



HAL
open science

L'entreprise définie par ses responsabilités

François Gaudu

► **To cite this version:**

| François Gaudu. L'entreprise définie par ses responsabilités. 2008. hal-00344628

HAL Id: hal-00344628

<https://paris1.hal.science/hal-00344628>

Preprint submitted on 5 Dec 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'entreprise définie par ses responsabilités ?

1. L'actualité du thème de la « responsabilité sociale de l'entreprise » conduit à se demander si l'entreprise peut être définie par ses responsabilités. Y a-t-il quelque chose à décrire et à analyser, au-delà bien entendu des responsabilités que tout acteur social supporte (responsabilités nées des contrats, responsabilité pénale, responsabilité civile délictuelle...) ? On peut ainsi envisager de s'interroger, non pas sur l'espace de l'entreprise (ses « frontières »), mais sur son rôle et sa nature.

2. Le point de départ peut être fourni par deux articles classiques que Paul Durand a publiés dans « Droit social » en 1945, « *Le particularisme du droit du travail* »¹ et « *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* »².

L'objet particulier de chacun de ces deux textes répond, assez largement, aux deux termes de la distinction allemande entre *Gemeinschaft* (communauté) et *Gesellschaft* (société). La distinction n'a aujourd'hui plus guère besoin d'être expliquée, tant la notion de « communauté » est devenue banale en France. L'entreprise est ainsi chargée de deux sortes de responsabilités, responsabilité vis-à-vis d'un groupe de dimension limitée (une « institution », pour Paul Durand) et responsabilité vis-à-vis de l'ensemble du corps social.

3. Avant d'aller plus avant, il est nécessaire de rappeler les trois sens pertinents – dont les deux premiers, au moins, sont opératoires – que prend le vocable d' « entreprise » en droit français :

- L'entreprise peut d'abord être définie comme une *activité*, d'un certain genre, qui constitue le critère d'application de règles particulières. C'est par exemple l'*impresa* du droit italien, qui entraîne la qualification d'*imprenditore*³, et la soumission de l'activité aux dispositions d'une subdivision spéciale du Code civil italien. C'est encore l'entreprise au sens de l'ex-article 85 (actuel article 81) du traité instituant les Communautés européennes, soumise dès lors au droit de la concurrence. En ce sens, l'ANPE française est une « entreprise ». L'article 1780 du Code civil, lorsqu'il définit l'ex-contrat de louage de services⁴, voit dans l'entreprise une activité. La notion, prise en ce sens, épuise ses effets en soumettant l'entreprise à une règle donnée.
- L'entreprise peut aussi être définie comme un *bien*, objet d'appropriation ou d'opérations diverses. C'est ainsi que le droit des « faillites », ou du redressement judiciaire des entreprises en difficulté, parle de « cession de l'entreprise »⁵. Or ce sont, dans nos sociétés, des choses et non des personnes que l'on vend. Dans le même sens, le droit italien distingue de l'*impresa* l'*azienda*⁶, ensemble de moyens organisés en vue d'une certaine fin. Le droit communautaire n'ignore pas cette signification : la directive du 12 mars 2001 relative au transfert d'entreprise est applicable à l'entité économique maintenant son identité, « *entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité* ».

¹ *Droit social* 1945.298.

² *Droit social* 1945.246.

³ Art. 2082 s. C. civ. it.

⁴ « *On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.* »

⁵ Art. L 642-1 s. C. com.

⁶ Art. 2555 s. C. civ. italien ; la parenté sémantique avec l'*hacienda* espagnole saute aux yeux.

économique »⁷. C'était d'ailleurs le sens attribué depuis longtemps à l'article L 122-12, al. 2 du Code du travail (L 1224-1), dont l'interprétation jurisprudentielle ne pouvait faire autrement que de traiter l'entreprise comme un bien⁸.

- Enfin, le terme est souvent pris comme synonyme utilitaire de société ou d'employeur.

4. Les débats contemporains – responsabilité sociale de l'entreprise, reféodalisation de la société...- ouvrent-ils de nouvelles perspectives ? Est-il possible de définir des droits et des devoirs de l'entreprise, au-delà du contrat et des causes traditionnelles d'imputation de la responsabilité ? Aux questions du moment, il est tentant d'appliquer la grille de lecture utilisée il y a un demi-siècle par Paul Durand, en envisageant successivement l'entreprise comme une communauté (I) et comme un acteur de la société civile (II).

I. L'entreprise comme communauté.

5. Dans la lutte qui a opposé le contrat et l'institution, c'est assurément le premier qui l'a emporté (A). Ne voit-on cependant pas se constituer, en raison de l'essor du contrat, avec la précarisation et, plus largement, la « marchandisation » des rapports sociaux que cet essor emporte, de nouveaux rapports de dépendance, qu'il est tentant par antiphrase républicaine d'assimiler à de nouvelles formes de vassalité ? (B) La thèse peut sembler paradoxale, mais elle est soutenue.

