaire avec toute activité professionnelle rémunérée de lobbying ou de conseil. Un autre objectif est la lutte contre la délinquance fiscale et la fraude, notamment par des mesures touchant aux déclarations du patrimoine des élus.

Enfin une proposition de loi a été présentée pour sanctionner le parjure d'un homme politique. Ces propositions ont abouti à un projet de loi.

### **§2 : Le projet de loi**

Ce projet de loi doit être étudié dans son contenu (A.) par rapport aux avancées éthiques futures (B.).

---

<sup>321</sup> E. DAOUD, *Le délit de blanchiment, un horizon pénal qui ne cesse de s'élargir : Le blanchiment de fraude fiscale*, Lamy droit des aff. 2013, n°83.

## A. Le contenu

Le contenu de ce projet de loi (1.) fait l'objet de discussions (2.).

### 1. Le projet de loi<sup>322</sup>

**440.-** Ce projet de loi a été déposé devant l'Assemblée nationale le 24 avril 2013, et il est relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et complète la loi de finance rectificative de 2012 (n°2012-1510).

Le projet de loi contient des mesures dont :

- L'extension du champ de compétence de la Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale face au blanchiment de fraude fiscale.
- L'accroissement de la catégorie de fraude fiscale, comprenant de nouvelles circonstances aggravantes (recours à des comptes off-shore, falsification etc.) et avec l'association d'une peine de 7 années et d'une amende pénale de 2 millions d'euros.
- Un élargissement de la procédure judiciaire d'enquête fiscale résultant de pratique de défiscalisation avec la possibilité de recours aux techniques spéciales d'enquêtes (surveillance, infiltration, captation des données informatiques, etc).
- Renforcement des pouvoirs de l'administration fiscale (recours à n'importe quel mode de preuves, à l'exception des procédures de visites domiciliaires).
- Simplification de la saisie des contrats d'assurance-vie.

### 2. Les discussions

**441.-** Ces mesures, en réponse à une demande sociologique, tendent à renforcer le régime répressif de la fraude fiscale et à lutter contre cette délinquance fiscale. Le dispositif énoncé semble très sévère. Par exemple on peut citer la confiscation du patrimoine des personnes morales en cas

---

<sup>322</sup> Projet de loi AN, n° 1011, 24 avr. 2013, *Lutte contre la fraude fiscale : dépôt du projet de loi, Le contenu du projet de loi*, Les Nouvelles Fiscales, 2013, n°1112

de blanchiment. De plus le projet de loi envisage l'ouverture aux associations de la faculté d'exercer les droits de partie civile (pour les associations de lutte contre la corruption seulement). On peut d'ores et déjà remarquer que ce système est majoritairement centré sur la sanction et la répression comme moyen dissuasif de l'infraction. En parallèle les USA lors du précédent scandale financier adoptent dans leur loi un dispositif centré sur la prévention, la détection d'une fraude comptable et des moyens de contrôles avant la commission de l'infraction.

Il faudra donc se pencher sur le texte de loi lors de son entrée en vigueur.

## B. Les avancées futures éthiques

Les avancées éthiques dans ce domaine seront consacrées par une loi future (1.) mais il est possible d'imaginer un système non prévu par ce projet de loi qui pourrait être efficient (2.)

### 1. Les avancées de ce projet de loi

**442.-** Il s'agirait de durcir le système répressif relatif à la matière fiscale, pour dissuader les acteurs de commettre des pratiques contraires au dispositif normatif. L'objectif sous-jacent est d'amener plus de démocratie notamment sur le plan fiscal.

### 2. La création d'un système « COSO » légalisé par le droit français

**443.-** Le système COSO appliqué par les entreprises française, et obligatoire aux USA, pourrait être rendu obligatoire en France tout en l'élargissant pour comprendre des données fiscales. Il en ressortirait la mise en place d'un système de contrôle préventif et répressif.

**444.-** Pour conclure ce scandale financier français a abouti à l'élaboration d'un projet de loi. Une loi sera sûrement votée dans les temps à venir pour corroborer ce projet. Il s'agit d'un dispositif éthique et sociologique créé en réaction au traumatisme d'un scandale financier.

**445.-** Des lois éthiques naissent en réponse à des processus sociologiques nés de scandales traumatisants pour nos sociétés (section II). Ces lois ont vocation à proposer des remèdes préventifs

ou des solutions punitives, pour que ces pratiques ne soient plus commises. La solution adéquate reste un dosage équilibré entre ces deux systèmes.

**446.-** L'éthique peut donc se traduire par l'élaboration d'une loi (chapitre II), qui sera impulsée par la réaction sociologique. Ce phénomène de réaction est mondial, et montre l'importance de l'opinion publique, qui est une partie prenante à part entière et dépasse même ce cadre, en devenant un des facteurs permettant de déclencher le processus législatif.

**447.-** Les conséquences de ce processus éthique (titre II), vont être des aboutissements sur le plan de la normalisation, et d'éventuels recours à l'encontre de ces normes.

### **Conclusion Partie II**

**448.-** La valeur du processus de codification éthique (partie II) n'est pas consacrée en tant que telle. L'emploi, l'utilisation de ces chartes éthiques va permettre la détermination de cette valeur et de leur force obligatoire. Cette dernière emporte des conséquences en droit national et international. L'intervention des pouvoirs publics sera sûrement nécessaire pour permettre de réguler ces pratiques. Mais leur intervention, a posteriori, a déjà lieu, notamment par le processus de création de loi éthique en réaction à un phénomène sociologique.

## Conclusion

**449.-** L'éthique est constituée des dispositions juridiques et des pratiques des entreprises qui énoncent un dispositif de réaffirmation de valeurs sociales. Ces pratiques évoluent et ont une reconnaissance de plus en plus grande. La réaction sociologique de législation éthique montre que la corruption reste un comportement humain inhérent à toute société. Le besoin éthique est donc inchangé, et demeure aussi grand. Sa prise en compte passera par des solutions de prévention efficiente et intelligente pour permettre la détection de ce type de comportement. En ce sens l'action des pouvoirs publics peut aider à la construction d'un standard éthique.

Ce standard éthique peut être défini par les thématiques et valeurs récurrentes que les entreprises reprennent comme un consensus. Il s'étend de la prise en compte de l'environnement, à celle des différentes parties prenantes pour aboutir à un concept de responsabilité.

L'efficience de ces normes éthiques tire majoritairement sa force du contrat, ceci en droit international et national. La place du contrat en droit, débat doctrinal, est toujours aussi importante et actuelle du fait de ces pratiques des entreprises.

