

l'entreprise comme commun



Swann Bommier et Cécile Renouard

L'ENTREPRISE COMME COMMUN

Au-delà de la RSE

Préface de Gaël Giraud

ÉDITIONS Charles Léopold Mayer

38 rue Saint-Sabin 75011 Paris/France
Tél. et fax: 33 [0] 1 48 06 48 86/www.eclm.fr

Maison d'édition de la Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'Homme (www.fph.ch), les **Éditions Charles Léopold Mayer** (ECLM) offrent un service éditorial aux acteurs de la transition écologique, sociale et économique. Elles éditent ainsi des ouvrages qui doivent leur permettre de développer, mettre en forme et diffuser leur plaidoyer, autour de quatre grands thèmes : transition vers des sociétés durables, gouvernance légitime et coopérations régionales, éthique et responsabilité des acteurs, information citoyenne.

Les ECLM sont membres de la Coredem (communauté de sites ressources pour une démocratie mondiale, www.coredem.info), et de l'Alliance internationale des éditeurs indépendants (www.alliance-editeurs.org).

Vous trouverez des compléments à cet ouvrage, et notamment une bibliographie complète sur le site de la maison d'édition : www.eclm.fr

Cet ouvrage est issu d'un rapport produit pour l'Agence Française de Développement (AFD).

Les analyses et les conclusions de ce document sont formulées sous la seule responsabilité de ses auteurs. Elles ne reflètent pas le point de vue de l'AFD ou de ses institutions partenaires.

L'Institut Veblen pour les réformes économiques est une association de loi 1901 à but non lucratif, soutenue par la Fondation Charles Léopold Mayer. Sa mission est d'oeuvrer pour une société soutenable dans laquelle le respect des limites physiques de la planète va de pair avec une organisation sociale plus solidaire et une économie plus démocratique qu'aujourd'hui. Avec l'entrée dans l'âge de l'anthropocène, c'est l'humanité tout entière qui fait face à un choix inédit : s'engager dans la transition vers un autre modèle tant qu'il en est encore temps, ou continuer à foncer dans le mur comme si de rien n'était, en attendant les conséquences catastrophiques de la pénurie des ressources, des atteintes à la biodiversité et du changement climatique. L'Institut Veblen souhaite peser sur ce choix dont dépendra le bien-être des générations actuelles et à venir, en montrant qu'il est possible d'affranchir nos sociétés d'un régime de croissance devenu insoutenable, qu'un changement de cap est non seulement nécessaire mais également souhaitable. Pour en savoir plus : www.veblen-institute.org

© Éditions Charles Léopold Mayer, 2018

ISBN ECLM : 978-2-84377-211-5

DD n° 229

Mise en pages : La petite Manufacture – Delphine Mary

Conception graphique : Nicolas Pruvost

Les auteurs

Swann Bommier est docteur en science politique de l'Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po). Son doctorat a porté sur le recours au droit international opéré par les organisations non gouvernementales dans des conflits portant sur la responsabilité et la régulation des entreprises transnationales, plus spécifiquement sur l'implantation de Michelin au Tamil Nadu (Inde). Son travail a été récompensé par le prix de thèse 2017 décerné par le Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement Durable (prix RIODD *Vigeo Eiris*).

Docteur associé au Centre de recherches internationales (CERI) de Sciences Po, il est enseignant à l'Université Paris-I Panthéon Sorbonne.

Cécile Renouard dirige le programme de recherche « CODEV – Entreprise et développement », à l'ESSEC. Elle étudie la mise en œuvre par les acteurs privés de leurs responsabilités éthiques et politiques. Dans le cadre de partenariats avec des entreprises (Total, Danone, Veolia, Meeschaert, etc.), ONG (CCFD) et l'agence publique de développement (AFD), elle a travaillé depuis 2006 sur la mesure de la contribution des entreprises à la qualité du lien social et écologique, dans différents territoires (Nigeria, Inde, Indonésie, Mexique).

Elle est professeur de philosophie au Centre Sèvres (faculté jésuite de Paris) et enseigne à l'École des Mines de Paris, à l'ESSEC et à Sciences Po.

Elle fait partie de la congrégation des Religieuses de l'Assomption.

Elle est l'auteur de : *La Responsabilité éthique des multinationales* (PUF, 2007), *Un Monde possible* (Seuil, 2008), *20 Propositions pour réformer le capitalisme* (codirigé avec Gaël Giraud, Flammarion, 2009, 2^{ème} édition 2012), *Michael Walzer ou l'art libéral du civisme* (Temps Présent, 2010), *Le Facteur 12. Pourquoi il faut plafonner les revenus* (avec Gaël Giraud, Carnets Nord, 2012, nouvelle éd. 2017), *Éthique et entreprise* (Éd. de l'Atelier, 2013, poche 2015) et *L'entreprise au défi du climat* (avec Frédéric Baule et Xavier Becquey, Éd. de l'Atelier, 2015).

Elle est membre du conseil scientifique de la Fondation Nicolas Hulot et a été administratrice de l'Agence Française de Développement (2014-2017).



REMERCIEMENTS

Ce livre est le fruit de six années de compagnonnage au fil desquelles nous avons mené ensemble des recherches sur l'accès à l'eau dans les bidonvilles de Nagpur (Inde), sur le droit transnational et son application dans des conflits entre communautés locales et grandes entreprises au Tamil Nadu (Inde), sur la responsabilité systémique et politique des entreprises, et sur les politiques internes de gestion des impacts à l'Agence Française de Développement.

Que soient ici remerciées nos institutions respectives, l'ESSEC et Sciences Po Paris. Et surtout, toutes les personnes rencontrées, des paysans du Tamil Nadu aux cadres de grandes entreprises du CAC40 et de la haute administration indienne et française.

Sans pouvoir citer toutes les personnes qui nous soutiennent dans nos projets respectifs, merci à celles et ceux qui nous ont aidés et ont favorisé la publication de ce livre : l'Agence Française de Développement, les Éditions Charles Léopold Mayer et l'Institut Veblen, Gaël Giraud, Matthieu Calame, ainsi que les doctorant.e.s, ou désormais docteurs, et collaborateurs du programme CODEV, dont l'esprit d'entraide soutient nos travaux sur les communs : Pierre-Louis Choquet, Hélène L'Huillier, Cécile Ezvan, Antoine Rieu, Laetitia Citroen, Ben Eloge Igwe, Hervé Bourdais. Le *caveat* usuel s'applique.

Merci enfin à nos proches, pour leurs témoignages d'affection et leur confiance.

SOMMAIRE

Préface - Entreprendre en commun	13
Introduction	21
<hr/>	
Première partie – RESPONSABILITÉ ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE	29
<hr/>	
Chapitre 1 - L'entreprise et sa fonction	33
De l'entreprise comme acteur privé...	34
... à l'entreprise comme acteur politique	38
Chapitre 2 - Quels critères d'investissement pour une économie durable ?	43
ISR: un débat nécessaire sur les fins	43
L'ESS: un investissement de niche	46
Chapitre 3 - Comptabilité : évaluer la valeur créée par une entreprise	51
Au-delà de la croissance et du profit	52
Vers une réforme des normes comptables	56
Chapitre 4 - Fiscalité : quelle justice globale ?	61
Concurrence fiscale et <i>law shopping</i>	62
L'optimisation et l'évasion fiscale comme pillage des ressources	65
Récents avancées sur la scène internationale	69
Responsabilité fiscale de l'entreprise	75
Chapitre 5 - Politique salariale : redistribuer aux salariés la valeur créée	79
Des inégalités qui se creusent	79
Blocages allant à l'encontre d'une plus grande équité	83
<hr/>	
Deuxième partie – RESPONSABILITÉ SOCIALE	89
<hr/>	
Chapitre 1 - L'entreprise et le droit social des États	93
Les entreprises et le droit national	93
Le droit du travail dans une perspective universelle	95

Les limites du droit international et communautaire	99
De l'incomplétude du droit social à l'heure de la mondialisation	108
Chapitre 2 - La sous-traitance et les systèmes de production	111
Mobilisations citoyennes et pressions diplomatiques face à la violation du droit social	112
La sous-traitance généralisée : repenser la responsabilité	118
Chapitre 3 - Les tables rondes et les syndicats internationaux	125
Repenser la responsabilité au sein de l'entreprise : labels sociaux et codes de conduite	126
Le dialogue social traditionnel étendu à l'échelon global : les accords-cadres internationaux	129
Modes de régulation multipartites	135
 Troisième partie – RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE ET ENVIRONNEMENTALE	 143
<hr/>	
Chapitre 1 - De la philanthropie au principe du double effet	147
La responsabilité sociétale comme modalité d'obtention de la « paix sociale » ?	147
Anticiper et minimiser les impacts	154
L'élaboration d'un nouveau cadre normatif international	157
Chapitre 2 - Espaces normatifs en droit	163
L'accès à la justice dans une économie globalisée	163
Mécanismes de régulation et de résolution de conflits	167
La voie juridique	172
Chapitre 3 - La rénovation du cadre réglementaire par les entreprises	179
Innovations dans la définition du périmètre de responsabilité	179
Reconstruire le dialogue public-privé	183
 Quatrième partie – RESPONSABILITÉ POLITIQUE	 189
<hr/>	
Chapitre 1 - Gouvernance d'entreprise	193
Les entreprises et le service public	194
De l'emploi à l'activité professionnelle : de la nature politique du travail	201
L'entreprise comme commun	212

Chapitre 2 - L'idéal démocratique : un bien commun immatériel à défendre	217
La légitimité démocratique en jeu : lobbying	218
La souveraineté en jeu : arbitrage international	223
Le lien social en jeu : à propos de la corruption	230
Chapitre 3 - Biens communs mondiaux matériels : climat et ressources naturelles	235
Énergie et climat	237
Air, eau, sols, biodiversité	246
Vers la sobriété	250
Conclusion	259





Préface

Entreprendre en commun

Par Gaël Giraud, économiste en chef de l'Agence française de développement, directeur de recherche au CNRS, professeur à l'École des Ponts ParisTech.

La Responsabilité sociale des entreprises (RSE) remplit de moins en moins bien sa fonction. C'est le constat sans illusion sur lequel Swann Bommier et Cécile Renouard échafaudent la proposition, profonde et exigeante, de ce livre : faire de l'entreprise un commun.

L'intention initiale de la RSE¹ était de réordonner l'activité des entreprises de manière à ce que celles-ci n'agissent plus et ne fussent plus gérées comme des boîtes noires exclusivement destinées à produire des dividendes pour leurs actionnaires, mais comme une communauté de personnes qui travaillent ensemble, et de parties prenantes qui interagissent, au service d'un projet socialement utile. Aujourd'hui, quand bien même certaines entreprises font de réels efforts du côté de la transition écologique, beaucoup de pratiques et de discours autour de la RSE servent essentiellement d'alibi à la reconduction d'un *business as usual* dont l'évolution sur le dernier demi-siècle aide à prendre la mesure. C'est sur l'arrière-fond de cette histoire longue que s'inscrit ce livre majeur qu'est *L'Entreprise comme commun – Au-delà de la RSE*.

Jusque dans les années 1980, la grande entreprise occidentale, verticale et hiérarchisée, était structurée autour de ses cadres², devenus les symboles de la modernité d'alors, sur le modèle de la bureaucratie publique d'après-guerre. En alignant les intérêts des dirigeants d'entreprise sur ceux des actionnaires au cours de la décennie suivante, la « nouvelle gouvernance » a provoqué une restructuration des entreprises et rapproché leur réalité de l'utopie qui animait l'économie néo-classique la plus conventionnelle. Depuis les années 1950, en effet, cette dernière ne voyait dans l'entreprise qu'un flux d'intrants dont la

1. Howard Rothmann Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper, 1953, George Goyder, *The Responsible Company*, Oxford, Blackwell, 1961, mais aussi, plus lointainement, l'encyclique *Rerum Novarum* (1891) du pape Léon XIII.

2. Luc Boltanski, *Les Cadres, la formation d'un groupe social*, Éditions de Minuit, 1982.

transformation, on ne sait comment, en produits et services marchands permet de dégager de la valeur pour l'actionnaire – unique *ratio essendi* de l'ensemble du dispositif. Or l'économie la plus conventionnelle avait concédé, dès 1986, que les marchés financiers, support devenu indispensable à la marchandisation de la propriété d'une entreprise cotée, ne permettent pas à chacun de s'assurer simultanément contre tous les risques identifiés : cette incomplétude induit une allocation presque toujours inefficace du risque et du capital³, et peut même se révéler incompatible avec l'émergence d'un équilibre de l'offre et de la demande⁴. Autant de résultats, embarrassants pour la vulgate des thuriféraires des marchés dérégulés, et qui furent pourtant ignorés par la « révolution managériale » des années 1990. En outre, dans la mesure où les seuls intrants considérés par le modèle d'entreprise enseigné dans les *business schools* et les départements d'économie sont le capital et le travail, les désastres écologiques éventuellement provoqués par l'activité de l'entreprise étaient également évacués de l'analyse.

Un *Nouvel Esprit du capitalisme*⁵ favorisa alors une reconfiguration de l'entreprise au terme de laquelle les dirigeants devaient désormais se montrer disruptifs, enthousiastes perturbateurs des grandes organisations réputées somnolentes, tandis que des équipes-projets flexibles, réticulaires, reconfigurables à volonté, mettaient à mal la hiérarchie verticale antérieure. La figure du cadre le cédait désormais à celle du *manager*, chef d'orchestre infatigable d'incessantes restructurations qui faciliteraient la réduction des rentes de monopoles et des *insiders*, au profit d'actionnaires réinvestissant dans les nouvelles technologies et prêts à saisir toute opportunité que les fonds de *private equity* (« capital-investissement ») associés à la comptabilité de la *fair value* (« juste valeur ») ne manqueraient pas de faire surgir.

Un troisième âge du capitalisme occidental s'invente depuis la fin de la première décennie du XXI^e siècle. Son point de départ ? La mise en place d'Internet 2.0 en 2004, sur les décombres de la crise « dot.com » : aucune invention technologique n'apparaît alors, mais la conviction que les déboires actionnariaux provoqués par l'effondrement de la première bulle Internet sont dus à une mauvaise prise en compte des désirs du client final. Désormais, la structuration pyramidale *managers/ingénieurs/ouvriers/commerciaux/clients*, que les équipes-projets de la décennie précédente n'avaient pas abolie, se reforme en un cercle ou une hélice autour du client, sollicité à chaque étape du processus d'innovation et non plus en bout de chaîne. Ce va-et-vient perpétuel

3. John Geanakoplos, Michael Magill, Martine Quinzii et Jacques Drèze, "Generic inefficiency of stock market equilibrium when markets are incomplete", *Journal of Mathematical Economics*, vol. 19 (1-2), 1990, p. 113-151.

4. Takeshi Momi, "Non-existence of equilibrium in an incomplete stock market economy", *Journal of Mathematical Economics*, vol. 35(1), 2001, p. 41-70.

5. Luc Boltanski et Ève Chiapello, Gallimard, 1999.

serait la plus sûre garantie que la *start-up* dans laquelle le capital globalisé investit ne terminera pas en cendres comme ce fut le cas d'un trop grand nombre d'entre elles en 2001. Précaution d'autant plus nécessaire que la grande déflagration du *krach* des *subprimes* de 2007-2009 – nouvelle manifestation *in vivo* de l'incomplétude des marchés financiers – avait entre-temps plongé le marché des introductions en bourse (IPO), des offres publiques d'achat (OPA) et du *private equity* dans un coma post-traumatique dont il se réveille à peine aujourd'hui.

Dans le même temps venait au jour un trait caractéristique déjà identifié par Boltanski et Chiapello au tournant du siècle, à savoir l'extraordinaire agilité du capitalisme actionnarial, par l'internalisation de leur critique, à absorber ceux qui, sur sa périphérie, remettent en cause la figure dominante logée au cœur des dispositifs d'extraction de la valeur. Un grand nombre des chantres de Mai 68 ne se sont-ils pas retrouvés eux-mêmes embarqués dans la vague managériale des années 1990? La stratégie du *Guépard*⁶ – tout changer pour que rien ne change... – aura permis jusqu'à présent de préserver l'essentiel: la subordination d'une grande partie de l'activité entrepreneuriale à la maximisation de sa valeur actionnariale à distance de la réalité vécue par les parties prenantes de l'entreprise. Les mouvements écologistes font valoir que la prédation économique détruit l'unique planète dont nous disposons? Le féminisme et les défenseurs de la culture veulent revaloriser ce qui excède la sphère marchande? Désormais se mettent en place de nouveaux modes de subordination des sphères publique et commune par lesquels le domaine du marché cherche à s'étendre aux espaces naturels et aux pratiques culturelles grâce au tourisme « vert », à la patrimonialisation et à la folklorisation des cultures. L'entrepreneuriat de soi-même devient la norme, installant l'idéologie de la privatisation au cœur d'une conscience divisée: je suis à moi-même un capital dans lequel on me somme d'investir en entrepreneur responsable. Mais qui est l'actionnaire de moi-même? Airbnb, Uber, les GAFA⁷ et surtout les *innovation labs* sont représentatifs de cette troisième figure qui tente d'aménager la possibilité d'une réconciliation, par l'entrepreneur-innovateur-consommateur, du profit actionnarial et des idéaux sociaux de créativité et de protection du patrimoine naturel et culturel⁸. Dans ce contexte, la morsure éventuelle de la RSE a été, à son tour, rendue inoffensive: la marchandisation du monde et de l'existence de chacun d'entre nous permet de donner le change d'une prise au sérieux des points aveugles des « révolutions managériales » antérieures tout en dévoilant de nouvelles sources de profit pour l'actionnaire. Quant à celui-ci, alerté par

6. *Le Guépard*, film de Luchino Visconti, 1963.

7. Acronyme pour « Google-Apple-Facebook-Amazon ».

8. Luc Boltanski et Arnaud Esquerre, *Enrichissement*, Gallimard, 2017.

les dégâts croissants du dérèglement climatique, la perspective d'une stagnation séculaire de la croissance et des taux d'intérêt durablement proches de zéro, il est désormais en quête, de manière de plus en plus fébrile, de ce qui fit la fortune des *baby-boomers*.

Le point de vue défendu ici par Swann Bommier et Cécile Renouard est que ce retournement de la critique que la RSE est censée instruire opère comme une maladie auto-immune : au lieu de résoudre les problèmes soulevés par la société civile, il les aggrave. Les dégradations écologiques s'accroissent ; les émissions de CO₂ continuent de croître ; les cultures et les langues disparaissent sous le coup d'une uniformisation croissante ; l'aliénation des corps et la colonisation des imaginaires par la sphère marchande se font plus subtiles et donc plus profondes. L'authentique libération des entrepreneurs et des salariés dont ce livre se veut le manifeste consiste à sortir d'une logique de privatisation du monde pour retrouver la vérité de ce que signifie *entreprendre en commun* : le profit n'est qu'un moyen au service d'une fin qui demande à être débattue de manière démocratique et qui n'a de sens que si elle respecte à la fois les contraintes écologiques et la dignité des parties prenantes, de toutes les parties prenantes. Sans cela, la licence d'opérer, argumentent les auteurs, quoique légale aujourd'hui, n'est pas légitime. Ce qui implique de remettre en avant l'éventail des responsabilités politiques, sociales, sociétales, écologiques de l'entreprise et *de subordonner* au respect de celles-ci toute création de valeur actionnariale.

Comment faire de l'entreprise un « commun », au sens d'Elinor Ostrom ? C'est la question qui nous avait été posée par Jean-Michel Severino lors du congrès international dédié aux *Communs et au Développement*, organisé par l'Agence française de développement les 5 et 6 décembre 2016⁹. Ce livre propose une réponse dont l'abondante information puise notamment dans l'expérience des douze années de cheminement et de critique constructive qu'a connues Cécile Renouard auprès de grands groupes français : Total, Danone, Veolia¹⁰... La distinction que l'on vient de rappeler entre le légal et le légitime renvoie à une conviction forte des deux auteurs, déjà fortement présente dans les publications antérieures de Cécile Renouard¹¹ : le questionnement *éthique* n'est pas séparable d'une analyse des

9. L'ensemble des interventions est disponible sur : communsetdeveloppement-afd2016.com/
10. *Inter alia*, Gaël Giraud et Cécile Renouard, « Mesurer la contribution des entreprises extractives au développement local. Le cas des pétroliers au Nigeria », *Revue française de gestion*, 2010 (9-10), n° 208-209, p. 101-115. Cécile Renouard a notamment créé le programme de recherche CODEV (*Companies and Development*) à l'ESSEC. Au cours des dix dernières années, de multiples recherches de terrain ont ainsi été menées dans les pays en développement, dont celle de Swann Bommier sur l'implantation de Michelin au Tamil Nadu en Inde (prix de thèse RIODD Vigeo Eiris 2017).

11. Cf. entre autres : *Éthique et entreprise*, Éditions de l'Atelier, 2013.

modes de gestion de l'entreprise et de son implication politique dans la Cité. À rebours d'un Hayek qui prétend que le concept de justice sociale n'a pas de sens, ou d'un Comte-Sponville qui croit découvrir les vertus d'un capitalisme actionnarial devenu spontanément « moral » (autre figure du retournement de l'altérité critique esquissée *supra*), Bommier et Renouard conçoivent l'aiguillon éthique comme ce qui nous interdit de nous satisfaire des compromissions faciles : un authentique compromis peut être trouvé entre les intérêts parfois divergents des parties prenantes d'une entreprise si les conditions d'une vraie délibération commune sont réunies, aimantée par un projet d'entreprise qui serve le bien commun. Les salariés, et en particulier les cadres, qui travaillent aujourd'hui dans de grands groupes reconnaîtront l'ampleur du défi très concret qui est ici lancé par nos deux auteurs à nos champions industriels. Bommier et Renouard le soulignent, dans le prolongement d'une réflexion amorcée ailleurs avec des professionnels de l'entreprise¹², de tels compromis constructifs au cœur du secteur privé sont indispensables si nous voulons relever le défi écologique.

Surtout, c'est à cet endroit qu'apparaît la seconde originalité profonde de cet essai, par-delà le questionnement renouvelé de la gouvernance d'entreprise qu'il rend possible : la tentative de penser ensemble les *commons* et le concept de *Bien commun*, issu des diverses traditions métaphysiques (aristotélicienne ou chrétienne). Certes, certains philosophes et théologiens contemporains (à l'instar de Martha Nussbaum¹³ ou de David Hollenbach¹⁴), majoritairement anglo-saxons, s'efforcent de réhabiliter une intelligence du bien commun compatible avec l'agnosticisme démocratique de nos sociétés modernes. Parallèlement, des économistes prennent acte, dans le sillon de l'école de Bloomington, de la fécondité politique du schème institutionnel des communs comme pratique de sauvegarde du patrimoine naturel et humain et de promotion d'une créativité partagée¹⁵. Mais aucun n'avait tenté, à ce jour, de faire dialoguer ces deux points de vue. C'est la contribution des pages qui suivent à une philosophie politique *pratique* que de tenter une telle articulation, sur le lieu peut-être le plus problématique et le plus prometteur de pareille rencontre : l'entreprise.

Cette mise en relation des communs et du bien commun passe *primo* par une révision du droit, afin, justement, de résorber la

12. Xavier Becquey, Frédéric Baule, Cécile Renouard, *L'Entreprise au défi du climat*, Éditions de l'Atelier, 2015.

13. *Political Emotions: Why Love Matters for Justice*, Harvard University Press, 2013.

14. *Christianisme et Bien commun*, Éditions jésuites de Paris, 2018.

15. Gaël Giraud, Stéphanie Leyronas et Grégoire Rota-Graziosi, « Introduction : Le développement au prisme des communs », *Revue d'économie du développement*, 2016/3-4 (vol. 24), p. 5-7 ; Comité technique « Foncier & développement », *Opportunités et défis d'une approche par les communs de la terre et des ressources qu'elle porte*, Paris, ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE), Agence française de développement (AFD), septembre 2017, p. 86

distance qui sépare le légal du légitime et, en particulier, par la révision du statut juridique de l'entreprise telle qu'elle est comprise par le Code civil. Ou plutôt telle que son ombre portée, la *société*, trop souvent confondue avec elle, y est définie. Aujourd'hui, en France, l'objet social des entreprises est traité par les articles 1832 et 1833 du Code civil qui définissent le contrat de société :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. » (Article 1832, rédaction datant de 1985.)

« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. » (Article 1833, rédaction datant de 1978.)

Ces rédactions, où l'on ne peut que regretter l'absence du concept même d'entreprise, restreignent la configuration de la société à ses associés et n'envisagent que la satisfaction de leurs propres objectifs, supposés constituer leur « intérêt commun ». On est donc loin de la conception d'une communauté de projet informée par l'ensemble de ses parties prenantes et censée concourir au bien commun, telle que la propose *L'Entreprise comme commun*.

Par comparaison avec le Royaume-Uni pourtant réputé plus accommodant à l'égard de la libre entreprise, la France est en retard. L'article 172 du *Companies Act* (équivalent de la loi sur les sociétés) dispose par exemple que la direction d'une société doit se préoccuper d'une série de « membres » qui font l'objet d'une énumération précise : employés, fournisseurs et clients, la communauté et son environnement... Il y a quelques années, plusieurs auteurs ont donc développé l'idée d'une révision du Code civil adaptée à ce qui apparaît comme une évolution inéluctable de la conception de l'entreprise¹⁶. Le livre de Swann Bommier et Cécile Renouard fournit le cadre analytique au sein duquel une telle révision, indispensable, peut prendre sens.

L'articulation des communs et de l'intérêt général passe *secundo* par la dénonciation par nos deux auteurs des pratiques (légales mais illégitimes) d'optimisation fiscale *via* les prix de transfert auxquelles se livrent presque tous les groupes multinationaux¹⁷. Les solutions à ce scandale à peine entamé par les révélations successives des LuxLeaks, des « Panama papers » ou des « Paradise papers », sont pourtant bien connues : elles consistent en la mise en place à l'échelle européenne de

16. Gaël Giraud et Cécile Renouard, *Vingt Propositions pour réformer le capitalisme*, Flammarion, coll. Champs, 2009 ; Daniel Hurstel, *La Nouvelle Économie sociale. Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob ; Yann Queinnec et William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *Cahiers de propositions*, FNGM, Sherpa, 2010.

17. Une dénonciation présente dès la thèse de doctorat de Cécile Renouard, *La Responsabilité éthique des multinationales*, PUF, 2007, voir aussi *Vingt Propositions...*, *op. cit.*

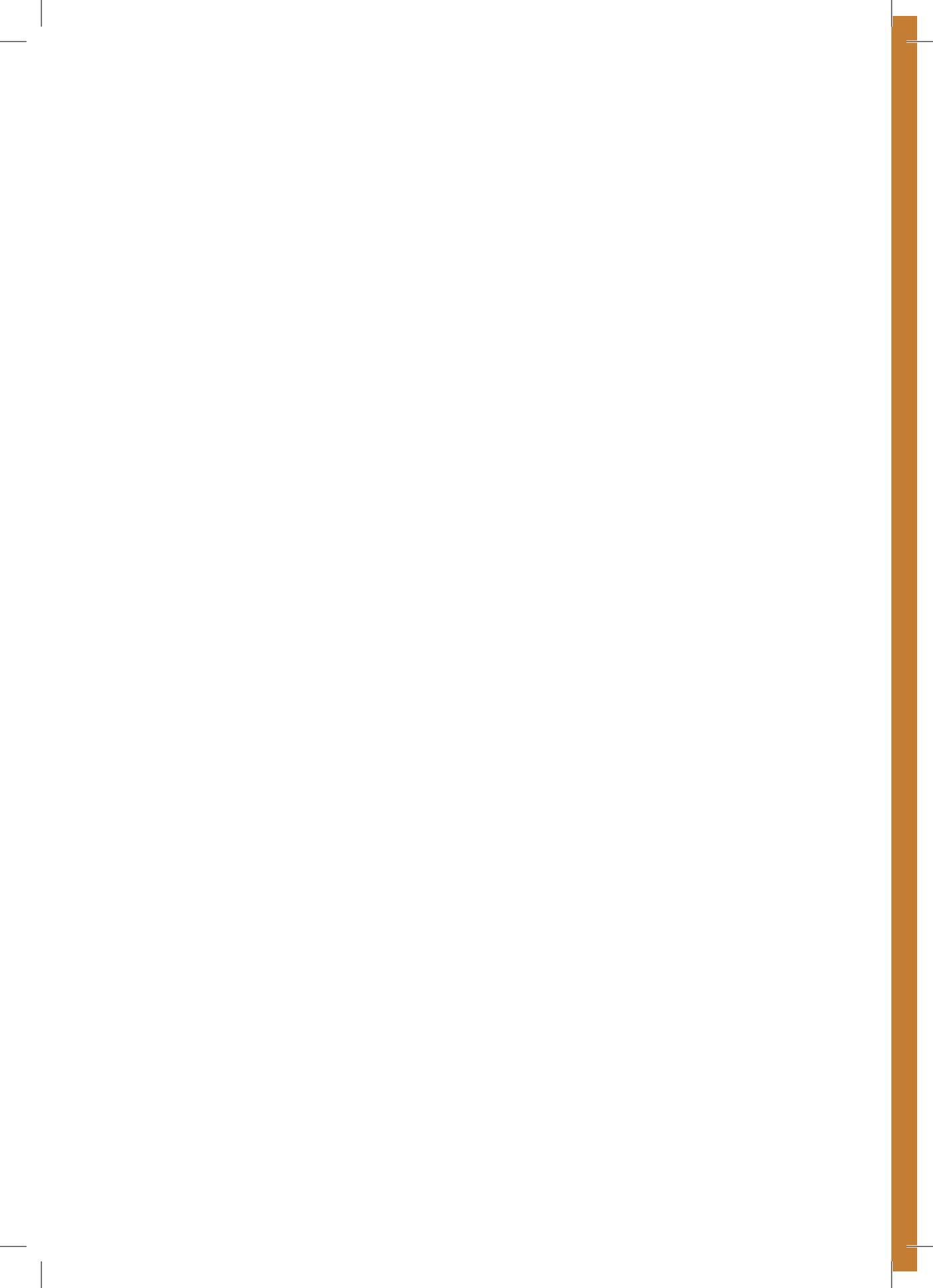
l'équivalent de l'*apportionment rule* (règle de répartition) qui a fait la preuve de son efficacité au sein de la fédération des États-Unis d'Amérique. Certains des directeurs financiers des grands groupes français, pratiquant *volens nolens* ce siphonage systématique de la base fiscale de la puissance publique, s'estiment incapables d'y mettre fin sans risquer de perdre aussitôt la compétition de la maximisation des dividendes. Ils n'attendent que le sifflement de la fin de cette immense « récréation » par des gouvernements courageux. Qu'attendent ces derniers pour joindre les actes à leurs déclarations offusquées à l'encontre des paradis fiscaux ? Certaines pratiques illégitimes des entreprises seraient-elles entretenues par des États démissionnaires ?

Le lien entre les communs et le bien commun passe, enfin, par le soutien affiché de nos deux auteurs, au nom d'une éthique citoyenne, à des initiatives comme l'adoption, en juin 2014, par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies de la résolution 26/9 coparrainée par l'Équateur et l'Afrique du Sud. Par cette résolution, le Conseil « décide de créer un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, qui sera chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises¹⁸ ». De quoi s'agit-il ? Simplement d'interdire que la course au moins-disant dans laquelle se trouvent entraînés les grands groupes au motif de devoir rester compétitifs, ne se fasse au détriment des droits humains.

La troisième session de discussion du projet de traité s'est tenue à Genève, du 23 au 27 octobre 2017, au Palais des Nations. Plus de 101 délégations d'États étaient présentes, ainsi que plus de 250 ONG ayant le statut d'observateur à l'ONU, ce qui témoigne d'un intérêt primordial pour ces enjeux. Alors que la Russie et la Chine y sont favorables, l'Union européenne s'est opposée à un tel traité contraignant, preuve que les résistances sont encore vives à la libération de l'entreprise proposée dans ce livre. Soumettre les intérêts de court terme des actionnaires au respect des droits de l'homme n'est donc pas une évidence en Europe ?

Souhaitons que les pages qui suivent, outre le plaisir d'une écriture rigoureuse, libre et engagée, réveillent les consciences démocratiques du continent européen et contribuent à faire entendre qu'il n'y aura pas de réforme de nos sociétés sans, par-delà les effets de « communication », une métamorphose profonde des pratiques au cœur des entreprises.

18. UNHRC, "Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights" (Geneva: Un human rights council, June 25, 2014).



INTRODUCTION



Qu'il s'agisse de grands groupes, tels que la Société générale, Total, Danone ou Bolloré, ou d'institutions engagées dans la transition écologique, telles qu'Enercoop, les associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (Amap) ou Ambiance Bois, tous se retrouvent derrière le vocable d'« entreprises », ce terme recouvrant, on le voit, des réalités bien différentes. Si des milliers d'entreprises assurent quotidiennement la production des biens et des services élémentaires qui permettent notre vie en communauté, favorisent-elles pour autant une vie de qualité pour nous-mêmes, pour nos contemporains et pour les générations futures ? Le changement climatique, la perte de biodiversité, le développement de chaînes de sous-traitance mondiales et l'accroissement fulgurant des inégalités mettent en effet aujourd'hui en cause les fondements de nos sociétés. De plus, les crises environnementales et sociales nous obligent à étudier la compatibilité – ou l'incompatibilité – de nos modèles économiques avec le bien commun.