A. Le recul de la théorie institutionnelle de l'entreprise.

6. Pourquoi la thèse institutionnelle⁹ n'est-elle plus guère défendue ?

Lorsque Paul Durand a promu la théorie institutionnelle de l'entreprise, il poursuivait vraisemblablement deux objectifs :

- Le premier objectif est d'ordre politique. Pendant la deuxième Guerre Mondiale, puis à la Libération, la France vit dans un contexte d'économie dirigée : contrôle des prix, contrôle de l'emploi, nationalisations... En défendant la thèse de la « socialisation de la liberté d'entreprendre », Paul Durand allume un contre-feu ; c'est, en réalité, un argument à l'appui de ce qui demeure de liberté du marché qu'il présente. Cette préoccupation, bien évidemment, est aujourd'hui caduque.
- L'objectif politique s'étaie avec un objectif technique : il s'agit de rendre compte de phénomènes juridiques difficiles à expliquer par le recours aux doctrines classiques, en faisant appel à une source de droit alternative à la loi et au contrat :
 - Qu'est-ce qui justifie le pouvoir reconnu à l'employeur de soumettre les salariés à un *règlement intérieur d'entreprise*? La jurisprudence de l'époque fait mine d'y voir un effet du contrat, mais l'analyse est très fragile, puisqu'en

⁷ Art. 1, b) de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

⁸ Cf. F. Gaudu, R. Vatinet, « Les contrats du travail », in « Traité des contrats », dir. J. Ghestin, LGDJ 2001, n° 401.

⁹ V. not. J.A. Broderick, « La notion d'<institution> de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de philo. du droit*, t. XIII, « Sur les notions de contrat », Sirey 1965, p. 143.

cas d'introduction ou de modification d'un règlement intérieur, le salarié y est immédiatement soumis sans avoir à y consentir. Or, à l'époque, il n'existe pas non plus de fondement législatif au pouvoir réglementaire du chef d'entreprise.

- Qu'est-ce qui justifie, même en l'absence de règlement intérieur, le *pouvoir disciplinaire* « inhérent à la qualité de chef d'entreprise » (arrêt Poliet et Chausson, 1945¹⁰).
- Comment peut-on expliquer *la soumission au droit du travail de personnes qui n'ont pas consenti*, et ne se trouvent donc pas dans une situation contractuelle (prisonniers allemands affectés autoritairement dans les entreprises françaises, personnes soumises au Code de l'indigénat, réquisitionnés...) ? Dans la théorie jusqu'alors admise, la relation de travail naît d'un acte de volonté, d'un contrat (même si, une fois le contrat formé, les rapports entre les parties sont largement dictés par la réglementation, d'où l'idée d'« acte-condition »¹¹). Pour Paul Durand, le droit du travail s'appliquant à toute personne qui entre dans l'entreprise, que ce soit ou non par un acte volontaire, il faut admettre que la relation de travail naît d'un simple « fait-condition » (le travail subordonné dans l'entreprise) et non d'un acte-condition. L'intégration à l'institution est plus importante que le contrat.

7. Or, les questions techniques auxquelles Durand voulait apporter des réponses ne se posent plus :

- Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire ont maintenant un fondement législatif. On n'a donc plus besoin de l'institution comme source de droits et de devoirs alternative à la loi pour expliquer leur existence.
- La thèse de la « relation de travail » est obsolète, parce que les facteurs qui l'avaient inspiré (en réalité, des formes variées de travail forcé) ont pour ainsi dire disparu.

8. La théorie institutionnelle faisait miroiter la possibilité d'un contrôle, judiciaire notamment, des décisions du chef d'entreprise, au nom du « bien commun » de la communauté (« intérêt de l'entreprise »), pour reprendre la formule de Georges Ripert. Mais cet espoir a été démenti dès 1956 par le célèbre arrêt *Brinon*¹² (l'employeur est « seul juge » des raisons qui le conduisent à cesser son exploitation ; ses décisions ne sont ainsi pas subordonnées à un intérêt communautaire).

Il est vrai que la loi et la jurisprudence utilisent fréquemment la notion d'« intérêt de l'entreprise ». Mais cette notion, de nos jours, peut difficilement être distinguée de celle d'intérêt de la société, ou d'intérêt des actionnaires (par exemple : la clause de non-

¹⁰ Soc. 16 juin 1945, *Droit social* 46.427, note P. Durand ; « Les grands arrêts de droit du travail », G. Lyon-Caen et Jean Pélissier, Sirey 1978, n° 38.

¹¹ L'acte-condition déclenche l'application d'un statut (ainsi, la personne qui vient de réussir un concours accepte son intégration à la fonction publique). La notion, via Georges Scelle, est passée du droit administratif au droit du travail.

¹² Soc. 31 mai 1956, *Dalloz* 1958.1, note Levasseur. « Les grands arrêts... », préc., n° 79.

concurrence doit, pour être licite, être justifiée par des intérêts légitimes de l'entreprise¹³), à moins qu'elle n'évoque la « mise en balance des intérêts » par le juge¹⁴.