**450.-** En effet une grande partie de l'éthique tire sa force obligatoire des contrats auxquels elle est adossée. Définir un cadre précis au champ d'application de ces pratiques sera sûrement une étape dans la construction de ces pratiques, sur le plan juridique. En effet une requalification possible en règlement intérieur par exemple, montre que ces pratiques sont particulières et ne doivent pas empiéter sur le domaine d'autres normes.

Définir ce champ d'application est un travail qui incombera aux pouvoirs publics, ou aux juridictions. Ceci permettrait une efficience plus grande pour des pratiques à vocation normative dont le cadre d'application est encore flou.

Mais ce regain éthique depuis les années 1950, montre une volonté des entreprises d'amélioration, de leur image et de leurs actions, face à de nouveaux besoins de consommation.

La problématique de la valeur et de la force obligatoire de l'éthique est donc actuelle et est née de ce besoin éthique.



Besoin qui est inscrit dans le droit positif et se traduit par des normes de droit commun éthiques.

La création de système de contrôle particulier montre aussi le caractère hybride de ces normes éthiques, qui sont le fruit d'une réponse sociologique à des besoins actuels.

Les recours à l'encontre de ces normes sont possibles et les juridictions commencent à citer des chartes éthiques dans leur décision. La question d'une efficience pleine reste en suspens.

**451.-** La vocation internationale de ces pratiques éthiques complexifie le débat, et leur efficience. En effet ces pratiques sont en majorité nées par l'action des entreprises multinationales. La régularisation des marchés internationaux par des normes harmonisées reste aujourd'hui un débat utopique dans notre contexte. Certains débats ont ensuite pris comme point de repère ces pratiques éthiques. Ces dernières peuvent-elles constituer le point de départ d'un « socle » juridique pour les marchés internationaux ? En effet les thématiques souvent reprises constituent un consensus sur une part d'éthique nécessaire. Elles sont souvent la reprise de dispositions juridiques éthiques existantes dans les droits nationaux. Ainsi ces pratiques sui generis peuvent ouvrir un débat en la matière, mais la solution ici dépendra de l'efficience qui sera consacrée à ces pratiques.

**452.-** Cette évolution montre une construction « juridique » liée à l'histoire, la sociologie, et qui a donc imprégné le droit des affaires par des normes et des pratiques éthiques. L'éthique est nécessaire dans le sens où elle permet et facilite cette adaptation, par la sensibilisation des praticiens et des acteurs à de nouvelles valeurs. Elle permet de relier « convictions » et « responsabilités ». Certains auteurs<sup>323</sup> en s'opposant à l'intervention des pouvoirs publics, rappellent que l'éthique est une composante inhérente au droit et notamment au droit des affaires. Mais cette intervention ne doit pas être conçue comme une moralisation pour réduire un problème de mentalités, car il s'agit bel et bien d'une adaptation à des réalités préexistantes.

« *Le droit est l'art du bon et de l'équitable* »<sup>324</sup>

Celse

---

<sup>323</sup> J.-F. BARBIERI, *Morale et droit des sociétés*, LPA, 7 juin 1995, n°68.

<sup>324</sup> Ibid. « *Jus est ars boni et aequi, ars securi et stabulis* » Celse philosophe romain épicurien du IIème siècle.

## Annexes

A. DUPAYS, J-R. LE MEUR, C. PHERIVONG, *Comment rédiger la clause de non-concurrence ?*, Lamy, droit appliqué, Les Cahiers du DRH n°67, 2002

Tableau sur les conventions collectives contenant des dispositions relatives à l'interdiction de concurrence.

### Clause de non-concurrence et conventions collectives

Convention	Salariés concernés	Limitation de la clause		Montant de la contrepartie financière
		Dans le temps	Dans l'espace	
Bureaux d'études techniques	Néant			
Céramique	Tous à l'exclusion des ouvriers	• Deux années	Néant	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 5/10e de la rémunération moyenne mensuelle des trois derniers mois.</li> <li>• 6/10e en cas de licenciement (sauf faute grave) tant que le salarié n'a pas trouvé de travail ou jusqu'à la fin de l'interdiction.</li> </ul>
Chimie (Industries)	Tous	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Deux années (possibilité d'étalement sur plus de deux ans pour les cadres).</li> <li>• Possibilité de prévoir, raison du</li> </ul>	Néant	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1/3 ou 2/3 des appointements mensuels selon que l'interdiction vise un ou plusieurs produits ou techniques de fabrication.</li> <li>• En cas de durée majorée : 100 % des</li> </ul>

Convention	Salariés concernés	Limitation de la clause		Montant de la contrepartie financière
		Dans le temps	Dans l'espace	
		caractère particulièrement délicat ou secret de certaines fabrications, un délai supérieur avec un maximum de quatre années.		appointements mensuels pendant les deux années supplémentaires.
Experts-comptables	Tous	• Trois années	• Périmètre maximum de 100 km autour du lieu de travail + limitation quant à l'activité professionnelle.	Néant
Expertise en matière d'évaluation industrielles et commerciales	Collaborateurs commerciaux ou techniques	• Une année	• Secteur géographique dans lequel le salarié exerçait son activité au cours de l'année précédant la rupture de son contrat.	• 1/4 ou 1/3 de la rémunération mensuelle des deux dernières années de présence (selon que l'ancienneté est de moins ou de plus de 5 ans).
Immobilier	Négociateur immobilier	• 18 mois en cas de démission ou de licenciement pour	• Secteur d'activité du dernier établissement ou	Néant

Convention	Salariés concernés	Limitation de la clause		Montant de la contrepartie financière
		Dans le temps	Dans l'espace	
		faute grave ou lourde • 3 mois en cas de licenciement pour autres motifs	était employé le négociateur.	
Métallurgie	Cadres	• Un an renouvelable une fois	Néant	• 50/10e de la rémunération moyenne mensuelle des douze derniers mois. • 6/10e en cas de licenciement (sauf faute grave) tant que le salarié n'a pas trouvé de travail ou jusqu'à la fin de l'interdiction.
	Techniciens ou agents de maîtrise	• Deux années		• 4/10e de la rémunération moyenne mensuelle des trois derniers mois.
	Mensuels à l'exclusion des niveaux I et II			
Pétrole	Ingénieurs et cadres	Néant		• Indemnisation en rapport avec la limitation de l'activité professionnelle.
Textile (industrie)	Ingénieurs et cadres	• Deux années	• Activités susceptibles de concurrencer l'entreprise	• 50 % du traitement mensuel des douze derniers mois en cas de licenciement.