Se donner des critères partagés pour analyser l'activité des entreprises et identifier les mobiles et les moyens d'action que se donnent les États, les organisations internationales, les associations, les syndicats et les mouvements sociaux pour faire évoluer ces acteurs économiques sont autant de nécessités que nous allons explorer.

Une première difficulté réside dans la définition même de la notion de « bien commun » : peut-on, dans nos sociétés pluralistes, continuer à l'invoquer ? Le philosophe Jacques Maritain en parle de façon large et dynamique comme « la vie humaine de la multitude, d'une multitude de personnes, leur communion dans le bien-vivre¹ ». Cette perspective trouve une résonance dans le *buen vivir* invoqué par plusieurs pays d'Amérique latine pour promouvoir un modèle de développement soucieux de la *Pachamama*, la « Terre Mère ». S'orienter vers le bien commun, c'est donc prendre au sérieux l'urgence sociale et écologique, et s'interroger sur nos institutions en vue de l'émancipation de chacun. C'est porter une attention particulière aux plus vulnérables afin d'assurer une vie digne pour chaque être humain, aujourd'hui et demain. La recherche du bien commun invite à se situer à deux niveaux : celui des biens élémentaires, qui assurent la sécurité et la survie d'une population sur un territoire ; et celui des valeurs, des principes et des objectifs qui donnent sens à l'existence collective. Le lien entre les deux se réalise par la promotion d'institutions justes, par un ordre de droit². Pour les entreprises qui fabriquent et commercialisent les biens et services qui font notre quotidien, ce souci du bien commun est censé être garanti par la

1. Jacques Maritain, *La Personne et le Bien commun* (Bruxelles : Desclée de Brouwer, 1947).

2. Gaston Fessard, *Autorité et Bien commun : aux fondements de la société* (Paris : Ad Solem, 2015).

loi : droit économique et financier, droit social, droit sociétal, droit environnemental. Néanmoins, l'évocation de ce faisceau de droits ne résout pas tout : ce qui est légal ne s'identifie pas nécessairement à ce qui est juste³. La quête du bien commun requiert donc que les entreprises s'interrogent sur l'articulation entre légalité et légitimité.

Cette interrogation en amène une seconde, qui rejoint la réflexion contemporaine sur les communs, dans le prolongement des recherches menées par Elinor Ostrom, prix Nobel d'économie en 2009, et par différents économistes, sociologues, juristes et philosophes depuis une vingtaine d'années⁴ : comment gérer une ressource d'une manière durable et équitable ? Cette réflexion s'applique à tous les types de ressources, biens et services qui constituent l'existence humaine : les communs sont des ressources matérielles ou immatérielles, publiques ou privées, dont nous décidons collectivement qu'elles doivent être accessibles et/ou gérées « en commun, au service du bien commun ». Cela peut concerner des terres agricoles ou des pâturages, des logiciels informatiques, la qualité de l'air, les ressources halieutiques, un parc naturel, un jardin partagé, un réseau de transport public, une monnaie locale, une association, une structure coopérative...

Rares sont les chercheurs qui font explicitement appel à la notion de bien commun lorsqu'ils étudient les communs. Nombreux sont ceux qui s'en méfient, en raison de la pluralité des conceptions du bien et du risque d'absolutiser et de figer l'une de ces conceptions de manière autoritaire. Toutefois, il est clair que la réflexion sur les communs implique une certaine conception de ce qui est juste et légitime. Il nous semble donc essentiel de mettre en lumière les différentes significations et représentations associées aux modes de gestion de ces communs pour voir comment ils contribuent à des projets de société marqués par le souci de l'accès de tous, aujourd'hui et demain, aux conditions d'une vie bonne. En ce sens, nous définissons les communs comme une démarche d'interprétation et d'action collective en vue de la production, de la répartition et de l'usage des biens au service du lien social et écologique⁵.

Dans cet ouvrage, nous appliquons cette démarche d'interprétation aux acteurs économiques et démontrons que les entreprises doivent être considérées comme des communs. Notre propos se situe à deux niveaux : nous identifions un ensemble de conditions à remplir – aussi bien du point de vue juridique que de la gouvernance – pour

3. Frédéric Gros, *Désobéir* (Paris : Albin Michel, 2017).

4. David Bollier, *La Renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage* (Paris : Éditions Charles Léopold Mayer, 2014) ; Benjamin Coriat (ed.), *Le Retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire* (Paris : Les Liens qui libèrent, 2015) ; Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle* (Paris : La Découverte, 2014).

5. Cécile Renouard, « Éthique des frontières et justice des communs », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2017.

que les entreprises, gérées comme des communs, soient effectivement au service du bien commun. En même temps, nous démontrons que ces conditions sont déjà en germe dans une multitude de processus sociaux et juridiques qui témoignent de l'évolution contemporaine de la compréhension du rôle de l'entreprise dans la société.

Développer cette perspective suppose de mettre à plat et de déconstruire une partie du discours et des pratiques sur la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), pour favoriser une approche à la fois éthique et politique de l'entreprise. Ceci correspond à un courant que nous nommons « citoyen » et qui se distingue d'autres courants qui conçoivent la RSE en termes de philanthropie, d'analyse coûts-bénéfices ou d'impacts : la perspective citoyenne est une approche holistique qui part du projet de société dans un contexte donné et s'interroge sur la contribution de l'entreprise à ce projet⁶. Elle reconnaît donc le rôle éminemment politique de l'entreprise dans quatre grandes sphères que sont :

- la responsabilité « économique et financière », qui concerne les enjeux de création et de partage de la valeur ;
- la responsabilité « sociale envers les employés », qui concerne les droits sociaux des travailleurs impliqués dans la chaîne de valeur ;
- la responsabilité « sociétale et environnementale », qui concerne la gestion des dommages collatéraux en reprenant la perspective d'impact sur les populations et l'environnement ;
- la responsabilité « politique », qui s'interroge sur la gouvernance des entreprises et la capacité de celles-ci à préserver les biens communs mondiaux.

La perspective citoyenne encourage ainsi « l'imagination morale⁷ » en envisageant la responsabilité des entreprises dans sa complexité : elle appréhende simultanément l'ensemble des sphères où se déploie l'activité de l'entreprise et prend en compte les enjeux globaux et intergénérationnels⁸. Mais surtout, elle appréhende la responsabilité en combinant ce qui relève de l'imputation – pour les actions et les impacts passés – et ce qui relève de la mission – pour ce qui a trait à la promotion et à la préservation du bien commun futur. Ce faisant, elle

6. Cécile Renouard, *Éthique et Entreprise* (Paris : Les Éditions de l'Atelier, 2013) ; Swann Bommier, « Deux degrés ou de force ? », *Revue Projet* 360, n° 5 (2017) : p. 14-22.

7. Patricia Werhane, "The principle of double effect and moral risk: some case studies of us transnational corporations", in Lene Bomann-Larsen et Oddny Wiggen (ed.), *Responsibility in world business: managing harmful side-effects of corporate activity* (Tokyo/ New York/ Paris: UNU Press, 2004) : p. 105-20.

8. Prakash Sethi, "Defining the concept of good corporate citizenship in the context of globalization: a paradigm shift from corporate social responsibility to corporate social accountability", in Andreas Georg Scherer et Guido Palazzo (ed.), *Handbook of research on global corporate citizenship* (Cheltenham: Edward Elgar, 2008), 89; Rhys Jenkins, "Globalization, corporate social responsibility and poverty", *International affairs (Royal institute of international affairs 1944-)* 81, n° 3 (May 2005) : p. 525-40.

adopte une perspective systémique qui fait consensus à l'échelle internationale. Dans sa visée, tout d'abord, puisque les Objectifs du développement durable (ODD) adoptés aux Nations unies en septembre 2015 lient les enjeux économiques, sociaux, sociétaux, environnementaux et politiques. Dans sa mise en place, ensuite, puisqu'une multitude d'acteurs aux compétences variées abordent ces thématiques : aux traités onusiens et normes internationales édictées par les organisations internationales s'ajoutent les lois nationales, des codes de conduite émis par le secteur privé, des initiatives syndicales, des accords multipartites entre États, entreprises et organisations non gouvernementales, des initiatives citoyennes et des mouvements sociaux⁹.

Dans la suite de cet ouvrage, nous verrons comment le droit dur et le droit souple (*soft law*) évoluent à l'échelle nationale, multilatérale ou transnationale dans les domaines économiques, sociaux, sociétaux, environnementaux et politiques. Le cadre suivant de la responsabilité sera ainsi à l'étude :

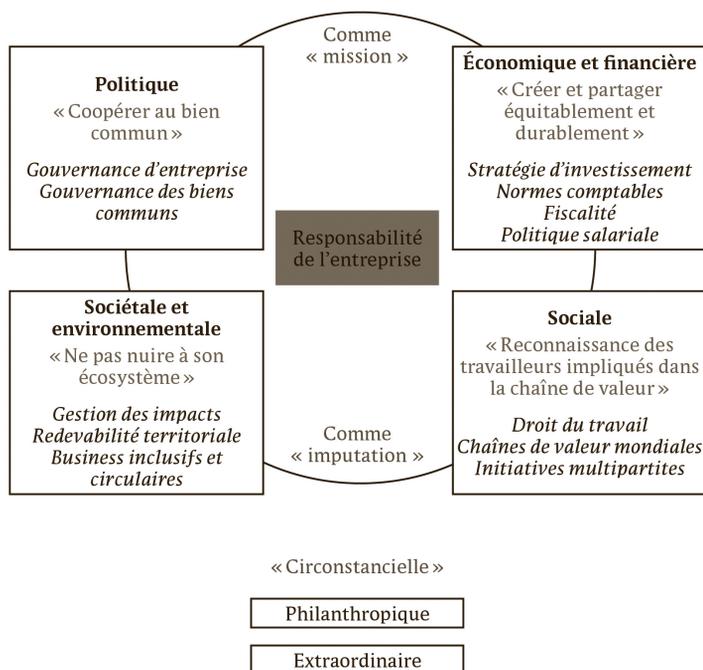
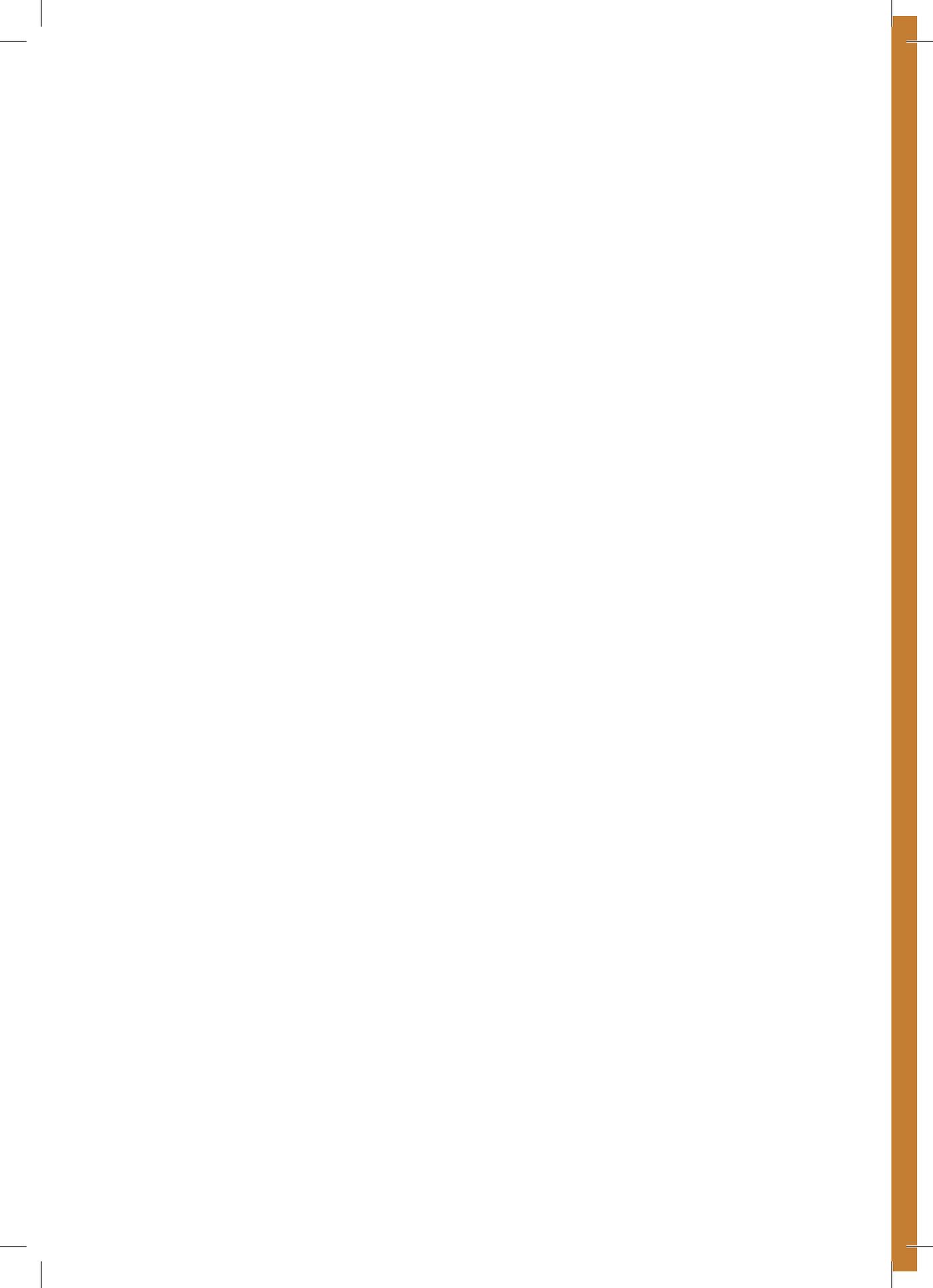


Figure 1: Cadre de la responsabilité d'entreprise qui sera développé dans cet ouvrage

9. Mireille Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit* (Paris : Seuil, 2004).

Au fil de la lecture, nous nous rendons compte que si un ensemble hétérogène de normes se développe de manière relativement indépendante sans structure hiérarchique claire, l'ampleur des changements, la portée des débats, le foisonnement d'initiatives et l'émergence de nouveaux acteurs rendent compte de nouvelles « pratiques instituanes de la société¹⁰ » qui redéfinissent la nature même de l'entreprise en tant que commun.

10. Cornelius Castoriadis, *L'Institution imaginaire de la société* (Paris : Seuil, 1999).



Première partie

**RESPONSABILITÉ
ÉCONOMIQUE ET
FINANCIÈRE**



Afin de garantir leur pérennité, les entreprises doivent s'assurer des revenus pour couvrir leurs charges, payer leurs employés, emprunter et investir. Garantir un certain niveau de rentabilité peut néanmoins entrer en contradiction avec les besoins financiers et extra-financiers des salariés et des territoires dans lesquels ces entreprises opèrent. En effet, alors que les salariés concourent au projet et à la réussite de l'entreprise, alors que les États et les collectivités locales fournissent aux entreprises un cadre légal, une main-d'œuvre qualifiée, des infrastructures et un accès au marché international, les logiques comptables contemporaines considèrent les salaires et les impôts comme des charges à minimiser et ne prennent guère en compte les dommages sociétaux et environnementaux engendrés par leur activité¹.

Chercher à définir la responsabilité « économique et financière » nécessite donc d'analyser les stratégies d'investissement et les modalités de redistribution des richesses créées à l'aune de critères relatifs à un objectif de développement humain soutenable. Quatre mécanismes de création et de partage de la valeur économique et financière mobilisent notre attention :

1. les stratégies d'investissement, à l'origine de la création de la valeur;
2. la comptabilité, outil de mesure rendant compte de la valeur créée;
3. la fiscalité, mécanisme de redistribution du privé vers le public;
4. la politique salariale, mécanisme de redistribution au sein de la sphère privée.

Avant de détailler ces enjeux relatifs à une plus grande convergence entre les logiques financières et extra-financières, il faut revenir aux débats concernant la fonction même de l'entreprise dans la société.

1. Jacques Richard et Emmanuelle Plot, *La Gestion environnementale* (Paris : La Découverte, 2014).



CHAPITRE 1

L'ENTREPRISE ET SA FONCTION

L'État joue un rôle clé dans la création de l'environnement institutionnel et juridique permettant aux marchés et aux entreprises privées de se développer¹. En effet, dans les sociétés capitalistes, l'État « encadre » et « délègue » au secteur privé le processus de création et de redistribution de la valeur². Comme le résume le politiste Geoffrey Underhill :

« En créant un marché, nous prenons la décision politique de déléguer à des individus privés la responsabilité publique d'organiser la création et la distribution de la richesse [...]. Mais l'idée que le secteur privé existerait d'une façon ou d'une autre dans le monde parallèle de la "libre" entreprise ne peut être justifiée, que ce soit empiriquement ou juridiquement³. »

En effet, dès le ^{xvi}^e siècle, le développement des entreprises repose sur le principe juridique de l'autonomie de la « personne morale », principe instauré par les États pour permettre à des collectifs de s'engager dans des entreprises relevant de la poursuite d'un intérêt général. En Grande-Bretagne, le South Sea Bubble Act de 1720 témoigne bien de cette subordination de l'entreprise privée à un cadre réglementaire public : cette loi exigeait une autorisation *via* une charte royale ou un acte du Parlement pour former une corporation commerciale. De même, en 1819, la Cour suprême des États-Unis déclarait dans l'arrêt « Dartmouth College vs. Woodward » que « la corporation est un être artificiel, invisible, intangible, et qui n'existe qu'en regard de la loi. Étant une simple créature de la loi, elle ne possède que les propriétés que la charte autorisant sa création lui confère⁴ ».

Au cours du ^{xix}^e siècle, la création des entreprises et des corporations est peu à peu libérée de toute entrave, leur permettant de

1. Karl Polanyi, *La Grande Transformation*, trans. Catherine Malamoud et Maurice Angeno (Paris : Gallimard, 1944).

2. Justin Rosenberg, *The empire of civil society. a critique of the realist theory of international relations* (London: Verso, 1994): p. 124.

3. Geoffrey R. D. Underhill, "States, markets and governance for emerging market economies: private interests, the public good and the legitimacy of the development process", *International affairs* 79, n° 4 (2003): p. 766.

4. « Arrêt Dartmouth College vs. Woodward », in Joshua Barkan, *Corporate sovereignty. Law and government under capitalism* (Minneapolis: University of Minnesota press, 2013): p. 52.

s'étendre dans différents territoires, de changer à volonté de cœur de métier, d'acquérir des parts ou d'être détenues par d'autres sociétés. Cette évolution réglementaire ne constitue néanmoins pas une libération de l'entreprise d'un cadre étatique surplombant. Comme le souligne le philosophe John Dewey en 1926 à propos du concept de personne morale, « "personne" signifie ce que la loi veut lui faire signifier⁵ ». Les entreprises demeurent ainsi sujettes à des régimes juridiques multiples, allant du droit de la concurrence au droit du travail en passant par le droit fiscal, le droit des faillites, le droit syndical ou le droit environnemental.

Identifier les libertés – et les responsabilités – que l'État accorde aux entreprises dans le processus de création de la valeur nécessite donc d'étudier comment est définie l'entreprise et quelle est sa finalité.

Deux grandes conceptions du rapport de l'entreprise à la loi se font face aujourd'hui. La première, qui a longtemps prédominé, perçoit l'entreprise comme un acteur *privé*, qui se soumet aux lois étatiques et qui évolue ensuite selon des critères éthiques (perspective « philanthropique ») et des intérêts économiques (perspective « managériale ») lui étant propres. La seconde, longtemps marginalisée, a gagné ses lettres de noblesse à la fin des années 2000 et appréhende l'entreprise comme un acteur *politique*, détenteur d'une responsabilité directe dans la préservation (perspective « d'impact ») et la construction (perspective « citoyenne ») d'un bien commun qui supplante son intérêt financier⁶.

Ces perspectives philanthropiques, managériales, d'impact et citoyennes rendent compte des différents concepts qui, tantôt de manière complémentaire, tantôt de manière antagoniste, irriguent les débats autour de la responsabilité d'entreprise.

DE L'ENTREPRISE COMME ACTEUR PRIVÉ...

Adoptant un cadre d'analyse néoclassique où le marché, l'État et la société civile constituent des sphères distinctes dotées chacune de leurs propres mécanismes de coordination et de leurs propres institutions⁷, l'économiste Milton Friedman affirme en 1962 que « peu de tendances peuvent davantage menacer les fondations mêmes de notre société libre que l'acceptation, par le management des entreprises, d'une quelconque responsabilité autre que celle de faire le

5. John Dewey, "The historic background of corporate legal personality", *Yale law journal* 35, n° 6 (1926): p. 655.

6. Bommier, « Deux degrés ou de force ? ».

7. Wim Dubbink, "The fragile structure of free-market society. The radical implications of corporate social responsibility", *Business ethics quarterly* 14, n° 1 (2004): p. 23-46.

plus d'argent possible pour leurs actionnaires⁸ ». Dans la théorie du contrat proposée par Friedman, l'entreprise est une fiction, un « nœud de contrats » reliant des individus poursuivant un intérêt économique. Dans cette perspective, « le manager est l'agent des individus qui possèdent l'entreprise ». Les actionnaires étant définis comme les propriétaires exclusifs de l'entreprise, il s'agit pour l'entreprise de maximiser ses profits pour les redistribuer à ses actionnaires, l'État étant responsable de l'établissement des règles gouvernant l'activité économique.

Ceci institue une hiérarchie claire entre la recherche du profit et l'engagement « volontaire » de l'entreprise en faveur du bien commun⁹ : maximiser les profits est reconnu comme une fin en soi, fin qu'il s'agit de poursuivre « tout en se conformant aux règles basiques de la société, à la fois celles inscrites dans la loi et celles inscrites dans les coutumes et l'éthique¹⁰ ».

La perspective « philanthropique » considère ainsi que l'engagement de l'entreprise « au-delà de la loi » sur des problématiques de bien commun dépend exclusivement des convictions éthiques de ses dirigeants, dans une optique de charité¹¹.

L'engagement de l'entreprise sur des problématiques relevant du bien commun s'opère alors par un soutien volontaire aux politiques publiques de l'État et au secteur associatif : création de fondations d'entreprise, mécénat, possibilité offerte aux employés de s'engager sur leur temps de travail dans des organisations caritatives locales, financements accordés de manière discrétionnaire à des associations à but non lucratif dans des secteurs variés de la culture, du social ou de l'éducation¹².

Largement répandu dans la culture anglo-saxonne, cet engagement est de nature « philanthropique », car visant à « aider la société à guérir des maux qui ne sont pas du fait de l'entreprise¹³ ».

Conscients que ces projets représentent un coût pour les entreprises, plusieurs universitaires et praticiens ont cherché à légitimer ces dépenses selon des critères de rentabilité financière et d'efficacité

8. Milton Friedman, *Capitalism and freedom* (Chicago: The University of Chicago press, 1962): p. 133.

9. Archie B. Carroll, "a three-dimensional conceptual model of corporate performance", *The Academy of Management Review* 4, n° 4 (October 1979): p. 497-505.

10. Milton Friedman, "The social responsibility of business is to increase its profits", *New York Times Magazine* (September 13, 1970).

11. Sandra Waddock, "Corporate responsibility/corporate citizenship: the development of a construct", in Andreas Georg Scherer et Guido Palazzo (ed.), *Handbook of research on global corporate citizenship*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2008).

12. Jennifer Wolch, *The shadow state: government and voluntary sector in transition* (New York: The foundation center, 1990).

13. Gregory Reichberg et Henrik Syse, "The idea of double effect - in war and business", in Lene Bomann-Larsen et Oddny Wiggen (ed.), *Responsibility in world business: managing harmful side-effects of corporate activity*, (Tokyo/ New York/ Paris: UNU press, 2004): p. 31.

économique : les pratiques philanthropiques amélioreraient la réputation de l'entreprise, faciliteraient le recrutement et la motivation des salariés, contribueraient à fidéliser la clientèle autour d'une image de marque¹⁴.

La perspective « managériale » pousse cette logique du « gagnant-gagnant » à son terme : la responsabilité de l'entreprise consiste, dans une logique de gestion du risque, à contenter les voix dissidentes susceptibles de nuire aux intérêts économiques de la firme¹⁵.

Cette perspective managériale analyse la relation qui se noue entre une entreprise et ses parties prenantes, c'est-à-dire entre une entreprise et « ceux qui peuvent affecter ou être affectés par les activités de l'entreprise¹⁶ ». Empruntant à la théorie des parties prenantes, l'approche managériale présuppose que l'entreprise peut entrer volontairement dans des « obligations d'équité¹⁷ » avec ses parties prenantes afin de contenir les crises et de trancher entre des intérêts conflictuels :

« L'idée centrale est que le succès d'une organisation dépend de sa capacité à gérer ses relations avec des groupes clés tels que les clients, les employés, les fournisseurs, les communautés, les financiers, et tous ceux qui pourraient affecter la réalisation de ses objectifs. Le rôle du manager est de conserver le soutien de ces divers groupes, d'arriver à balancer ces intérêts tout en faisant de l'entreprise un lieu où les intérêts des parties prenantes peuvent être maximisés dans la durée¹⁸. »

Dans ce cadre, la responsabilité s'exerce hors de toute considération morale ou d'interrogation normative¹⁹ : l'enjeu n'est pas de s'interroger sur la légalité ou la légitimité des pratiques, mais de faire

14. David Vogel, "is there a market for virtue? The business case for corporate social responsibility", *California management review* 47, n° 4 (2005): p. 19-45.

15. Thomas Donaldson et Lee E. Preston, "The stakeholder theory of the corporation. Concepts, evidence and implications", *Academy of management review* 20, n° 1 (1995): p. 65-91 ; Michel Capron et Françoise Quairel-Lanoizelée, *L'Entreprise dans la société. Une question politique* (Paris : La Découverte, 2015).

16. Edward Freeman, *Strategic management: a stakeholder approach* (Cambridge: Cambridge university press, 1984).

17. Robert Phillips, "Stakeholder theory and a principle of fairness", *Business ethics quarterly* 7, n° 1 (1997): p. 51-66.

18. Edward Freeman et Robert Phillips, "Stakeholder theory: a libertarian defense", *Business ethics quarterly* 12, n° 3 (2002): p. 333.

19. Les initiateurs de la théorie des parties prenantes expliquent : « Le langage des parties prenantes implique une relation particulière caractérisée par une obligation émanant d'un échange intentionnel entre des acteurs, contrairement à des devoirs émanant de critères liés au fait d'être humain, d'être le membre d'un clan ou d'être citoyen d'un État. L'absence de relation réciproque en tant que "partie prenante" ne confère pas à l'entreprise une licence, par exemple, pour violer les droits humains d'un groupe ou d'un individu. Cela signifie seulement que la relation spécifique entre "parties prenantes" est ici absente. » Voir Robert Phillips et Edward Freeman, "Corporate citizenship and community stakeholders", in Andreas Georg Scherer et Guido Palazzo (ed.), *Handbook of research on global corporate citizenship* (Cheltenham: Edward Elgar, 2008): p. 108.

taire la critique en répondant à ses détracteurs les plus virulents pour conserver un « permis d'opérer²⁰ ». Une critique formulée par une minorité peu visible ou disposant d'un levier médiatique et politique faible peut être ignorée. C'est donc une perspective instrumentale des relations entre entreprise et société qui prime²¹.

Les logiques philanthropiques et managériales s'inscrivent donc toutes deux dans un mouvement d'autorégulation où toute action légale est considérée comme légitime, et où les enjeux de bien commun sont abordés de manière contingente sous l'angle de la charité et de la gestion des risques, en fonction des convictions éthiques des dirigeants et des rapports de force.

Cette théorie a longtemps été prédominante et elle continue d'irriguer le droit sur les sociétés commerciales. Le code civil français, par exemple, écrit que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter²² ». Cependant, cette perspective est aujourd'hui mise en débat. En effet, il est inexact de dire que les actionnaires sont les propriétaires exclusifs de l'entreprise : ils ne sont que détenteurs des « parts » de la société commerciale²³. L'entreprise, en tant que personne morale, n'est détenue par personne et peut être considérée comme un projet mobilisant un ensemble plus large de parties prenantes qui doivent également être prises en compte dans la stratégie de l'entreprise²⁴.

Dès lors, face aux multiples défis auxquels nos sociétés sont confrontées, l'entreprise doit être considérée comme un acteur politique de changement. L'émergence du terme « entreprise citoyenne » dans la communication des entreprises et dans les débats académiques témoigne de cette prise de conscience²⁵. En France, par exemple, les lois successives portant sur les obligations de communication

20. Luc Boltanski et Eve Chiapello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme* (Paris : Gallimard, 1999).

21. Gerard Hanlon, "Re-thinking corporate social responsibility and the role of the firm: on the denial of politics", in Andrew Crane et al. (ed.), *The oxford handbook of corporate social responsibility*, (Oxford: Oxford university press, 2008): p. 158 ; Cécile Renouard, "Corporate social responsibility, utilitarianism, and the capabilities approach", *Journal of business ethics* 98, n° 1 (2011): p. 85-97.

22. Article 1832 du code civil français.

23. Jean-Philippe Robé, *L'Entreprise et le Droit* (Paris : Presses universitaires de France, 1999).

24. Nous reviendrons sur ces débats dans le chapitre portant sur la responsabilité politique. Voir notamment Simon Deakin, "The corporation as commons: rethinking property rights, governance and sustainability in the business enterprise", *Queens' LJ* 37, n° 2 (2012): p. 339-81.

25. Robert Dahl, *a preface to economic democracy* (Berkeley: University of California press, 1985).

financière²⁶ sont « destinées à démontrer que l'entreprise accepte pleinement son rôle d'acteur citoyen dans un monde globalisé²⁷ ».

... À L'ENTREPRISE COMME ACTEUR POLITIQUE

La distinction majeure entre les perspectives philanthropiques et managériales, d'un côté, et les perspectives d'impact et citoyennes, de l'autre, tient dans le rapport de celles-ci à la loi. Chez les premières, la loi est perçue comme un guide indéfectible de l'action : l'engagement en faveur du bien commun y est vécu de manière contingente. Chez les secondes, au contraire, le rapport à la légalité s'opère de façon critique, en s'interrogeant sur la conduite à tenir au prisme des enjeux de légitimité et d'incomplétude des lois.

La perspective d'« impact » ancre ainsi l'entreprise sur son territoire en s'interrogeant sur ce qui peut lui être imputé : la responsabilité dépasse le cadre légal pour incorporer la gestion des dommages collatéraux (intentionnels et non intentionnels) engendrés par son activité²⁸.

Cette perspective d'impact émane d'une perspective conséquentialiste élaborée par Thomas d'Aquin et reprise par les théoriciens de la guerre juste selon un principe, dit du « double effet ». Appliqué à l'entreprise, le principe du double effet appréhende les effets secondaires négatifs de l'activité d'une entreprise sur son écosystème et définit des critères de justice en termes de redevabilité, de culpabilité et/ou de complicité²⁹.

Ces critères de justice accordent une place particulière aux droits de l'homme et à la protection de l'environnement pour distinguer les actions permises de celles qui sont « à proscrire en toutes circonstances³⁰ ». Ils ancrent ainsi l'entreprise dans la société en lui assignant des responsabilités fondées sur les contextes politiques et sociaux locaux :

26. Loi sur les nouvelles régulations économiques en 2001, loi Grenelle I en 2009, loi Grenelle II en 2010.

27. Michel Debruyne, « Responsabilité sociale de l'entreprise et évolution des relations des firmes avec l'administration fiscale : du conflit d'intérêts au partenariat », *La Revue des sciences de gestion*, vol. 271, n° 1 (2015) : p. 99.

28. Reichberg et Syse expliquent : « [Les effets intentionnels] se réfèrent aux résultats qui sont spécifiquement recherchés [...]. Ces effets incluent l'état final que l'on souhaite obtenir (par exemple, un profit pour l'entreprise) ainsi que les diverses étapes mises en œuvre pour arriver à ce résultat (sélection du site offshore, achat des matériaux, recrutement des équipes, etc.) [...]. [Les effets non intentionnels] émanent de cette activité, mais n'y figurent pas comme moyens directs, et sont donc catégorisés comme effets secondaires. » Voir Reichberg et Syse, « The idea of double effect – in war and business », p. 22. Voir également François Vallaeys, *Pour une vraie responsabilité sociale : clarifications, propositions* (Paris : Presses Universitaires de France, 2013).

29. Reichberg et Syse, « The idea of double effect – in war and business », p. 20.

30. Reichberg et Syse, p. 24.

« Les États et les régions dotés de gouvernements faibles ou connaissant la guerre civile et des abus aux droits de l'homme requièrent davantage de la part des entreprises en termes de responsabilité et de soins³¹. »

La perspective d'impact sur la responsabilité est donc conceptuellement distincte de la perspective philanthropique : tandis que la philanthropie se fonde sur un engagement « volontaire » pour guérir des maux qui ne sont pas liés à son activité, la perspective d'impact pose une « obligation morale » qui émane de l'appréciation des contextes particuliers et des effets collatéraux engendrés par l'activité de l'entreprise³².

L'engagement de l'entreprise sur des enjeux de bien commun se fonde donc non plus sur la charité ou des rapports de force, mais sur l'obligation morale de « ne pas nuire », et ce, quoi qu'en disent les lois et les tribunaux. Cependant, ce souci de ne pas nuire ne s'interroge pas sur la structure de l'économie capitaliste : comme les défenseurs de cette approche le soulignent, « considérer le business comme immoral en tant que tel ne mène nulle part ; la préoccupation doit plutôt être celle de savoir comment le business peut être mené d'une manière moralement légitime³³ ». La perspective d'impact représente donc un questionnement moral « au sein » de l'économie mondialisée.