Il est certes concevable de faire jouer à l'institution un autre rôle (celui de fondement métajuridique des lois en vigueur) ; mais il y a à cela d'importants obstacles. L'importance très grande prise par le contrat de travail dans les années 1990, avec les prolongements en droit du travail d'un "solidarisme contractuel" renouvelé¹⁵, ne laisse guère de place à une théorie qui minore le contrat. De surcroît, l'entreprise paternaliste, souvent de taille moyenne, qui pouvait donner une image communautaire, a progressivement été remplacée par l'entreprise objet de *corporate governance*, de fusions et d'acquisitions. Si les liens humains qui se nouent entre les salariés et le chef d'entreprise sont en permanence remis en question par le pouvoir financier, la théorie institutionnelle perd son fondement sociologique

S'il est ainsi devenu difficile – en France, comme d'ailleurs en Allemagne - de regarder l'entreprise comme une institution, une autre communauté concevable est celle qui repose sur le lien de vassalité.

B. La reféodalisation ?

9. Ce n'est, sans doute, pas à un rapport de type communautaire que pensait le Professeur Alain Supiot dans l'essai qu'il a consacré à la « contractualisation de la société », où il conclut à la reféodalisation des rapports sociaux :

« Le principe d'égalité peut régresser... lorsque le contrat a pour objet de hiérarchiser les intérêts des parties ou de ceux qu'ils représentent, de fonder un pouvoir de contrôle des uns sur les autres, ... L'objet premier d'un nouveau type de contrat est d'organiser l'exercice du pouvoir... Le droit des contrats se fait un instrument d'assujettissement des personnes »¹⁶.

Il est ainsi fait allusion à la prolifération des « contrats de dépendance » (notamment dans l'agro-alimentaire et la distribution), au développement des « réseaux » (avec une évidente analogie entre le sous-traitant qui fournit la main d'œuvre de ses salariés et le vassal qui réunit ses hommes en vue de fournir le service féodal dû au suzerain).

Cette idée rencontre semble-t-il une idée d'Habermas qui, dès les années 60, parle de reféodalisation pour évoquer le « *déclin contemporain de la démocratie sous le coup d'une quasi-privatisation marchande et sociale de la culture politique* »¹⁷. La marchandisation, facteur de reféodalisation : les deux appellent sans doute la même critique, de méconnaître ce qu'est la féodalité.

1) La vassalité n'est pas un rapport marchand.

¹³ En d'autres termes, celui-ci ne définit pas un intérêt "communautaire" qui dépasserait les intérêts respectifs de l'employeur et du salarié ; il contrôle plutôt qu'il n'y a pas de disproportion entre le dommage subi par le salarié du fait de la décision de licenciement et l'avantage tiré par l'entreprise de cette décision.

¹⁴ Soc. 10 juill. 2002, *Dalloz* 2002.2491, note Serra.

¹⁵ V. C. Jamin, « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 441.

¹⁶ Initialement présenté sous la forme d'une conférence publique à l'université de tous les savoirs (Paris, CNAM, 22 fév. 2000), ce texte a été publié sous une forme modifiée dans l'ouvrage « Approche critique de la contractualisation », dir. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez., *Droit et Société*, 16, LGDJ 2007, sous le titre « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale ».

¹⁷ S. Haber, « Quelques mots pour historiciser *L'espace public* de Habermas », lamop.univ-paris1.fr/W3/espacepublic/espacepublichabermas.pdf.

10. Avec l'entreprise éclatée en réseaux et la précarité croissante des relations économiques, on assiste à la prolifération des « contrats de dépendance »¹⁸, et à un accroissement de la dépendance des salariés. Mais la dépendance et la vassalité sont des notions distinctes.

Sans doute, le lien de vassalité naît lui aussi, la plupart du temps, d'un contrat. Mais ce contrat n'a pas grand chose à voir avec l'acte d'échange à effet instantané des économistes, ni avec le contrat entre hommes libres et égaux (la liberté et l'égalité engendrant la prohibition des engagements perpétuels) du Code civil. Le vassal et le suzerain s'engagent par un acte de volonté, mais ce « contrat », comme le mariage, donne naissance à un « état ». Une fois le contrat conclu, une fois le serment prêté, on ne révoque pas, ou pas sans d'extrêmes difficultés, la vassalité. La vassalité est un statut¹⁹, alors qu'Alain Supiot veut évoquer les dépendances nouvelles qui se développent dans un monde sans statut. Il y a ainsi une faiblesse originelle dans la métaphore qui voit dans l'évolution contemporaine du rôle du contrat une reféodalisation.

11. Il en est d'autant plus ainsi que le suzerain a des devoirs vis-à-vis de ses vassaux, que ne se reconnaît souvent pas l'entreprise contemporaine vis-à-vis de ses salariés.