Convention	Salariés concernés	Limitation de la clause		Montant de la contrepartie financière
		Dans le temps	Dans l'espace	
				<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1/3 de ce traitement en cas de démission.</li> </ul>
VRP		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Deux années</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Secteurs et catégories de clients que le VRP était chargé de visiter au moment de la rupture.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2/3 de la rémunération moyenne mensuelle des douze derniers mois, si la durée de l'interdiction est supérieure à un an ;</li> <li>• 1/3 si la durée de l'interdiction est inférieure ou égal à un an.</li> <li>• Montant de la contrepartie financière réduit de moitié en cas de démission.</li> </ul>

Annexe : **Tableau sur les approches de la REP : Responsabilité Elargie des producteurs**

<b>Type d'approche</b>	<b>Exemples</b>
Contrainte réglementaire	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programmes obligatoires de reprise</li> <li>• Normes de produits</li> <li>• Interdiction de substances et matériaux dangereux</li> <li>• Niveaux obligatoires de recyclage</li> </ul>
Engagement volontaire des entreprises	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programmes volontaires ou négociés de reprises</li> <li>• Code de conduite</li> <li>• Partnerships public ou privé</li> <li>• Labels</li> </ul>
Instruments économiques	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Taxes</li> <li>• Aides financières</li> </ul>

## Bibliographie

### Livres :

- N. BARTHE, J-J. ROSE, J-M. PERETTI, P-L. DUBOIS, *RSE Entre globalisation et développement durable*, éd., De boeck, 2011
- M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, éd., La Découverte, 2010.
- F. DERMANGE, L. FLACHON, A. BONDOLFI, P. BUHLER, E. FUCHS, S. GOYARD-FABRE, M. LEINER, D. MULLER, W. OSSIPOW, D. PECCOUD, A. SCHENKER, M. STETTLER , *Ethique et droit*, éd., Labor et Fides, 2002.
- M. DION, M. FORTIER, *Les enjeux éthiques de l'entreprise*, éd., Erpi, 2011.
- B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J. 3<sup>e</sup> éd.2011 p. 104
- J.-C. ROCHER, *Aux sources de l'Ethique Juridique, Les présocratiques*, éd., Fac 2000, 2001.
- A. Le FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, éd., economica, 2012.
- A. GOMEZ-LOBO, *Les fondements de l'Ethique socratique*, éd., septentrion presses universitaires, 1996.
- J. IGALENS, *La responsabilité sociale des entreprises*, éd., Eyrolles, 2012.
- P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>e</sup> siècle*, Dalloz Dunod, 2000.
- J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24<sup>ème</sup> édition, 2008
- T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT, G. SAINTENY, F. BUSSAC, C. LOPATER, *Développement durable, Aspects stratégiques et opérationnels, Grands groupes, Entreprises patrimoniales, Secteur public, Collectivités territoriales*, éd. Francis Lefebvre 2010.
- P. SERGE THOMAS BONINO, J.B. DONNIER, C. DELSOL, P. BENETON, P. DESCHAMPS, A. RENARD, C. BOUTIN, MGR ROLAND MINNERATH, *A la recherche d'une éthique universelle*, Académie d'éducation et d'études sociales, éd., François-Xavier de Guibert, 2012.

### Articles :

- C. ANDRE-HESSE, M. D'ALLENDE, *Chartes éthiques, codes de conduite et dispositifs d'alerte professionnelle : aspects pratiques*, Sem. Jur. Soc., n°22, 1<sup>er</sup> juin 2010, p.1213.

- J-F. BARBIERI, *Morale des affaires et commissariat aux comptes*, Jurisclasseur, Droit des affaires 24 janvier 1996 n°11 p.8 (PA199601103 Lextenso Petites affiches).
- J-F. BARBIERI, *Morale et droit des sociétés*, Jurisclasseur, Droit des sociétés, 7 juin 1995 n°68, p.13. (PA199506803 Lextenso Petites affiches)
- S. BEAL, M. MARGUERITE, J-Y. TROCHON, F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2012, entretien n°4.
- M-P. BLIN-FRANCHOMME, *Entreprises et responsabilité : aperçu de quelques avancées récentes du développement durable dans la vie des affaires...*, Revue Lamy, Droit des affaires et développement durable, n°32, 2008.
- M.P. BLIN-FRANCHOMME, *Le « marché de la consommation durable » regards sur la loyauté des pratiques commerciales*, Rev. Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2012, étude 13
- M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Pratiques commerciales : l'émergence juridique du commerce équitables*, Rev. Lamy droit des affaires, n°12, 2007.
- E. A. CAPRIOLI, *Charte éthique et droit du travail : illicéité d'un code de bonne conduite des affaires*, Jurisclasseur, commerce électronique, n°5, mai 2012, com. 55.
- E.A. CAPRIOLI, *Sécurité des systèmes d'information et stagiaire chinoise*, Comm. Com. électr. n°4, avril 2008, comm. 62.
- E.A. CAPRIOLI, *Éthique et sécurité de l'information*, Comm. Comm. Electr. n°6, juin 2008, comm. 85.
- E.A. CAPRIOLI, *Le « recel » d'informations et des correspondances sanctionné*, Comm. Comm. Electr. n°3, mars 2008, comm. 46.
- M. CANTO-SPERBER, G. GOUZES, S. LALANNE, J. POUILLARD, R. GRANDO, *Secret, Éthique et Démocratie Professions juridiques et judiciaires*, LPA, 20 juin 2001 n° 122, p.13.
- M. CHAGNY, J-L. FOURGOUX, *Les clauses de non-concurrence : approche pratique*, Lamy Droit des Aff. 2012, n°68
- A. CHERON, *Le délit de « violation du secret des affaires »*, Dalloz, 27 février 2012 n°1.
- C. COLLARD, *Confrontation du code d'éthique à la loi nationale. Les dangers de la traduction littérale d'un code venu d'ailleurs...*, Jurisclasseur, entreprise, septembre 2011, n°5, dossier 30.
- E. DAOUD, *Le délit de blanchiment, un horizon pénal qui ne cesse de s'élargir : Le blanchiment de fraude fiscale*, Lamy droit des aff. 2013, n°83.