La perspective citoyenne de la responsabilité d'entreprise, au contraire, fournit un « aiguillon critique³⁴ » pour interroger à la fois les pratiques des entreprises et les structures de l'économie capitaliste contemporaine.

C'est donc une approche holistique qui, tout en reconnaissant la pertinence de la perspective d'impact, l'intègre dans un cadre d'analyse plus vaste en questionnant également les fins de l'activité économique, c'est-à-dire les « causes plutôt que les symptômes de la dégradation sociale et environnementale³⁵ ».

31. Reichberg et Syse, p. 26.

32. Reichberg et Syse notent : « La prise en compte de ces divers effets secondaires ne doit pas être perçue comme de la philanthropie – aider la société à apaiser des maux dont elle n'est pas responsable – mais plutôt comme une stricte obligation de justice. » Voir Reichberg et Syse, p. 31. Dans la même veine, Wiggen et Bomann-Larsen commentent : « Cela ne fait pas sens de planter des fleurs dans le jardin de son voisin si du poison se répand dans son propre jardin en polluant les sols. Les actes qui dépassent les critères assignés au principe du double effet devraient plutôt être considérés comme des actes surrogatoires : on apprécie d'un point de vue moral leur mise en œuvre, mais l'on ne peut être considéré coupable de ne pas les avoir réalisés. » Voir Oddny Wiggen et Lene Bomann-Larsen, "Addressing side-effect harm in the business context: conceptual and practical challenges", in Lene Bomann-Larsen et Oddny Wiggen (ed.), *Responsibility in world business: managing harmful side-effects of corporate activity*, (Tokyo/ New York/ Paris: UNU Press, 2004): p. 9.

33. Wiggen et Bomann-Larsen, "Addressing side-effect harm in the business context: conceptual and practical challenges", p. 8.

34. Cécile Renouard, « L'éthique et les déclarations déontologiques des entreprises », *Études* 410, n° 4 (2009) : p. 473-84 ; Renouard, *Éthique et Entreprise*.

35. David Owen, "CSR after Enron: a role for the academic accounting profession?", *European accounting review* 14, n° 2 (2005): p. 400.

Cette vision de l'entreprise comme détentrice d'un projet au service du bien commun nécessite de dépasser le cadre de Milton Friedman qui distingue, d'un côté, un « cœur de métier » soumis à la concurrence et destiné à générer un retour sur investissement le plus élevé et le plus rapide possible pour ses actionnaires, et, de l'autre, des actions philanthropiques témoignant d'un engagement citoyen. Il s'agit plutôt de s'assurer de la compatibilité du cœur de l'activité de l'entreprise avec la promotion du bien commun pour les générations présentes et futures.

Selon ce cadre d'analyse, les entreprises sont appelées à se mobiliser de façon proactive pour adapter leurs choix d'investissement aux enjeux sociaux, environnementaux, économiques et politiques contemporains, et ce, d'autant plus là où les gouvernements sont inactifs ou impuissants³⁶. Néanmoins, faire reposer les changements sur la seule bonne volonté d'entreprises soumises à la concurrence mondiale ne suffit pas. En cohérence avec des traités et engagements internationaux tels que celui de la COP21, il faut aussi pouvoir envisager d'abandonner ou de réformer en profondeur certaines activités dès lors que celles-ci se révèlent insoutenables et mortifères. Ceci suppose un discernement collectif en amont de l'activité et, pour éviter l'émergence de passagers clandestins, un encadrement par le droit.

En France, différentes propositions de réforme des articles 1832 et 1833 du code civil (articles qui définissent la société commerciale) ont été faites par des juristes afin de mettre en évidence la fonction particulière de l'entreprise dans la société. Ainsi, l'association Sherpa a proposé en 2010 de redéfinir l'article 1832 du code civil – qui définit le contrat de société – pour que l'activité poursuivie par une entreprise s'inscrive dorénavant dans un cadre institutionnel qui fasse état d'exigences relatives au bien commun :

« Les associés s'engagent à satisfaire aux exigences sociales et environnementales que la poursuite durable et responsable de l'activité encadrée implique³⁷. »

De même, tandis que l'article 1833 du code civil français affirme à ce jour que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés », la première proposition du rapport Attali de 2013 a proposé de redéfinir comme suit l'entreprise :

« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ; elle doit être gérée au mieux de son intérêt

36. Dirk Matten et Andrew Crane, "Corporate citizenship: toward an extended theoretical conceptualization", *The academy of management review* 30, n° 1 (January 2005): p. 172.

37. Yann Queinec et William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales, 46 propositions » (Paris, 2010).

supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental³⁸. »

Comme le souligne l'avocat Daniel Hurstel, la responsabilité économique de l'entreprise vise donc à « organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit³⁹ » pour que celle-ci puisse orienter ses investissements en fonction de ce qu'elle perçoit être – et de ce qui est reconnu comme – la promotion d'un développement humain soutenable⁴⁰.

Si la proposition du rapport Attali a bien été reprise dans le projet de loi « pour la croissance et l'activité » de 2014 (plus connu en tant que « projet de loi Macron »), celle-ci n'a finalement pas été retenue dans le texte de loi final adopté le 6 août 2015⁴¹. À l'heure où ces pages sont écrites, ce sujet promet d'être débattu au Parlement français début 2018, dans le cadre d'une Proposition de Loi « entreprise nouvelle, nouvelles gouvernances » déposée par Dominique Potier et d'autres parlementaires du groupe Nouvelle Gauche⁴², et dans le cadre du Projet de Loi PACTE (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises) du ministre Bruno le Maire⁴³.

En sortant du dogme du marché comme sphère autonome, ces divers travaux émanant d'avocats, d'associations et d'économistes aux orientations politiques diverses soulignent l'urgence de s'interroger sur l'orientation de l'investissement privé et sur les modalités de redistribution de la richesse afin que l'activité des entreprises n'entre pas en contradiction avec l'intérêt général. Ce sont ces enjeux d'investissement et de redistribution que nous abordons maintenant.

38. Jacques Attali, « Pour une économie positive » (Paris : Fayard/La Documentation française, 2013), Proposition n° 1 : 79.

39. Daniel Hurstel, « Organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit », in Cécile Renouard et Gaël Giraud (ed.), *Vingt Propositions pour réformer le capitalisme*, (Paris : Champs-Flammarion, 2012) : p. 45-60.

40. Voir aussi la proposition de Quairel et Capron pour « repenser la nature et les finalités de l'entreprise en rapport avec l'intérêt général », in Françoise Quairel et Michel Capron, *L'entreprise dans la société : une question politique* (Paris : La Découverte, 2015) : p. 9.

41. Loi relative à « la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ». Voir Yvonne Muller, « RSE et intérêt social », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* (Paris : Pedone, 2016) : p. 223.

42. www.dominiquepotier.com/UserFiles/File/proposition-de-loi-entreprise-nouvelles-nouvelles-gouvernances.pdf, consulté le 26 décembre 2017.

43. www.economie.gouv.fr/plan-entreprises-pacte, consulté le 26 décembre 2017.



CHAPITRE 2

QUELS CRITÈRES D'INVESTISSEMENT POUR UNE ÉCONOMIE DURABLE ?

Les débats autour de la réforme de la définition juridique de la société commerciale illustrent les avis partagés concernant la radicalité et l'urgence des changements à promouvoir en vue du développement durable des communautés humaines sur la planète, aujourd'hui et demain. L'intégration de critères extra-financiers dans les choix d'investissement est un enjeu politique dont les origines sont lointaines. Les grandes traditions religieuses et spirituelles se sont en effet posé très tôt la question de la responsabilité du secteur bancaire dans la promotion de valeurs et de projets porteurs de développement, avec des débats vifs sur l'usure, en vue de « ré-encadrer » l'économie et les mécanismes de dette et de crédit dans la société¹.

En réponse à ces interrogations, les secteurs de l'investissement socialement responsable (ISR) et de l'économie sociale et solidaire (ESS) ont formalisé la question de la finalité extra-financière de l'activité économique.

ISR : UN DÉBAT NÉCESSAIRE SUR LES FINS

Le secteur de l'ISR aborde ces questions selon deux approches, qui sont parfois mises en place de manière complémentaire : la première consiste à exclure certains secteurs controversés, la seconde à sélectionner les « meilleures » entreprises sur un ensemble de critères sociaux, environnementaux et de gouvernance.

1. David Graeber, *Dette : 5 000 ans d'histoire* (Paris : Les Liens qui libèrent, 2013).

ISR et critères d'exclusion

En s'inspirant principalement des *quakers* et du puritanisme américain, l'ISR s'est développé dans le monde anglo-saxon dans une logique d'exclusion : il s'agit alors, dans une démarche morale et éthique, de ne pas se rendre complice et de minimiser son implication dans des secteurs d'activité jugés immoraux, tels que l'armement, l'industrie du tabac, la pornographie, les jeux de hasard². Aujourd'hui, les critères d'exclusion s'étendent à de nouveaux secteurs en raison des enjeux écologiques, climatiques et financiers contemporains.

En ce qui concerne la responsabilité économique et financière, par exemple, le recours à des paradis fiscaux constitue une nouvelle ligne rouge. Le fonds d'investissement Ecofi du Crédit coopératif exclut ainsi de ses portefeuilles l'ensemble des entreprises dont le siège social a été placé pour des raisons fiscales dans l'un des cinquante-trois territoires identifiés comme paradis fiscaux par le gouvernement français et/ou le Tax Justice Network³.

Du point de vue de la responsabilité sociale, les discriminations au travail et le recours au travail des enfants constituent un second critère d'exclusion. Le droit social discriminatoire observé dans la péninsule arabique envers les migrants – *via* la politique de kafala, qui consiste à confisquer les passeports et à soumettre les individus à l'autorité d'un « parrain » – est dénoncé de manière récurrente par les mouvements sociaux et des organisations non gouvernementales (ONG) qui appellent les banques d'investissement à ne pas être complices de ces législations⁴. On retrouve ici les débats et controverses qui se sont développés durant les années 1970 et 1980 au sujet de l'apartheid : faut-il continuer à financer des projets menés dans ces territoires, ou placer ces derniers sur une liste d'exclusion pour les forcer à modifier leurs lois ?

En ce qui concerne les biens communs mondiaux, les enjeux climatiques soulèvent de nombreux débats et visent les industries du charbon, du gaz et du pétrole, avec des exclusions qui apparaissent peu à peu. En effet, selon les estimations du professeur Bill McKibben, les investisseurs et les entreprises du secteur de l'énergie devraient se résoudre à laisser 80% des réserves fossiles sous terre afin de ne pas dépasser la limite des 2°C d'élévation moyenne de la température d'ici la fin du siècle⁵. À la rationalité économique et financière, McKibben

2. Terrence Guay, Jonathan P. Doh, et Graham Sinclair, "Non-governmental organizations, shareholder activism, and socially responsible investments: ethical, strategic, and governance implications", *Journal of business ethics* 52 (2004): p. 125-39.

3. Voir www.ecofi.fr/fr/nos-engagements/responsabilite

4. Voir les multiples rapports d'Amnesty et de Human Rights Watch, mais aussi celui de Sherpa à l'encontre de Vinci, autour des travaux pour la Coupe du monde de football de la Fifa (Fédération internationale de football association) en 2022.

5. Bill McKibben, "Global warming's terrifying new math", *Rolling Stone* (July 19, 2012).

oppose donc une rationalité sociale et environnementale, mettant les acteurs du secteur de l'énergie face à leur responsabilité dans le processus d'émission de gaz à effet de serre (GES). Depuis, un mouvement social transnational en faveur du désinvestissement s'est propagé⁶. En 2015, divers fonds d'investissement se sont ainsi engagés à retirer tous leurs avoirs du secteur du charbon. Si les investissements concernés représentent une infime portion de l'investissement mondial dans les énergies fossiles, la symbolique n'en demeure pas moins forte : que ce soit le fonds souverain norvégien, l'assureur Axa ou l'université de Stanford, ces acteurs, encore isolés, témoignent que les entreprises et les fonds d'investissement contemporains doivent prendre conscience de leur responsabilité économique dans le changement climatique et agir en conséquence. Ce faisant, ces acteurs opèrent une rupture en affrontant le paradigme extractiviste et technologique : ce n'est pas une énième initiative pour un « charbon propre » ou pour la « captation du CO₂ », mais bien une volonté de réduire les émissions de CO₂ en s'attaquant à la source : l'extraction.

Ces divers exemples témoignent que de nombreuses réformes de fond sont en cours concernant la responsabilité des banques et des entreprises dans le financement de projets portant atteinte aux biens communs mondiaux.

Au paradigme économique s'ajoutent donc désormais des considérations sociales et environnementales inspirées de ces nouveaux critères d'exclusion. Par exemple, lors d'une cession d'actif, les associations Amis de la Terre, ANV-COP21 et 350.org ont engagé avec succès en 2016 une campagne contre Engie pour que l'entreprise abandonne une rationalité purement économique et adopte une rationalité environnementale en « fermant » ses centrales à charbon vétustes plutôt qu'en les « revendant » à des opérateurs moins scrupuleux ou moins exposés médiatiquement⁷.

ISR et sélection des *best in class*

Une seconde démarche d'ISR a également vu le jour, non pas pour exclure, mais pour favoriser, par des dynamiques de marché, les acteurs les plus vertueux. Dans cette perspective, les investisseurs n'excluent plus des pans entiers de l'économie de leurs portefeuilles, mais retiennent les entreprises qui sont davantage engagées dans des transformations structurelles de leurs activités selon le critère dit « best in class ».

6. Voir, notamment, les actions menées par 350.org en faveur du désinvestissement des énergies fossiles.

7. Amis de la Terre, ANV-COP21, et 350.org, « 30 kangourous envahissent le siège d'Engie à Paris » (Paris : Amis de la Terre, 13 Septembre 2016).

Des indices boursiers tels que le FTSE4Good ou le Dow Jones Sustainability Index adoptent des critères extra-financiers afin de sélectionner, pour chaque secteur d'activité, les entreprises membres. Aux États-Unis, ce sont ainsi un huitième des investissements qui étaient soumis à des critères sociaux et éthiques en 2006⁸. Le défi concerne alors le niveau d'ambition de ces critères et les instruments de mesure utilisés pour classer les entreprises.

La question est en effet de savoir si, et comment, les investisseurs classiques peuvent être contraints à intégrer des critères de plus en plus exigeants en termes sociaux, environnementaux, ou de partage de la valeur. Les prochaines sections permettront de mieux apprécier le contenu possible des critères qui peuvent être mobilisés, tant du côté économique et financier que du côté des engagements sociaux, sociétaux et environnementaux des firmes.

Certains acteurs ont souhaité dépasser ces débats portant sur les évolutions des entreprises « classiques » en orientant l'ensemble de leurs ressources vers des entreprises à impact social et/ou environnemental avéré.

L'ESS : UN INVESTISSEMENT DE NICHE

La question qui se pose d'emblée est celle de la définition de « l'impact social et/ou environnemental avéré ». En effet, selon quels critères peut-on affirmer que telle entreprise a une « utilité sociale et/ou environnementale » plus importante que telle autre ?

Au cours des vingt dernières années, deux modèles économiques ont émergé et revendiqué leur capacité à aligner leur stratégie d'entreprise avec des objectifs « d'utilité sociale et/ou environnementale » : d'un côté, les stratégies « au bas de la pyramide » (dites « stratégies BOP », pour « bottom of the pyramid ») et, de l'autre, les projets se réclamant de l'ESS.

Les limites de l'investissement « au bas de la pyramide »

À la fin des années 1990, un certain nombre de grands groupes transnationaux ont promu des stratégies BOP afin de commercialiser des biens et des services auprès des plus pauvres⁹.

Ayant mis en place de nouveaux modes de production, de nouvelles chaînes logistiques et de nouvelles stratégies marketing, ces entreprises ont réussi à transformer leur structure de coût et leurs

8. Bert Scholtens, "Corporate social responsibility in the international banking industry", *Journal of business ethics* 86, n° 2 (2009): p. 159.

9. Prahalad et Hart, "The fortune at the bottom of the pyramid"; Prahalad, *The fortune at the bottom of the pyramid: eradicating poverty through profits* (Upper Saddle river: Wharton school pub., 2010).

stratégies et ont dépeint leur entrée sur ce « marché des pauvres » comme une contribution en vue d'une économie inclusive.

Si ces initiatives BOP ont fait l'objet de présentations élogieuses, de nombreuses questions restent en suspens. Tout d'abord, la question de la concurrence de ces produits de marque vis-à-vis des produits artisanaux est rarement abordée; tout comme celle de savoir si le produit mis sur le marché répond à un besoin ou si ce sont les stratégies marketing qui ont créé ce besoin¹⁰. Ensuite, l'objectif même de fournir des biens et des services utiles à des populations pauvres est tributaire d'une conception surplombante du développement dans laquelle l'émancipation des populations clientes n'est, *a priori*, pas un objectif formel. Enfin, le lancement d'initiatives BOP sur des problématiques de service public questionne la capacité des entreprises à s'adresser effectivement aux plus pauvres, comme c'est le cas avec les mécanismes de micro-assurance.

Sans pouvoir apporter de réponse tranchée, les initiatives BOP méritent donc d'être analysées au cas par cas, pour voir si et comment ces projets sont porteurs d'une contribution effective au développement¹¹.

Mais surtout, ces projets menés par de grandes entreprises ne remettent pas en cause le partage très inéquitable de la valeur économique et financière créée au long de la chaîne de valeur. L'objectif de maximisation du profit mis en avant par les actionnaires est-il compatible avec une stratégie marketing résolument tournée vers les populations pauvres ?

Cette question s'est posée avec force aux États-Unis lorsque des investisseurs voraces ont porté plainte contre des mandataires sociaux en incriminant les dépenses réalisées par ces derniers envers leurs clients et parties prenantes. Il était reproché à ces dirigeants de ne pas exercer correctement leur responsabilité fiduciaire vis-à-vis des actionnaires en distribuant les bénéfices de la société vers d'autres parties que les seuls actionnaires.

Afin de permettre à des entreprises d'aborder les enjeux d'équité de manière innovante, le dirigeant d'entreprise Jay Coen Gilbert a fondé en 2006 le label « B Corp », une certification attribuée à des entreprises qui ancrent leur stratégie et leurs pratiques sur un engagement social, sociétal et environnemental fort¹². Si ce label est encore une niche, l'intérêt qu'il suscite auprès de certaines entreprises, dont certaines multinationales, témoigne d'un changement net de l'imaginaire collectif autour de la mission des entreprises dans la société.

10. Vance Packard, *The hidden persuaders* (New York: IG Publishing, 2007).

11. Cécile Renouard, *La Responsabilité éthique des multinationales* (Paris : Presses universitaires de France, 2007) ; Denis Arnold et Andres Valentin, "Corporate social responsibility at the base of the pyramid", *Journal of business research* 66 (2013): p. 1904-14.

12. Voir www.bcorporation.net/what-are-b-corps/the-b-corp-declaration

C'est dans cette dynamique de remise en cause de la maximisation du profit que se situe l'ESS.

L'économie sociale et solidaire : investir pour l'impact

Les projets qui se réclament de l'ESS mettent en avant leur volonté d'articuler des enjeux sociaux et environnementaux avec des enjeux de rentabilité et d'équité. L'investissement dans ces projets, encore relativement restreint, est connu sous le nom d'« impact investing » ou « investissement à impact », l'investisseur étant conscient que des enjeux extra-financiers sont au cœur de la stratégie de ces entreprises.

Selon un rapport commandité par la fondation Rockefeller et le Global Impact Investment Network à J.P. Morgan en 2010, l'investissement à impact se définit comme un « investissement fait intentionnellement dans l'idée de créer des impacts sociaux et environnementaux positifs au-delà du seul rendement financier¹³ ». Pour certains, ces projets doivent obtenir les mêmes rendements que le secteur financier traditionnel. Pour d'autres, que l'on nomme les investisseurs « Social First », le rendement social et environnemental recherché justifie un taux de retour sur investissement plus faible¹⁴.

Afin de pérenniser ce marché en forte évolution et d'apporter des garanties aux investisseurs sur la nature de ces entreprises, la loi Hamon de 2013 a instauré en France le label d'« entreprise solidaire d'utilité sociale » (Esus) pour les sociétés répondant à trois critères :

1. leurs statuts définissent leur objet social comme ayant une forte utilité sociale (par leur soutien à des publics vulnérables, ou par leur contribution au développement durable et à la cohésion sociale sur un territoire);
2. leur gouvernance est inspirée par des pratiques démocratiques : le pouvoir de décision n'est pas corrélé à l'apport financier, et l'éventail des salaires est restreint (au maximum un ratio de 1 à 7 entre le moins bien payé et la moyenne des cinq salaires les plus élevés);
3. les bénéficiaires sont dans leur majorité affectés au maintien ou au développement de l'activité; ceci ayant pour conséquence une distribution limitée de dividendes.

Le statut d'entreprise sociale permet donc de préciser des critères de gouvernance, d'équité salariale et de projet d'entreprise qui sont plus exigeants que les critères généraux de l'ISR.

À ce jour, les fonds gérés selon le principe de l'investissement à impact sont faibles, de l'ordre de 100 milliards de dollars aux

13. Rockefeller Foundation, J.P. Morgan, et GIIN, "Impact investments: an emerging asset class" (J.P. Morgan, November 2010).

14. Cyrille Antignac et Bernard Attali, *L'Investissement à haut rendement sociétal. La révolution de l'impact investing* (Paris : RB Édition, 2016) : p. 22.

États-Unis, alors que le secteur de l'ISR y constitue un marché de près de 7 trillions de dollars¹⁵. L'engagement financier dans les entreprises de l'ESS reste donc marginal par rapport aux investissements dans les entreprises traditionnelles régies par une logique de profit.

On peut donc penser que les évolutions resteront faibles si les logiques relatives à une perspective citoyenne de la responsabilité ne sont pas déployées dans les entreprises classiques : il s'agit de ne pas penser l'investissement responsable comme une niche, mais de le voir comme un aiguillon critique qui remet en question les pratiques dans le reste des entreprises, et qui légitime une élévation globale des standards, d'où l'importance de la réflexion sur la comptabilité d'entreprise, afin d'intégrer les dimensions extra-financières dans la comptabilité et la finance d'entreprise.

15. Antignac et Attali, p. 33.



CHAPITRE 3

COMPTABILITÉ :

évaluer la valeur créée par une entreprise

En intégrant des préoccupations d'ordres extra-financières dans son évaluation des entreprises, l'investissement à impact souligne que de nombreux enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux ne sont aujourd'hui pas – ou peu – pris en compte par les investisseurs, qui évaluent les entreprises selon des critères financiers de rentabilité et de retour sur investissement.

Afin d'étendre les logiques d'investissement et de gestion responsable à toutes les entreprises, il est nécessaire de s'interroger sur la façon de mesurer la richesse créée par une entreprise. À ce jour, la mesure de cette richesse à l'échelle internationale se fait selon des normes comptables édictées par l'International Financial Reporting Standards (IFRS), une ONG composée d'experts-comptables et de financiers. Comment réformer ces normes afin de mieux « mesurer la richesse créée par les hommes et d'indiquer la part de cette richesse qui peut être consommée¹ » ?

À côté du débat technique qui a surgi au début des années 2000 avec l'adoption des normes IFRS et le passage d'une comptabilité en coût historique à une comptabilité en juste valeur², un champ de discussion plus vaste concerne l'ontologie comptable et sa capacité à intégrer des préoccupations sociales et environnementales dans sa mesure de la « valeur ». L'enjeu est de taille : comment intégrer les dommages collatéraux directs et indirects engendrés par l'activité d'une entreprise dans la valorisation d'une entreprise ? C'est sur

1. Jacques Richard, « En finir avec les normes IFRS », *Constructif* 24 (Novembre 2009).

2. Un des problèmes clés de ce nouveau référentiel est l'enregistrement comptable des plus-values latentes, notamment lors de la vente de produits dérivés. Ceci est aux antipodes du principe de prudence qui prévalait en France depuis le milieu du XIX^e siècle, accompagnant la responsabilité limitée du dirigeant : seules les moins-values potentielles étaient prises en compte dans le bilan. Par les normes IFRS, qui remettent en cause le principe de réalité des bénéfices, la comptabilité elle-même peut contribuer à engendrer des bulles spéculatives. Voir par exemple la réforme que proposent Max de Chantérac, Gaël Giraud et Rémi Léger in Gaël Giraud et Cécile Renouard (ed.), *Vingt propositions pour réformer le capitalisme* (Paris : Flammarion, 2012).

ce domaine que nous voulons insister, car il conditionne la façon dont les enjeux de bien commun sont appréciés par les investisseurs lorsque ces derniers analysent les résultats d'une entreprise.

AU-DELÀ DE LA CROISSANCE ET DU PROFIT

Voyons tout d'abord comment les économistes approchent cette question de la valeur au niveau des États. Les travaux présentés permettent en effet de saisir la complexité des enjeux relatifs à une comptabilité d'entreprise soucieuse du bien commun.

Les nouveaux indicateurs de développement

La logique croissantiste considère que l'augmentation de la richesse créée, mesurée par des indicateurs comme le produit intérieur brut (PIB), est la condition *sine qua non* du développement humain³. Si l'impératif de croissance perdure dans les discours politiques, les travaux en économie ont permis, depuis soixante-dix ans, de faire la distinction entre une conception quantitative de la croissance – économique et financière – et une conception qualitative du développement. Les travaux de l'économiste Amartya Sen, par exemple, ont bien montré que des États de l'Inde comme le Kerala ont connu un niveau de croissance plus faible que d'autres États tout en garantissant un taux de scolarisation et une espérance de vie plus élevée que des États plus « prospères » selon des indicateurs de PIB. Toujours en Inde, diverses études soulignent que la croissance soutenue du PIB indien entre 2000 et 2008 à des taux de plus de 8% s'est accompagnée d'une « croissance sans emploi », c'est-à-dire d'une perte d'emplois dans le secteur formel en faveur du secteur informel où les mécanismes de protection sociale sont inexistants⁴. De même, l'accroissement du PIB au niveau national est allé de concert avec une dégradation des conditions environnementales, en particulier dans les métropoles où la pollution a atteint des niveaux sans précédent⁵.

À l'échelle globale, l'automatisation et les progrès de l'intelligence artificielle posent des questions similaires : si ces progrès

3. Christian Arnsperger, *L'Homme économique et le sens de la vie. Petit traité d'alter-économie* (Paris : Textuel, 2011).

4. Himanshu, "Employment trends in india: a re-examination", *Economic and political weekly* 46, n° 37 (September 10, 2011).

5. World Bank, "Leveraging urbanization in south asia managing spatial transformation for prosperity and livability" (Washington: World bank, 2015); Amartya Sen et Jean Dreze, *An uncertain glory: India and its contradictions* (Princeton: Princeton university press, 2013).

techniques sont susceptibles de contribuer à la croissance économique, mesurée en termes de PIB, ses conséquences sur l'emploi pourraient être désastreuses⁶.

D'un point de vue macro-économique, l'enjeu est donc de bâtir de nouveaux indicateurs de développement qui permettent de mieux prendre en compte la complexité de l'impact de l'activité économique sur l'environnement naturel et humain. Ce défi au niveau des politiques publiques d'un territoire se répercute de façon similaire au niveau d'une entreprise : quels sont les outils à notre disposition pour mesurer fidèlement la valeur créée par une entreprise ? Quelles sont les externalités sociales et environnementales – positives et négatives – engendrées par l'activité d'une entreprise sur la société, aujourd'hui et pour les générations futures ? Comment le profit de l'entreprise est-il calculé ?

Les initiatives pour une *triple bottom line*

À la suite de la publication du rapport Meadows de 1972, les entreprises ont commencé à adopter un discours sur l'écologie afin de répondre aux critiques qui émergeaient à leur encontre. À la veille du sommet de la Terre organisé par les Nations unies, à Rio de Janeiro, en 1992, des grandes entreprises du Fortune 500 se sont rassemblées sous la bannière du World Business Council on Sustainable Development (WBCSD) afin de porter un message *business* au sein de la conférence et de démontrer la pertinence et le rôle clé du secteur privé dans la promotion du développement durable. L'Agenda 21 adopté à l'issue de la conférence de Rio s'est saisi de la question du secteur privé et a alors préconisé « l'intégration de la notion de durabilité aux méthodes de gestion économique⁷ ».

Dans les décennies suivantes, de multiples initiatives ont émergé pour agréger divers indicateurs sociaux ou environnementaux et arriver à un indicateur de performance unique qui permette au public et aux investisseurs de mieux évaluer, contrôler et se représenter ce qui fait le quotidien de l'entreprise⁸. La première initiative en ce sens fut l'idée de *triple bottom line* (TBL), émise en 1997 par John Elkington, fondateur du cabinet de conseil AccountAbility : afin de mesurer la performance d'une entreprise, il s'agissait de

6. Roland Berger, « Les classes moyennes face à la transformation digitale. Comment anticiper ? Comment Accompagner ? » (Paris : Roland Berger Strategy Consultants, 2014) ; WEF, « The future of jobs. employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution » (Davos: World economic forum, 2016) ; Carl Benedikt Frey et Michael Osborne, « The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation? » (Oxford: Oxford martin school, 2013).

7. Muller, « RSE et intérêt social ».

8. Virginie Mercier, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit* (Paris : Pedone, 2016) : p. 262.

dresser une comptabilité holistique reposant sur trois piliers : « Les personnes, la planète, les profits⁹. » Ce concept fondateur fut repris par la Global Reporting Initiative (GRI), qui fait désormais référence en termes de comptabilité holistique.

Dans les années suivantes, cet enjeu a été repris par les États : en 2001, la Commission européenne invite les entreprises à « mesurer leurs résultats par rapport à certains critères économiques, environnementaux et sociaux¹⁰ ». En France, cette même année, la loi sur les « nouvelles régulations économiques » introduit des obligations de reporting extra-financier pour toutes les entreprises cotées en bourse. Face à cet engouement, de nombreuses initiatives concurrentes voient alors le jour auprès d'organismes divers : norme SA 8000 de Social Accountability International ; norme AA 1000 de AccountAbility ; normes ISO 14000 et ISO 26000 ; référentiel de l'Association globale de l'industrie pétrolière et gazière pour les sujets environnementaux et sociétaux (IPIECA)¹¹.

Cette diversité témoigne d'un consensus autour de la nécessité de faire évoluer la comptabilité des entreprises. Dans cette dynamique, la loi Grenelle II adoptée en France en 2012 impose aux entreprises de plus de 500 salariés et 100 millions d'euros de chiffre d'affaires de produire un rapport RSE rassemblant un ensemble de données sociétales, économiques et environnementales¹². Au niveau européen, la directive 2014/95/UE établit elle aussi un panorama en termes de reporting extra-financier pour toutes les entreprises de plus de 6000 salariés sur les questions de droit de l'homme, de lutte contre la corruption, de protection de l'environnement et de droit du travail. Face à l'urgence climatique, enfin, l'État français adopte de nouvelles lois concernant les émissions de GES et les externalités sociales et environnementales : depuis 2011, les sociétés de plus de 500 salariés doivent produire un bilan carbone de leur entreprise¹³. Depuis 2015 et l'adoption de la loi sur la transition énergétique, les banques, les investisseurs et les gestionnaires d'actifs français doivent publier un bilan carbone de l'ensemble des projets qu'ils financent¹⁴.

Si ces lois françaises, ces directives européennes et ces initiatives citoyennes suscitent un intérêt certain de la part de certaines

9. John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business* (Oxford: Capstone Publishing, 1997).

10. Commission européenne, « Communication sur le développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'UE en faveur du développement durable » (Bruxelles : Commission européenne, 2001).

11. Chloé Faucourt et Juliette Jacquot, « Reporting extra-financier et droits de l'homme » (Paris : Sciences Po, 2015), p. 40.

12. Voir art. L225 et décret du 26 avril 2012 225-102-1.

13. Voir art. L229-25/décret 2011-829.

14. Voir l'article 173-VI de la loi sur la transition énergétique du 17 août 2015.

organisations internationales, entreprises et associations, les limites à ce genre de proposition sont importantes :

- Tout d’abord, ces normes juridiques portant sur le développement durable ne définissent pas le concept de durabilité de manière explicite. Au contraire, le terme est souvent utilisé comme un outil rhétorique pour transmettre l’idée d’une entreprise citoyenne « encastrée » dans la société, responsable, au fait des enjeux sociaux et environnementaux contemporains – sans que cela implique, dans la majorité des cas, une nécessaire remise en cause de sa stratégie ou même de son existence¹⁵.
- Ensuite, le caractère volontaire des indicateurs choisis rend la lisibilité et la comparabilité des rapports RSE difficile. En France, le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale fournit une grille d’analyse. L’article R.225-105-1 du code de commerce énumère également des indicateurs communs à toutes les entreprises. Néanmoins, la possibilité offerte à ces dernières de ne pas inclure ces indicateurs dans leurs rapports demeure au niveau européen, où aucune liste précise d’indicateurs ne permet d’établir une comparaison robuste entre entreprises et secteurs d’activité.
- De plus, alors que l’idée de *triple bottom line* se développe sur le modèle du compte de résultat, avec l’objectif d’aboutir à un indicateur unique permettant de comparer des entreprises de secteurs potentiellement éloignés, aucune méthodologie claire n’est mise en place pour réaliser une telle agrégation de données sociales et environnementales. En raison du caractère incommensurable de ces données, une telle agrégation n’est peut-être pas souhaitable, mais rend le terme de « triple bottom line » source de confusion¹⁶.
- De surcroît, si ces lois généralisent l’audit et requièrent une certification par des organismes tiers – amenant à la création *ex nihilo* d’un pan entier de l’industrie de l’audit¹⁷ –, celles-ci ne sont pas doublées d’une obligation d’amélioration. Ainsi, le reporting extra-financier vise davantage la transparence et la redevabilité que la durabilité à proprement parler¹⁸, courant le

15. Rob Gray, “Is accounting for sustainability actually accounting for sustainability... and how would we know? An exploration of narratives of organisations and the planet”, *Accounting, Organizations and Society* 35 (2010): p. 49.