Il n'est pas inconcevable que l'« emploi à vie » traditionnel japonais, ou que la sous-traitance japonaise, traduisent le maintien de certains rapports sociaux issus de l'ancien monde « féodal ». N'est-ce pas précisément pour maintenir les rapports traditionnels entre les grandes firmes et leurs salariés stables (« authentiques ») que la Cour suprême japonaise a déclaré nuls les licenciements imposés par l'occupant américain après la deuxième Guerre Mondiale ?²⁰

La vraie vassalité, c'est certainement la dépendance, mais ce n'est pas la précarité. Si les sous-traitants japonais sont, peut-être, des vassaux, les équipementiers français de l'automobile n'en sont pas. Et, lorsque l'on se demande pourquoi c'est Renault qui a racheté Nissan, et non l'inverse, l'une des hypothèses qui court est que la sous-traitance « à la française », parce qu'elle est plus marchande²¹, est moins coûteuse que la sous-traitance japonaise qui lui a pourtant servi de modèle. Parce que le suzerain japonais, comme tout autre, doit nourrir ses vassaux, même quand les affaires vont mal, ce qui ne s'impose pas dans un rapport purement marchand...

2) Il y a contrat et contrat. Les techniques contractuelles sont ambivalentes.

12. Une autre raison de critiquer la thèse de la reféodalisation est qu'il ne va pas de soi que le contrat crée de la dépendance. La « Défense et illustration du contrat de travail » de Gérard Lyon-Caen²² reste dans toutes les mémoires : contre la théorie institutionnelle, un fort courant de doctrine influencée par le marxisme met le contrat en avant. Il en est ainsi, entre autres raisons, parce que le contrat permet de rendre compte d'oppositions d'intérêts qui

¹⁸ V. G. Virassamy, « Les contrats de dépendance », *Bibl. de droit privé*, t. 190, préf. J. Ghestin, LGDJ 1990.

¹⁹ Cf. R. Fossier, « Histoire sociale de l'Occident médiéval », Colin U, 1970, p. 169 s. ; Lemarignier, « La France médiévale. Institutions et société », Colin U 1970, p. 126 s.

²⁰ V. Masahiro Yano, « Autour de la théorie du contrat de travail au Japon », Nantes 2000, <http://ir.lib.u-ryukyu.ac.jp/bitstream/123456789/1799/1/No64p54.pdf>, qui cite K. Sugeno, « Droit du travail, 4^e éd., Tokyo, KOBUNDO, 1995, que je suis incapable de lire en japonais.

²¹ Les équipementiers sont souvent de grandes entreprises qui travaillent pour plusieurs firmes. V. A. Gorgeu, R. Mathieu et M. Pialoux, « Sous-traitance industrielle et dualisme du marché du travail : une étude de cas », CEE 97/107, déc. 1997, rapport pour le Commissariat Général du Plan.

²² Archives de philosophie du droit, t. XIII, Sirey 1965, p. 69.

trouvent une solution négociée provisoire – ce qu’une vision communautaire de l’entreprise ne permet pas.

Le contrat peut créer de la dépendance (spécialement en période de déréglementation et de recul de l’ordre public), mais si l’instrument contractuel est pris au sérieux, il pallie aussi parfois les lacunes de la loi. Tout dépend en fait de la « politique juridique du contrat » qui prédomine. Les années 90, en France, ont montré comment les techniques contractuelles pouvaient être parfois utilisées pour protéger les salariés :

- Arrêt *Raquin*²³. Revenant à une conception civiliste classique, la Chambre sociale de la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence, et décide que l’employeur, lorsqu’il propose une modification du contrat, doit obtenir l’accord explicite du salarié, à défaut de quoi le contrat n’est pas modifié et doit par conséquent continuer à recevoir exécution dans ses termes initiaux. Auparavant, le salarié ne pouvait refuser la proposition de modification, analysée en licenciement conditionnel, qu’en quittant l’entreprise et en se déclarant licencié.
- « Découverte », par la jurisprudence, d’une « obligation d’adaptation » à la charge de l’employeur²⁴ (obligation d’adapter les salariés à l’évolution de leurs emplois fondée sur le principe de la bonne foi contractuelle); et, dans le même mouvement, « découverte » d’une obligation de reclassement, préalable au licenciement pour motif économique²⁵.
- Le même mouvement, *mutatis mutandis*, affecte d’autres systèmes juridiques que le système français. Ainsi, en droit anglais, la notion de *constructive dismissal* permet-elle au salarié, qui n’a pourtant pas été licencié, d’invoquer le droit du licenciement en cas de *fundamental breach of contract* par l’employeur²⁶. Par exemple, en cas de refus discriminatoire d’augmentation de salaire pendant plusieurs années : l’entreprise doit, non seulement respecter littéralement le contrat, mais aussi respecter le salarié comme cocontractant. De même, les dispositions implicites du contrat (*overriding terms*) prévalent-elles parfois sur des clauses explicites. Par exemple, le fait d’invoquer une clause de mobilité explicite dans un délai très court peut être considéré comme une violation par l’entreprise de ses obligations contractuelles...