- F. DE BRY, *L'entreprise et l'éthique*, Gaz. Pal., 22 décembre 2001 n° 356, p. 23.
- J. DELGA, *Une analyse juridique de l'éthique d'entreprise au regard de la mondialisation*, Lamy droit des affaires 2005, n°84.
- J.L. DENIER, *Elaboration d'une Charte d'éthique*, Cahiers DRH 2004, n°99
- A. DIAMANTOPOULOU, J. QUATREMER, *La r.s.e. ne peut pas faire de miracles, mais elle peut conduire les entreprises à progresser*, LPA, 26 février 2004 n° 41
- J.-P. DOUSSIN, *Le commerce équitable, pour une nouvelle relation Nord-Sud*, Revue Lamy option qualité 2003, dossier, n°217.
- A. DUPAYS, J-R. LE MEUR, C. PHERIVONG, *Comment rédiger la clause de non-concurrence ?*, Lamy, droit appliqué, Les Cahiers du DRH n°67, 2002
- J. FERRARI, *La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ?*, Lamy droit des affaires 2012, n°76
- E. FILIBERTI, *La r.s.e. s'analyse comme la contribution des entreprises au développement durable*, LPA, 26 février 2004, n° 41, p.18
- F. FRUNCK-BRENTANO, *Prévention, répression, encadrement : une nouvelle régulation au service de l'éthique*, Semaine Juridique Entreprise, n°27, 7 juillet 2011, p. 1521.
- H. GAUMONT-PRAT, *Ethique et nanotechnologies*, Jurisclasseur, Propriété industrielle, avril 2007, n°4.
- G. GOUZES, M. CANTO-SPERBER, S. LALANNE, J. POUILLARD, R.GRANDO, *Secret, éthique et démocratie*, LPA, 20 juin 2001 n°122, p.13.
- I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants*, Rev. Droit & Patrimoine 2003, n°118
- P. KAHN, *L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational*, Lamy droit des aff. 2002, n°46
- M. LAMOUREUX, *Les déclarations d'intention en droit privé*, Rev. Lamy Dr. Civil. 2008, p. 48.
- D.A. LAPRES, *Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises*, Revue Lamy droit des affaires, n°272.
- E. LULIN, *La démarche éthique de l'Oréal*, Jurisclasseur, 19 janvier 2012, n°72.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *L'éthique des pratiques restrictives*, LPA, 24 novembre 2011 n° 234, p.14.

- P. MARTIN, *Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012*, Gaz. Pal., 3 juillet 2012, n° 185, p.19.
- V. MERCIER, *Responsabilité sociétale des entreprises : une remise en cause de la loi Grenelle II par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière Grenelle II par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière*, Bull. soc. 01 fév. 2011.
- V. MERCIER, *La loi Grenelle II étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental*, Bull. Soc., 1 janvier 2011, n°1, p.69. (JBS-2011-0014)
- I. MEYRAT, *Les chartes éthiques doivent elles prendre place dans le règlement intérieur ?*, Semaine sociale Lamy 2007, n°1310.
- J.P. MINGASSON, *La responsabilité sociale des entreprises. Concept et place dans l'agenda politique européen*, LPA, 26 février 2004.
- E. MOUVEAU, *L'éthique : vers un nouveau fondement du contrat de travail ?*, Semaine Soc. Lamy, 2000, n°55.
- C. POLI, *Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation*, Lamy droit civil, 2011, n°88.
- J. QUATREMER, *La r.s.e. ne peut pas faire de miracles, mais elle peut conduire les entreprises à progresser*, LPA, 26 février 2004, n°41, p.4.
- L. RAVILLON, *La RSE dans les contrats du commerce international*, Lamy droit des aff. 2013, n°84
- C. ROQUILLY, *Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40. Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise*, Jurisclasseur, Droit de l'entreprise, septembre 2011, cahier n°5, dossier 29.
- B. SAINCY, *La R.S.E., entre mode managériale et exigences de la société : le rôle des pouvoirs publics*, LPA, 26 février 2004, n°41, p.15.
- Y.T SILGUY, « *La RSE s'analyse comme la contribution des entreprises au développement durable* », LPA 26 février 2004, n°41, p.18
- S. SOULIER, *Ethique et conquête*, Les cahiers Ernst and Young
- C. TANNOCK, *Scandales Enron et WorldCom et rôle des cabinets comptables*, Journal Officiel des communautés européennes 2003, n° C 137 E, p.42
- I. TCHOTOURIAN, *RSE et entreprise : des initiatives européennes en perspective*, Bull. soc., 1 janvier 2012, n°1, p.6.

- I. TCHOTOURIAN, Stakeholder Theory, Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2007 n° 1, p. 7.
- A. VAN EECKHOUT, *L'éthique : « Apprendre à se poser les bonnes questions au bon moment »*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2011, dossier 28.
- J. VAUTIER, *Sarbanes Oxley Act*, Lamy droit des aff. 2002, n°52
- F. VERDUN, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Jurisclasseur, Droit entreprise, septembre 2011, dossier 31, n°5.
- N. VIGNAL, *L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires a son honneur !*, Rev. Lamy Dr. civil 2007, p. 40.
- *Information du consommateur sur les caractéristiques environnementales des biens, produits et emballages*, Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2009, alerte 71
- Colloque Ethique des affaires : De l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Centre de Recherches en Ethique Economique et des Affaires et Déontologie Professionnelle de la Faculté d'Aix-Marseille 1996 : P. LE TOURNEAU, *L'éthique des contrats internationaux*
- Projet de loi AN, n° 1011, 24 avr. 2013, *Lutte contre la fraude fiscale : dépôt du projet de loi, Le contenu du projet de loi*, Les Nouvelles Fiscales, 2013, n°1112

**Thèse :**

- M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Thèse de 2004 sous la direction de M. J. CALAIS-AULOY.

**Décisions :**

**- Tribunal de commerce :**

- TC, Roubaix-Tourcoing, 26 novembre 1998, n° 98-1451
- TC, Versailles, *Valéo*, 18 décembre 2007, n°0511965021, comm. Com. électr. n°4, avril 2008 n°62, note E.A. CAPRIOLI.
- TC, Clermont-Ferrand, *Michelin*, 21 juin 2010, comm. 31 Com. électr. n°3, mars 2011, *Une tentative de vente d'informations confidentielles par un ancien salarié, incriminée sur le fondement de l'abus de confiance*, note E. A. CAPRIOLI.

**- Tribunal de Grande Instance :**

- TGI, Nanterre, 6 octobre 2004, RG 04/02865

- **Cour d'appel :**

- CA Orléans, 23 avril 1842, S. 1843, II, p. 383
- CA Bordeaux, 31 mai 1848, DP 1848, 2, p. 180
- CA Paris, 21 mars 2003, Rtd Civ. 2003, p. 495, obs. J. Mestre et B. Fages.
- CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 24 mars 2009, n° 07-08.359
- CA, Paris, Pole 6 chb. 11, 4 juin 2009, RG 06/13646.
- CA Montpellier, 2 mars 2010, n°08-09150

- **Conseil d'Etat :**

- CE 11 décembre 1998, n°194348
- CE, 24 février, *Pro-Nat*, n°192465

- **Cour de Cassation :**

▪ **Chambre civile :**

- Cass., Civ 1ère, 17 mars 1992, n°90-16606.
- Cass., Civ 1ère, 3 mai 2000, *Baldus*, n° 98-11381. D. MAZEAUD, Defrénois 2000.1110.
- Cass., Civ 1ère, 30 novembre 2004, n°02-20883, Bull. civ. II, n°297 ; RTD civ. 2005.443.
- Cass., Civ 2ème, 19 oct. 1994, n°92-21543, D. 1995.499.
- Cass., Civ 2ème, 10 juin 2004, n° 02-19600
- Cass, Civ 3ème, 16 mars 2005, n°03-17875
- Cass., Civ 3ème, 17 janvier 2007, n°06-10442
- Cass., Civ 3ème, 9 septembre 2009 n°08-13050
- Cass., Civ 3ème, 13 juillet 2010, n°09-67516, Bull. civ. III, n°146

▪ **Chambre sociale :**

- Cass. soc., 21 oct. 1960, n° 59-40.160.