16. Wayne Norman et Chris MacDonald, “Getting to the bottom of ‘triple bottom line,’” *Business Ethics Quarterly* 14, n° 2 (2004): p. 243-62.

17. Michael Power, *The audit society. rituals of verification* (Oxford: Oxford University Press, 1997).

18. Markus Milne et Rob Gray, “W(h)ither ecology? The triple bottom line, the global reporting initiative, and corporate sustainability reporting”, *Journal of Business Ethics* 118 (2013): p. 21.

risque de perdre sa crédibilité : les entreprises n'ont « qu'une obligation de dire » et non pas une « obligation de faire¹⁹ ».

- Enfin, l'accent mis sur des indicateurs de performance extra-financière n'est généralement pas articulé avec une réflexion sur les critères de juste partage de la valeur économique et financière. La logique reste celle d'une séparation entre des indicateurs sociaux et environnementaux, d'un côté, et les outils de gestion classiques relatifs aux salaires et au versement de dividendes, de l'autre côté.

Le défi reste donc entier en ce qui concerne notre capacité à évaluer les coûts et bénéfices sociaux et environnementaux d'une entreprise sur son écosystème. Il s'agit donc de passer d'une réflexion sur les moyens (le *reporting* extra-financier) à une réflexion sur les fins (le bien commun) afin de s'interroger sur nos modes de production et les enjeux sociaux et environnementaux qui y sont liés. Comme le souligne Paul Hawken dans une étude portant sur l'entreprise McDonald's :

« Alors que les entreprises et les gouvernements s'intéressent aux enjeux de durabilité, il est crucial que la signification du terme de durabilité ne soit pas perdue dans les écueils du langage du business [...]. Je suis inquiet à l'idée que de bonnes pratiques d'hygiène comme le recyclage des emballages de hamburgers soient confondues avec la création d'un monde juste et durable²⁰. »

Pour ce faire, des acteurs divers ont élaboré des outils comptables alternatifs afin d'évaluer l'impact global d'une entreprise, d'un territoire ou d'une nation sur les écosystèmes.

VERS UNE RÉFORME DES NORMES COMPTABLES

Un premier outil comptable permettant d'évaluer l'emprise du marché sur l'environnement est apparu avec le concept d'« empreinte écologique » mis en place par deux chercheurs de l'université de Vancouver et utilisé par l'ONG World Wildlife Fund depuis 1999. De même, les concepts d'*ecological rucksack* (« sac à dos écologique ») et de « cycle de vie » permettent d'évaluer l'impact environnemental d'un produit ou d'un service donné en mesurant « la quantité de matières premières utilisées (incluant l'énergie) dans la production, le transport, la consommation et, finalement, la mise en déchetterie du produit final²¹ ».

19. Mercier, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », p. 280.

20. Paul Hawken, « McDonald's and corporate social responsibility », Press release (Food First/Institute for food and development policy, April 25, 2002).

21. Milne et Gray, « W(h)ither ecology? The triple bottom line, the global reporting initiative, and corporate sustainability reporting », p. 23.

À partir de ces travaux, et selon le principe du pollueur-payeur, diverses propositions émergent pour que les dommages sociaux et environnementaux soient traduits en termes financiers et imputés aux entreprises²².

Quantifier les dommages sociaux et environnementaux

Partant du principe que « seule une représentation financière est capable d'être comprise par les entreprises dans un langage qui leur parle²³ », le défi de la quantification ancré dans le principe du pollueur-payeur consiste à traduire les impacts humains et environnementaux des entreprises en coûts qui pourront être intégrés à leurs comptes de résultats. L'enjeu ? Aligner les intérêts financiers de l'entreprise avec l'objectif de transition écologique²⁴. Dans cette perspective, les modèles Care (Comptabilité adaptée au renouvellement de l'environnement) et *triple depreciation line* (TDL) rendent compte des coûts sociaux et environnementaux en évaluant les moyens financiers qui seraient nécessaires au maintien et à la restauration des capitaux naturels et humains dégradés pour la poursuite de l'activité économique et pour les générations futures²⁵.

La perspective adoptée vis-à-vis de la nature change ainsi radicalement : plutôt que de considérer celle-ci comme un actif qu'il est possible d'exploiter à sa guise, cette approche comptable rend compte de notre dette individuelle et collective vis-à-vis de la nature et calcule « ce qu'une entreprise devrait payer [ou investir]²⁶ » pour préserver les milieux de vie pour les générations futures.

Le groupe Kering – qui détient, entre autres, Gucci et Puma – a travaillé à l'élaboration de son bilan comptable à partir de cette conception et a révélé les défis qui se posent pour une entreprise désireuse d'avancer vers un modèle soutenable²⁷. Chemin faisant, Kering a en effet été confronté à de nombreuses difficultés relatives à l'évaluation de l'ensemble des émissions sur sa chaîne de production en amont et en aval. Néanmoins, des méthodologies de plus en plus fiables se développent dans ce domaine : des moyens importants sont

22. Henri Smets, « Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ? », *Revue générale de droit international public* 97, n° 2 (1993) : p. 339-64.

23. Gray, "Is accounting for sustainability actually accounting for sustainability... and how would we know? An exploration of narratives of organisations and the planet", p. 51.

24. William McDonough et Michael Braungart, "The NEXT industrial revolution", *The Atlantic* (October 1998). Voir également Gray et al. 2001 accounting for the environment.

25. Alexandre Rambaud et Jacques Richard, "The 'Triple Depreciation Line' instead of the 'triple bottom line': towards a genuine integrated reporting", *Critical Perspectives on Accounting* 33 (2015): p. 92-116 ; Jacques Richard, « En finir avec les normes IFRS ».

26. Gray, "Is accounting for sustainability actually accounting for sustainability... and how would we know? An exploration of narratives of organisations and the planet", p. 51.

27. Laurence Godard, « Le groupe Kering ouvre la voie à la comptabilité environnementale », *Revue française de comptabilité* 483 (2015): p. 38-39.

investis par les grandes entreprises qui, avec les lois sur le reporting extra-financier de 2011 et sur la transition énergétique de 2015, doivent publier le bilan carbone de toute leur chaîne de valeur – ce qui va au-delà des émissions engendrées par l'activité menée en interne et par les consommations d'énergie de ladite entreprise.

Des initiatives multiples voient donc le jour pour avancer vers une comptabilité holistique. Néanmoins, une dimension est souvent absente de ces débats : celle de la quantification et de la financiarisation de la nature²⁸.

Délibérer autour de la notion de valeur

Depuis les travaux d'Aristote et d'Albert le Grand sur le concept de valeur, divers champs des sciences sociales se sont penchés sur cette problématique de valorisation. Tandis que l'économie néoclassique présuppose que celle-ci préexiste aux relations sociales, les travaux du sociologue Georg Simmel ont montré que la valeur est fondée sur le présupposé que l'échange de biens est possible²⁹. Les travaux de Philippe Descola en anthropologie ont révélé que les relations que les peuples tissent avec leur écosystème varient très fortement selon les cultures, et ce, depuis le totémisme et l'animisme jusqu'au naturalisme occidental, où une distinction nette est faite entre humain et non-humain³⁰. Cette pluralité des relations au monde illustre que la quantification d'une dégradation sociale et/ou environnementale revêt un enjeu spirituel et/ou philosophique qui requiert une délibération.

La méthodologie de valorisation proposée par Jacques Richard prend en compte cet enjeu d'appropriation collective des enjeux comptables, et ce, afin que la valeur accordée à des biens sociaux et environnementaux corresponde à des conceptions locales du vivre-ensemble, quitte à ce que certains biens soient exclus de toute évaluation monétaire – comme c'est le cas, en droit international, dans la reconnaissance du patrimoine culturel des populations autochtones et de leurs revendications à protéger des lieux sacrés³¹.

Une double question est donc posée à propos de la réforme des normes comptables : il s'agit d'élargir le principe pollueur-payeur en valorisant autrement la nature et les sociétés humaines, tout en circonscrivant l'évaluation comptable à des domaines spécifiques qui peuvent être accompagnés de mesures qualitatives attentives aux

28. Sandrine Feydel et Christophe Bonneuil, *Prédation. Nature, le nouvel eldorado de la finance* (Paris : La Découverte, 2015).

29. André Orléan, *L'Empire de la valeur. Refonder l'économie* (Paris : Seuil, 2011).

30. Philippe Descola, *Par-delà nature et culture* (Paris : Gallimard, 2005).

31. Voir notamment UN, « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones accounting for sustainability actually accounting for sustainability... and how would we know? An exploration of narratives of organisations and the planet », (New York : UN, September 13, 2007).

patrimoines et aux biens que les populations souhaitent conserver et placer hors de toute valorisation comptable et de toute analyse « coût-bénéfice³² ».

Une telle réforme comptable amènerait à réévaluer les profits réels des entreprises. Néanmoins, la question de la contribution fiscale des entreprises au financement du développement demeurerait entière. C'est cet enjeu de redistribution des bénéfices du privé vers le public que nous traitons maintenant.

32. Martha Nussbaum, "The Costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis", *The Journal of Legal Studies* 29, n° S2 (June 2000): p. 1005-36.



CHAPITRE 4

FISCALITÉ :

quelle justice globale ?

La collecte de l'impôt est au cœur des fonctions régaliennes de l'État et elle est l'expression par excellence de la souveraineté. En effet, les États-nations européens se sont construits par leur capacité à lever l'impôt pour financer la guerre et la protection de leur territoire¹.

De plus, dans une perspective républicaine, l'impôt est perçu comme une contribution au bien public et revêt un « caractère altruiste puisque le contribuable finance des dépenses dont il n'est pas certain qu'elles lui profiteront personnellement² ». En ce sens, l'impôt est un enjeu de justice sociale au sein des sociétés modernes. C'est aussi un élément phare en termes de souveraineté populaire, son mode de prélèvement et sa redistribution dans une communauté plus ou moins large répondant à l'enjeu crucial du droit à l'autodétermination des peuples : que ce soient lors de la Boston Tea Party ou lors de la « marche du sel » lancée par Gandhi, en Inde, l'impôt a incarné les défis liés à l'autonomie politique et à l'appartenance à telle ou telle communauté politique.

Dans le contexte d'une économie mondialisée, la question est alors de savoir comment considérer l'impôt : il peut être envisagé non seulement à l'échelle d'un territoire, mais également à l'échelle mondiale au service d'un développement humain global, notamment *via* la création de taxes mondiales – sur les billets d'avion ou sur les transactions financières, par exemple – destinées à financer des projets liés à des biens communs mondiaux (lutte contre le réchauffement climatique, recherche médicale, etc.) Aboutir à une fiscalité locale et mondiale équitable constitue donc un élément crucial de bonne gouvernance et de développement³.

1. Charles Tilly, "War making and state making as organized crime", in Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer, et Theda Skocpol (ed.), *Bringing the State Back In*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1985): p. 169-91.

2. Debruyne, « Responsabilité sociale de l'entreprise et évolution des relations des firmes avec l'administration fiscale : du conflit d'intérêts au partenariat » : p. 101.

3. Deborah Brautigam, Odd Helge Fjeldstad, et Mick Moore, *Taxation and state-building in developing countries: capacity and consent* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008). Voir également les travaux de Saint Thomas d'Aquin sur la fiscalité juste : Meredith, "The Ethical Basis for Taxation in the Thought of Thomas Aquinas", *Journal of Markets and Morality* (2008).

Dans ce cadre, imposer les entreprises privées répond à un triple objectif : 1) limiter le pouvoir politique et financier du secteur privé ; 2) orienter les investissements vers des secteurs spécifiques ; 3) financer les infrastructures et les services publics⁴. En dépit de cette triple fonction de l'impôt sur les entreprises, ce dernier est en constante diminution dans les pays en développement⁵. À l'origine de cette diminution, on note deux dynamiques distinctes :

1. une concurrence fiscale entre territoires pour attirer des investissements productifs ;
2. une industrie de l'optimisation et de l'évasion fiscale pour échapper à l'impôt.

Nous analyserons successivement ces deux dynamiques, puis nous étudierons :

3. les récentes avancées internationales sur les enjeux liant fiscalité et développement ;
4. les pistes qu'il reste à explorer en termes de gouvernance des entreprises pour avancer vers une plus grande justice fiscale.

Nous verrons ainsi que, si les États coopèrent avec plus ou moins de succès pour améliorer leur base fiscale, les moyens requis pour une justice fiscale globale requièrent une réforme profonde du principe de souveraineté. En l'absence d'une telle réforme, les entreprises portent une certaine responsabilité dans l'amélioration – ou la dégradation – de cette justice fiscale.

CONCURRENCE FISCALE ET *LAW SHOPPING*

Au xx^e siècle, la création de l'État social s'est fondée sur une perspective westphalienne qui a conféré aux gouvernements la capacité de réguler la population, l'économie et les finances sur leur territoire⁶. Cependant, depuis la création de la Compagnie britannique et de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales au xvii^e siècle, les entreprises transnationales ont cherché à tirer profit de la diversité juridique pour localiser leur activité dans les territoires offrant les règles fiscales les plus avantageuses. Au xx^e siècle, le développement du commerce international et la multiplication de firmes transnationales opérant à l'échelle du globe dans des chaînes de production et de sous-traitance complexes ont transformé les normes juridiques en un outil d'économie politique majeur. En effet, la capacité des

4. Reuven Avi-Yonah, "Corporations, society, and the state: a defense of the corporate tax", *Virginia Law Review* 90, n° 5 (2004): p. 1246-49.

5. Michael Keen et Alejandro Simone, "Is tax competition harming developing countries more than developed?", *Tax notes international* (June 2004): p. 1317-25.

6. John Ruggie, "Taking embedded liberalism global: the corporate connection", in David Held et Mathias Koenig-Archibugi (ed.), *Taming globalization: frontiers of governance* (Cambridge: Polity Press, 2003): p. 93.

acteurs privés à délocaliser et à modifier leurs chaînes d'approvisionnement, de production et de distribution à tout moment et à l'échelle du globe a entraîné les États dans une dynamique de compétition sans précédent⁷. Pour attirer les investisseurs, les États poursuivent donc une politique, dite « néolibérale », c'est-à-dire une politique fondée sur la compétition, cherchant « à améliorer leur positionnement dans la compétition internationale par le développement de nouvelles structures d'intervention étatique⁸ ».

Au nom du développement, les États ont ainsi instauré des « régimes d'exception⁹ » qui se traduisent par la création de zones franches, de zones économiques spéciales et d'accords fiscaux préférentiels. Si ces exemptions fiscales sont dommageables pour les finances publiques, celles-ci sont désormais ancrées dans l'économie politique internationale, des cabinets de conseil, des organisations internationales et des banques de développement étant allés jusqu'à établir une multitude d'indicateurs permettant de classer les pays en fonction de leurs législations et de leurs régimes fiscaux, établissant de fait un « marché des produits législatifs¹⁰ ».

Lors de recherches menées en Inde, un fonctionnaire de l'État fédéral du Tamil Nadu nous a ainsi expliqué comment des multinationales, telles que Nokia, Hyundai, Michelin ou Ford, avaient mis en concurrence divers pays et, en leur sein, divers territoires, afin d'obtenir des avantages fiscaux divers :

« Nokia, il a fallu huit mois pour les attirer. Ils avaient neuf usines, et leur usine chinoise avait leur plus bas coût de production. Pour leur dixième usine, ils ont décidé en fonction du coût de production. Ils ont évalué quatre pays et six régions différentes en Inde, Chine, Inde, Vietnam, Malaisie ou Thaïlande. Ils ont calculé le coût de production. C'était leur unique critère [...]. Chennai était le moins cher, de 11 %. Donc ils ont investi dans une nouvelle usine ici en 2005 » (Entretien avec un fonctionnaire chargé d'attirer des investisseurs au Tamil Nadu, Inde, mai 2013).

Bien que ce type de contrat assorti d'exemptions fiscales fasse l'objet de nombreuses études *a posteriori* pour tenter d'en calculer les coûts et bénéfices¹¹, les subventions accordées et les périodes de vacance de l'impôt sont telles que les bénéfices économiques qu'en tire la puissance publique pour maintenir et/ou développer un État

7. Albert Hirschman, *The Strategy of economic development* (New Haven: Yale University Press, 1958): p. 35; John Stopford et Susan Strange, *Rival states, rival firms: competition for world market shares*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1991): p. 18, 97.

8. David Harvey, *A brief history of neoliberalism* (New York: Oxford University Press, 2005): p. 72.

9. Aihwa Ong, *Neoliberalism as exception: mutations in citizenship and sovereignty* (Durham NC/ London: Duke University Press, 2006): p. 32.

10. Alain Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* (Paris: Seuil, 2010): p. 66.

11. Madhumita Dutta, "Nokia SEZ: public price of success", *Economic and Political Weekly* 44, n° 40 (2009): p. 23-25.

social s'en trouvent fortement diminués¹². Dans les pays en développement, cette concurrence fiscale est d'autant plus problématique que les ressources requises pour assurer les droits fondamentaux sont plus grandes et qu'une partie plus importante des budgets provient de l'impôt sur les entreprises¹³.

En dépit des impacts négatifs de ce dumping fiscal, l'harmonisation fiscale se heurte à une compétition féroce au sein même des entités fédérales ou communautaires les plus intégrées, que ce soit entre les États membres de l'Union européenne, entre les États fédérés des États-Unis d'Amérique ou d'Inde, ou entre les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁴.

L'affaire LuxLeaks – divulguée par le Consortium international des journalistes d'investigation (CIJI) en novembre 2014 – a néanmoins servi d'électrochoc au niveau de l'Union européenne (UE). Avec la divulgation de milliers d'accords fiscaux préférentiels (les fameux *tax rulings*) passés entre les autorités luxembourgeoises et des entreprises transnationales, l'opinion publique européenne a pris conscience de la concurrence fiscale massive menée en son sein, cette affaire faisant suite à de nombreux mouvements de la société civile pour dénoncer ces abus, depuis quinze ans. Le 12 février 2015, le Parlement européen a voté la mise en place d'une commission spéciale chargée d'évaluer les pratiques de concurrence fiscale entre les États membres de l'Union. Deux mois plus tard, le conseil de l'UE a adopté le « Paquet transparence fiscale » visant à un échange automatique entre administrations fiscales européennes de tous les accords fiscaux préférentiels accordés¹⁵. Ainsi, un premier pas vers une plus grande coopération entre administrations fiscales a émergé avec l'ambition de mettre un terme à ces pratiques déloyales. Néanmoins, les appels à la transparence et à l'échange d'informations ne semblent pas en mesure d'enrayer à eux seuls un dumping fiscal structurel : malgré les déclarations d'intention et les discours politiques pétris de bonnes intentions, « le taux légal de l'impôt sur les sociétés dans les pays membres de l'OCDE a diminué de 7,2 points en moyenne entre 2000 et 2011, passant de 32,6% à 25,4%¹⁶ ».

12. Reuven Avi-Yonah, "Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state", *Harvard Law Review* 113, n° 7 (2000): p. 1573-1676.

13. Prem Sikka, "Smoke and mirrors: corporate social responsibility and tax avoidance", *Accounting Forum* 34, n° 3-4 (2010): p. 153-68.

14. Michael Devereux, Ben Lockwood, et Michela Redoano, "Do countries compete over corporate tax rates?", *Journal of Public Economics* 92 (2008): p. 1210-35; Aseema Sinha, *The regional roots of developmental politics in india: a divided leviathan* (Indianapolis: Indiana University Press, 2005).

15. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4610_fr.htm

16. OECD, « Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » (Paris : OECD, 2013) : p. 20.

La solution communément évoquée consiste en la mise en place d'une autorité multilatérale globale contraignant l'autonomie fiscale des États par la définition de taux minimum d'imposition¹⁷. L'amende de 13 milliards d'euros infligée à Apple le 30 août 2016 par la commissaire européenne à la concurrence pour des accords fiscaux préférentiels illégaux en Irlande est un pas dans cette direction¹⁸. Cependant, la généralisation de ces amendes et un contrôle global des taux d'imposition demeurent aujourd'hui largement hypothétiques, ceci impliquant une réforme majeure du concept de souveraineté¹⁹ – le refus de l'Irlande de percevoir cette amende donnant une indication du défi que constitue l'harmonisation fiscale, ne serait-ce qu'au niveau européen. Dans ce contexte, la mise en concurrence fiscale des territoires demeure la norme et constitue une violence majeure pour les populations pauvres soumises à des politiques d'austérité qui leur sont fatales²⁰. Ce dumping fiscal est d'autant plus problématique qu'il se double d'un phénomène qui a pris une ampleur inédite à partir des années 1970-1980²¹, celui de l'optimisation et de l'évasion fiscale.

L'OPTIMISATION ET L'ÉVASION FISCALE COMME PILLAGE DES RESSOURCES

Paradis fiscaux

Dès l'ère romaine, des territoires ont été utilisés par de riches individus pour placer leurs avoirs hors de portée des administrations fiscales²². Au xvii^e siècle, diverses villes portuaires, îles de la Méditerranée et îles de l'Atlantique Nord ont servi de refuges aux pirates et aux navigateurs voulant échapper à l'impôt, consacrant ainsi le terme britannique de « tax haven »²³.

À la fin du xix^e siècle et tout au long du xx^e siècle, des États – tels que le New Jersey, le Royaume-Uni, le Delaware, ou divers cantons suisses – modifièrent à leur tour leurs lois fiscales pour permettre à des entreprises opérant dans d'autres États de s'enregistrer sous leur

17. Peter Dietsch, *Catching capital. the ethics of tax competition* (Oxford: Oxford University Press, 2015): p. 93-95, p. 175-182.

18. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm

19. Peter Dietsch, "Rethinking sovereignty in international fiscal policy", *Review of International Studies* 37, n° 5 (2011): p. 2107-20.

20. David Stuckler et Sanjay Basu, *Quand l'austérité tue. Épidémies, dépressions, suicides: l'économie inhumaine*, (Paris: Autrement, 2014).

21. Thierry Godefroy et Pierre Lascoumes, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*. (Paris : La Découverte, 2004) : p. 43.

22. Ronan Palan, "Tax havens and the commercialization of state sovereignty", *International Organization* 56, n° 1 (2002): p. 159.

23. Godefroy et Lascoumes, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, p. 23.

juridiction. Ces lois ont permis à des individus ou à des entreprises de bénéficier de la loi fiscale et du secret bancaire d'un pays alors même qu'elles opéraient exclusivement à l'étranger²⁴. Diverses juridictions ont ainsi développé une expertise fiscale bien spécifique, cherchant à se financer par la domiciliation d'entreprises, en imposant les profits déclarés sur leur territoire à des taux extrêmement bas, voire nuls – en échange d'un droit d'enregistrement fixe.

Dans les années 1930, des États puissants tels que les États-Unis, la France ou l'Espagne ont tenté de forcer ces paradis fiscaux à ne pas accueillir des profits réalisés à l'étranger. Néanmoins, ne souhaitant pas engager une guerre économique contre ces États, ces derniers ont alors préféré développer leur propre offre offshore : création de diverses International Banking Facilities, protection et développement de territoires offshore sous leur contrôle, permission accordée à leurs banques d'ouvrir des filiales dans les places offshore étrangères²⁵. C'est ainsi que les paradis fiscaux ont intégré les circuits financiers internationaux « traditionnels » avec la complicité relative des États industrialisés. Comme le soulignent les sociologues Thierry Godefroy et Pierre Lascoumes, « une grande partie des zones classées "paradis fiscal" sont des espaces sous tutelle de grands États, [...] plus de la moitié des trente-cinq initialement listées sont des territoires sous tutelle ou à souveraineté partielle. C'est le cas aussi pour cinq des six pays non coopératifs (Liechtenstein, Andorre et Monaco, îles Marshall, Nauru)²⁶ ».

En ce sens, les paradis fiscaux se sont développés sous l'égide de grandes puissances industrielles prises dans une contradiction au cœur même de l'économie contemporaine : l'existence simultanée d'une libre circulation des capitaux et d'une autonomie juridique des États²⁷.

Optimisation fiscale : échapper à l'impôt

Tirant profit de cette contradiction, les entreprises transnationales ont développé des montages juridiques et comptables complexes afin d'échapper à l'impôt. Alors que le management des entreprises transnationales témoigne d'une unité d'action, le principe déjà mentionné de l'autonomie de la personne morale institue l'éclatement fictif des entreprises en filiales supposément indépendantes.

24. Palan, "Tax havens and the commercialization of state sovereignty", p. 159-62.

25. Palan, p. 162; Godefroy et Lascoumes, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, p. 41-43.

26. Godefroy et Lascoumes, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, p. 147.

27. Palan, "Tax havens and the commercialization of state sovereignty", p. 173.

À ce jour, les échanges commerciaux – de biens matériels et immatériels – réalisés entre filiales au sein des groupes transnationaux représentent entre 60 et 70 % du commerce international. La facturation interne aux entreprises permet alors aux avocats fiscalistes de répartir les coûts et les bénéfices d'une entreprise dans ses diverses filiales de manière stratégique en vue d'échapper à l'impôt.

La part des immatériels (droits de marque, droits de propriété intellectuelle sur les brevets et les logiciels, etc.) devenant de plus en plus importante dans la valorisation des grandes entreprises, les firmes transnationales ont établi des trusts ou des sociétés-écrans dans des paradis fiscaux afin que ces entités «de papier», déclarées propriétaires de ces biens immatériels, fassent payer à toutes les filiales un droit d'utilisation. Ces versements réalisés en interne, dits «prix de transfert», permettent donc de relocaliser les profits dans tel ou tel système juridique hors de toute réalité physique²⁸. Ce sont ainsi des centaines de milliards d'euros de profit qui sont relocalisés chaque année hors des juridictions où ces biens et services sont produits et commercialisés²⁹.

Depuis 1976, le «principe de pleine concurrence» de l'OCDE est supposé encadrer ces pratiques de prix de transfert : la facturation de services entre filiales d'une même entreprise doit être équivalente à celle pratiquée sur le marché mondial. Néanmoins, ce principe est soumis à caution : les entreprises peuvent exclure de la notion de pleine concurrence certaines situations et choisir le marché de référence qui les arrange ; elles peuvent aussi arguer de la qualité particulière de leur marque pour souligner qu'il n'existe pas d'équivalent sur le marché mondial ; la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, plaçant de fait les entreprises en position de force. Enfin, la coordination internationale en ce domaine s'avère extrêmement difficile³⁰.

L'ampleur du phénomène laisse songeur. Selon les données américaines – les seules disponibles à l'heure actuelle –, «la manipulation des prix de transfert réduit d'au moins 30 % les recettes de l'impôt sur les sociétés³¹». Pour les pays en développement, les prix de transfert constituent un pillage des ressources fiscales hors norme : alors que l'aide au développement accordée par les pays du G20 aux pays en développement approchait les 120 milliards de dollars annuels à la fin des années 2000, certains ont estimé que pas moins de 500 milliards

28. Jean-Philippe Robé, "Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order", in Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State* (Aldershot: Dartmouth, 1996) : p. 45-77.

29. Sol Picciotto, *International business taxation: a study in the internationalization of business regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992); Monica Boos, *International transfer pricing: the valuation of intangible assets* (The Hague: Kluwer Law International, 2003); Lorraine Eden, *Taxing multinationals: transfer pricing and corporate income taxation in North America* (Toronto: University of Toronto Press, 1998).

30. Giraud et Renouard, *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, chap. 15.

31. Gabriel Zucman, *La Richesses cachée des nations* (Paris : La Découverte, 2013) : p. 107.

de dollars quittent chaque année le continent et échappent à l'impôt *via* l'optimisation fiscale³². À la suite d'une vaste étude commanditée par les pays du G20, l'OCDE a ainsi conclu que «le manque à gagner pour les États pourrait être compris entre 4 et 10 % des recettes totales de l'impôt sur les bénéficiaires des sociétés, soit entre 100 et 240 milliards de dollars chaque année à l'échelle mondiale³³». Posant un diagnostic similaire, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced) a estimé en 2015 à 100 milliards de dollars le montant des recettes fiscales perdues annuellement par les pays en développement³⁴.

Les réponses, là aussi, nécessitent des accords multilatéraux. En effet, la pression importante mise par les actionnaires pour réduire le paiement de l'impôt et l'incitation à l'optimisation qui constitue le fonds de commerce des grands cabinets d'audit – tels que Deloitte, Ernst & Young, KPMG et PriceWaterhouseCoopers – rendent l'auto-régulation des entreprises transnationales peu crédible³⁵.

Au contraire, le phénomène ne cesse de s'amplifier : au début des années 1990, la Cnuced a recensé 37 000 entreprises transnationales possédant 175 000 filiales à l'étranger. En 2003, ce ratio avait explosé : pour 64 000 entreprises transnationales, la Cnuced comptabilisait 870 000 filiales ! Comme l'ont montré le scandale Enron, les Panama Papers et les Paradise Papers, l'opacité juridique et fiscale engendrée par la multiplication de filiales interconnectées et le maintien du secret bancaire rendent vains les appels à la transparence fiscale et à une collecte équitable de l'impôt³⁶.

Voyant les recettes émanant de l'impôt sur les sociétés diminuer année après année³⁷, et sous la pression des organisations de la société civile publiant régulièrement des données concernant l'optimisation et l'évasion fiscale par des grands groupes³⁸, les États

32. Et ce, sans compter la fraude fiscale et les transferts financiers illicites, estimés entre 858 millions et 1 milliard de dollars par an. Voir Sikka, "Smoke and mirrors: corporate social responsibility and tax avoidance", p. 154.

33. OECD, « Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires » (Paris : OECD, 2015) : p. 5.

34. Cnuced, « Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réformer la gouvernance de l'investissement international » (Genève : Cnuced, 2015) : p. 61.

35. Peter Dietsch, "Asking the fox to guard the henhouse: the tax planning industry and corporate social responsibility", *Ethical Perspectives* 18, n° 3 (2011) : p. 341-54.

36. Dans le scandale Enron, un rapport du Sénat américain estimait qu'il faudrait pas moins de dix ans pour analyser et comprendre l'ensemble des montages juridiques mis en place par l'entreprise et ses conseillers fiscaux. Pour saisir l'ampleur et la complexité du phénomène, voir John Christensen et Richard Murphy, "The social irresponsibility of corporate tax avoidance: taking csr to the bottom line", *Development* 47, n° 3 (2004) : p. 38-40.

37. En 1953, la part de l'impôt sur les sociétés représentait 41 % des impôts pour 59 % collectés auprès des ménages. En 2003, ce ratio était tombé à 20/80. De même, l'impôt sur les sociétés au Royaume-Uni est passé de 28,1 à 19,4 % du total des impôts collectés entre 1989 et 2003. Voir Christensen et Murphy, p. 39.

38. Voir les études publiées par Oxfam et d'autres ONG à la suite des SwissLeaks, LuxLeaks, Paradise Papers, etc.

industrialisés, *via* l'OCDE et l'UE, ont lancé diverses initiatives de régulation en matière fiscale.

RÉCENTES AVANCÉES SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE

Ces initiatives peuvent sembler extrêmement techniques au lecteur néophyte. Néanmoins, elles méritent d'être détaillées, car elles révèlent que des solutions techniques simples existent pour mettre fin à l'optimisation et à l'évasion fiscale. L'enjeu, nous le verrons, n'est pas technique, mais politique : les États industrialisés de l'OCDE souhaitent-ils aller à l'encontre des actionnaires et des investisseurs qui veulent échapper à l'impôt pour maximiser les dividendes³⁹ ?

Vers un reporting pays par pays

Afin de lutter contre l'optimisation et l'évasion fiscales, divers acteurs proposent de réformer les règles applicables aux entreprises transnationales et aux banques afin d'identifier les montages fiscaux contribuant à la baisse des taux d'imposition. Face à la non-coopération de divers territoires offshore, et face aux efforts déployés par des gestionnaires de fortune, des avocats d'affaires, des fiscalistes et des cabinets d'audit pour tirer parti des incohérences et des vides juridiques⁴⁰, l'exigence de transparence constitue un premier pas pour que les administrations fiscales identifient où se concentre l'optimisation fiscale. Parmi la batterie d'instruments mis en avant, le reporting pays par pays fait office de fer de lance. L'idée défendue par ce mode de reporting est d'établir, pour chaque entreprise transnationale, une comptabilité analytique permettant de comprendre où les entreprises paient leurs impôts et où elles ont une activité « réelle ».

En 2010, aux États-Unis, le Dodd-Frank Act a constitué un premier pas en la matière en imposant à toutes les sociétés pétrolières, gazières et minières inscrites auprès de la *Securities and Exchange Commission* de partager avec l'autorité de régulation américaine et avec le public « les paiements faits à chaque gouvernement tous les ans, de manière ventilée, pays par pays, projet par projet⁴¹ ». En 2013, l'UE a adopté une loi similaire en obligeant les banques européennes à rendre public tous les ans le chiffre d'affaires et les

39. Brooke Harrington, "The intractable problem of tax havens. perhaps in theory there are ways to fix tax avoidance, but they aren't politically feasible", *The Atlantic*, November 18, 2015.

40. Brooke Harrington, *Capital without borders. Wealth managers and the one percent* (Cambridge: Harvard University Press, 2016).