13. Le contrat de travail demeure bien cet instrument contradictoire, qui institue la subordination tout en déclenchant l’application de normes protectrices, qu’il est depuis un siècle. Et, pas plus aujourd’hui qu’il y a cinquante ans, la définition des droits et des obligations de l’entreprise par référence au bien commun d’une communauté n’est en revanche possible, qu’il s’agisse de l’institution ou du rapport entre vassal et suzerain (et l’on pourrait sans doute dire la même chose du rapprochement des réseaux avec les guildes ou les corporations²⁷).

²³ Soc. 8 oct. 1987, *Droit social* 88.315, note J. Savatier.

²⁴ Soc. 25 fév. 1992, *Droit social* 92.379.

²⁵ Soc. 8 avr. 1992, *Droit social* 92.626.

²⁶ V. J. Carby-Hall, « Responsabilité sociale de l’entreprise en *Common law* et développement d’une *corporative social responsibility* », in Comprasec, « Quelle responsabilité sociale pour l’entreprise ? », dir. P. Auvergnon, Bordeaux 2005, p. 165 s., qui cite le cas *F.C. Gardner v. Beresford*, (1978) IRLR 63 (EAT).

²⁷ Cf. S. Deakin, « The return of the guild ? Network relations in historical perspective », Cambridge, Centre for Business Research, Working Paper n° 322, mars 2006.

Il existe certes une zone d'intérêt commun entre salariés et employeur, salariés et actionnaires : l'activité professionnelle des salariés, comme les intérêts de l'employeur et des actionnaires, dépend de l'entreprise. Pour définir cette zone d'intérêt commun, la voie la plus féconde est sans doute de penser l'entreprise comme un *bien*, à l'exploitation duquel s'attachent lesdits intérêts. C'est dans ces termes, en somme, que la directive européenne de 1977 (devenue maintenant la directive du 12 mars 2001) traite la question du transfert d'entreprise. Et, pour que les intérêts qui s'attachent à l'exploitation de l'entreprise puissent s'exprimer, le droit communautaire, comme le droit français, institue une représentation du personnel (du comité d'entreprise au comité de la société européenne). On retrouve ici le « statut ».

Encore faut-il que l'entreprise n'échappe pas, en raison de son caractère multinational, à l'emprise du droit national comme du droit européen.

II. L'entreprise comme acteur de la société civile.

14. Les fonctions publiques dont l'État pouvait charger l'entreprise sont en recul (A). Cependant, certaines entreprises revendiquent une « responsabilité sociale » (sociétale). L'ambiguïté de cette revendication de responsabilité (B) saute aux yeux (un peu comme lorsque les jeunes désocialisés demandent du « respect », terme qui fait penser aux Soprano autant qu'à la morale) : en revendiquant la responsabilité, est-ce que l'entreprise s'impose des devoirs, ou bien est-ce qu'elle proclame son autonomie en affirmant qu'elle échappe, ou qu'elle veut échapper, à la loi ?

A. Les fonctions publiques de l'entreprise privée.

15. Lorsque Paul Durand évoque le rôle des entreprises dans l'économie dirigée, il cite leur concours à la politique d'utilisation de la main d'œuvre, à la politique salariale, à la politique des conditions de travail, et leur rôle de percepteur d'impôts et de cotisations sociales²⁸. Ces fonctions demeurent, au moins pour partie, alors que ce qui se rattache au « droit économique » de l'après guerre (produire, distribuer, concourir à la politique des prix et à la politique monétaire) est totalement obsolète, pour autant qu'il s'agit de la mise en œuvre de politiques publiques.

Alors que Durand veut démontrer la socialisation de l'entreprise, on peut soutenir qu'une « désocialisation » progressive est depuis intervenue.

1) Ce qu'il reste de droit économique volontariste continue à régresser.

16. On pouvait ainsi interpréter la loi Badinter relatives aux procédures collectives de 1985²⁹ comme une forme de socialisation de la liberté d'entreprendre : l'entreprise qui dépose son bilan ou dont la cessation des paiements est constatée, qui échoue, en somme qui n'accomplit pas sa fonction sociale, peut faire l'objet, avec le plan cession arrêté par le tribunal saisi, d'une forme d'expropriation au profit d'un « repreneur ». Toutefois, depuis la loi du 10 juin 1994, et surtout depuis la loi du 26 juillet 2005, ce mécanisme a perdu de sa force. La loi nouvelle, inspirée du « *chapter 11* » américain, favorise en effet la recherche de solutions contractuelles avec les créanciers³⁰. Les « fonctions sociales » – création d'emploi et

²⁸ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, dite « loi Badinter ».

²⁹ Cf. Jeantin et Le Cannu, Précis Dalloz « Entreprises en difficulté », 7^e éd., n° 192.