- Cass. soc., 24 févr. 1982, n° 80-40283.
- Cass. soc., 6 mars 1986, n° 83-43158.
- Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-43719
- Cass., soc., 14 mai 1992, « *Affaire du laveur de vitre* » n°89-45300.
- Cass., soc., 13 janv. 1998, n° 95-41480
- Cass., soc., 10 janvier 2001, n° 98-46038
- Cass., soc., 10 juillet 2002, n°99-43334 et 99-43336
- Cass., soc., 5 avril 2006, n°04-45205
- Cass., soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721
- Cass., soc., 27 février 2007, n°05-44984
- Cass., soc., 7 mars 2007, n° 05-45280
- Cass., soc., 29 octobre 2008, n°07-43093
- Cass., soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ SA Dassault Systèmes : JurisData n° 2009-050680
- Cass., soc., 8 déc. 2009, n° 08-42089, Bull. civ. V, n° 277
- Cass., soc., 12 oct 2011, n° 09-43155
- Cass., soc., 30 novembre 2011, n°11-12906
- Cass., soc., 25 janvier 2012 n° 10-11590
- Cass., soc., 16 mai 2012, n°11-10760.

▪ **Chambre commerciale :**

- Cass. com., 23 décembre 1968, n° 67-13.046, Bull. civ. IV, n° 374
- Cass. com. 10 janvier 1972, n° 70-11.161, JCP G 1972, II, n° 17134, note Guyon Y
- Cass. com., 28 février 1983, n° 81-14.921, Rtd civ. 1983, p. 746, obs. J. Mestre.

- Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, RTD civ. 2005, p. 391, obs. Mestre J. et Fages B
- Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189
- Cass., com., 5 mai 2009, n°08-11916.
- Cass., com., 15 sept. 2009, n°08-19200
- Cass., com., 10 novembre 2009, "Sté Carrefour c/ Légal Le Gout", n°08-18337
- Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-17650
- Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824
- Cass., com., 12 juillet 2012, n°11-19047.
- Cass., com., 3 avril 2013, n°11-16303

- **Chambre criminelle :**

- Cass., crim., 24 février 2009 n°08-84410 (JurisData n°2009-047349)
- Cass. crim 25 septembre 2012 n°10-82938
- Cass., crim., 3 juin 2009, n° 08-82941

- **Chambre mixte et chambre des requêtes :**

- Cass., Ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, n°06-11673.
- Cass., req., du 25 février 1835, DP 1838, I, p.439, cité par B. Oppétit, op. cit., p.112
- Cass. req., 4 juill. 1904, S. 1905, I, p. 37

- **Autorité de la concurrence :**

- Cons. conc., n° 06-D-09, 11 avr. 2006, France Portes, dont le recours a été rejeté par la CA Paris, 24 avr. 2007 : JurisData n° 2007-335953

- **Cour de justice des communautés européennes :**

- CJCE 12 déc. 1989, Mesner, C265/88
- CJCE, *FEDESA*, 30 novembre 1990, C331/88.
- CJUE, 5 juillet 2012, C 49/11.

▪ **Commission Européenne :**

-Comm. Europ, 21 déc. 1988, n°89/190/CEE.

-Comm. Europ, 21 déc. 1988, CE n°94/599.

- Comm. Europ, 1989, n°89/469/CE (JOCE, I, 225).

-Comm. Europ. 2 août 1989, n°89/515/CEE, *Treillis soudés*, JOCE 6 sept. n°L260, JCP G 1990, II n°21430 obs. M.-C BOUTARD-LABARDE et L. VOGEL

-Comm. Europ. 30 nov. 1994, *Ciment*, JOCE 30 déc., n°L343.

-Comm. Europ, 12 juill. 1996, Royaume-Uni/ Commission, n°96/239/CE, C180/96.

▪ **Cour Internationale de Justice**

- Cour Internationale de Justice « Usine de pâte à papier ; Argentine contre Uruguay » du 20 avril 2010

**Articles journaux :**

- E. CAZI, A. CHEMIN, *Jérôme Cahuzac : l'accroc*, Le monde édition avril 2013

-G. HUINI, The New York Times, *In China, Human Costs Are Built Into an iPad*,

-V. MAZUIR, *Affaire Cahuzac l'électrochoc*, Les échos, dossier de presse du juin 2013

-L. ORTIZ, Le Monde, *Apple, gendarme et accusé sur les conditions de travail en Chine*

-*Enron, Tyco, WorldCom... des sociétés dans la tourmente*, Les Echos, n°18818, 2003, p.90

## Index

---

### A

**Abus** : 16, 17, 18, 25, 36, 41.  
**Abus de position dominante** : 21.  
**Achat durable** (achat responsable) : 155.  
**Amérique Latine** (pratique éthique) : 356 et s., 361 et s.  
**Apport environnementaliste** : 139 et s.,  
**Audit** : 226  
**Autorité de la concurrence** : 45, 72

### B

**Business model** : 126

### C

**Cadre responsable de l'éthique** : 221  
**Cahier des charges** : 150  
**Cahuzac** : 431 et s.  
**Certification** : 133, 149,  
**Charte éthique** : 322 et s., 324, 326, 327 et s., 330.  
-valeur de ces chartes : 335 et s.  
-CGV : 336 et s.  
-contrat : 340 et s.  
-recours, sanction envisageable : 341 et s.  
-règlement intérieure : 344 et s.  
-responsabilité société mère : 350 et s.  
**Chine** (pratique éthique) : 356 et s.  
**Clause abusive** : 20, 22, 23,

**Clause de non-concurrence** : 49 et s., 51, 52, 53, 54 et s., 58, 59, 61

**Clause pénale** : 50, 60

**Code de conduite** : 292 et s., 301 et s.

**Codification éthique** : 228, 230, 280

**Codification spéciale** : 19

**Commerce équitable** : 144 et s., 146

**Comité éthique du Conseil d'administration** : 221

**Comité d'Hygiène de Sécurité et des**

**Conditions de Travail** : 128

**Comptabilité** : 203 et s., 211.

-principe comptable : 206.