41. Aldo Caliarì, « La réforme de Wall Street vue par la société civile » (Paris : CCFD-Terre Solidaire & CoC, 2011) : p. 32.

bénéfices réalisés, le nombre de ses employés, le nombre de ses filiales, les impôts payés et les subventions publiques reçues, et ce, pays par pays⁴².

Cette transparence fiscale permet de mesurer l'ampleur du phénomène : dans un rapport qui analyse, pour l'année 2014, les déclarations pays par pays des cinq plus grandes banques françaises – qui représentent à elles seules 85 % du total du bilan du secteur bancaire français –, un consortium d'ONG françaises a révélé le schisme entre activité bancaire réelle et activité rapportée aux autorités fiscales après optimisation : « Alors que les banques françaises réalisent un tiers de leurs bénéfices dans les paradis fiscaux, ceux-ci ne représentent qu'un quart de leurs activités internationales déclarées, qu'un cinquième de leurs impôts et seulement un sixième de leurs employés⁴³. »

Si cette transparence ne concerne pour le moment que le secteur bancaire, elle lève en partie le voile sur les stratégies fiscales des grandes entreprises transnationales et permet de plaider, chiffres à l'appui, pour une réforme radicale de la fiscalité mondiale.

Toutefois, les résistances à une telle transparence minimale demeurent : le 8 décembre 2016, le Conseil constitutionnel français a refusé d'instaurer une obligation de reporting pays par pays pour toutes les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 750 millions d'euros, au motif que cela fragiliserait les entreprises françaises dans la concurrence mondiale et, ce faisant, « porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre⁴⁴ ».

Coopération multilatérale : le cas de l'OCDE

Les États ne souhaitant pas initier des réformes de manière unilatérale, la coopération multilatérale semble cruciale. Durant la crise sur les dettes souveraines qui a suivi l'effondrement de l'économie en 2008-2009, les ministres des finances allemands, britanniques et français avaient ainsi enjoint l'OCDE à travailler sur un paquet de réformes visant à harmoniser les législations fiscales de tous les États membres de cette organisation internationale – organisation au poids économique considérable⁴⁵.

42. European Commission, « Directive 2013/36/UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement », 2013/36/UE § (2013).

43. CCFD-Terre Solidaire, Oxfam France et Secours Catholique, « En quête de transparence. Sur la piste des banques françaises dans les paradis fiscaux » (Paris : Plate-forme paradis fiscaux et judiciaires, mars 2016) : p. 7.

44. Voir la décision n° 2016-741 DC du Conseil constitutionnel français à propos de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

45. Les États membres de l'OCDE produisent à eux seuls deux tiers des produits et services mondiaux. Voir James Salzman, "Decentralized administrative law in the organization for economic cooperation and development", *Law and contemporary problems* 68, n° 189 (2005): p. 191.

En conséquence, l'OCDE a publié en 2013 un rapport largement diffusé et commenté concernant « le phénomène de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices ». Selon les auteurs, ce qui était en jeu n'était rien moins que « l'intégrité du système de l'impôt sur les bénéfices des sociétés [...] et la discipline volontaire de tous les contribuables, dont dépend l'administration moderne de l'impôt ». Le rapport analysait les pratiques fiscales des entreprises transnationales et proposait « d'élaborer rapidement un plan d'action global » afin de couper court à l'optimisation fiscale, de réformer les règles en matière de prix de transfert, de lutter contre le moins-disant fiscal, et de mieux lutter contre l'évasion et la fraude fiscale⁴⁶.

Deux ans plus tard, les États membres de l'OCDE et du G20 se sont accordés sur un ensemble de mesures, nommé « Plan d'action BEPS [*Base erosion and profit shifting*]⁴⁷ » établissant quinze domaines d'action spécifiques pour s'attaquer aux prix de transfert, aux mécanismes de rémunération des droits de propriété intellectuelle, à la redevabilité et à la transparence fiscale des entreprises⁴⁸. Dans ce cadre, une nouvelle convention fiscale a été introduite en 2015 pour généraliser le reporting pays par pays à toutes les entreprises transnationales domiciliées dans l'OCDE dont le chiffre d'affaires dépasse 750 millions d'euros⁴⁹. Puis, le 7 juin 2017, soixante-huit États ont adopté une nouvelle convention fiscale proposée par l'OCDE afin de revoir l'architecture fiscale internationale⁵⁰.

Si cet échange d'informations sur le reporting pays par pays se fait exclusivement entre les administrations fiscales signataires et si le seuil de 750 millions de chiffre d'affaires exclut une grande partie des entreprises transnationales, la transparence et la redevabilité des grandes entreprises vis-à-vis des administrations fiscales s'en trouvent améliorées, laissant espérer de futures réformes plus ambitieuses en termes de collecte et de redistribution de l'impôt sur les sociétés.

46. OECD, « Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices », p. 59-60.

47. OECD, « Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. »

48. OECD. www.oecd.org/fr/ctp/PlanActionBEPS.pdf, consulté le 26 décembre 2017.

49. Le 30 juin 2016, cette convention totalisait trente-neuf États signataires. Voir sur le site de l'OCDE le "Multilateral competent authority agreement on the exchange of cbc reports [country by country]" et l'action 13 du plan BEP : OECD, "Action 13: guidance on the implementation of transfer pricing documentation and country-by-country reporting" (Paris: OECD, 2015). www.oecd.org/fr/ctp/beps/la-premiere-reunion-dunouveau-cadre-inclusif-etabli-pour-lutter-contre-lerosion-de-la-base-dimposition-et-le-transfert-de-benefices.htm, consulté le 26 décembre 2016.

50. Voir le site de l'OCDE portant sur la « Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » (dite « instrument multilatéral »). www.oecd.org/fr/ctp/beps/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm, consulté le 26 décembre 2017.

Couper court à l'ingénierie fiscale? La solution de l'*apportionment*

Néanmoins, force est de constater que les montants hébergés dans les paradis fiscaux sont en constante augmentation, témoignant d'une capacité quasi-illimitée des fiscalistes et des gestionnaires de fortune à échapper aux réglementations⁵¹. À titre d'exemple, en 2012, les entreprises transnationales domiciliées aux États-Unis ont déclaré 80 milliards de dollars de bénéfice aux Bermudes, soit plus que les bénéfiques « combinés » déclarés par ces mêmes entreprises en Chine, au Japon, en Allemagne et en France, alors même que seul 0,01 % de leur masse salariale y travaille⁵²!

Face à cette ingénierie fiscale florissante, une solution technique simple existe : il suffit de considérer le profit des entreprises à l'échelle mondiale – qui figure dans les rapports annuels des entreprises destinés à leurs actionnaires – et de les répartir pays par pays selon une formule d'*apportionment*. En quoi cela consiste-t-il ? Il s'agit d'exclure les actifs immatériels et de répartir les bénéfices à partir des données du reporting pays par pays sur l'activité réelle des entreprises.

Un tel système est déjà en vigueur aux États-Unis : les bénéfices des entreprises américaines sont considérés au niveau du pays, puis répartis selon une formule d'*apportionment* simple entre tous les États qui prélèvent l'impôt comme ils le souhaitent sur la part des bénéfices qui leur est ainsi attribuée. Selon l'économiste spécialiste des paradis fiscaux Gabriel Zucman, appliqué à l'échelle mondiale, l'*apportionment* permettrait « une hausse de 30 % des recettes de l'impôt sur les sociétés⁵³ ». Cette idée a été reprise par l'UE en 2011 dans sa directive pour une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS). Appliquée aujourd'hui par les entreprises sur la base du volontariat, des négociations ont été relancées pour rendre la directive contraignante au sein de l'UE. Si cela aboutissait, les pratiques d'optimisation fiscale au sein de l'UE prendraient très certainement fin : en excluant les actifs immatériels et en retenant une formule d'*apportionment* dans laquelle les ventes, la masse salariale et le capital comptent chacun pour un tiers, les prix de transfert pratiqués pour relocaliser les bénéfices au Luxembourg, en Irlande ou aux Pays-Bas n'auraient plus de raison d'être⁵⁴.

51. Harrington, *Capital without Borders. Wealth Managers and the One Percent*, p. 152-53.

52. Oxfam, « Le hold-up fiscal continue. Les États doivent en faire plus pour combler les failles de la fiscalité des multinationales » (Oxford : Oxfam, 2015).

53. Zucman, *La Richesses cachée des nations*, p. 109.

54. Zucman, p. 110.

Un impôt mondial pour une justice fiscale globale ?

Cependant, la méthode de l'*apportionnement* n'empêcherait pas la concurrence fiscale : une fois les bénéfices ainsi répartis État par État, chaque État serait en mesure de taxer les entreprises comme il le souhaite. Afin de couper court à la fois aux prix de transfert et à la concurrence fiscale, une proposition plus ambitieuse propose d'établir une taxe mondiale unique sur les entreprises, et de répartir ensuite le montant de l'impôt collecté selon la méthode de l'*apportionnement*⁵⁵. Certains dirigeants de sociétés d'avocats y sont favorables⁵⁶.

Comme le souligne Peter Dietsch, philosophe de l'éthique économique, il serait même possible de compléter cette méthode d'*apportionnement* par un impôt mondial pour favoriser les pays en développement et aboutir à davantage de justice sociale – les besoins financiers y étant plus importants pour assurer les droits humains fondamentaux⁵⁷.

Si cette proposition pour un impôt mondial redistribué par *apportionnement* semble répondre à l'enjeu de la justice fiscale globale, il semble extrêmement difficile d'envisager un accord autour d'un tel système où l'on puisse « faire coopérer les administrations fiscales de façon équitable vis-à-vis des intérêts des pays moins bien dotés ou formés⁵⁸ ». En effet, comme le note Pascal Saint-Amans, directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE, « les conflits sont de plus en plus palpables entre les pays « sources » [où la valeur est créée] (Chine, Inde, Brésil) et les pays « de résidence » [d'où sont issus les investisseurs] (États-Unis, certains pays européens)⁵⁹ ».

Il est donc nécessaire de comprendre comment les intérêts des pays en développement sont pris en compte dans ces multiples initiatives.

La place accordée aux pays en développement : limites de la coopération multilatérale contemporaine

Les initiatives présentées ci-dessus émanent principalement des États membres de l'UE et de l'OCDE. Allant à l'encontre d'une perspective de justice fiscale globale, celles-ci se soucient du maintien et/ou du renforcement de l'assiette fiscale « au sein » de leurs États membres, sans que les enjeux d'équité fiscale propres aux pays en développement soient intégrés dans les négociations. Ainsi, si

55. Sol Picciotto, "Towards unitary taxation of transnational corporations" (London: Tax Justice Network, 2012).

56. Gianmarco Monsellato et Cécile Renouard, « Éthique et fiscalité », *Géoéconomie* 81, n° 4 (2016) : p. 45.

57. Dietsch, *Catching capital. The ethics of tax competition*.

58. Giraud et Renouard, *Vingt Propositions pour réformer le capitalisme*, p. 327.

59. Pascal Saint-Amans et Sol Picciotto, « Imposer les multinationales, une gageure ? », interview by Jean Merckaert, *Revue Projet* n° 341 (2014) : p. 43.

l'*apportionnement* à une échelle mondiale semble le plus à même de couper court à l'optimisation fiscale, l'initiative BEPS de l'OCDE maintient le principe de pleine concurrence et légitime les prix de transfert au niveau mondial entre des filiales supposément indépendantes⁶⁰. De même, si la directive ACCIS envisage de mettre fin aux prix de transfert « au sein » de l'UE, elle n'évoque pas sa nécessaire extension à l'échelle mondiale pour que les pays en développement ne voient pas les bénéfices liés à l'activité réalisée sur leur territoire s'évaporer. Au niveau mondial, les réformes envisagées à l'OCDE maintiennent donc « le risque de voir les pays en développement utilisés comme des plateformes de production d'où les bénéfices sont transférés vers les régimes fiscaux favorables aux brevets situés dans les pays développés⁶¹ ».

Comme le soulignent le directeur financier d'un groupe industriel européen⁶² ainsi qu'un comité d'experts rassemblant des juristes, des élus, des professeurs, des prix Nobel d'économie, et d'anciens hauts fonctionnaires internationaux – dont Eva Joly, Joseph Stiglitz et Magdalena Sepúlveda Carmona –, à la complexité s'ajoute la complexité, sans qu'une approche inclusive n'émerge en faveur des populations les plus pauvres⁶³.

Constatant que les mesures prises par l'UE et l'OCDE perpétuent les inégalités structurelles entre paradis fiscaux, pays en développement et pays développés, les 134 pays en développement ont milité ensemble – lors de la troisième conférence de la Cnuced sur le financement du développement qui se tenait à Addis-Abeba en juillet 2015 – pour la création d'une Organisation internationale de la fiscalité travaillant sous l'égide de l'ONU. Vouée à rassembler sur un pied d'égalité tous les États membres de l'ONU pour définir des règles fiscales mondiales plus équitables, cette organisation remettrait en cause la légitimité de l'OCDE à traiter seule de ces questions.

Voyant dans cette organisation une menace aux règles fiscales permettant les prix de transfert entre pays en développement et pays développés, les États membres de l'UE et les États-Unis se sont unanimement opposés à la création d'une telle organisation en évoquant l'expertise de l'OCDE sur ces questions. Comme l'a résumé Joseph Stiglitz, « les pays d'origine de ceux qui pratiquent la fraude

60. Saint-Amans et Picciotto, *Imposer les multinationales, une gageure ?*

61. Eurodad, « Cinquante nuances d'évasion fiscale au sein de l'Union européenne » (Bruxelles : Eurodad, 2015) : p. 22.

62. Ce dirigeant explique : « On aura grossi les textes législatifs, mais il restera très facile de les contourner. » Voir Hervé Singer, « Optimisation fiscale : un dirigeant s'explique », *Projet* 341, n° 4 (2014) : p. 48.

63. La Commission note : « Dès lors, en évitant toute réforme du système d'entités distinctes et en venant compliquer davantage le cadre actuel déjà lacunaire, l'initiative BEPS revient à verser du nouveau vin dans de vieilles outres. » Voir « Déclaration de la Commission indépendante pour la réforme de l'impôt international sur les sociétés » (ICRICT, 2015) : p. 10-12.

et l'optimisation fiscales à grande échelle sont ceux qui conçoivent un système censé mettre un terme à ces pratiques⁶⁴». Les réformes en cours sont donc loin de prendre en compte les intérêts des pays en développement qui demeurent démunis face aux pratiques d'optimisation fiscale des grandes entreprises transnationales.

En l'absence d'un consensus international permettant un *apportionnement* à l'échelle mondiale et une répartition de la valeur ajoutée entre pays de l'OCDE et pays en développement, divers acteurs s'interrogent sur la responsabilité des entreprises transnationales dans l'établissement d'une « stratégie fiscale équitable⁶⁵ ».

RESPONSABILITÉ FISCALE DE L'ENTREPRISE

Dans le contexte actuel, les entreprises transnationales disposent donc d'une grande liberté dans leur stratégie fiscale. Si l'on conçoit la responsabilité d'entreprise comme étant constituée par « l'ensemble des actions qui sont désirables en termes d'objectifs et de valeurs dans notre société⁶⁶ », il est urgent de demander aux entreprises d'explicitier leurs stratégies fiscales en vue d'une justice fiscale globale. Divers outils de régulation par la société civile, le marché et la gouvernance apportent des pistes de réflexion aux dirigeants d'entreprises.

L'enjeu de réputation

Année après année, certaines grandes entreprises du Fortune 500 font l'objet de campagnes de *name and shame*⁶⁷. Le Tax Justice Network, par exemple, rassemble des ONG, des journalistes d'investigation, des parlementaires et des chercheurs, et met en lumière les montages fiscaux allant à l'encontre de la perception populaire de la justice fiscale⁶⁸.

À ce jour, le caractère relativement restreint du « marché de la vertu » n'a pas contraint le secteur privé à développer ses propres principes d'autorégulation⁶⁹. Néanmoins, pour les entreprises les plus médiatisées – et qui sont souvent les plus agressives en termes de stratégie d'optimisation, comme l'illustrent bien les scandales

64. Joseph Stiglitz, "America is on the wrong side of history", *The Guardian*, August 6, 2015.

65. Domini Social Investment, "Global investment standards" (Providence, Rhode Island: Domini Social Investments, 2015): p. 23.

66. Howard Rothmann Bowen, *Social responsibilities of the businessman* (New York: Harper, 1953).

67. Sikka, "Smoke and mirrors: corporate social responsibility and tax avoidance."

68. Barford et Holt, "Google amazon starbucks the rise of 'tax shaming'" (BBC News: 2013); Europe Écologie, « Evaz Fiskall. Kit de montage et rapport complet des Verts européens sur l'évitement fiscal d'Ikea » (Bruxelles : Europe Écologie au Parlement européen, 2016); McIntyre et al., 2015, *Offshore shell games*, USPIRG Education Fund and Citizens for Tax Justice

69. Vogel, "Is there a market for virtue? the business case for corporate social responsibility."

relatifs aux entreprises Starbucks, McDonald's, Google, Amazon, Apple ou Facebook –, ces campagnes constituent un moyen de pression important en s'attaquant à leur réputation. En effet, les révélations portant sur l'optimisation fiscale impactent directement la réputation, la volonté des clients d'acheter les produits de la marque incriminée et de payer les services offerts⁷⁰.

En mai 2015, sous la pression des opinions publiques européennes, Amazon a ainsi annoncé qu'il travaillait à « ouvrir une filiale » en France afin d'y enregistrer les profits réalisés, après avoir fait de même au Royaume-Uni, en Allemagne, en Espagne et en Italie. Si l'annonce a fait l'effet d'une bombe, l'économiste Thomas Piketty y voyant « un aveu incroyable [...] [requérant de] réclamer la note sur les années passées⁷¹ », d'autres se sont interrogés sur l'effet d'annonce et la capacité de l'entreprise à afficher à l'avenir un déficit dans sa filiale française par le biais des prix de transfert et le paiement de royalties⁷².

Si cet exemple, rare, témoigne de l'impact des campagnes de *name and shame* sur la stratégie des entreprises, ses effets fiscaux restent à démontrer. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir citoyen se structure et pourrait aboutir à des appels au boycott ou à un discrédit de l'image de marque que ces entreprises cultivent.

Redevabilité à l'égard des parties prenantes

Au-delà de l'enjeu de réputation, la régulation par le marché dans une optique « gagnant-gagnant » fait aussi son chemin. Comme le soulignent les professeurs en économie Mihir Desai et Dhammika Dharmapala⁷³, ou encore le banquier Adam Kanzer du fonds d'investissement Domini⁷⁴, et comme l'ont montré les scandales Enron, WorldCom et Parmalat, l'optimisation fiscale ne permet pas aux investisseurs de savoir si les résultats affichés par une entreprise sont le résultat d'une performance économique réelle ou le fruit d'une stratégie fiscale particulièrement innovante.

En ce sens, l'optimisation fiscale constitue une asymétrie d'information notable pour les investisseurs. Plus récemment, le

70. Inga Hardeck et Rebecca Hertl, "Consumer reactions to corporate tax strategies: effects on corporate reputation and purchasing behavior", *Journal of business ethics* 123, n° 2 (2014): p. 309-26.

71. France Inter, « Amazon va payer (volontairement) des impôts en France », France Inter, 26 mai 2015.

72. *L'Obs*, « Amazon en passe de payer des impôts en France: le grand bluff? », *L'Obs*, 26 mai 2015.

73. Mihir Desai et Dhammika Dharmapala, "Corporate tax avoidance and high powered incentives", *Journal of Financial Economics* 79, n° 1 (2006): p. 145-79.

74. Adam Kanzer, "Towards reform of international corporate taxation: 1st meeting of the independent commission for the reform of international corporate taxation" (New York: Domini Social Investments, 2015).

redressement fiscal massif requis par la Commission européenne à l'encontre d'Apple et le redressement fiscal requis par le fisc français à l'encontre de McDonald's illustrent un autre risque financier que les investisseurs redoutent : l'absence de visibilité sur les risques financiers à long terme. En effet, les entreprises sont dans l'incapacité de communiquer auprès de leurs investisseurs sur les risques encourus à la suite de l'adoption d'une stratégie fiscale à la limite de la légalité⁷⁵. Ainsi, l'asymétrie d'information qui accompagne toute stratégie d'optimisation et d'évasion fiscale pourrait constituer un levier de contrainte pour les directions fiscales. Des propositions ont déjà été faites pour que ce risque fiscal lié à l'optimisation fiscale soit évalué, notamment par l'instauration de labels de gestion fiscale équitable, labels qui seraient « établis par des agences de notation indépendantes qui ne publieraient que les scores comparatifs des entreprises [sur la base] du chiffre d'affaires, des impôts payés, des effectifs, de la masse salariale, des capitaux investis par grande région, des flux intragroupes de dividendes et des rémunérations des immatériels⁷⁶ ». Cette proposition a déjà vu ses premières réalisations, avec la « Fair Tax Mark », au Royaume-Uni, un processus d'accréditation indépendant lancé en 2014 par un consortium d'ONG britanniques sous la présidence du fiscaliste et chercheur Richard Murphy⁷⁷.

Gouvernance et fiscalité

Enfin, un dernier levier d'action de la part des entreprises en termes de responsabilité consiste en une réforme de leur gouvernance et de leur politique de rémunération.

À la suite de l'affaire Enron, tout d'abord, la loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis a établi une responsabilité accrue des directeurs financiers et a engagé leur responsabilité pénale dans la signature des comptes de l'entreprise. Une solution allant en ce sens pourrait consister, dans une démarche de transparence et de redevabilité publique, à assurer l'indépendance du directeur fiscal en lui garantissant un statut de salarié protégé et à le rendre redevable devant l'État, et non pas seulement devant l'assemblée des actionnaires ou devant son PDG⁷⁸. On pourrait également faire valoir l'importance stratégique de la fiscalité en décidant d'inclure comme membre du conseil

75. Bernd Erle, "Tax risk management and board responsibility", in Wolfgang Schön (ed.), *Tax and Corporate Governance* (Berlin: Springer, 2008): p. 205-20; Mark Weinberger, Jim Hunter, et Joe Hogan, "Steady Course, uncharted waters. Findings from the third ernst&youngh global tax risk survey" (London: E&Y, 2008).

76. Giraud et Renouard, *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, p. 327.

77. À ce propos, voir www.fairtaxmark.net/

78. Singer, « Optimisation fiscale : un dirigeant s'explique », p. 49.

d'administration le directeur fiscal, ce qui permettrait de dépasser le caractère aujourd'hui essentiellement technique de sa fonction.

Enfin, à plus court terme, une initiative visant à réduire les conflits d'intérêt entre les fiscalistes d'entreprise et une stratégie fiscale équitable consisterait à modifier le calcul de la part variable du salaire des directeurs fiscaux et des cadres dirigeants : au lieu d'indexer ce bonus sur un objectif de réduction du taux d'imposition – pratique courante dans un certain nombre de grands groupes –, des indicateurs fondés sur la récurrence des enquêtes et des redressements fiscaux situeraient les fiscalistes dans une perspective de bonne gestion fiscale et de réduction du risque juridique, plutôt que dans une perspective d'optimisation allant à l'encontre des attentes de la population.

La fiscalité des entreprises représente un enjeu majeur dans la quête du bien commun en raison des montants astronomiques en jeu. Des initiatives cherchent, au sein de l'UE et à l'OCDE, à améliorer le régime fiscal actuel. Néanmoins, en l'absence d'accords internationaux qui garantissent une justice fiscale globale et qui prennent en compte les intérêts des pays les plus pauvres, il est nécessaire d'étudier la question en termes de responsabilité d'entreprise. Les questions de réputation, de régulation par le marché et de gouvernance d'entreprise constituent, aujourd'hui, des leviers à ne pas négliger.

Dans ce souci de redistribution de la valeur créée, il s'agit aussi d'étudier les politiques de rémunération.

CHAPITRE 5

POLITIQUE SALARIALE :

redistribuer aux salariés la valeur créée

79

Si l'entreprise est redevable devant ses actionnaires, elle l'est également devant les personnes qui travaillent en son sein. Avec l'émergence des grandes entreprises et l'éclatement de l'actionnariat se pose la question de savoir « pour qui un manager travaille¹ ». La réponse que l'on donne à cette question influence directement la manière dont les profits sont distribués entre employés, cadres dirigeants et actionnaires.

DES INÉGALITÉS QUI SE CREUSENT

Que ce soit dans les pays dits développés ou dans les pays en développement, les inégalités n'ont cessé de se creuser – à des rythmes différents – au cours des vingt dernières années². À l'échelle mondiale, les rapports de l'ONG Oxfam et les travaux des économistes Thomas Piketty et Anthony Atkinson permettent – entre autres – de mieux saisir l'ampleur des inégalités patrimoniales et salariales contemporaines³. À l'échelle mondiale, « à peu près 85 % du revenu mondial va aux 20 % les plus riches alors que 6 % va aux 60 % les plus pauvres⁴ ». Des études pays par pays menées dans les pays émergents ont révélé des trajectoires similaires⁵. Se pose dès lors la question des arbitrages à réaliser entre rémunération du capital, rémunération des cadres dirigeants et rémunération des employés et sous-traitants.

1. Norman Bowie et Patricia Werhane, *Management ethics*, Foundations of Business Ethics (Oxford: Blackwell Publishing, 2005): p. 2.

2. OECD, "Divided we stand: why inequality keeps rising" (Paris: OECD, 2011).

3. Oxfam, « Une économie au service des 1 %. 62 personnes possèdent autant que la moitié de la population mondiale » (London: Oxfam, January 18, 2016); Thomas Piketty, *Le Capital au xx^e siècle* (Paris: Seuil, 2013); Anthony B. Atkinson et Thomas Piketty (ed.), *Top incomes. A global perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

4. Andrew Hurrell, *On global order. power, values, and the constitution of international society* (Oxford: Oxford University Press, 2007): p. 11.

5. Voir la base de donnée www.wid.world

À ce jour, les preuves s'accumulent pour souligner comment, dans la plupart des pays, la part du revenu national destiné à rémunérer les travailleurs a chuté au bénéfice des détenteurs du capital⁶. Ce creusement des inégalités s'explique avant tout car c'est afin d'aligner les objectifs des managers avec l'intérêt des actionnaires que les modes de rémunération des dirigeants ont évolué pour faire coïncider la part variable de leur rémunération avec la performance financière de l'entreprise. Analysant ce mode de rémunération et ses effets sur les inégalités, les professeurs de management et de philosophie Norman Bowie et Patricia Werhane soulignent que « nous ne connaissons aucune théorie éthique justifiant le niveau actuel de rémunération des dirigeants⁷ ». De surcroît, il s'avère que la rémunération des dirigeants est fréquemment décorrélée de la performance de l'entreprise : à partir d'une analyse menée entre 2006 et 2015 auprès de 429 grandes sociétés américaines, une étude montre que les sociétés ayant alloué à leurs dirigeants les plus hauts niveaux de rémunération sont aussi celles dont les rendements ont été les moins élevés⁸.

L'émergence de ces « super-cadres⁹ » interroge nos sociétés dans leur capacité à faire corps et à ne pas aboutir à des îlots de richesse peuplés de personnes vivant hors-sol¹⁰. Divers chercheurs ont démontré, arguments philosophiques, économiques et sanitaires à l'appui, que l'on peut attendre des bénéfices aussi bien en termes d'efficacité économique qu'en termes de cohésion sociale et de santé publique d'une meilleure redistribution des richesses¹¹.

En Suisse, l'accroissement des inégalités salariales a donné lieu à différents projets de votation : en mars 2013, la proposition Minder a été approuvée par référendum, interdisant non seulement les primes d'arrivée et les parachutes dorés, mais imposant aussi un contrôle de la rémunération par les assemblées d'actionnaire. En novembre 2013, en revanche, une proposition ambitieuse afin de limiter les écarts de rémunération à un ratio de 1 à 12 a échoué. Dans cette veine, l'encadrement des salaires des dirigeants a été introduit en France en 2012 pour les entreprises publiques. De même, depuis le 26 mai 2016, la rémunération des dirigeants de toutes les entreprises françaises est soumise à un vote contraignant de la part de l'assemblée

6. Oxfam, « Une économie au service des 1 %. 62 personnes possèdent autant que la moitié de la population mondiale. »

7. Bowie et Werhane, *Management ethics*, p. 10.

8. Ric Marshall et Lee Linda-Eling, "Are CEOs paid for performance? Evaluating the effectiveness of equity incentives" (MSCI, 2016).

9. Piketty, *Le Capital au XXI^e siècle*.

10. Katharina Hecht, "A Relational analysis of top incomes and wealth: economic evaluation, relative (dis)advantage and the service to capital" (London: London School of Economics, May 2017).

11. Kate Pickett et Richard Wilkinson, *Pourquoi l'égalité est meilleure pour tous* (Paris : Les Petits Matins, 2009) ; Gaël Giraud et Cécile Renouard, *Le Facteur 12 : pourquoi il faut plafonner les revenus* (Paris : Carnets Nord, 2012, nouvelle édition 2017).

générale des actionnaires. En Grande-Bretagne, enfin, Theresa May a proposé peu de temps après son arrivée au pouvoir un plan d'action visant à encadrer les très hautes rémunérations : vote contraignant des actionnaires sur les rémunérations, publication du ratio entre la rémunération médiane au sein d'une entreprise et la rémunération de ses dirigeants, simplification de la structure des rémunérations variables pour qu'ils soient davantage liés aux intérêts de long terme de l'entreprise, ouverture des conseils d'administration aux représentants des salariés¹².

On assiste donc, dans l'opinion publique, à une profonde remise en cause du dogme de l'autorégulation des salaires par le marché ; remise en cause à laquelle les gouvernements proposent de répondre par une réforme de la gouvernance des entreprises et des assemblées d'actionnaires. En cherchant à limiter les très hauts salaires et les rémunérations variables, ces initiatives cherchent donc à restreindre les très hauts revenus à partir desquels une minorité peut accumuler un patrimoine conséquent et s'engager dans des logiques patrimoniales dynastiques qui figent les structures sociales¹³.

En dépit de discours parfois extrêmement enthousiastes, la polémique autour de la rémunération de Carlos Ghosn et des dirigeants de Renault Nissan en juin 2017 témoigne de la fragilité de tels dispositifs : alors que son niveau de rémunération fait débat année après année, les actionnaires ont approuvé à 54 % la rémunération de 7 millions d'euros de son PDG pour l'année 2016¹⁴. De même, les engagements de Theresa May n'ont, à ce jour, pas été tenus.

De plus, les initiatives qui promeuvent une démocratie actionnariale manquent une part importante de leur cible. En effet, quid des entreprises non cotées ? Quid des entreprises familiales cotées où les dirigeants historiques disposent d'une majorité de blocage et peuvent ainsi empêcher toute remise en cause de leurs salaires ? Quid des cabinets de conseil, des fonds et des banques d'investissement qui ne sont pas cotés et qui distribuent des salaires et bonus se chiffrant en millions d'euros, sans aucun contre-pouvoir actionnarial ?

Mais surtout, force est de constater que ces lois envisagent les inégalités salariales au niveau des États, sans s'interroger sur le creusement des inégalités de rémunération à l'échelle globale. Or, les politiques salariales des grandes entreprises contribuent aussi massivement au creusement des inégalités entre une élite cosmopolite et des populations peu mobiles éloignées des grandes entreprises

12. Camille Noisette et Hervé Guez, « Le programme prometteur de Theresa May en matière de gouvernance d'entreprise » (Mirova, octobre 2016).

13. Harrington, *Capital without borders. Wealth managers and the one percent*.

14. FrancelInfo, « Les actionnaires de Renault entérinent de justesse la rémunération de Carlos Ghosn. Et comme chaque année, les chiffres créent la polémique », *FranceTV Info*, 15 juin 2017.

transnationales. Une triple dynamique de concentration des richesses est à l'œuvre :

1. *Inégalités intra-groupe* : au niveau des grandes entreprises transnationales, cette concentration des richesses dans les grands centres financiers de la planète où sont basés les sièges sociaux des grands groupes aux dépens des pays en développement où les entreprises effectuent une grande partie de leurs opérations, est particulièrement marquante. Le PDG de Danone, Emmanuel Faber, a ainsi calculé que, dans son entreprise, diminuer de 30% le salaire des 1% les mieux payés permettrait de doubler le salaire des 20% les moins bien payés¹⁵. Le calcul est intéressant à un double titre : tout d'abord, il répond à l'argument de ceux qui prétendent que diminuer les très hauts revenus de quelques-uns serait insignifiant en termes de redistribution vers les plus pauvres. Ensuite, il souligne la responsabilité éthique portée par les cadres lorsque ces derniers multiplient les plans sociaux, font appel à des travailleurs détachés pour réduire les cotisations sociales versées aux employés, procèdent à des délocalisations vers des zones franches et encouragent le dumping social tout en conservant leur niveau de rémunération.

2. *Inégalités au long des chaînes de valeur* : à l'échelle d'un pays, la concentration des richesses dans les secteurs à forte valeur ajoutée pose également question. Le cas du Nigéria, septième pays exportateur de pétrole, illustre cette réalité : les écarts se creusent entre, d'un côté, des élites politiques largement corrompues et les employés du secteur pétrolier et bancaire, et, de l'autre, l'immense majorité de la population – en 2011, 54% de la population nigériane vivait encore sous le seuil de pauvreté. Le recours croissant à la sous-traitance accentue également le fossé entre les salariés des entreprises transnationales et les salariés des petites entreprises locales : dans l'industrie pétrolière, alors que des cadres ou techniciens nigériens peuvent être payés 15 000 euros par mois, le salaire d'un chauffeur – salarié d'un sous-traitant du pétrolier – est de 90 euros par mois, le montant du salaire minimal des fonctionnaires¹⁶.