³⁰ C'est la « procédure de sauvegarde » des articles L 620-1 et suivants du Code de commerce, qui fait une large place aux « comités de créanciers » (art. L 626-29 s. C. com.). Cf. Jeantin, Le Cannu, préc., n° 857 s.

d'activité utiles à l'intérêt général... - à les supposer prises en compte, perdent une partie de leur rôle moteur.

2) L'entreprise peut parfois se dérober à la réglementation étatique.

17. Toutes ne le peuvent pas, bien évidemment, mais certaines d'entre elles, notamment des plus grandes, peuvent envisager des délocalisations, et parviennent ainsi, parfois simplement par la menace, à mettre en concurrence les législations nationales.

De cette possibilité, dont chacun a maintenant pris conscience, résulte une autolimitation de l'État et des organismes internationaux. Par exemple, l'Organisation Internationale du travail (OIT), depuis sa déclaration de 1998 sur les principes et les droits fondamentaux au travail, a revu à la baisse ses ambitions. Alors que l'organisation travaillait depuis sa création à la mise en place d'un système de normes substantielles³¹, sous la forme de « conventions », projets de traités progressivement ratifiés par les États, elle met maintenant en avant « quatre piliers » minimalistes (interdiction du travail forcé, du travail des enfants, lutte contre la discrimination et liberté syndicale). Le contenu substantiel du droit du travail (droit de grève, salaire, stabilité de l'emploi...), dans un monde d'États mis en concurrence par les entreprises, ne peut faire autrement que de passer au second plan.

3) Les droits sociaux se déconnectent de l'entreprise.

18. « Protéger la personne, et pas l'emploi ». Ce mot d'ordre séduisant entraîne que l'entreprise cesse progressivement d'être le lieu d'acquisition des droits sociaux ou de certains d'entre eux. Chacun des progrès par lequel l'on accorde aux personnes une protection déconnectée de l'emploi (par exemple la Couverture Maladie Universelle) contribue à éroder la fonction sociale de l'entreprise.

19. Si l'on ne peut pas affirmer que la thèse des fonctions publiques de l'entreprise soit caduque, la tendance à l'érosion des responsabilités de l'entreprise qui traduit la mise en œuvre de politiques publiques est bien perceptible.

B. Les ambiguïtés de la RSE³².

20. D'après la définition donnée en 2001 par la Commission européenne³³, la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE ou *Corporate Social Responsibility* – *CSR* - en anglais) tient à l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes.

Intégration *volontaire* : l'on est donc conduit à écarter les réalisations qui traduisent l'exécution d'obligations ; par exemple, la mise en place du *whistleblowing*, imposé par la

³¹ Les « conventions de l'OIT », arrêtées par la Conférence Internationale du Travail, puis proposées à la ratification des États, sur lesquelles la controverse relative au « Contrat Première Embauche » a récemment attiré l'attention. Ces conventions demeurent bien entendu, mais elles n'occupent plus la place centrale qui leur était auparavant reconnue.

³² V. not. P.-H. Antonmattéi et P. Vivien, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », Rapport remis au ministre du travail le 6 mars 2007, *Liaisons sociales Libertés individuelles* 01/07.

³³ Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la RSE », 18 juill. 2001, COM(2001) 366 final.

législation boursière américaine³⁴. De même, il faut écarter ce qui relève de l'application de la convention collective : lorsqu'un accord est conclu entre entreprise et représentants des travailleurs, que ce soit au niveau national ou international, il ne s'agit plus de « *soft law* ». Le développement du dialogue social européen est ainsi une question tout à fait distincte de celle de la RSE (même si les discours à base de réflexivité et de pluralisme juridique tendent à mélanger les deux, au nom d'un programme plus politique que conceptuel)³⁵.

La RSE est une autolimitation de l'entreprise, par des politiques internes et des chartes plus que par des normes. Sujet à la mode, puisqu'elle présente une alternative à la réglementation et à la négociation collective, elle est devenue un objet de politiques publiques, dans l'Union européenne³⁶ et en Grande-Bretagne³⁷ notamment. Ainsi définie, elle appelle trois remarques.

1) La RSE implique le boycott et le *gentlemen's agreement*.

21. La RSE vient de l'univers anglo-saxon (américain), qui présente deux caractéristiques :

- La pratique du boycott commercial est un procédé de lutte courant – à tel point qu'il fait aux Etats-Unis l'objet d'une réglementation étatique depuis, au moins, la loi *Landrum-Griffin* de 1959³⁸.
- La notion de *non binding promise* (engagement non sanctionnable par les tribunaux, *gentlemen's agreement*) a une signification indiscutable. Ainsi, en droit anglais, la convention collective n'est-elle jusqu'à présent qu'un *gentlemen's agreement*. S'engager sans se lier juridiquement a donc un sens opératoire pour les acteurs sociaux.³⁹