**Concepts jurisprudentiels** : 64

**Consommation durable** : 154, 156

**Construction jurisprudentielle** : 83 et s.,

**Contrepartie financière** : 56, 57, 59, 60.

**Convention collective** : 58, 59.

### D

**Déchet** (gestion) : 159 et s.,

**Déclaration environnementale** : 136

**Déclaration d'intention** : voir gentleman agreement

**Délation** : 47.

**Demande de clémence** : 46

**Développement durable** : 96, 97 et s., 127 et s., 132 et s.

**Directeur Général** : 124



**Directeur des ressources humaines** : 223, 224.

**Doctrine solidariste** : 81

**Doctrine utilitariste** : 82

**Dol** : 19, 23,

**DREAL** : 135

**Droit** :

-civil : 13, 16

-commun : 13, 16, 47

-(de la) concurrence : 47

-(des) contrats : 19, 24

-environnement : 95

-positif : 14, 63

-(de) rompre les pourparlers : 19

-des sociétés : 20

**Contrats internationaux** : 374 et s.

**E**

**Eco-conception** : 164, 165

**Ecolabel** : 139, 155.

**E- déchet** : 172 et s.

**Enoncé de valeur** : 306 et s., 309 et s.

**Engagement d'honneur** : voir *Gentleman agreement*.

**Euler-Venn (diagramme)** : 11.

**EMAS** : 134.

**Enron WorldCom** : 407 et s.

**Erreur** : 27.

**Ethique** :

-(du) développement : 158

-implicite : 64

-théorique : 15, 36, 42, 62

-à valeur normative (normative) : 12

-à valeur universelle : 3

**Exonération** (sanction pécuniaire droit de la concurrence) : 44, 45.

**F**

**Fraude** : 26

**Filiale** (responsabilité société mère) (p 158)

**Finance d'entreprise** : 212 et s.,

**Fond investissement éthique** : 217

**Force obligatoire** : 83, 86

**G**

**Gentleman agreement** (lettre intention) : 64, 77 et s., 88, 90.

**I**

**Intérêt légitime** : 55.

**ISR** : 243 et s., 247.

**J**

**Jusnaturalisme** : 10, 11

**Juspositivisme** : 10, 11

**L**

**Lésion** : 19, 23, 25.

**Levée du secret des affaires** : 70, 71 et s., 75.

**Loyauté** :

-contractuelle : 18, 19

**Loi éthique** : 445.

## **M**

**Management environnemental** : 123, 166

**Médiation** : 402

**Morale** : 3, 8, 9, 11

-code moral : 6

-post-moral : 10

## **N**

**Norme NF** : 139

**Norme comptable IFRS** : 399

**Norme ISO** : 134, 135, 137, 239, 250, 400.

## **O**

**Obligation d'information** : 16, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35.

**Ombudsan organisationnel** : 221

## **P**

**Partie prenante** : 179 et s., 183, 201.

**Présocratiques** : 5

**Principes d'accès à l'information et à la justice et de participation aux décisions** : 104

**Principe d'affaires** : 305 et s., 306 et s.

**Principe d'équité intergénérationnelle** : 106

**Principe d'équité intragénérationnelle** : 105

**Principe d'intégration** : 103

**Principe pollueur-payeur** : 102

**Principe de précaution** : 109, 111, 112 et s., 116 et s.

**Principe de prévention** : 108

**Principe de réversibilité** : 107

**Principe Unidroit** : 374

**Programme éthique** : 228, 229.

**Pensée socratique** : 6

**Pluralisme** : 10, 11

**Post- moderne** : 9, 10

**Post-socratique** : 8

**Procédure d'engagement** : 36, 43

**Procédure immunité d'amende** (procédure de clémence) : 43, 46

**Pyramide de responsabilité** : 261

## **R**

**Recours** : 392 et s.

- droit civil : 396.

-droit de la consommation : 395.

**Rédaction contractuelle** : 36, 48

**Règlement intérieur** : 346 et s.

**Relations commerciales établies** : 37, 38

- gestion déchets : 168, 169

-rupture : 39.

-rupture abusive : 40.

**Reporting** : 252, 255,

**Rescision** : 25

**Responsabilité civile** (délictuelle) : 19, 20, 40

**Responsabilité sociale** : 258, 263

**Responsabilité société mère pour les agissements de sa filiale** : 350 et s.

**RSE** : 234 et s., 238, 240 et s., 248 et s., 249, 259, 264 et s., 269 et s., 272 et s.

## **S**

**Sanction pécuniaire** : 47.

**Sarbanes Oxley** : 415 et s., 419

**Scandales financiers** : 408

**Secret des affaires** : 65, 66, 67, et s.

## **T**

**Tribunal arbitral** : 401

## **V**

**Vices du consentement** : 27, 33

## Table des matières :

<i>Partie I : Le droit des affaires influencé par l'éthique .....</i>	<i>16</i>
<i>Titre I : L'interaction de l'éthique et du droit des affaires : les influences du régime commun.....</i>	<i>16</i>
<i>Chapitre I : La croissance de la prise en compte des enjeux éthiques.....</i>	<i>17</i>
<i>Section I : La prise en compte de l'éthique par le droit normatif.....</i>	<i>17</i>
§1 : L'éthique théorique : le droit commun.....	17
A. La notion d'abus.....	18
1. L'héritage de valeurs éthiques.....	18
2. Les traductions « éthiques » de la notion d'abus en droit commun .....	20
B. L'accroissement éthique du contenu de l'obligation d'information .....	23
1. L'obligation d'information.....	23
2. L'accroissement éthique de son contenu.....	24
§2 : L'éthique théorique en droit des affaires .....	27
A. Deux visions antagonistes pragmatiques de l'éthique théorique .....	27
1. La rupture d'un contrat lors d'une relation commerciale.....	28
2. La procédure d'engagement en droit de la concurrence .....	30
B. La rédaction contractuelle .....	33
1. Les débats théoriques et leurs enjeux : l'exemple de la clause de non .....	33
.....concurrence.....	33
2. La pratique rédactionnelle des clauses de non-concurrence .....	38
<i>Section II : La prise en compte de l'éthique par des concepts jurisprudentiels .....</i>	<i>45</i>
§1 : La traduction d'une éthique implicite par le secret des affaires.....	45
A. Présentation de la notion .....	46
1. Le domaine de la protection du secret des affaires .....	46
2. Le projet de réforme.....	48
B. La levée du secret.....	49
1. La levée du secret en droit des sociétés.....	49
2. La levée du secret par l'Autorité de la Concurrence.....	51
§2 : La portée de l'éthique implicite à travers la pratique du Gentlemen's agreement..	53
A. Lettre d'intention ou l'engagement d'honneur.....	53
1. La vision doctrinale.....	53
2. La construction jurisprudentielle.....	55
B. L'éthique et les gentlemen's agreement.....	57
1. La prise en compte de l'éthique .....	57
2. La jurisprudence communautaire .....	59