3. *Inégalités entre acteurs mondiaux et concurrents locaux* : diverses recherches ont aussi révélé que les inégalités salariales augmentent entre les entreprises les plus performantes et leurs concurrentes : à métier équivalent, les employés travaillant pour les leaders mondiaux ont des salaires nettement supérieurs aux employés

15. Emmanuel Faber, *Chemins de traverse* (Paris : Flammarion, 2012).

16. Renouard, *Éthique et Entreprise*.

travaillant pour des entreprises « de second rang¹⁷ ». En termes de réduction des inégalités, à l'enjeu lié aux politiques de rémunération intra-groupe s'ajoute donc celui de la captation de la valeur par les leaders mondiaux vis-à-vis de leur concurrence locale.

Une approche fondée uniquement sur la croissance est aveugle à cette triple dynamique qui favorise la concentration des richesses auprès des sociétés transnationales à forte valeur ajoutée. Ainsi, on assiste dans les pays émergents que sont l'Afrique du Sud, l'Inde, la Chine et la Russie à une forte croissance économique doublée d'un accroissement important des inégalités – le Brésil et l'Indonésie faisant à ce jour figure d'exceptions¹⁸.

Comme le souligne l'Organisation internationale du travail (OIT), les principaux outils à la disposition des États et des entreprises afin de réduire ces inégalités se trouvent dans l'instauration ou la revalorisation du salaire minimum *et* dans la promotion des négociations collectives¹⁹.

BLOCAGES ALLANT À L'ENCONTRE D'UNE PLUS GRANDE ÉQUITÉ

Malgré le caractère préoccupant de ces inégalités pour la promotion du lien social et pour la constitution d'un imaginaire collectif en faveur de la cohésion sociale²⁰, diverses dynamiques économiques, sociales et politiques s'opposent à une réduction des écarts de revenus au sein des grandes entreprises et du secteur bancaire. Ces résistances émanent non seulement des cadres dirigeants concernés, mais aussi des gouvernements et de leur frilosité à régler les salaires pratiqués dans le privé. Les blocages ne sont donc pas seulement personnels de la part de personnes cupides, mais manifestent aussi des conflits idéologiques et des rapports de pouvoir en faveur d'un petit nombre d'acteurs qui a gagné une bataille culturelle et a ancré dans l'imaginaire collectif un discours qui légitime un degré d'inégalité inouï.

Blocages structurels...

En 2012, durant la campagne présidentielle, François Hollande déclara que « la finance, mon adversaire, n'a pas de visage ». Suivant cette logique, les inégalités salariales étaient un effet du « marché »,

17. Walter Frick, "Corporate inequality is the defining fact of business today. And it's shaping how we all get paid", Harvard Business Review, May 11, 2016; OECD, "The Future of Productivity" (Paris: OECD, 2015).

18. OECD, « Gros plan sur les inégalités dans les économies émergentes », *Toujours plus d'inégalité. Pourquoi les écarts de revenus se creusent* (Paris : OECD, 2012) : p. 54.

19. International Labour Organization ILO, « Rapport mondial sur les salaires 2014/15. Salaires et inégalités de revenus » (Genève : ILO, 2014) : p. 6.

20. Hecht, "A relational analysis of top incomes and wealth: economic evaluation, relative (dis) advantage and the service to capital."

insaisissables. C'est d'ailleurs un argument souvent usité par les patrons des grandes entreprises lorsque des scandales éclatent autour de leurs rémunérations: leur salaire serait le reflet de leur « valeur sur le marché²¹ ».

Or, l'organisation contemporaine du capitalisme financiarisé, contrôlé par un très petit nombre d'acteurs, explique bien comment les conseils d'administration s'attribuent des rémunérations fara-mineuses: les membres des conseils d'administration qui valident les rémunérations et bonus attribués aux super-cadres d'une entreprise X sont très souvent des super-cadres ou des membres de la fonction publique qui sont passés ou qui travaillent dans les entreprises Y ou Z, entreprises dont les conseils d'administration sont eux-mêmes composés de super-cadres passés par l'entreprise X²². Ces participations croisées organisent un entre-soi et conduisent au développement de logiques claniques, entraînant une explosion quasi-mécanique des niveaux de rémunération pratiqués.

À partir du cas réel d'une grande entreprise du CAC 40, voyons comment les pratiques de rémunération confèrent aux dirigeants un pouvoir financier « extra-ordinaire ». La rémunération du dirigeant de cette entreprise s'élève à environ 10 millions d'euros annuels, en cumulant – comme c'est le cas pour les cadres dirigeants – trois parts: une part fixe, un bonus et une rémunération en capital *via* des stock-options ou d'autres produits financiers similaires. Si l'imposition globale peut représenter 50 à 60% des montants concernés, cette dernière part versée en capital peut représenter un tiers, voire la moitié du salaire, tout en donnant lieu à une imposition moindre que celle pratiquée sur le fixe et le bonus. Mais surtout, rappelons que cette rémunération en capital permet d'en tirer des dividendes, constituant une rémunération future additionnelle! Au-delà du cas personnel de ce dirigeant, ce mode de rémunération en capital contribue à accroître les inégalités de façon exponentielle. En effet, chaque année, cette rémunération ne concerne qu'un petit groupe de super-cadres d'environ 2 000 personnes qui se répartissent une enveloppe d'environ 1 50 millions d'euros. Comme le montre la figure ci-dessous, la répartition de cette somme révèle bien comment les inégalités salariales se construisent.

21. Voir www.lepoint.fr/economie/psa-le-pdg-carlos-tavares-considere-avoir-le-salaire-d-un-joueur-de-football-04-05-2016-2037038_28.php

22. Gérard Duménil et Dominique Lévy, « Classes supérieures de tous les pays unissez-vous sous une bannière impériale! », *Actuel Marx* 60, n° 2 (2016) : p. 93. Geoffrey Geuens, *La Finance imaginaire. Anatomie du capitalisme : « des marchés financiers » à l'oligarchie* (Bruxelles : Aden, 2011).

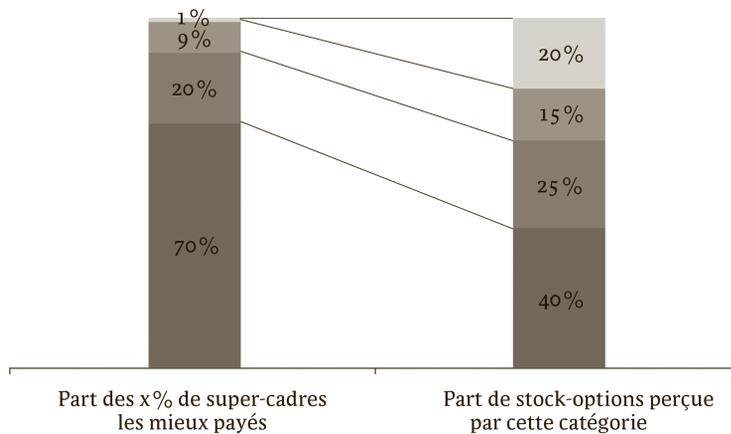


Figure 2 : Répartition des revenus

Ainsi, dans cette entreprise, parmi les super-cadres rémunérés en capital, le top 1% le mieux rémunéré – une vingtaine de personnes tout au plus – perçoit à lui seul près de 20% du total de l’enveloppe de stock-options²³!

La façon dont sont attribuées ces actions est opaque et discrétionnaire : elle ne correspond à aucune politique écrite dans l’entreprise et ne fait pas partie du contrat de travail des individus – c’est l’équipe de direction qui fixe la grille d’attribution, validée ensuite par le conseil d’administration. Cette entreprise, comme tant d’autres, permet donc à une petite élite d’engager des stratégies patrimoniales conséquentes, les dirigeants de cette entreprise ayant une forte tendance à devenir, au moment de leur retraite, des résidents fiscaux en Suisse, en Angleterre, à Malte ou dans d’autres lieux fiscalement avantageux.

Face à une telle dynamique, les employés des entreprises disposent de peu de pouvoir pour modifier les politiques de rémunération de leurs dirigeants. De même, la plupart des actionnaires disposent d’un pouvoir très limité, ces derniers ayant confié leurs capitaux à des sociétés financières pour lesquelles l’accroissement des inégalités est rarement perçu comme un enjeu prioritaire. Dans ce contexte, au-delà du secteur spécifique de l’ESS, rares sont les dirigeants qui instaurent des échelles de rémunération limitées au nom d’arguments relatifs à la cohésion sociale et au caractère injustifiable des écarts aujourd’hui pratiqués²⁴. Le calcul fait par Emmanuel Faber est inhabituel pour un patron du

23. De plus, pas plus de quatre mille personnes ont bénéficié de cette rémunération en capital une fois dans leur vie, ce qui signifie qu’une grande partie des deux mille personnes sont des habitués de ce mode de rémunération.

24. Le cas de Dan Price reste exceptionnel : ce PDG d’une *start up* de Seattle (Gravity, une société de paiements) a décidé en 2015 de diviser son salaire par 14 pour le mettre au même niveau que celui de ses salariés, qu’il a augmenté à hauteur de 70 000 dollars par an.

CAC 40 et a le mérite de poser le sujet... mais sans passer à l'acte. Le dépassement de ce blocage structurel passe par une mise en débat démocratique des grilles de salaire au sein des entreprises et/ou par une taxation importante et progressive des plus hauts revenus. Rappelons ici qu'aux États-Unis, durant le New Deal, des taux d'imposition de plus de 90% s'appliquaient aux plus fortes rémunérations. La mise en place d'un contrôle par les employés ou d'une taxe de cette nature est néanmoins confrontée à des barrières idéologiques substantielles.

... et idéologiques

Si les recherches en sociologie et en économie soulignent que le concept de méritocratie est problématique au sens où le déploiement d'une large partie des talents des individus est lié à leur environnement familial, social, etc.²⁵, celui-ci a acquis une telle prégnance dans les imaginaires individuels et collectifs que des modèles très inégalitaires en viennent à passer pour légitimes : d'un côté, le modèle du *self-made-man*, du génial inventeur qui fait fortune, légitime chez certains des écarts très importants, et nourrit des rêves dans toutes les classes sociales ; de l'autre, certains évaluent leurs perspectives de carrière et leur « valeur » personnelle à l'aune de leur rémunération, notamment de sa part variable.

Cet imaginaire monétarisé de la réussite émanant du monde anglo-saxon²⁶ est tel qu'il s'exprime désormais ouvertement par le biais des élites politiques et des médias dominants. Obtenir son bonus annuel devient dès lors l'étalon de la reconnaissance sociale pour des cadres dirigeants qui deviennent ainsi complices silencieux d'une politique salariale qui accroît les inégalités.

À cette barrière idéologique d'une supposée méritocratie s'ajoute une autre barrière, discriminatoire, plus insidieuse, des inégalités de genre. C'est donc, au-delà de l'inégalité extrême entre super-cadres et employés, l'idée même d'équité salariale qui est remise en cause par une culture patriarcale :

- *Dès l'entrée dans l'emploi*, des politiques discriminatoires introduisent des disparités salariales entre femmes et hommes. En Inde, par exemple, nous avons constaté que les femmes qui travaillent comme manœuvres sur des chantiers de construction étaient rémunérées à hauteur de 250 roupies par jour, contre 350 roupies pour leurs collègues masculins²⁷. En France, diverses

25. John Rawls, *Théorie de la justice*, trans. Catherine Audard (Paris : Seuil, 2009).

26. Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, suivi d'autres essais*, trans. Jean-Pierre Grossein (Paris : Gallimard, 2003).

27. Swann Bommier, "A flawed development. land dispossession, transnational social movements and extraterritorial corporate regulation. Michelin in Tamil Nadu". (Paris: Sciences Po, 2016): p. 328.

études révèlent que les rémunérations proposées à l'embauche sont inférieures à celles faites aux hommes dès leur entrée sur le marché du travail (pour les personnes de moins de 25 ans, l'écart est déjà de 21,4%)²⁸.

- *Ces inégalités s'accroissent ensuite avec le temps*, en raison de carrières plus hachées pour les femmes qui assument dans la très vaste majorité les tâches domestiques et éducatives; mais aussi en raison de pratiques informelles de négociation des rémunérations. Ainsi, les disparités salariales sont plus importantes dans le secteur privé où l'absence de grille de salaire par poste, où la part accrue des bonus et où les augmentations négociées au cas par cas lors d'entretiens annuels renforcent les inégalités de genre (de manière générale, l'écart de revenu entre femmes et hommes est de 17,3% dans la fonction publique contre 28,3% dans le secteur privé²⁹).

Cette domination masculine s'exprime jusqu'aux plus hautes sphères: sous-représentées dans les conseils d'administration, dans la haute fonction publique et dans la sphère politique, les femmes qui parviennent à franchir les plafonds de verre y sont moins nettement moins bien rémunérées (à poste et qualification égale, une femme cadre gagne en moyenne 23,8% de moins qu'un homme cadre; une inégalité qui n'a rétréci que de 3,6 points en vingt ans³⁰). Mais surtout, cet écart témoigne d'un imaginaire genré du pouvoir: en France, par exemple, l'écart salarial est de 10% chez les employés, mais il s'élève à 25% chez les cadres³¹. Et si les femmes sont sous-représentées dans les postes à responsabilité, elles sont surreprésentées dans la plupart des professions précaires et des professions du secteur du *care*, illustration là aussi d'un imaginaire collectif genré où le créateur est valorisé, tandis que celui qui soigne, qui prend soin et qui éduque son prochain voit son travail moins bien rémunéré.

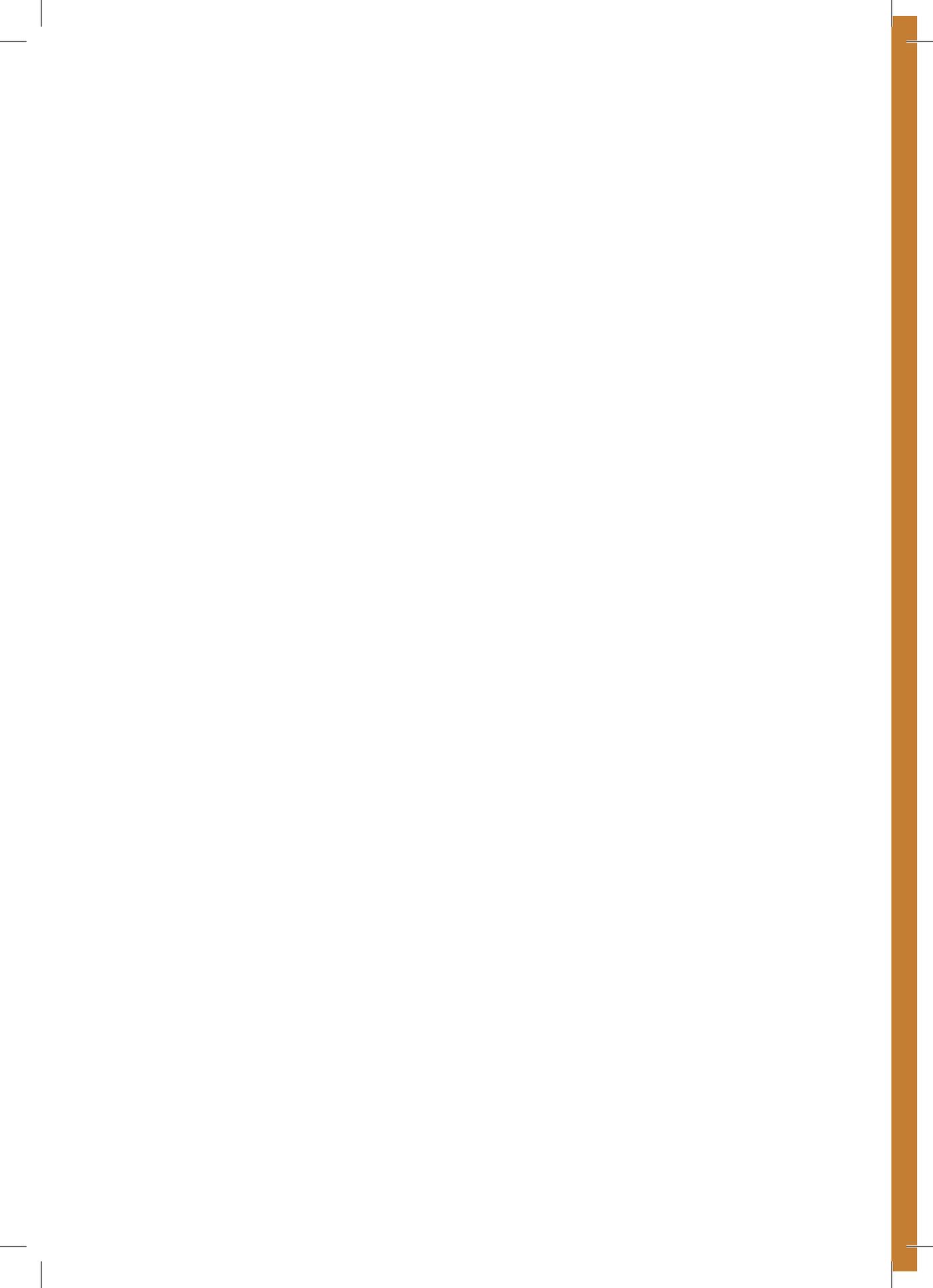
Si nous avons ici traité de l'enjeu des discriminations salariales entre les femmes et les hommes, cette problématique se retrouve également chez les personnes handicapées, LGBT (lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres), ou issues de minorités. Ce que nous voyons ainsi, c'est que l'enjeu de la redistribution de la richesse créée au sein d'une entreprise nous amène à nous poser des questions relatives au droit social des employés et à leur capacité à faire valoir des modes de management équitables favorables à un idéal de bien commun.

28. Insee, « Femmes et hommes, l'égalité en question » (Paris : Insee, 2017) : p. 131.

29. Insee, p. 131.

30. *Les Échos*, « L'écart de salaire entre hommes et femmes tarde à se réduire », *Les Échos*, 7 mars 2017.

31. Insee, « Femmes et hommes, l'égalité en question », p. 130.



Deuxième partie

RESPONSABILITÉ SOCIALE



Nos ordinateurs contiennent des métaux rares provenant de mines situées dans le monde entier; nos téléphones sont assemblés en Asie puis importés sur des bateaux battant pavillon panaméen, grec ou libérien; nos vêtements sont faits en coton indien, cousus au Bangladesh, vendus par des marques suédoises ou américaines; les services après-vente à distance sont assurés par des sous-traitants basés en Inde ou au Maghreb. Les produits et services qui font notre quotidien sont issus de réseaux de production complexes et mondialisés. Des personnes travaillant sous des juridictions multiples et sujettes à des régimes de droit plus ou moins protecteurs des libertés et des droits fondamentaux sont ainsi impliquées dans la chaîne de valeur des biens que nous achetons quotidiennement. S'il est extrêmement difficile d'évaluer la part de l'emploi mondial concerné par ces chaînes d'approvisionnement transnationales, l'OIT estime que cela concerne plus de 450 millions de personnes pour l'année 2013¹. La mondialisation des échanges tisse donc des liens qui, bien que non reconnus formellement, se matérialisent dans le développement de « formes atypiques d'emploi² ».

Face à cette déconnexion entre un commerce mondialisé et une multitude de régimes de droit social, le concept de « responsabilité sociale » permet de s'interroger sur le rôle des entreprises, des syndicats, des États, des organisations internationales et non gouvernementales dans la promotion de conditions de travail dignes tout au long des chaînes d'approvisionnement.

Comment des compromis se sont-ils dessinés entre normes universelles, droits nationaux et codes privés pour gérer les disparités territoriales ? Quelles institutions émergent pour élever les standards sociaux et assurer aux travailleurs la protection de leurs droits fondamentaux ?

Ci-dessous, nous

1. étudions comment un questionnement sur l'aire d'application du droit social a émergé, et quelles limites le droit international a rencontré;
2. analysons le défi que pose la sous-traitance mondiale contemporaine;
3. identifions des processus de normalisation émergents où ONG, organisations internationales, syndicats et entreprises cherchent à combler le déficit actuel du droit social.

1. International Labour Organization ILO, « Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », Rapport IV (Genève : ILO, 2016) : p. 21.

2. ILO, « Les formes atypiques d'emploi » (Genève : ILO, 2015).



CHAPITRE 1

L'ENTREPRISE ET LE DROIT SOCIAL DES ÉTATS

Dans *La Richesse des nations*, Adam Smith analyse les processus économiques de création et de répartition de la valeur par la capacité des individus à entrer dans des relations commerciales afin de maximiser leur intérêt particulier. Néanmoins, cette théorie économique passe complètement sous silence le rôle des esclaves et de l'économie liée à la traite dans la production des richesses¹. Ainsi, alors que la croissance économique du Royaume-Uni et des États-Unis au XVIII^e siècle s'est fondée sur l'esclavage, c'est-à-dire sur un régime de propriété privée accordant une valeur marchande à des humains², Adam Smith néglige les enjeux éthiques et moraux propres aux relations de production – alors même que son ouvrage portant sur la *Théorie des sentiments moraux* appelle à faire preuve de discernement moral et d'empathie pour promouvoir un modèle social favorable au respect de droits individuels inaliénables.

La théorie économique s'est développée à partir de cette vision tronquée des dynamiques économiques et à partir d'une perspective westphalienne de la souveraineté. En conséquence, les droits sociaux ont longtemps été envisagés comme relevant du domaine national, oblitérant les liens entre les consommateurs et les individus impliqués dans ces chaînes de production mondiales. Nous verrons ici comment une perspective universaliste du droit social a peu à peu cherché à compléter les cadres normatifs nationaux, et ce, en dépit de limites politiques et épistémologiques diverses.

LES ENTREPRISES ET LE DROIT NATIONAL

Originellement, les entreprises privées ont été autorisées afin de répondre à une mission d'intérêt général dans un État donné. Comme nous l'avons noté précédemment, l'autonomie des entreprises dépend ainsi de la volonté de la puissance publique de promouvoir un certain

1. Marvin Brown, *Civilizing the Economy. A New Economics of Provision* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010): p. 17-32.

2. Gavin Wright, *Slavery and American Economic Development* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2006): p. 72.

type d'activité économique sur son territoire³. L'entreprise fut donc *de facto* attachée à un territoire et à un État donné. Néanmoins, la distinction faite par les États entre un domaine « domestique » et un domaine « étranger » soulève un problème juridique majeur lorsqu'une entreprise commence à étendre ses activités en dehors de son État d'origine.

Dans un premier temps, les entreprises opérant hors de leur juridiction d'origine ont agi comme des quasi-États à part entière. Ainsi, la Compagnie britannique des Indes orientales s'est dotée d'un système politique autonome et a déployé les attributs d'un pouvoir souverain sur les territoires conquis : pouvoir diplomatique vis-à-vis des principautés indiennes, police, armée, tribunaux dans les villes portuaires, etc.⁴. Cependant, avec le déploiement au cours du XVIII^e siècle d'un État britannique fort, la compagnie impériale, pour survivre, en vint à s'intégrer à l'appareil gouvernemental britannique, passant peu à peu du statut de « souverain autonome » à celui d'« entreprise marchande⁵ ». Avec l'émergence de pouvoirs étatiques forts à travers le monde s'est donc posée une question de souveraineté dans l'application des lois : si la Compagnie britannique des Indes s'est incorporée au Royaume-Uni pour poursuivre ses activités « au sein » de l'empire britannique, quid d'une entreprise opérant sur un territoire dépendant d'une juridiction étrangère ? En 1839, dans le cas « Bank of Augusta vs. Earle », un juge de la Cour suprême américaine répond à cette interrogation comme suit :

« Une entreprise ne peut avoir d'existence légale en dehors des frontières du souverain qui l'a créée. Elle n'existe qu'au regard de la loi, et par la force de la loi ; et là où la loi cesse d'opérer, et n'est plus obligatoire, l'entreprise ne peut exister. Elle doit demeurer sur le lieu de sa création et ne peut migrer vers un autre espace souverain⁶. »

Cependant, la « première mondialisation⁷ » qui s'opère de 1870 à 1914 vient contredire cette décision : les entreprises multiplient les initiatives transnationales dans le commerce, la banque, l'investissement productif ou les transports dans des proportions inégales jusqu'à ce jour⁸. Dans ce contexte, les premiers avocats du

3. Barkan, *Corporate sovereignty. law and government under capitalism*.

4. Philip Stern, *The company-state. Corporate sovereignty and the early modern foundations of the british empire in India* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

5. Stern, p. 208-13.

6. "Bank of Augusta vs. Earle 38 U.S. 519 (1839)", cited in Barkan, *Corporate Sovereignty. Law and Government under Capitalism*, p. 93.

7. Suzanne Berger, *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié* (Paris : Seuil, 2003).

8. Selon Berger, « de 1887 à 1913, le volume net des investissements français à l'étranger représentait environ 3,5 % du revenu national – une proportion plus importante qu'aujourd'hui. Les Français envoyaient leur épargne partout dans le monde, et particulièrement en Russie, dans l'Empire ottoman et en Amérique latine. Et déjà les industriels français délocalisaient la production pour s'implanter en Europe de l'Est, en Asie mineure et ailleurs ». Voir Berger, p. 7.

libre-échange ont tenté de standardiser le droit, et les États ont peu à peu intégré de nouvelles règles dans les traités commerciaux bilatéraux afin de reconnaître la légitimité de leurs partenaires commerciaux à réguler les entreprises étrangères opérant sur leur territoire. En 1911, le traité bilatéral entre les États-Unis et le Japon insère ainsi pour la première fois une clause relative aux entreprises, permettant à une société fondée dans un de ces deux États de s'implanter dans l'autre État, d'y établir des contrats, d'y défendre ses droits, de traduire et d'être traduit en justice lors de contentieux locaux. Cette clause réapparaît ensuite en 1921 dans le traité signé entre les États-Unis et Siam, puis en 1925 dans le traité signé entre les États-Unis et l'Allemagne. C'est ainsi qu'en 1934 :

« Les États-Unis avaient conclu des traités commerciaux comportant des clauses relatives à la reconnaissance réciproque des entreprises avec l'Autriche, le Salvador, l'Estonie, la Finlande, la Hongrie, le Honduras, la Lettonie, le Libéria, la Norvège et la Pologne, ainsi que des accords avec la Grèce et la Turquie. De plus, de multiples États, parmi lesquels on dénombre l'Autriche, la Belgique, la Bolivie, la Colombie, le Danemark, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Japon, le Mexique, l'Uruguay et le Venezuela, avaient adopté des lois requérant à toutes les entreprises étrangères – fondées aux États-Unis ou ailleurs – de s'enregistrer auprès de l'État hôte et de se soumettre aux lois de cet État⁹. »

Les entreprises, tout d'abord identifiées à un territoire précis, et donc soumises à un droit économique et social unique, se déploieront donc dans des États étrangers, s'enregistrant dans ces juridictions étrangères en tant que « personnes morales » distinctes, c'est-à-dire en tant qu'entités autonomes, juridiquement indépendantes et tenues de respecter le droit économique et social dudit État¹⁰. Ce faisant, les entreprises transnationales, tout en étant contrôlées par une société mère basée dans un pays donné, se sont retrouvées éclatées en une multitude de filiales soumises à des droits nationaux divers. Dès lors, les sociétés mères ont pu tirer avantage des disparités en droit social pour infléchir leurs stratégies d'investissement.

LE DROIT DU TRAVAIL DANS UNE PERSPECTIVE UNIVERSELLE

Premières tentatives d'harmonisation du droit social

Les questions relatives aux délocalisations et au dumping social émergent donc dès les années 1870. En France, la Chambre

9. Barkan, *Corporate sovereignty. Law and government under capitalism*, p. 104.

10. France Stratégie, « Compte-rendu des auditions des juristes intervenus sur la question du devoir de vigilance » (Paris : Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 2014).

des députés entreprend des réformes concernant « la semaine de six jours, la journée de dix heures, l'impôt sur le revenu, les taxes sur les investissements à l'étranger, et les retraites¹¹ » afin de protéger les salariés d'une course généralisée au moins-disant. Au-delà de ces initiatives nationales, les principaux États industriels européens se réunissent une première fois en 1890 à Berlin pour définir un socle commun en droit social: du 15 au 29 mars 1890 se tient la première conférence internationale concernant le règlement du travail dans les établissements industriels et dans les mines en présence des délégués de quatorze États européens¹². Si ces derniers votent en faveur d'une série de recommandations relatives au repos dominical, à la réglementation pour le travail des femmes et des enfants, et à l'inspection du travail, aucune action concrète n'est envisagée¹³.

Après l'échec relatif de cette première tentative diplomatique et face à la mobilisation des opinions publiques, des économistes et des syndicats de travailleurs se réunissent lors de conférences informelles à Zürich et Bruxelles en 1897, menant à la fondation en 1900 de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs par des représentants venus d'Autriche, de Belgique, du Mexique, des Pays-Bas, de Russie et des États-Unis. Dès lors, cette association composée de sections nationales rassemble des économistes, des personnalités engagées et parfois même des représentants des ministères du travail. En 1901, l'association se dote d'un bureau permanent à Bâle, l'Office international du travail. Largement financé par le gouvernement suisse, l'Office travaille dans une perspective cosmopolite pour servir de plateforme de discussion et de centre d'étude. À intervalle régulier, ce dernier publie des rapports afin de rendre compte de l'évolution du droit social à travers le monde et de comparer les législations en vigueur dans ses divers pays membres. Au bout de quelques années, l'Office compte quinze sections nationales en Europe et en Amérique du Nord¹⁴. Fort de cette représentativité, il adopte en 1906 deux conventions concernant l'interdiction du travail nocturne des femmes dans l'industrie et l'interdiction du phosphore blanc dans le processus de production des allumettes. À une époque où les acteurs économiques et les détenteurs du capital craignent déjà que « l'adoption de telles réformes n'affaiblisse la compétitivité française et rende impossible de lever de nouveaux impôts sans voir

11. Berger, *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié*, p. 30.

12. Ministère Affaires étrangères, *Conférence internationale de Berlin* (Paris : Ministère des Affaires étrangères de France, 1890) ; Christian Topalov, *Naissance du chômeur. 1880-1910* (Paris : Albin Michel, 1994) : p. 75.

13. Charles Howard-Ellis, *The Origin, Structure & Working of the League of Nations* (Clark: The Lawbook Exchange, 1929) : p. 209.

14. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Hongrie, Italie, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse. Voir Howard-Ellis, p. 211.

les capitaux s'évader à l'étranger¹⁵», ces deux conventions, signées respectivement par douze et six États, signalent la nécessité d'aboutir à une législation internationale du travail¹⁶. En 1914, cependant, la Première Guerre mondiale met fin aux travaux de cette organisation.

L'Organisation internationale du travail

En 1919, les signataires du traité de Versailles s'engagent, *via* la Société des Nations (SDN), à promouvoir davantage de coopération entre les États afin d'éviter une nouvelle guerre mondiale. Au sein de cette organisation internationale, les signataires s'accordent sur la création d'une agence interétatique dédiée à la promotion des droits sociaux : l'Organisation internationale du travail (OIT).

Le préambule de la Constitution de l'OIT, adopté en avril 1919, explicite les fondements éthiques et politiques de son mandat. Le document affirme que :

« Une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale; [...] qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger [...]; que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays¹⁷. »

Ce faisant, l'OIT adopte une visée universaliste fondée sur une vision dynamique du droit social : il est nécessaire de mettre en relation les régimes juridiques et de les adosser à un socle universel de droits humains au travail.

Au cours de ses premières décennies d'existence, l'OIT enquête sur les conditions de travail à travers le monde. Divers rapports remis à la *Temporary Slavery Commission* de la SDN rendent compte d'un recours systématique au travail forcé dans les colonies. Bien que la SDN promeuve la colonisation, les violences rapportées dans ces multiples rapports conduisent celle-ci à déléguer à l'OIT la rédaction d'une convention sur le travail forcé – première convention de l'OIT, adoptée en 1930¹⁸. Dans les années suivantes, l'OIT poursuit ses recherches et s'impose comme une institution majeure dans l'analyse des violences perpétrées par les puissances coloniales européennes sur les populations et les travailleurs des colonies. Lorsque la

15. Berger, *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié*, p. 30.

16. Howard-Ellis, *The Origin, structure & working of the league of nations*, p. 212.

17. International Labour Organization ILO, "Constitution de l'OIT" (1919).

18. James P. Daughton, "ILO expertise and colonial violence in the interwar years", in Sandrine Kott et Joëlle Droux (ed.), *Globalizing social rights. the international labour organization and beyond*, (New York: Palgrave Macmillan, 2013): p. 85-86.

Seconde Guerre mondiale éclate, cette institution possède une vision de l'économie politique internationale inédite qui, tout en restant marquée par son adhésion à la « mission civilisatrice » de l'Occident, est consciente des violations massives des droits de l'homme engendrées par la colonisation. Comme le souligne l'historien James Patrick Daughton :

« Les archives amassées par l'OIT ne concernaient pas seulement le travail dans les colonies ; c'était probablement, pour l'époque, l'un des recueils les plus complets sur ce que nous appellerions aujourd'hui des violations des droits de l'homme¹⁹. »

En 1944, forte de cette expertise, et après avoir été témoin des ravages de la crise de 1929 sur les relations internationales et la paix, la Conférence générale de l'OIT se réunit à Philadelphie et adopte à l'unanimité la Déclaration de Philadelphie par laquelle elle renouvelle son mandat. La vision qui y est défendue apparaît d'une actualité frappante, que ce soit par les objectifs de justice sociale et de démocratie poursuivis que par la hiérarchie établie entre bien commun universel et intérêts économiques privés. Dans son article 1, la Déclaration de Philadelphie affirme en effet :

« Le travail n'est pas une marchandise ;
la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu ;
la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous ;
la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun²⁰. »

Ayant redéfini ses objectifs par consensus, dotée d'un fonctionnement tripartite inédit (chaque État devant nommer deux représentants du gouvernement, un représentant syndical et un représentant des employeurs), l'OIT évite la dissolution. Intégrée aux Nations unies, l'organisation poursuit son mandat dans le cadre de la décolonisation et de la promotion des droits de l'homme.