Il est compréhensible que, menacé d'un boycott (crédible) par les étudiants américains, *Nike* prenne des engagements juridiquement non contraignants (*soft law*), qu'il va cependant respecter pour ne pas encourir un nouveau risque de boycott. La crainte de la sanction spontanée, non étatique, (les autres commerçants ne font plus d'affaires avec vous, les ouvriers font grève, les clients boycottent...) est le ressort naturel de l'application des *gentlemen's agreements*. Mais la transposition de ce mécanisme n'a guère de sens dans un pays où (1) le boycott est quasiment inusité et où (2) les engagements unilatéraux, dès lors qu'ils ont un contenu précis, sont sanctionnés par les tribunaux. Or, telle est précisément la situation française en droit du travail : depuis le milieu des années 1980, les tribunaux français

³⁴ La loi Sarbanes-Oxley de 2002 impose aux entreprises cotées à la bourse de New-York de mettre en place des dispositifs d'alerte – c'est-à-dire, entre autres, de dénonciation – des irrégularités comptables et financières. V. L. Gamet, « Le *Whistleblowing* (ou le salarié mouchard) », *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2006, p. 307.

³⁵ Comme l'Arabe des « Trois mousquetaires », qui dit - : « Mieux vaut être assis que debout ; couché qu'assis ; mort que couché », ces discours tiennent que mieux vaut la norme négociée que la loi ; l'accord d'entreprise que la convention de branche ; le contrat individuel que la convention collective ; la norme unilatérale d'entreprise (si possible de *soft law* , donc non sanctionnable par les tribunaux) que le contrat...

³⁶ V. *Les Petites affiches*, Les dossiers de l'Europe, « La RSE », 26 fév. 2004 ; *Liaisons sociales Europe*, n° 149 (avril 2006), « Une Alliance pour la RSE ».

³⁷ *cf. infra*, n° 22.

³⁸ Qui interdit le *secondary boycott* (pratique consistant à s'en prendre aux entreprises clientes et fournisseurs de celle qui est concernée par un conflit du travail) par les consommateurs. La loi *Taft-Hartley*, de 1947, interdisait déjà le *secondary boycott* sous forme de grève.

³⁹ De même, il est très concevable que dans un pays comme le Japon, où la régulation passe très largement par d'autres mécanismes que ceux du droit occidental, ce type d'engagement ou d'orientation puisse avoir une force réelle. *Cf.* J. Buchanan, S. Deakin, « Japan's paradoxical response to the new <global standard> in corporate governance », Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper n° 351, sept. 2007.

ont accordé une valeur juridique aux engagements unilatéraux de l'employeur⁴⁰. Dans cette condition, il n'existe guère d'espace pour des « engagements » sans portée juridique. S'il n'existe pas de *soft law*, que signifie la RSE ?

2) Les avantages à attendre de la RSE sont en toute hypothèse limités.

22. À supposer que les conditions qui viennent d'être évoquées soient réunies, que peut-on attendre de la RSE ? Si l'on prend les exemples américains, le boycott des entreprises qui « se comportent mal » a pour objet le travail des enfants, le travail forcé, le cas échéant la liberté syndicale à l'étranger, dans des pays où les normes de travail sont très primitives.

Le gouvernement britannique a tenté d'aller plus loin à la fin des années 1990. Le DTI⁴¹ a pris des initiatives en ce sens, à peu près concomitantes de Livre vert de la Commission européenne, en 2001 et 2002.

Deux chercheurs anglais, Simon Deakin et Richard Hobbs, ont présenté en septembre 2006 un bilan de cette politique, sous le titre « *False dawn for CSR* »⁴². Ils se concentrent sur la question des conditions de travail, et spécialement de la durée du travail, visée par l'initiative de 2001. Le bilan dressé est très sceptique. Il rejoint, en ce qui concerne la France, une étude réalisée par des consultants sur 40 entreprises du CAC 40 pour le compte de la CGT⁴³.

Que les résultats de la RSE soient maigres, s'il s'agit d'améliorer les conditions de travail des salariés des pays développés, est logique : si les entreprises étaient vraiment prêtes à s'engager sur des questions de droit social, pourquoi ne passeraient-elles pas par la voie de la négociation collective ?

Il est donc permis de penser que la RSE, lorsqu'elle est opératoire, permet au mieux le développement et l'application des « quatre piliers de l'OIT ».⁴⁴ À supposer le contrôle des engagements pris effectifs... Notre collègue Zheng Aiqing, au Congrès mondial de droit du travail de Paris de 2007, a bien expliqué pourquoi ces contrôles, dans un pays comme la Chine, relevaient souvent de la « mascarade »⁴⁵...

3) La « déréglementation réflexive » jette une ombre sur les politiques de RSE.

23. Principales bénéficiaires de la mise en concurrence des législations, les grandes entreprises mondialisées en sont aussi les initiatrices, ce qui affaiblit d'autant les perspectives ouvertes par la RSE.