<i>Chapitre II : La naissance de nouveaux enjeux éthiques</i> .....	61
<i>Section I : Les enjeux environnementaux</i> .....	61
§1 : Les nouveaux concepts environnementaux éthiques .....	62
A. De nouveaux concepts éthiques : le développement durable.....	62
1. Les fondements du développement durable.....	63
2. Les principes clés du développement durable.....	65
B. L'exemple d'un principe dont la valeur est controversée : le principe de précaution .....	68
1. Les fondements textuels et la philosophie du principe de précaution.....	68
2. Les recours au principe de précaution sur les plans interne et communautaire. ....	70
§2 : Les dispositifs environnementaux pratiques de protection .....	73
A. Le management environnemental d'entreprise .....	73
1. Approche développement durable centrée sur la fonction de directeur général .....	74
2. Approche du développement durable dans l'entreprise en général.....	76
B. Les exemples de politiques de développement durable mises en œuvre .....	79
1. Approche développement durable par le biais des certifications environnementales.....	79
2. Les apports environnementalistes .....	81
<i>Section II : Les enjeux de développement</i> .....	84
§1 : L'éthique du développement.....	84
A. Le commerce équitable .....	85
1. Les fondements du commerce équitable .....	85
2. Les contrôles mis en place : une certification .....	87
B. La consommation durable .....	90
1. Achat durable ou responsable .....	91
2. L'information du consommateur sur la consommation durable .....	92
§2 : La mise en œuvre de l'éthique du développement.....	93
A. La gestion des déchets.....	93
1. Classification des déchets.....	94
2. L'éco-conception.....	96
B. La responsabilité élargie en matière de déchet.....	98
1. La responsabilité élargie du producteur .....	98
2. Les e-déchets .....	99

**Titre II : L'intervention de l'éthique en droit des affaires : les influences nouvelles.....102**

Chapitre I : Les parties prenantes et le choix éthique ..... 102

*Section I : Etude de l'entreprise et des enjeux éthiques organisationnels..... 102*

§1 : Les parties prenantes : pouvoir et légitimité ..... 102

- A. L'influence de l'éthique sur la prise en compte des parties prenantes..... 103
  - 1. Identification des parties prenantes ..... 103
  - 2. La théorie des parties prenantes dans une économie de marché ..... 104
- B. La portée et les limites du modèle..... 105
  - 1. Critique des modèles théoriques : des acteurs multiples..... 106
  - 2. Les parties prenantes et les dispositifs de protection existants ..... 107

§2 : Les enjeux éthiques de gestion..... 109

- A. Les principaux enjeux éthiques de la comptabilité ..... 109
  - 1. Les enjeux éthiques ..... 109
  - 2. Les principes comptables ..... 110
- B. La gestion et la finance d'entreprise ..... 112
  - 1. La finance et l'éthique..... 112
  - 2. Les évolutions éthiques de la gestion..... 113

*Section II : Les mécanismes encourageant l'éthique dans l'entreprise..... 115*

§1 : Les acteurs, les actions et mécanismes permettant de promouvoir l'éthique ..... 115

- A. La promotion de l'éthique ..... 115
  - 1. L'organisation interne de l'entreprise ..... 115
  - 2. Les enjeux inhérents à la fonction des ressources humaines ..... 116
- B. Les mécanismes permettant une mise en œuvre de l'éthique ..... 117
  - 1. Les mécanismes à priori..... 118
  - 2. Les mécanismes à posteriori ..... 118

§2 : Le programme d'éthique en entreprise ..... 119

- A. La formation du programme éthique..... 119
- B. Les traductions de ce programme..... 119

Chapitre II : La responsabilité sociale de l'entreprise..... 121

*Section I : Le concept de responsabilité sociale de l'entreprise..... 122*

§1 : Le concept de responsabilité sociale de l'entreprise débouchant sur une responsabilité juridique ..... 122

- A. La responsabilité sociale de l'entreprise ..... 122
  - 1. Les fondements historiques de la Responsabilité sociale de l'entreprise..... 122
  - 2. Les fondements terminologiques de la RSE ..... 123
- B. L'Investissement socialement responsable (ISR), et les différents moteurs de ..... la RSE..... 124
  - 1. Les acteurs de la RSE..... 124
  - 2. L'Investissement socialement responsable ..... 125

§2 : L'application pratique de la RSE ..... 126

- A. Les sources de la RSE ..... 126
  - 1. Les fondements juridiques internationaux ..... 126
  - 2. Les lignes directrices de la norme ISO..... 127
- B. Les stratégies et management..... 127
  - 1. Les stratégies ..... 127
  - 2. Le reporting ..... 128

*Section II : Les responsabilités de l'entreprise..... 129*

§1 : Les théories de la Responsabilité sociale de l'entreprise et « leur avenir »..... 129

- A. Les théories de la responsabilité sociale de l'entreprise ..... 129
  - 1. La pyramide de responsabilité d'A.B. Carroll ..... 130
  - 2. La responsabilité sociale de H. Bowen ..... 131
- B. Les théories de la RSE ..... 131
  - 1. La théorie instrumentale..... 132
  - 2. La théorie de la performance sociale de l'entreprise..... 132

§2 : Les critiques de ces théories..... 134

- A. Les critiques intrinsèques ..... 134
  - 1. Les premières critiques historiques. .... 134
  - 2. Les critiques liées à la nature de la RSE ..... 135
- B. Les critiques liées à l'efficience des pratiques de RSE..... 135
  - 1. Le rôle des pouvoirs publics..... 135
  - 2. La « valeur » de la codification éthique ..... 136

Partie II : La valeur du processus de codification éthique en droit des affaires..... 138

**Titre I : Le processus de codification éthique ..... 138**

Chapitre I : Les différents types de codification à portée éthique ..... 138

*Section I : Les pratiques éthiques internes à l'entreprise..... 139*

§1 : Les « codes de conduite » ..... 139

A. La vision théorique des codes de conduite ..... 139

1. Définition d'un code de conduite ..... 139

2. Le contenu des codes de conduite ..... 141

B. La vision pratique d'un code de conduite ..... 141

1. Le code de conduite de la société Apple ou « Code of conduct » ..... 142

2. L'application relative de ce code de conduite ..... 143

§2 : Les « énoncés de valeur » ..... 145

A. La vision théorique d'un énoncé de valeur ..... 145

1. La définition d'un énoncé de valeur ..... 145

2. La force obligatoire de ces énoncés de valeur ..... 146

B. La vision pratique d'un énoncé de valeur ..... 146

1. Les énoncés de valeur de la société Landwell ..... 147

2. L'application de ces énoncés de valeur ..... 148

*Section II : Les pratiques éthiques avec des acteurs externes à l'entreprise..... 148*