Entre 1944 et 2016, l'OIT, qui porte l'ambition d'incarner un véritable « parlement mondial du travail²¹ », voit son nombre de membres passer de 41 à 186. En dépit de tensions très fortes durant la guerre

19. Daughton, p. 92.

20. International Labour Organization ILO, « Déclaration de Philadelphie » (1944).

21. Marieke Louis, « Un parlement mondial du travail ? Enquête sur un siècle de représentation tripartite à l'Organisation internationale du travail », *Revue française de science politique* 66, n° 1 (2016) : p. 27-48.

froide et entre pays du Nord et pays du Sud, l'organisation produit dans cet intervalle de temps un contenu normatif conséquent composé, à ce jour, de 187 conventions²² et de plus de 200 recommandations²³ abordant des thématiques allant de la liberté syndicale à l'abolition du travail forcé en passant, entre autres, par la non-discrimination, le travail des enfants, l'inspection du travail, les travailleurs migrants, le travail de nuit, la protection de la maternité ou le travail maritime pour les gens embarqués sur des navires croisant dans les eaux internationales²⁴.

LES LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

Si l'OIT a été décorée du prix Nobel de la paix en 1969 et est devenue au fil du temps une organisation phare dans la promotion d'une perspective universaliste du droit social, elle qui cherche à ce que le travail « ne soit pas une marchandise » est cependant confrontée à des limites majeures qui en réduisent drastiquement la portée.

Universalisme et mondialisation économique

Tout d'abord, la perspective universaliste défendue à l'OIT entre en profonde contradiction avec la mise en concurrence des territoires organisée autour de l'idée de marché mondial. Comme le souligne Mireille Delmas-Marty :

« Une contradiction apparaît en effet [...] entre l'idée même d'universalisme, qui suppose solidarité, partage et lutte contre la pauvreté, et la société de marché, marquée à l'inverse par un accroissement de la compétition et des inégalités²⁵. »

Cette opposition est bien illustrée par la confrontation entre la Déclaration de Philadelphie de l'OIT et la Déclaration de Marrakech signée en 1994 au moment de la fondation de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

En effet, lorsque les 124 ministres présents à la réunion finale du Comité des négociations commerciales donnent naissance à l'OMC, ces derniers « se félicitent du cadre juridique plus solide et plus clair qu'ils ont adopté pour la conduite du commerce international²⁶ » sans jamais citer l'OIT et la nécessité de coopérer avec cette organisation

22. Traités internationaux juridiquement contraignant appelés à être ratifiés par les États membres.

23. Principes directeurs à caractère non contraignant.

24. Pour un accès à l'ensemble des conventions de l'OIT, voir la page Normlex de l'OIT sur www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=1000:12000::NO::

25. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit*, p. 13.

26. OMC, « Déclaration de Marrakech » (1994), para. 1 ; 3.

sur les enjeux de droit social afin que la « plus forte croissance des échanges, des investissements, de l'emploi et des revenus dans le monde entier²⁷ » ne soit pas une fin, mais bien un outil au service de l'amélioration des conditions de vie des plus pauvres. Comme l'analyse le professeur de droit Alain Supiot, la création de l'OMC entérine une logique institutionnelle qui va à rebours du mandat de l'OIT, où « les êtres humains ont disparu de la liste des objectifs assignés à l'économie et au commerce, et avec eux toute référence à leur liberté, à leur dignité, à leur sécurité économique et à leur vie spirituelle²⁸ ».

Deux ans plus tard, lors de la Conférence internationale du travail de 1996, l'OIT se retrouve dans une impasse : les États critiquent son activisme juridique et la multiplication des conventions²⁹. Cette contestation n'est pas neuve. Néanmoins, le virage amorcé à l'OMC confronte l'OIT à une véritable crise de légitimité : tandis que les États s'accordent à l'OMC sur un ensemble de règles commerciales contraignantes comprenant, notamment, un « mécanisme de règlement des différends », ces derniers refusent de s'engager à l'OIT sur la promotion de normes sociales universelles. Face à ce blocage persistant, l'OIT revoit ses ambitions à la baisse et, dans une perspective pragmatique largement commentée et critiquée³⁰, publie en 1998 sa Déclaration sur les principes et les droits fondamentaux du travail, établissant de fait une hiérarchie entre ses conventions : d'un côté figurent quatre principes fondamentaux couverts par huit conventions, de l'autre se retrouvent les centaines de conventions adoptées par l'organisation depuis près d'un siècle. Il s'agit pour l'organisation de parvenir à un consensus mondial et à une ratification unanime de la liberté d'association et de la reconnaissance effective du droit de négociation collective (conventions 87 et 98), de l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (conventions 29 et 105), de l'abolition définitive du travail des enfants (conventions 138 et 182), et de l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (conventions 100 et 111). Malgré cette concession et l'introduction d'une hiérarchie entre des conventions *a priori* toutes nécessaires pour garantir la dignité humaine au travail, aucun consensus n'a à ce jour permis la ratification unanime des huit conventions fondamentales de l'OIT par ses 186 États membres.

Dès lors, le droit international est sujet à une véritable « dis-synchronie³¹ » entre droits du commerce et droits sociaux, ces deux

27. OMC, para. 1.

28. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 63.

29. Mireille Delmas-Marty, *Le travail à l'heure de la mondialisation* (Paris : Bayard, 2013) : p. 44.

30. Francis Maupain, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?* (Genève : OIT, 2012), p. 5 et 58.

31. Mireille Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (II)*, (Paris : Seuil, 2006).

« ensembles normatifs évoluant à des vitesses différentes³² ». À titre d'exemple, alors que la violation des droits de propriété intellectuelle peut être contestée devant des tribunaux internationaux et aboutir à des sanctions financières, toute initiative cherchant à interdire la commercialisation de biens produits en violation des conventions de l'OIT est rejetée en vertu du principe de l'OMC de « non-discrimination dans les procédés et méthodes de production³³ ». La déconnexion entre conditions de travail et production de richesse observée dans les travaux d'Adam Smith est donc désormais reconnue par le droit commercial international qui refuse de conditionner la vente de biens au respect de critères sociaux minimaux tout au long des chaînes de valeur.

La clause sociale en débat

Cette idée de conditionner la vente de biens au respect de critères sociaux est résumée dans le concept de « clause sociale ». Le principe ? Toute juridiction contrevenant à certaines normes de droit social, dites « fondamentales », serait soumise à des sanctions économiques et financières et pourrait voir ses produits évincés du commerce mondial. Si une telle initiative vise à instaurer un socle universel de droits sociaux, les économistes Clotilde Granger et Jean-Marc Siroen soulignent que la clause sociale ne traite que des huit conventions fondamentales de l'OIT, passant sous silence des pans entiers du droit social tels que « les salaires minimum, les prestations de chômage, la sécurité sociale, le régime de retraite, [...] les normes de sécurité ou la durée du travail³⁴ ».

Malgré son caractère limité, l'instauration de cette clause sociale est fortement combattue. À première vue, ce rejet est d'autant plus paradoxal qu'il émerge souvent – mais pas exclusivement, comme nous allons le voir plus loin – des pays en développement, c'est-à-dire des pays où les violations des droits de l'homme sont les plus importantes. En effet, force est de constater que, du point de vue économique, la violation des normes fondamentales de l'OIT permet aux pays du Sud d'accroître leurs échanges avec les pays industrialisés en leur donnant un « avantage comparatif » sur un marché mondial

32. Delmas-Marty, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, p. 38.

33. Pour une analyse critique, voir Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 157.

34. Clotilde Granger et Jean-Marc Siroen, « La clause sociale dans les traités commerciaux », in Isabelle Daugareilh (ed.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux* (Bruxelles : Bruylant, 2005) : p. 182.

focalisé sur les coûts de production³⁵. Les pays en développement s'engagent donc dans une compétition féroce pour accroître leurs exportations dans des secteurs à forte intensité en travail, le dumping social et le non-respect de ces conventions leur permettant de gagner en « compétitivité » sur le marché mondial.

Si l'on peut comprendre le dilemme dans lequel se trouvent les pays en développement, la position des pays développés et émergents illustre de manière criante les difficultés qui subsistent pour aboutir à un socle universel de droit social, ces derniers opposant également de nombreuses résistances.

Les États du G20: une course au moins-disant social généralisée

On pourrait penser que les États membres du G20 – qui représentent à eux seuls les deux tiers de la population mondiale, 80% du commerce international et 90% du PIB mondial³⁶ – sont conscients de leur responsabilité commune dans la promotion d'un socle universel en droit social, et qu'ils se distinguent par une approche universaliste qui s'accorde avec le mandat de l'OIT.

Bien au contraire, une analyse rapide de la ratification des conventions fondamentales révèle que le consensus n'est pas atteint auprès des principales puissances économiques mondiales lorsqu'il s'agit de protéger la liberté syndicale, d'abolir le travail forcé, le travail des enfants et les discriminations:

35. Voir à ce propos les études de Rodrik, Van Beers et Granger qui établissent toutes un lien entre violation des normes du travail et accroissement des exportations intensives en travail. Voir Dani Rodrik, "Labor standards in international trade: do they matter and what we do about them", in Robert Z. Lawrence, Dani Rodrik, et John Whalley (ed.), *Emerging agenda for global trade: high stakes for developing countries* (Washington: John Hopkins University Press, 1996); Cees van Beers, "Labour standards and trade flows of oecd countries", *The World Economy* 21, n° 1 (1998): p. 57-73; Clotilde Granger, « Normes de travail fondamentales et échanges Sud-Nord », *Économie internationale* 101, n° 1 (2005) : p. 47-62.

36. Ces données sont à retrouver, entre autres, sur le site officiel des statistiques allemand, www.destatis.de/EN/FactsFigures/CountriesRegions/InternationalStatistics/Country/G20Start.html

Conventions de l'OIT	Liberté syndicale		Travail forcé		Discriminations		Travail des enfants	
	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv
Afrique du Sud	1996	1996	1997	1997	2000	1997	2000	2000
Allemagne	1957	1956	1956	1959	1956	1961	1976	2002
Arabie saoudite			1978	1978	1978	1978	2014	2001
Argentine	1960	1956	1950	1960	1956	1968	1996	2001
Australie	1973	1973	1932	1960	1974	1973		2006
Brésil		1952	1957	1965	1957	1965	2001	2000
Canada	1972		2011	1959	1972	1964	2016	2000
Chine					1990	2006	1999	2002
Corée du Sud					1997	1998	1999	2001
États-Unis				1991				1999
France	1951	1951	1937	1969	1953	1981	1990	2001
Inde			1954	2000	1958	1960		

Conventions de l'OIT (<i>suite</i>)	Liberté syndicale		Travail forcé		Discriminations		Travail des enfants	
	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv	Conv
Indonésie	1998	1957	1950	1999	1958	1999	1999	2000
Italie	1958	1958	1934	1968	1956	1963	1981	2000
Japon	1965	1953	1932	1967	1967	2000	2000	2001
Mexique	950		1934	1959	1952	1961	2015	2000
Royaume-Uni	1949	1950	1931	1957	1971	1999	2000	2000
Russie	1956	1956	1956	1998	1956	1961	1979	2003
Turquie	1993	1952	1998	1961	1967	1967	1998	2001

Source : *Normlex, OIT*³⁷.

37. www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:2,F

Seuls neuf des dix-neuf pays membres du G20 ont ratifié l'ensemble des conventions fondamentales de l'OIT. Si les pays européens ont ratifié l'ensemble de ces conventions et si les pays asiatiques sont les plus en retard, force est de constater que la position adoptée par des pays, dits « développés », tels que l'Australie, le Canada et les États-Unis, pose question. La position états-unienne est, à ce titre, inédite et mérite d'être soulignée pour illustrer les résistances contemporaines à l'instauration d'un droit social international contraignant. En effet, les États-Unis ont le plus faible taux de ratification parmi les États membres du G20, avec seulement deux conventions fondamentales et un total de douze conventions en vigueur ratifiées – le second pays du G20 au plus faible taux de ratification étant l'Indonésie, avec dix-neuf conventions ratifiées et en vigueur³⁸. Les États-Unis donnent donc la priorité à leurs tribunaux et à leurs intérêts nationaux, refusant de reconnaître un socle universel de droits sociaux, tout en se présentant comme les chantres du libre-échange³⁹.

Alors que l'implication des États-Unis sur les enjeux de droit social international remonte à la fondation de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs en 1900, ce pays ne reconnaît qu'à la marge la légitimité de l'OIT – cette défiance étant la mieux illustrée par le retrait temporaire des États-Unis de l'organisation entre 1977 et 1980, le gouvernement américain de l'époque dénonçant, au-delà de divers « incidents », le fonctionnement tripartite de l'organisation et la capacité des pays du bloc soviétique et des pays en développement à former « de véritables majorités automatiques à propos des sujets les plus sensibles⁴⁰ ».

Au-delà du cas des États-Unis, la dynamique observée au sein de l'UE mérite également de porter un regard critique sur la capacité des conventions de l'OIT à s'imposer comme un corpus normatif non négociable.

Tout d'abord, il convient de noter que les pays membres de l'Union ont une approche très fluide du caractère universel des conventions de l'OIT. Si, d'un côté, des États comme l'Espagne ou la France ont ratifié respectivement 87 et 80 conventions en vigueur, l'Allemagne n'en a ratifié que 59, la Roumanie 50, l'Autriche 44, et l'Estonie 33⁴¹. Si une ratification ou non-ratification ne présage en rien des conditions de travail observées dans telle ou telle juridiction, ceci traduit néanmoins le faible niveau d'harmonisation du droit social européen

38. Pour une analyse plus large de ces divergences entre États, voir Bernard Thibault, *La Troisième Guerre mondiale est sociale* (Paris : Les Éditions de l'Atelier, 2016).

39. Berger, *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié*, p. 88.

40. Maupain, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ?*, p. 4.

41. Données obtenues sur le site Normlex de l'OIT.

vis-à-vis des conventions de l'OIT. Comme le souligne Bernard Thibault, membre du conseil d'administration de l'OIT au sein du collège des représentants des travailleurs, « alors que l'Union européenne produit du droit auquel les États membres doivent se soumettre, elle s'exonère parfois des règles que fixe l'OIT⁴² ».

Une analyse fine des processus législatifs au sein de l'UE révèle que ce non-alignement ne témoigne pas d'un manque d'intérêt pour les normes édictées par l'organisation, mais plutôt d'une opposition frontale à sa vision du droit social. Depuis 2007 et l'intégration de nouveaux États membres issus de l'ex-bloc soviétique au sein de l'Union, la Cour de justice des communautés européennes (la plus haute juridiction de l'Union en matière de droit européen, dont les décisions font jurisprudence et s'imposent à tous les États membres) a adopté des positions allant à l'encontre des normes de l'OIT et du principe « "d'égalisation dans le progrès" qui figure dans le Traité européen et qui inspirait sa jurisprudence antérieure⁴³ ». À titre d'exemple, les arrêts *Laval*⁴⁴, *Viking*⁴⁵, *Rüffert*⁴⁶ et *Grand-Duché du Luxembourg*⁴⁷ de 2007 et 2008 ont affaibli le droit du travail au nom de la compétitivité et sont allés à l'encontre des conventions de l'OIT sur la négociation collective et le droit de grève pour « faire prédominer la liberté d'établissement sur les droits sociaux⁴⁸ ».

Cette confrontation entre le régime normatif de l'OIT et le régime juridique de l'UE va au-delà des décisions prises par la Cour de justice des communautés européennes. En effet, la Commission européenne elle-même refuse de reconnaître la hiérarchie entre normes internationales et normes communautaires, sapant de fait la légitimité de l'OIT à proposer un socle universel commun qui s'appliquerait à tous les États. Cet antagonisme est bien illustré par une étude produite par la Commission européenne en 2013. Dans ce rapport, la Commission analyse les quatre-vingt trois conventions que l'OIT a « mises à jour » afin de « déterminer si chaque instrument de l'OIT est compatible ou non (en partie ou en totalité) avec l'acquis de l'UE⁴⁹ ». Cette étude permet donc d'identifier les lacunes, les tensions et les possibles incompatibilités entre les deux régimes juridiques. Cette démarche est d'autant

42. Thibault, *La Troisième Guerre mondiale est sociale*, p. 109.

43. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 69.

44. CJCE 18 décembre 2007, affaire C-341/05, « *Laval un Partneri Ltd contre le syndicat suédois des travailleurs du bâtiment* ».

45. CJCE 11 décembre 2007, affaire C-438/05, « *Fédération internationale des transports et Syndicat des pêcheurs finlandais contre l'entreprise Viking Line* ».

46. CJCE, 3 avril 2008, affaire C-346/06, « *Dirk Rüffert contre Mand Niedersachsen* ».

47. CJCE, 19 juin 2008, affaire C-319/06, « *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché du Luxembourg* ».

48. Delmas-Marty, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, p. 53.

49. Commission Européenne, « *Analyse - En fonction de l'acquis de l'Union européenne - Des conventions à jour de l'Organisation internationale du travail* » (Bruxelles : Commission européenne, 2013) : p. 3.

plus pertinente que les États membres de l'UE ont, par les traités européens successifs, délégué à l'Union une partie ou la totalité de leur souveraineté et compétence à légiférer sur des sujets de droit social⁵⁰.

En suivant le concept de hiérarchie des normes – où les normes internationales des organisations onusiennes prévalent sur les normes communautaires et nationales –, on s'attendrait à ce que la Commission, une fois les incompatibilités identifiées, cherche à modifier ses normes et ses directives pour se mettre en accord avec les conventions de l'OIT. La Commission européenne, *via* sa direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion (DG Emploi), adopte au contraire la position inverse et affirme que :

« Cette analyse devrait aider la Commission à déterminer si elle doit proposer que les États membres soient autorisés par décision du Conseil à ratifier les instruments de l'OIT *dans l'intérêt de l'Union*⁵¹. »

Dans le paragraphe suivant, la DG Emploi confirme sa position de défiance vis-à-vis de l'OIT en ajoutant que :

« Cette analyse a pour but d'aider la Commission à évaluer la pertinence de la politique de promotion de la ratification des textes de l'OIT⁵². »

Alors que les conventions de l'OIT revêtent un caractère contraignant en droit international, le rapport de la Commission perçoit celles-ci comme un simple répertoire de standards parmi lesquels l'Union pourrait piocher au cas par cas :

« Les conventions sont classées par ordre de priorité : haut, moyen, bas et par compatibilité avec l'acquis de l'UE, signifiant que l'UE devrait s'abstenir de promouvoir leur ratification.

Le classement est basé sur les quatre critères suivants : compatibilité, valeur ajoutée, importance pour l'UE, importance pour l'OIT : quelle importance l'OIT accorde-t-elle à la convention⁵³ ? »

Pour justifier cette hiérarchisation entre des conventions qui, juridiquement parlant, sont d'importance et de nature équivalentes, le rapport cite le lobby international des entreprises (l'Organisation internationale des employeurs) et le lobby Business Europe qui, dans une attaque concertée contre le droit du travail, auraient émis auprès de la Commission « des doutes concernant les conventions à jour suivantes : C87 (liberté syndicale et la protection du droit syndical), C94 (clauses de travail – contrats publics), C98 (droit d'organisation et de négociation collective), C100 (égalité de rémunération), C143

50. L'étude liste, entre autres : les droits fondamentaux, les politiques d'emploi, l'égalité des chances, la négociation collective, la sécurité au travail, les travailleurs migrants, la sécurité sociale, la rémunération et les horaires de travail. Voir Commission européenne, p. 8-9.

51. Commission européenne, p. 3.

52. Commission européenne, p. 3.

53. Commission européenne, p. 13.

(travailleurs migrants, dispositions complémentaires), C156 (travailleurs ayant des responsabilités familiales), C175 (travail à temps partiel), et C158 (licenciement)⁵⁴ ».

Les « doutes » exprimés par les organisations patronales hors de toute structure formelle de dialogue sont donc intégrés dans ce document, qui opère, sans précaution supplémentaire, une hiérarchisation des conventions de l'OIT, cette hiérarchisation visant à être reprise par le Conseil de l'Europe « concernant les autorisations de ratification dans l'intérêt de l'Union⁵⁵ ».

C'est ainsi que s'installe, au sein même de l'Union, une défiance envers l'OIT, les traités de cette organisation internationale onusienne étant considérés comme de simples recommandations que l'on peut ratifier selon ses intérêts propres, en violation avec le préambule de la Constitution de l'OIT qui, rappelons-le, affirme que :

« La non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays⁵⁶. »

DE L'INCOMPLÉTUDE DU DROIT SOCIAL À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

Depuis 1890, des individus, associations et gouvernements se sont mobilisés pour faire émerger un droit social international qui garantisse la dignité humaine au travail et qui évite le dumping social. L'OIT, fondée en 1919, a poursuivi ce mandat décennie après décennie, produisant un riche corpus légitimé par un processus de négociation tripartite unique.

Malgré ces avancées, les États renâclent à abandonner leur souveraineté et craignent qu'une élévation des standards sociaux ne leur coûte dans la compétition que les territoires et les entreprises se livrent sur un marché mondial où la mise en concurrence est érigée comme un gage d'efficacité.

La position des pays en développement face à une possible clause sociale, le dédain des États-Unis envers les conventions de l'OIT et le refus de l'UE de subordonner ses directives au régime juridique de l'OIT révèlent les limites d'une approche centrée exclusivement sur le droit international.

Dans ce contexte, il y a urgence à dépasser une conception exclusivement territoriale du droit pour pousser à l'établissement d'un socle universel de droits sociaux tout au long des chaînes

54. Commission européenne, p. 12.

55. Commission européenne, p. 13-16.

56. ILO, Constitution de l'OIT.

d'approvisionnement. Une nouvelle philosophie du droit qui prendrait en compte ces connexions entre des lieux distants permettrait de dépasser cette incomplétude du droit international social contemporain.



CHAPITRE 2

LA SOUS-TRAITANCE ET LES SYSTÈMES DE PRODUCTION

En 2004, l'entreprise Nike « faisait appel à plus de 600 usines réparties à travers le monde, rien que pour la production de ses lignes de vêtements¹ ». Ayant développé un réseau de sous-traitance hors du commun qui emploie plus de 650 000 personnes à travers le monde², Nike a fait l'objet de nombreuses mobilisations citoyennes au cours des années 1990 et 2000. Campagne après campagne, des ONG ont dénoncé le recours massif de cette entreprise à la sous-traitance en dépit de conditions de travail déplorables dans ses ateliers de confection.

À première vue, de telles mobilisations ne sont pas nouvelles. Ainsi, dans les années 1790, déjà, un premier boycott avait été lancé – avec succès – par Elizabeth Heyrick à l'encontre du « sucre de sang » produit aux Caraïbes par des entreprises ayant recours à l'esclavage puis importé au Royaume-Uni par la Compagnie britannique des Indes orientales³. Néanmoins, l'exemple de Nike est situé dans un contexte économique qui diffère très largement du commerce international pratiqué sur les routes de la soie, lors de la « découverte » des Amériques par les Européens, lors de la « première mondialisation » des années 1870-1914, ou lors des trente glorieuses. En effet, il ne s'agit plus d'un commerce mondial entre entités privées distinctes, mais d'un commerce international orchestré par des relations contractuelles en cascade au profit d'entreprises transnationales tentaculaires : commerce « intra-firme » entre filiales d'un même groupe (évoqué *supra* à propos des prix de transfert), ou commerce entre une filiale et ses nombreux sous-traitants dispersés à travers le monde⁴.

1. David Weil et Carlos Mallo, "Regulating labour standards via supply chains: combining public/private interventions to improve workplace compliance", *British Journal of Industrial Relations* 45, n° 4 (2007): p. 794.

2. *The Guardian*, "Nike lists abuses at asian factories", *The Guardian*, April 14, 2005, www.theguardian.com/business/2005/apr/14/ethicalbusiness.money

3. Micklethwait et Wooldridge, *cited in* Robert Phillips et Craig Caldwell, "Value chain responsibility: a farewell to arm's length", *Business and Society Review* 110, n° 4 (2005): p. 350.

4. Elhanan Helpman, *Understanding Global Trade* (Cambridge: Harvard University Press, 2011).

Le droit social international conçu à l'OIT ne parvenant pas à s'imposer et à faire respecter des normes sociales garantes de la dignité des travailleurs à travers le monde, cette section s'interroge sur les implications morales, philosophiques et juridiques de ces nouveaux modes de production et de commerce.

Comme nous allons le voir ci-dessous, la recherche de la justice, qui inspire notamment les mouvements sociaux, appelle à reconsidérer la responsabilité des acteurs privés transnationaux afin que les droits de l'homme au travail soient respectés malgré l'incomplétude du droit international.

MOBILISATIONS CITOYENNES ET PRESSIONS DIPLOMATIQUES FACE À LA VIOLATION DU DROIT SOCIAL

En 1961, alors que la guerre d'indépendance en Algérie touche à sa fin, le psychiatre et essayiste Frantz Fanon souligne la nécessité d'avancer vers un nouvel ordre international qui dépasse les structures inégalitaires en vigueur :

« La confrontation fondamentale qui semblait être celle du colonialisme et de l'anticolonialisme, voire du capitalisme et du socialisme, perd déjà de son importance. Ce qui compte aujourd'hui, le problème qui barre l'horizon, c'est la nécessité d'une redistribution des richesses. L'humanité, sous peine d'en être ébranlée, devra répondre à cette question⁵. »

Dans les années 1960-1970, les Nations unies sont confrontées à cette question de la redistribution des richesses et, entre autres, du rôle des entreprises transnationales dans les relations internationales et dans la perpétuation de structures d'oppression. Le cas de l'Afrique du Sud et de son régime d'apartheid est le premier cas mobilisant les États, les ONG et l'ensemble de l'appareil onusien sur les questions de responsabilité sociale des entreprises.

L'apartheid et la responsabilité sociale de l'entreprise

Dans les années 1960-1980, l'Afrique du Sud joue un rôle majeur dans l'économie mondiale : en 1983, les investissements directs étrangers s'élèvent à près de 16 ou 17 milliards de dollars, un montant que seul le Brésil dépasse parmi les pays en développement⁶. Certains pays y sont particulièrement présents : en 1984, on dénombre 406 entreprises provenant des États-Unis, 364 du Royaume-Uni et 142 d'Allemagne⁷. En termes d'emploi, le rôle des entreprises

5. Franz Fanon, *Les Damnés de la Terre* (Paris : La Découverte, 1961) : p. 96.

6. Tagi Sagafi-Nejad, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact* (Bloomington: Indiana University Press, 2008) : p. 113.

7. Sagafi-Nejad, p. 183.

transnationales y est majeur : celles-ci emploient 600 000 personnes, dont 400 000 noires⁸.

Durant des décennies, la violation systématique des droits de l'homme instituée par le régime de l'apartheid ne pose pas de problèmes aux entreprises nord-américaines qui, loin de s'inquiéter de la discrimination instituée à l'encontre des travailleurs et, plus généralement, de la population noire, nient toute capacité ou toute influence dans la promotion de réformes sociales. En 1978, par exemple, un manager de la banque Citicorp affirme lors d'une audition au Congrès :

« Il existe une règle pour les entreprises multinationales américaines là où elles opèrent. Cette règle est la suivante : pas touche ['hands off']⁹. »

Un analyste du magazine *Fortune* affirme même en 1972, dans un aveuglement notoire vis-à-vis des enjeux éthiques soulevés par la perpétuation de violations systématiques des droits de l'homme et de pratiques discriminatoires dans les environs et au sein des entreprises :

« L'Afrique du Sud a toujours été perçue par les investisseurs étrangers comme une mine d'or, un de ces lieux rares et rafraîchissants où les profits sont immenses et les problèmes mineurs. Le capital n'y est pas menacé par l'instabilité politique ou la nationalisation. La main-d'œuvre est peu chère, le marché florissant, la monnaie solide et convertible » (John Blashill, cité par la sociologue Gay Seidman¹⁰).

Constatant la forte présence de filiales d'entreprises états-unienne en Afrique du Sud, diverses ONG nord-américaines tentent de modifier les politiques et les pratiques de ces entreprises en les ciblant « directement¹¹ ». Tout au long des années 1960-1970, des boycotts, des campagnes en faveur du désinvestissement et des campagnes médiatiques sont lancés par des syndicats ouvriers et des mouvements étudiants dans les grandes facultés américaines afin de remettre en question le rôle de ces entreprises dans la légitimation et le soutien au régime de l'apartheid¹².

Au sein de l'ONU, de nombreux travaux s'interrogent également sur le rôle des acteurs économiques privés dans la perpétuation de l'apartheid. Ainsi, le Centre des Nations unies sur les sociétés transnationales (CNUST) publie tout au long des années 1970 divers rapports documentant les pratiques des entreprises transnationales en

8. Sagafi-Nejad, p. 113.

9. Gay Seidman, *Beyond the boycott: labor rights, human rights, and transnational activism* (New York: Sage, 2007): p. 49.

10. Seidman, p. 49.

11. David Vogel, *Lobbying the corporation: citizen challenges to business authority* (New York: Basic Books, 1978); Sarah Soule, *Contention and corporate social responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009): p. 9.

12. Soule, *Contention and corporate social responsibility*, chap. 5; Eric Morgan, "The world is watching: polaroid and South Africa", *Enterprise & Society* 7, n° 3 (2006): p. 520-49.

Afrique du Sud. Ces études révèlent que ces entreprises se conforment aux lois de l'apartheid, violant *de facto* les droits sociaux des travailleurs noirs. L'Assemblée générale des Nations unies adopte alors une série de résolutions condamnant les pratiques de ces entreprises et appelant à cesser tout commerce d'armes avec le pays. Dans ce contexte de forte défiance, douze grandes entreprises transnationales américaines – parmi lesquelles Ford, General Motors, IBM et Mobil – s'engagent le 1^{er} mars 1977 à respecter une liste de six principes définis par le pasteur Léon Sullivan¹³. La perspective qu'il promet n'est pas celle d'un retrait des entreprises, mais plutôt celle d'une adhésion volontaire à des principes universels : Sullivan enjoint les entreprises, bien que celles-ci ne brisent aucune loi nationale, à s'élever volontairement au-dessus des lois sud-africaines en vigueur, à former des ouvriers qualifiés et des cadres noirs, à adopter des pratiques non-discriminatoires et à peser dans les débats publics en faveur de l'égalité. Un audit indépendant doit classer les entreprises selon leur « performance » et permettre de légitimer leur présence comme vecteurs de changement dans le pays¹⁴. Face à une pression médiatique grandissante, le nombre de signataires augmente rapidement, les Principes devenant progressivement un outil incontournable dans la quête de légitimité des entreprises transnationales opérant en Afrique du Sud¹⁵.

Néanmoins, en 1985, lorsqu'un panel établi par le CNUST, sur ordre du secrétaire général Javier Pérez de Cuéllar, se rend en Afrique du Sud et en Namibie afin d'évaluer les pratiques des entreprises transnationales, celui-ci conclut que les pratiques des entreprises ayant adhéré aux Principes de Sullivan ne reflètent en aucune façon leurs déclarations publiques¹⁶. Ainsi s'évanouit l'espoir que portait Sullivan de voir les entreprises transnationales s'engager dans une « désobéissance civile d'entreprise » en faveur de l'émancipation de la population noire. Constatant son échec, le pasteur abandonne en juin 1987 la direction des Principes qui portent son nom et appelle à couper tous les liens économiques et diplomatiques avec l'Afrique du Sud¹⁷. Confrontées à une forte mobilisation civique et institutionnelle, de nombreuses entreprises nord-américaines quittent le pays dans la seconde moitié des années 1980,

13. Prakash Sethi et Oliver Williams, "Creating and implementing global codes of conduct: an assessment of the sullivan principles as a role model for developing international codes of conduct. Lessons learned and unlearned", *Business and society review* 105, n° 2 (2000): p. 169-200.
14. Sethi et Williams, p. 186-89.

15. Seidman, *Beyond the boycott: labor rights, human rights, and transnational activism*, p. 56-57.

16. Sagafi-Nejad, *The un and transnational corporations: from code of conduct to global compact*, p. 114.

17. *Los Angeles Times*, "Leon Sullivan's call strengthens the anti-apartheid movement", *Los Angeles Times*, June 10, 1987; *The New York Times*, "A conversation with the rev. Sullivan; Going all-out against apartheid", *The New York Times*, July 27, 1986.

la persistance des violations des droits humains et des droits sociaux rendant leur présence intenable¹⁸.

Les ONG et les mouvements sociaux occidentaux sont ainsi sensibilisés à des enjeux de responsabilité sociale concernant des entreprises transnationales « à l'étranger ».

Dépasser les « cas limites »

Néanmoins, cette sensibilisation s'est avant tout déployée sur un « cas limite », celui de l'apartheid. Nous définissons un cas limite par les deux caractéristiques suivantes : la violation des droits de l'homme dépasse largement la sphère du travail et concerne l'ensemble de la politique d'un régime ; la politique poursuivie par le gouvernement est telle que sa condamnation emporte un relatif consensus au sein du dispositif onusien¹⁹.