Au printemps 2006, la Chine a engagé une large consultation politique à propos d'une nouvelle loi sur le contrat de travail, plus protectrice des salariés que celle adoptée en 1994. Cette nouvelle loi, non sans controverse⁴⁶, a été adoptée le 29 juin 2007. Au cours de ce

⁴⁰Cf. Gaudu, Vatinet, « Les contrats du travail », in « Traité des contrats », dir. J. Ghestin, LGDJ 2001, V. p. ex., pour l'application pure et simple d'une « charte de mobilité », Soc. 26 janv. 2005, pourvoi n° 02-46136.

⁴¹ *Department of Trade and Industry*, remplacé en juin 2007 par deux nouveaux départements.

⁴² « *False dawn for CSR ? Shifts in regulatory policy and the response of the corporate and financial sectors in Britain* », Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper n° 333, sept. 2006.

⁴³ Étude du cabinet Alpha pour la CGT, mars 2004, <http://docsite.cgt.fr/1121243879.pdf>.

⁴⁴ Lorsque Renault met en place un « comité de groupe mondial » (accord du 26 avril 2007, *Liaisons sociales*, Accords d'entreprise 06/07), les représentants des salariés extérieurs à l'union européenne ne siègent que comme observateurs. Il s'agit en fait, pour l'essentiel, d'un comité d'entreprise européen légalement obligatoire.

⁴⁵ Les acteurs chinois sont rompus à l'organisation de pseudo-contrôles à l'usage des organismes de certification étrangers...

⁴⁶ Cf. LI Mai-Jing, « Comparaison entre la loi chinoise sur le contrat de travail de 2007 et la loi chinoise sur le travail de 1994 », mémoire de M2 Recherche droit social Paris 1, Sept. 2008.

processus, la Chambre de commerce américaine de Shanghai (et, un peu plus timidement, la Chambre de commerce européenne) ont tenté d'empêcher l'adoption de la nouvelle législation⁴⁷ : si les salariés sont trop protégés, si l'emploi devient trop stable, ont-elles soutenu, les entreprises quitteront la Chine pour s'installer dans des pays où la législation est moins contraignante...

Cet événement montre bien les deux faces du discours des multinationales: dans le monde développé, elles adoptent une posture post-moderne et prônent la RSE (*CSR*), seule façon de compenser les distorsions qui résultent du faible niveau de protection des salariés dans les pays émergents. Mais les mêmes ne sont pas si pressées de voir les pays émergents, en développant leur droit du travail, devenir modernes et éliminer ces distorsions. On pourrait appeler ce double-jeu « déréglementation réflexive ». La « politique étrangère » des entreprises (notamment le lobbying auprès des organisations internationales et des États des pays émergents) est un excellent révélateur des ambiguïtés – au vrai, des hypocrisies – de la RSE.

24. Entreprises soustraites à la loi, et tentant cependant de la dicter aux États ; entités privées créatrices de « normes » prétendument autonomes : ces constats peuvent alimenter l'interrogation, qui porte sur le point de savoir si l'on va vers l'entreprise-État, avec son armée, ses forces de police..., image si courante, et depuis longtemps, dans la science-fiction américaine⁴⁸. Les armées privées qui livrent de vraies guerres, les « fonds souverains »..., ne méritent-ils pas les formes d'organisation ?

Mais ce nouveau monde est instable, et c'est pourquoi l'image de la reféodalisation ne permet à mon avis pas d'en rendre compte. S'il fallait une métaphore historique, c'est plutôt à des « princes marchands » comme ceux de la Renaissance que l'on penserait : comme un Pazzi ou un Médicis, comme César Borgia ou encore Jacques Coeur, un jour au faîte, le lendemain exilés ; payant la force, plus qu'une force par eux-mêmes. Évergètes, comme Bill Gates, parce que leur situation est en réalité si fragile...

Ces formes d'organisation se jouent sans doute un temps des États. Mais, n'étant ancrées dans rien (et c'est en définitive la différence essentielle avec la féodalité, où le dominant est à soi seul une puissance), elles restent essentiellement tributaires du droit étatique, ou des droits étatiques. Leurs biens, notamment les propriétés incorporelles, n'ont de valeur que parce que le droit étatique les protège. Elles retirent leurs marges de manœuvre des accords de libre circulation que concluent les États. Dans l'incessant « zapping » des alliances qui scandent la vie des réseaux post-modernes, y a-t-il beaucoup plus à dire, pour définir l'entreprise par ses responsabilités, sa nature et ses fonctions, que ce que dit classiquement le droit des affaires ?

François Gaudu
Septembre 2008

⁴⁷ On a ainsi longtemps pu consulter sur le site de l'AMCHAM SHANGHAI (www.amcham-shanghai.org) un article intitulé « Labor Contract Law : Return to the Iron Rice Bowl ». Position aussitôt dénoncée par les syndicats américains comme « *immoral campaign to undermine Chinese workers rights* » (v. G. Dyer, *The Financial Times*, 2 mai 2007).

⁴⁸ Le « Planètes à gogo » de Pohl et Kornbluth a plus de cinquante ans...