§1 : Les principes d'affaires ..... 148

A. La vision théorique des principes d'affaires ..... 149

1. La définition des principes d'affaires ..... 149

2. Le contenu des principes d'affaires ..... 149

B. Les principes d'affaires de Google et Adwords ..... 150

1. Les principes d'affaires envers les « partenaires tiers » ..... 150

2. L'application de ces principes d'affaires ..... 151

§2 : L'étude d'une « charte éthique » ou d'un code éthique ..... 151

A. La vision théorique des chartes éthiques ..... 151

1. La définition d'une charte éthique ..... 152

2. Le contenu d'une charte éthique ..... 152

B. La vision pratique de la charte éthique du groupe l'Oréal ..... 153

1. La charte éthique du groupe l'Oréal ..... 153

2. L'application de cette charte éthique ..... 154

Chapitre II : La valeur des chartes éthiques dans un contexte mondial ..... 156

*Section I : L'évolution des comportements éthiques..... 156*



§1 : La valeur contractuelle de ces chartes.....	156
A. L'intégration dans les Conditions Générales de Vente .....	156
1. L'exemple des conditions générales de vente de Price Minister .....	156
2. La politique de gestion des données intégrées dans les conditions générales de vente.....	157
B. L'intégration dans les contrats .....	158
1. Une sanction par rapport aux dispositions du Code civil.....	158
2. Une sanction par rapport à l'article L442-6 I du Code de commerce .....	159
§2 : Des valeurs discutées .....	160
A. Une valeur de règlement intérieur .....	160
1. Une potentielle requalification en règlement intérieur.....	160
2. La valeur de règlement intérieur (conséquences).....	161
B. La responsabilité éthique de la société pour les agissements de sa filiale ...	161
1. Une conception s'opposant à l'engagement de la responsabilité de la société .....	161
2. Une conception s'élargissant vers l'engagement de la responsabilité de la société mère.....	162
<i>Section II : La prise en compte de l'éthique dans un contexte mondial.....</i>	<i>164</i>
§1 : Etude des pratiques éthiques en Chine et en Amérique Latine .....	164
A. Les pratiques éthiques en Chine.....	164
1. L'éthique en Chine .....	164
2. L'implantation de Carrefour en Chine .....	165
B. Les pratiques éthiques en Amérique Latine .....	166
1. Le contexte en Amérique Latine .....	166
2. Des exemples de pratiques éthiques en Amérique latine .....	167
§2 : La démarche éthique des groupes multinationaux une réponse à un contexte actuel ?.....	168
A. Un contexte de crise éthique ?.....	169
1. Le déclin des valeurs .....	169
2. L'émergence de nouvelles valeurs .....	169
B. La démarche des groupes multinationaux.....	170
1. Historique de la démarche contractuelle .....	170
2. L'éthique dans le droit des contrats internationaux .....	172
<b>Titre II : Les conséquences de ce processus éthique.....</b>	<b>174</b>
Chapitre I : La critique de ce dispositif éthique .....	174

<i>Section I : Etude critique des conséquences pratiques de l'éthique</i> .....	174
§1 : Critique négative des pratiques éthiques.....	174
A.    L'expression de la souveraineté des grandes entreprises .....	175
1.    La dimension internationale .....	175
2.    La dimension supplétive.....	175
B.    L'expression du « diktat » des grandes entreprises.....	176
1.    Les filiales soumises au processus de codification éthique.....	176
2.    Les partenaires commerciaux.....	176
§2 : Critique positive des pratiques éthiques.....	177
A.    La création de richesse .....	177
1.    Pour l'entreprise .....	177
2.    Pour la société .....	177
B.    La régulation du marché.....	178
1.    Par des normes éthiques .....	178
2.    Par une force juridique reconnue .....	178
<i>Section II : Conséquences et aboutissements de ces pratiques éthiques</i> .....	179
§1 : Les conséquences en droit national.....	179
A.    La possibilité d'effectuer des recours.....	179
1.    La mention de ces chartes éthiques par la Cour de cassation.....	180
2.    La reconnaissance d'un recours .....	180
B.    Des recours éventuels futurs .....	181
1.    En droit de la consommation.....	181
2.    En droit civil.....	181
§2 : Les conséquences en droit international .....	182
A.    La création de nouvelles normes internationales .....	182
1.    L'exemple du droit comptable .....	182
2.    L'exemple des normes ISO .....	182
B.    Un mode de résolution particulier des conflits.....	182
1.    Un organe de résolution des conflits particuliers : le tribunal arbitral .....	183
2.    La médiation et transaction .....	183
<b>Chapitre II : Etude d'un scandale financier donnant lieu à une loi éthique....</b>	<b>184</b>
<i>Section I : Le processus de création d'une loi en réaction à un scandale aux USA</i> .....	<i>185</i>
§1 : Les scandales Enron et WorldCom.....	185

A.	Résumé historique de l'affaire .....	185
1.	La société WorldCom.....	185
2.	La société Enron.....	186
B.	Le processus sociologique ayant amené à la création d'une loi.....	188
1.	La réaction sociologique .....	188
2.	Le processus ayant conduit à l'élaboration de la loi Sarbanes Oxley .....	188
§2 :	La loi Sarbanes Oxley .....	189
A.	Le contenu de la loi .....	189
1.	Le champ d'application de la loi.....	189
2.	Le contenu de la loi .....	190
B.	Les premières applications .....	191
1.	Les applications aux USA .....	191
2.	Les applications et conséquences en Europe.....	192
<i>Section II : Le processus de création d'une loi en réaction à un scandale en France ....</i>		<i>193</i>
§1 :	Le scandale de l'affaire Cahuzac .....	193
A.	Résumé de l'affaire .....	193
1.	Le scandale Cahuzac .....	194
2.	Les chefs d'accusation .....	195
B.	Le contexte sociologique.....	195
1.	L'enquête judiciaire.....	195
2.	La réaction droit des pouvoirs publics par le droit.....	196
§2 :	Le projet de loi .....	196
A.	Le contenu .....	197
1.	Le projet de loi .....	197
2.	Les discussions.....	197
B.	Les avancées futures éthiques .....	198
1.	Les avancées de ce projet de loi .....	198
2.	La création d'un système « COSO » légalisé par le droit français .....	198
Annexe 1	.....	202
Annexe 2	.....	206
Bibliographie	.....	207
Index	.....	216