Adhérant à la théorie de « l'effet boomerang »²⁰, les mouvements sociaux anti-apartheid ont appelé à l'adhésion aux Principes de Sullivan ou au retrait des entreprises transnationales d'Afrique du Sud pour remettre en cause, plus largement, la ségrégation raciale du gouvernement sud-africain. La société civile y aborde donc son activisme « exclusivement en termes d'influence sur le gouvernement²¹ ». Comme le souligne la sociologue Gay Seidman :

« Les activistes anti-apartheid évoquaient des problèmes bien plus manichéens que les questions concernant, par exemple, la façon de fixer un salaire minimum dans un pays éloigné. Les questions délicates concernant l'impact potentiel [d'un retrait des entreprises transnationales] sur le taux d'emploi étaient largement dépassées [*offset*] par la dure réalité de la répression systématique et de l'exclusion raciale en Afrique du Sud²². »

Entre 1996 et 2005, l'affaire Total-Unocal remet au goût du jour les enjeux de responsabilité sociale pour des entreprises transnationales françaises et nord-américaines opérant à l'étranger. Cette affaire concerne la construction en Birmanie entre 1995 et 1998 d'un pipeline par un consortium d'entreprises du secteur pétrolier. Une première plainte est déposée par la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) devant l'OIT en juin 1996 et demande la mise en place d'une commission d'enquête en accusant les entreprises impliquées

18. Morgan, "The world is watching: polaroid and South Africa".

19. En effet, comme le souligne Sagafi-Nejad, « de 1960 à 1994, pas moins de dix-huit résolutions du Conseil de sécurité, trente-et-une résolutions de l'Assemblée générale et dix résolutions du Conseil économique et social relatives à l'Afrique du Sud furent adoptées ». Voir Sagafi-Nejad, *The un and transnational corporations: from code of conduct to global compact*, p. 112.

20. Margaret Keck et Kathryn Sikkink, *Activists beyond borders. advocacy networks in international politics* (Ithaca: Cornell University Press, 1998).

21. Paul Wapner, "Politics beyond the state: environmental activism and world civic politics", *World Politics* 47, n° 3 (1995): p. 312.

22. Seidman, *Beyond the boycott: labor rights, human rights, and transnational activism*, p. 58.

dans le projet d'avoir bénéficié, *via* leur partenaire birman, du travail forcé de la population locale²³. En 2002, huit réfugiés birmans déposent à leur tour une plainte au tribunal de Nanterre pour avoir été contraint de travailler sur le chantier de gazoduc « sous la menace permanente de violences de la part des bataillons qui les encadraient s'ils n'exécutaient pas les tâches qui leur étaient assignées²⁴ ».

La Birmanie étant alors gouvernée par la junte militaire, et celle-ci étant vivement critiquée au sein du dispositif onusien pour ses exactions à l'encontre des minorités ethniques et pour l'assignation à résidence de la leader de l'opposition Aung San Suu Kyi, l'affaire Total-Unocal, fortement médiatisée, constitue à nouveau un cas limite, interrogeant la responsabilité sociale des entreprises dans un pays soumis à un embargo de la part des États-Unis et de l'UE et ostracisé sur la scène internationale²⁵. Si cette affaire a permis de soulever à nouveau des questions pertinentes sur la responsabilité sociale d'une entreprise dans sa chaîne de sous-traitance, tout portait à croire qu'une telle situation était, somme toute, exceptionnelle²⁶.

Or, le travail d'enquête et d'analyse réalisé par de nombreux journalistes et ONG révèle que les violations des droits de l'homme au travail, loin de constituer une exception, sont légion et ne semblent pas se résorber. Quelques cas médiatisés illustrent, par leur caractère emblématique, la diversité et l'étendue des violations des droits sociaux à l'œuvre à travers le monde. En restreignant cette courte liste à la dernière décennie, nous pouvons nous rendre compte du caractère alarmant et contemporain de ces violations quotidiennes :

- Fin 2012, deux incendies dans les usines Ali Enterprises et Tazreen Fashions à Karachi, au Pakistan ; et à Dacca, au Bangladesh, font respectivement 289 et 112 morts, pour plus de 400 blessés. Le 24 avril 2013, l'effondrement de l'usine textile du Rana Plaza, dans la banlieue de Dacca, au Bangladesh, cause la mort de plus de 1 200 travailleurs. En l'espace de quelques mois, ces trois tragédies révèlent l'absence de normes de sécurité

23. Plainte de la CISL citée dans Olivier De Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international* 52 (2006) : p. 57.

24. Plainte déposée au tribunal de Nanterre, cité dans Ludovic Hennebel, « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis », Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) (Louvain : Université catholique de Louvain, 2006) : p. 12.

25. International Labour Organization ILO, "Forced labour in Myanmar (Burma). Report of the commission of inquiry appointed under article 26 of the constitution of the international labour organization to examine the observance by Myanmar of the forced labour convention, 1930 (N° 29)" (Geneva: ILO, 1998) ; P.S. Pinheiro, « Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme » (New York : UN Commission on Human Rights, August 12, 2005).

26. De surcroît, cet exemple soulevait aussi la question plus large de la complicité d'entreprises à l'égard de violations de droits humains dans le périmètre de leurs activités et de leur rôle politique dans des pays non démocratiques (rôle dont il sera question plus loin). Voir Renouard, *La Responsabilité éthique des multinationales*, p. 85-98.

- dans les usines textiles d'Asie du Sud qui fournissent, entre autres, les plus grandes marques de vêtement occidentales²⁷.
- En mars 2015, l'agence Associated Press lance la publication d'une série de reportages mettant en lumière le travail forcé et le recours à l'esclavage dans l'industrie de pêche et de transformation de la crevette en Thaïlande et en Indonésie – industrie générant plus de deux milliards de dollars de chiffre d'affaires par an, tournée principalement vers l'export *via* des géants de l'agroalimentaire²⁸.
 - En novembre 2015, dans le cadre d'une série de reportages, Ian Urbina alerte sur la violation des droits fondamentaux de Philippins recrutés par des agences d'intérim à Singapour pour être envoyés sur des navires de pêche à Taiwan²⁹.
 - En 2012 et 2013, une série de rapports publiés, entre autres, par l'ONG China Labor Watch documente les violations graves des droits humains dans les usines de Foxconn et de Pegatron, où des dizaines de milliers de travailleurs chinois assemblent les produits vendus par Apple, Nokia, Sony et Samsung. Malgré une couverture médiatique importante, des rapports similaires font toujours état de conditions de travail en violation des lois chinoises et des normes internationales dans l'industrie manufacturière des géants du numérique en Chine³⁰.

Un point est commun à toutes les situations relatées ci-dessus : ces violations des droits sociaux interviennent dans des chaînes de production et d'approvisionnement transnationales. Les chaînes d'approvisionnement transnationales diffèrent des relations marchandes qui ont primé par le passé : les centrales d'achat ne sont pas dans une dynamique d'offre et de demande, mais dans une relation de subordination où la mise en place de multiples dispositifs contractuels lie entre elles des entreprises donneuses d'ordre et des entreprises sous-traitantes réparties à travers le monde. Comme le souligne un rapport récent de l'OIT :

« Des problèmes peuvent survenir lorsque les entreprises donneuses d'ordres effectuent des investissements et font des choix en matière d'approvisionnement qui se répercutent sur les conditions de travail au

27. Le Monde, « Deux incendies d'usine au Pakistan font plus de 310 morts », *Le Monde*, 12 septembre 2012 ; Le Monde, « Une usine textile prend feu au Bangladesh, faisant plus de 100 morts », *Le Monde*, 25 novembre 2012 ; AFP, « Bangladesh : le bilan de l'effondrement s'alourdit à plus de 1 000 morts », *Libération*, 10 mai 2013.

28. Associated Press, "Seafood from slaves", *Associated Press*, March 24, 2015.

29. Ian Urbina, "Tricked and indebted on land, abused or abandoned at sea", *The New York Times*, November 9, 2015.

30. China Labor Watch, "Apple's unkept promises: cheap iphones come at high costs" (New York: China Labor Watch, July 29, 2013); China Labor Watch, "Something's not right here: poor working conditions persist at apple supplier pegatron" (New York: China Labor Watch, October 22, 2015); China Labor Watch, "Apple is the source of mistreatment of chinese workers" (New York: China Labor Watch, August 24, 2016).

sein de la chaîne sans qu'elles aient une responsabilité directe vis-à-vis des emplois concernés. Le risque est que les pressions exercées au niveau mondial sur les prix pratiqués par les producteurs et les délais de livraison, sur fond de vive concurrence entre fournisseurs, tirent vers le bas les salaires et les conditions de travail, et compromettent le respect des droits fondamentaux des travailleurs dans ces chaînes³¹. »

La sous-traitance instaurée à l'échelle mondiale pose donc de nouveaux défis dans la mise en place d'un régime de production respectueux du droit social des travailleurs.

LA SOUS-TRAITANCE GÉNÉRALISÉE : REPENSER LA RESPONSABILITÉ

La production, les investissements et le commerce transnationaux se sont développés de manière massive au cours des dernières décennies avec l'amélioration des réseaux de télécommunications, le développement des infrastructures logistiques, la suppression des frais de douanes et la libéralisation des flux financiers³². En conséquence, les entreprises se sont engagées dans une économie globale, déléguant peu à peu les tâches ne relevant pas de la commercialisation finale du produit à des sous-traitants.

Dans cette reconfiguration du régime de production internationale, l'arrivée sur le marché mondial des pays asiatiques a accru la compétition entre États, des millions de travailleurs et d'entrepreneurs intégrant soudainement le marché mondial à la recherche de nouvelles opportunités. Cette évolution rapide du régime de production a eu des effets majeurs sur le droit du travail dans les pays émergents et sur la notion de responsabilité sociale de l'entreprise.

Nouveaux rapports de force, nouvelles dynamiques sociales

En analysant les relations de travail « au sein » de l'économie américaine, David Weil, professeur et ancien administrateur au département du travail américain sous la présidence Obama, remarque que le recours accru à la sous-traitance mène à une précarisation du travail dans ce qu'il appelle un « morcellement du monde du travail » :

« L'emploi a été morcelé des leaders sur le marché vers un réseau complexe d'entreprises de plus petite taille. Comme on peut s'y attendre, ces entreprises situées plus bas dans la chaîne opèrent sur un marché bien plus compétitif que les entreprises à partir desquelles les emplois ont migré, très souvent avec des conséquences négatives sur les conditions d'emploi³³. »

31. ILO, « Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », p. 2.

32. Richard Baldwin, "Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going" (Geneva: Centre for Trade and Economic Integration, 2012).

33. David Weil, "Broken windows', vulnerable workers, and the future of worker representation", *The Forum* 10, n° 1 (2012): p. 3.

Cette dynamique se retrouve à l'échelle internationale, avec un morcellement de la production vers des réseaux de sous-traitants et de fournisseurs gérés par des acheteurs spécialisés³⁴. Adoptant une perspective purement contractuelle, ces derniers se concentrent sur leur « cœur de métier » et considèrent la promotion des droits sociaux chez leurs fournisseurs comme une problématique indépendante de leur politique d'achat, reproduisant la dis-synchronie entre commerce et droits sociaux évoquée plus haut entre OMC et OIT.

Cependant, les dynamiques propres à la sous-traitance ont des conséquences directes sur la défense des droits sociaux. En effet, la prolifération de petites structures et d'entreprises sous-traitantes encourage le moins-disant social et entraîne la destruction du rapport de force traditionnel entre travailleurs et dirigeants. Deux dynamiques structurelles sont à l'œuvre :

1. *Tout d'abord, un dumping social dans un contexte de compétition* : que ce soit dans les pays développés ou dans les pays émergents, le recours à la sous-traitance entraîne la prolifération d'entreprises spécialisées. Dans de multiples secteurs, cette sous-traitance se traduit par l'émergence de structures de petite taille intensives en main-d'œuvre qui sont incitées à dégrader les conditions de travail et à violer les normes sociales afin de réduire leurs coûts.

Ce dumping social est difficile à combattre. En effet, l'éclatement de la production entraîne un déficit structurel pour la puissance publique qui, quelle que soit sa volonté, est souvent dépassée par le nombre d'entités à contrôler³⁵. Dans les pays émergents, où la croissance économique rapide des dernières années a mené au bourgeonnement de nouvelles usines et au développement du travail à domicile, ce défi posé à la puissance publique est encore plus marqué.

2. *La seconde dynamique est celle d'une dégradation du droit syndical et de la négociation collective* : le passage d'un régime de production « en interne » à un régime qui délègue une part croissante de ses tâches à des entreprises en concurrence sur un marché mondial fait perdre aux représentants syndicaux leur pouvoir de négociation. En effet, l'application du droit de grève a changé de signification : si cesser la production signifiait auparavant réduire la part de biens « offerts à la vente », la grève dans une entreprise sous-traitante signifie « le non-respect d'un contrat ». Sur un marché extrêmement compétitif, les entreprises sous-traitantes sont donc placées dans une relation de subordination où la réputation et la capacité d'honorer coûte que coûte les contrats

34. Gary Gereffi, "Commodity chains and regional divisions of labor in East Asia", *Journal of Asian Business* 12, n° 1 (1996): p. 75-112.

35. Weil et Mallo, "Regulating labour standards via supply chains: combining public/private interventions to improve workplace compliance", p. 797-807.

sont primordiales : un retard lié à un conflit social est synonyme de mauvaise réputation et peut aisément entraîner la rupture de la relation contractuelle, l'acheteur pouvant se tourner de manière durable vers la concurrence³⁶. En conséquence, Weil note « qu'au vu de conditions qui se détériorent et de barrières accrues à une plainte (notamment en raison de leur vulnérabilité économique), les personnes se retirent de ces "lieux risqués" et la probabilité de futures plaintes décroît davantage³⁷ ».

Les travailleurs impliqués dans des chaînes de sous-traitance sont donc soumis à une vulnérabilité initiale (dynamique 1) qui a tendance à se renforcer, toute plainte ou action collective étant réprimée par des dirigeants soucieux de ne pas perdre leurs contrats avec des centrales d'achat mandatées par de grandes entreprises (dynamique 2).

L'enjeu est donc de concevoir de nouvelles structures qui répondent aux transformations des rapports de force « au sein » et « entre » les entreprises impliquées dans des chaînes d'approvisionnement mondiales. Si le morcellement géographique et institutionnel des travailleurs en une multitude de structures en compétition féroce réduit la capacité d'action collective « au sein » des entreprises, il s'agit d'interroger la notion de responsabilité afin que celle-ci passe d'une perspective de respect de la loi nationale et de négociation d'entreprise à une perspective macro fondée sur la responsabilité des donneurs d'ordre qui commercialisent ces biens issus de chaînes d'approvisionnement mondiales.

Repenser la responsabilité au long des chaînes d'approvisionnement

Selon le philosophe John Rawls, les obligations de justice se définissent en priorité par l'appartenance à une même communauté politique, la justice sociale globale étant appréhendée sous l'angle d'un transfert de ressources des pays riches vers les populations démunies des États « entravés par des conditions défavorables³⁸ ». La quête d'une société juste s'inscrit donc dans un cadre étatique westphalien.

Confrontées à des scandales à répétition, les entreprises donneuses d'ordre et les centrales d'achat se rattachent souvent à une telle perspective, évoquant la nécessité pour les États d'élaborer « leur propre » droit social et pour les entreprises sous-traitantes de faciliter le dialogue social « en leur sein ».

36. David Weil, *The fissured workplace. why work became so bad for so many and what can be done to improve it* (Cambridge: Harvard University Press, 2014).

37. Weil, "Broken windows", vulnerable workers, and the future of worker representation", p. 4 et 7.

38. John Rawls, *A theory of justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971); Rawls, *Le Droit des gens* (1996), Paris, *Esprit*, 1998.

Si une telle dynamique est attrayante sur le papier, nos analyses précédentes concernant l'incomplétude du droit social international et la précarité du dialogue social dans les chaînes de sous-traitance montrent combien ces invocations paraissent illusoire. L'enjeu est donc de dépasser une conception fondée sur la souveraineté étatique et sur des communautés politiques mutuellement exclusives pour inventer des institutions économiques justes. Dès 1993, la Cour de cassation française s'est ainsi attachée à définir la notion de responsabilité afférente à une relation de sous-traitance :

« Le propriétaire de la chose, bien que la confiant à un tiers, ne cesse d'en être responsable que s'il établit que ce tiers a reçu corrélativement toute possibilité de prévenir lui-même le préjudice qu'elle peut causer³⁹. »

Or, les entreprises transnationales, telles que Nike, Gap, H&M, Starbucks ou WalMart, sont extrêmement puissantes et exercent un contrôle significatif sur les pratiques de milliers de fournisseurs et sous-traitants⁴⁰. En raison de cette position dominante sur les marchés, et en suivant la Cour de cassation française, les grandes entreprises portent donc bel et bien une responsabilité tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement, bien au-delà de leurs filiales étrangères⁴¹.

La responsabilité d'entreprise doit donc être analysée sous l'angle moral et politique afin d'aboutir à des évolutions juridiques pertinentes. La proposition faite par la philosophe Iris Young d'une « responsabilité de connexion sociale » nous semble particulièrement fertile⁴².

Une responsabilité de connexion sociale

Young note, à partir des travaux des économistes Kimberly Ann Elliott et Richard Freeman, que la marque de vêtements Nordstrom sous-traite la confection de ses vêtements à plus de 50 000 fournisseurs et sous-traitants, tandis que les produits vendus sous la marque Disney proviennent de plus de 30 000 usines réparties à travers le monde⁴³. Au-delà de l'exemple de Nike mentionné en introduction de cette section, les marques qui établissent des liens planétaires sont légion et témoignent bien des interconnexions multiples

39. Civ. 1^{re}, 9 juin 1993, n° 91-11216, Semaine juridique, éd. G, 1994, II 22202 note G. Viney, cited in Alain Supiot, « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in Alain Supiot et Mireille Delmas-Marty (ed.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, (Paris : Presses universitaires de France, 2015) : p. 28.

40. Phillips et Caldwell, "Value chain responsibility: a farewell to arm's length", p. 352-55.

41. Phillips et Caldwell, "Value chain responsibility: a farewell to arm's length".

42. Iris Marion Young, "Responsibility and global justice: a social connection model", *Social Philosophy and Policy* 23, n° 1 (2006): p. 102-30.

43. Kimberly Elliott et Richard Freeman, *Can labor standards improve under globalization?* (Washington: Institute for International Economics, 2004).

entre, d'un côté, des donneurs d'ordre dotés d'un pouvoir de décision important et d'une grande flexibilité dans le choix de leurs sous-traitants, et, de l'autre côté, des milliers d'entreprises en concurrence directe sur des marchés où les marges de profit sont moindres et la pression commerciale forte.

Constatant ce déséquilibre dans la relation entre donneurs d'ordres et sous-traitants, Young s'interroge sur le caractère structurellement injuste de ce mode de production⁴⁴. En accord avec les travaux sur la violence structurelle menés par les anthropologues Paul Farmer, Veena Das, Arthur Kleinman et Akhil Gupta⁴⁵, l'injustice structurelle se rapporte ici à une organisation économique au sein de laquelle les inégalités, les relations de domination, de dépendance et d'exclusion se perpétuent et se renforcent lorsque chacun y poursuit son propre intérêt. Dans une telle configuration, et contrairement à la théorie économique d'Adam Smith, l'interaction entre des acteurs qui cherchent tous à maximiser leur propre intérêt ne promeut pas le bien commun :

« L'injustice ne repose pas sur le simple fait que la structure est composée d'acteurs, car toutes les structures sociales sont à la fois source de contrainte et de mise en capacité. Au contraire, l'injustice consiste en "la manière par lesquelles" elles permettent la contrainte ou la mise en capacité, et comment ces contraintes et capacités étendent ou restreignent les opportunités individuelles. Les règles, ressources et pratiques institutionnelles selon lesquelles les personnes agissent ne constituent pas, selon la terminologie de Rawls, des règles équitables de coopération⁴⁶. »

Ainsi, bien que personne ne soit « coupable » (*liable*) de cet état de fait au sens juridique du terme, toutes les personnes impliquées dans ces chaînes d'approvisionnement – du producteur de matière première au consommateur européen ou américain en passant par les multiples entrepreneurs qui transforment le produit, les centrales d'achat, les opérateurs logistiques et l'entreprise transnationale qui commercialise le produit fini – portent une « responsabilité » dans le maintien de ces formes d'injustice. Si la culpabilité pénale d'un individu ou d'une organisation peut être juridiquement étayée dans le cas de violations

44. Young, "Responsibility and global justice: a social connection model", p. 111-15.

45. Paul Farmer, "On suffering and structural violence: a view from below", *Daedalus* 125, n° 1 (1996): p. 261-83; Arthur Kleinman, Veena Das, et Margaret Lock, "Social suffering. Introduction", *Daedalus* 125, n° 1 (1996): p. xi-xx; Arthur Kleinman, "The violences of everyday life. The multiple forms and dynamics of social violence", in Veena Das et al. (ed.), *Violence and subjectivity*, (Berkeley: University of California Press, 2000): p. 226-41; Akhil Gupta, *Red tape. Bureaucracy, structural violence, and poverty in india* (London: Duke University Press, 2012); Pierre Bourdieu (ed.), *La Misère du monde* (Paris: Seuil, 1993).

46. Young, "Responsibility and global justice: a social connection model", p. 114.

claires des droits humains⁴⁷, l'exigence de justice sociale requiert de ne pas se borner à la recherche de coupables qui feraient office de boucs émissaires, mais doit aussi permettre de s'interroger sur les causes structurelles qui ont permis à de telles défaillances de survenir.

Cette approche systémique, très souvent utilisée par des ingénieurs pour analyser les catastrophes industrielles⁴⁸, rend compte de la complexité des structures économiques contemporaines et insiste sur les notions de « responsabilité » et de « connexion sociale » qui, pour reprendre la philosophe Hannah Arendt, sont par essence « politiques » et « collectives » :

« Cette responsabilité d'actes que nous n'avons pas commis, cette façon d'endosser les conséquences d'actes dont nous sommes entièrement innocents, est le prix à payer parce que nous ne vivons pas seuls, mais parmi d'autres hommes, et que la faculté d'agir, qui est après tout la faculté politique par excellence, ne peut s'accomplir que dans l'une des nombreuses et diverses formes de la communauté humaine⁴⁹. »

Au sein des chaînes d'approvisionnement mondiales, la promotion de la justice sociale consiste donc à se pencher collectivement sur les cadres légaux et les logiques d'acteurs, et ce, depuis les pratiques de management « au sein » des usines jusqu'aux mécanismes de certification et de négociation des grandes marques. En effet, l'injustice structurelle ne relève pas seulement de quelques acteurs sans scrupule qu'il faut identifier et disqualifier, mais d'un ensemble complexe d'institutions et de pratiques qui définissent le *business as usual*.

La typologie proposée par le théologien et spécialiste d'éthique sociale Mathias Nebel permet de distinguer différentes formes de participation – personnelles et collectives – à une injustice structurelle : une responsabilité par instigation, une responsabilité par collusion ou coopération, et une responsabilité par omission⁵⁰.

Dans le cas de l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh en 2013, il est ainsi possible de distinguer divers types de responsabilité portés par différents acteurs : une responsabilité par instigation peut être appliquée aux directeurs des usines, qui ont soumis les salariés à des conditions de travail dangereuses, ainsi qu'aux dirigeants des entreprises donneuses d'ordres, qui n'ont pas pris les moyens de

47. Lorsque l'on constate, par exemple, qu'un dirigeant d'entreprise a battu ses employés ou a violé les règles basiques de sécurité afin de se faciliter la tâche, ou lorsqu'une agence gouvernementale ferme les yeux sur des violations claires des droits de l'homme en toute connaissance de cause ; en clair, lorsque la relation de cause à effet est clairement établie. Voir Young, p. 116-18.

48. Voir les travaux de Nancy Leveson au MIT ou encore l'ouvrage de Earl Boebert et James Blossom, *Deepwater horizon. A systems analysis of the Macondo disaster* (Cambridge: Harvard University Press, 2016).

49. Hannah Arendt, « La responsabilité collective », *Ontologie et Politique* (Paris : Tierce, 1989) : p. 184.

50. Mathias Nebel, *La Catégorie morale de péché structurel* (Paris : Cerf, 2006).

vérifier la bonne application de règles élémentaires de sécurité au long de leur chaîne d'approvisionnement, ouvrant la voie à des poursuites pénales; une responsabilité par collaboration peut être attribuée aux acteurs situés tout au long de la chaîne de sous-traitance; une responsabilité par omission peut caractériser les consommateurs des pays occidentaux qui achètent des produits à bas coût sans se soucier des conditions de leur fabrication.

Une telle analyse éthique et politique ne se traduit pas nécessairement dans des normes juridiques, mais elle permet d'interroger la façon dont est mobilisée aujourd'hui la notion de RSE ou d'éthique des affaires. Dans le prolongement des analyses d'Hannah Arendt sur la responsabilité politique et collective, cette analyse révèle que les nombreux acteurs et consommateurs qui travaillent au sein de ces chaînes de valeur ou qui en achètent les produits portent une responsabilité à l'égard de leur maintien. En ce sens, comme le souligne le sociologue Pierpaolo Donati, la contribution à une transformation structurelle passe par une individualisation de nos responsabilités collectives⁵¹.

Confrontés à cette complexité, les mouvements sociaux, les syndicats, les grandes entreprises et les États ont, depuis une vingtaine d'années, mis peu à peu en place des processus de régulation et de concertation transnationaux qui envisagent la responsabilité comme connexion sociale. Cette responsabilité prend aujourd'hui forme par des processus de négociation collective qui dépassent les typologies du public-privé ou du national-global.

51. Pierpaolo Donati, "The morality of action, reflexivity, and the relational subject", in Daniel K. Finn (ed.), *Distant markets, distant harms. Economic complicity and christian ethics*, (Oxford: Oxford University Press, 2014).

CHAPITRE 3

LES TABLES RONDES ET LES SYNDICATS INTERNATIONAUX

S'interrogeant sur les « agents de justice¹ », la philosophe Onora O'Neill remarque en 2001 que, si certains États prédateurs, faibles ou faillis manquent à leur devoir de promouvoir la justice, les grandes entreprises transnationales ont parfois une telle puissance économique et politique qu'elles sont « évidemment capables de jeter leur poids considérable dans la direction soit d'une plus grande justice, soit du statu quo, soit d'une plus grande injustice² ». Dans de telles circonstances, O'Neill conclut qu'un « point de départ sérieusement réaliste pour un raisonnement normatif³ » rend floue la hiérarchisation entre État et entreprise dans la promotion effective de la justice.

Loin d'un plaidoyer en faveur de la privatisation et de la dérégulation au profit du secteur privé, cette analyse met en lumière les limites rencontrées par l'État dans l'exercice de la justice. Dès lors se pose la question de la capacité des acteurs non-étatiques (entreprises, ONG, syndicats) à définir des normes favorables à une plus grande justice sociale.

Comme nous le verrons ci-dessous, divers systèmes complémentaires se sont développés et émergent peu à peu à la jonction du public et du privé, du local et du transnational : à des dispositifs de régulation privée s'ajoutent peu à peu des dispositifs bilatéraux entre sièges sociaux et syndicats internationaux, mais aussi des instruments plus complexes regroupant agences gouvernementales, entreprises transnationales, syndicats nationaux et internationaux, et ONG⁴.

1. Onora O'Neill, "Agents of justice", *Metaphilosophy* 32, n° 1/2 (2001): p. 180-95.

2. O'Neill, p. 193.

3. O'Neill, p. 189.

4. Dara O'Rourke, "Outsourcing regulation: analyzing nongovernmental systems of labour standards and monitoring", *The policy studies journal* 31 (2003): p. 1-29.

REPENSER LA RESPONSABILITÉ AU SEIN DE L'ENTREPRISE : LABELS SOCIAUX ET CODES DE CONDUITE

Dans les années 1990, alors que les scandales impliquant des entreprises privées deviennent récurrents, des entreprises soucieuses de l'opinion de leurs clients tentent d'asseoir leur légitimité en adoptant un discours sur la « citoyenneté d'entreprise ». Celles-ci se décrivent comme des protagonistes désireux et capables de résoudre, sur la base du volontariat et d'une conscience sociale partagée, les grands enjeux mondiaux de justice et de développement⁵.

On assiste alors à « l'émergence d'une autorité à caractère privé⁶ », avec des entreprises transnationales, des clubs d'entreprises et des associations professionnelles qui définissent unilatéralement un vaste ensemble de « standards pour des pratiques "responsables" d'entreprises⁷ » et qui visent à établir un régime privé international de redevabilité d'entreprise⁸.

L'émergence des codes de conduite privés

Cependant, la professeure de droit Janelle Diller a observé en 1999, à partir de l'étude de 215 codes de conduite et de 12 programmes de labels sociaux, que ces instruments de régulation privilégient très largement des thématiques consensuelles et ignorent des sujets sensibles pourtant couverts par les conventions fondamentales de l'OIT :

« La santé et la sécurité au travail est la question la plus fréquemment traitée – dans environ trois quarts des codes analysés. Vient ensuite la discrimination à l'embauche ou dans l'emploi, qui fait l'objet de dispositions diverses dans environ deux tiers des codes. La question du travail des enfants (l'élimination du travail des enfants, l'engagement de ne pas y recourir ou de ne pas traiter avec des entreprises qui y recourent) apparaît dans 45 % des codes, et celle du niveau des salaires dans 40 %. Le problème du travail forcé (l'engagement de ne pas y recourir ou de ne pas traiter avec des entreprises qui y recourent) n'est abordé que dans un quart des codes. Chose frappante : on ne trouve de dispositions, de nature diverse, sur

5. Jeremy Moon, Andrew Crane, et Dirk Matten, "Can corporations be citizens? Corporate citizenship as a metaphor for business participation in society", *Business Ethics Quarterly* 15, n° 3 (2005): p. 442.

6. Rodney Hall et Thomas Biersteker, "The emergence of private authority in the international system", in Rodney Hall et Thomas Biersteker (ed.), *The emergence of private authority in global governance*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 7.

7. David Vogel, "The private regulation of global corporate conduct: achievements and limitations", *Business & Society* 49, n° 1 (2010): p. 71.

8. Nous empruntons à Cutler *et al.* pour définir un régime privé international comme « un complexe intégré d'institutions formelles et informelles qui sont une source de gouvernance pour un enjeu économique dans sa totalité ». Voir Claire Cutler, Virginia Haufler, et Tony Porter (ed.), *Private authority in international affairs* (Albany : SUNY Press, 1999): p. 13.

la liberté syndicale et la négociation collective, questions capitales pour le développement du syndicalisme et l'action syndicale, que dans 15 % des codes analysés⁹.»

Le manque de transparence et de délibération publique dans l'élaboration de ces codes de conduite suscite donc la méfiance des employés et des ONG, ces régulations privées étant capables d'évacuer les enjeux les plus problématiques, d'éviter les condamnations en internalisant et en rendant confidentiels les mécanismes de plainte et de dédommagement, et de véhiculer l'image d'acteur responsable sans avoir à remettre en question le *business as usual*¹⁰. Dans une perspective critique de ces régulations privées, la politiste Claire Cutler évoque ainsi la « préférence actuelle parmi les acteurs privés pour [...] la création de structures réglementaires permissives permettant de tricher lorsque cela s'avère nécessaire¹¹ ».

Si les limites à ces codes volontaires adoptés de manière unilatérale sont nombreuses, force est de constater que de – rares – recours en justice témoignent de la portée relative de ces engagements. En effet, comme l'a souligné l'affaire « Nike vs. Kasky » de 2002 en Californie¹², et comme l'ont illustré les plaintes déposées en justice – et finalement rejetées – par des consortiums d'ONG françaises contre Samsung et Auchan en 2013 et 2014, les codes de conduite peuvent être considérés juridiquement comme des engagements formels de l'entreprise vis-à-vis des consommateurs, et donc ouvrir à des recours en justice pour pratique commerciale trompeuse¹³.

Le contrepois de la régulation citoyenne

Malgré cette capacité du droit à rendre contraignantes – dans certaines circonstances très spécifiques et très rares – les initiatives du secteur privé, de nombreuses organisations de la société civile opèrent à la fin des années 1990 un déplacement stratégique des « barricades » aux « conseils d'administration¹⁴ » pour interagir avec

9. Janelle Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *Revue internationale du travail* 138, n° 2 (1999) : p. 122-23.

10. Reynald Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », *Revue de l'Ires* 2, n° 57 (2008) : p. 23-53; Vogel, "The private regulation of global corporate conduct: achievements and limitations".

11. Claire Cutler, "Private international regimes and interfirm cooperation", in Rodney Hall et Thomas Biersteker (ed.), *The emergence of private authority in global governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 35.

12. Supreme Court of California, "Kasky vs Nike", hw, 27 CAL 4 th 939, S087859, May 2 2002.

13. Nicolas Cuzacq, « Panorama en droit économique », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* (Paris : Pedone, 2016) : p. 108-9.

14. Jem Bendell, "Barricades and boardrooms: a contemporary history of the corporate accountability movement", Working Paper, Programme on Technology, Business and Society (Geneva: UNRISD, 2004).

les entreprises, promouvoir des codes de conduite plus stricts et aller d'une régulation « privée » à une régulation « civile¹⁵ » : les codes de conduite globaux proposés par des ONG se multiplient alors pour établir une liste des « valeurs fondamentales à ancrer [de manière volontaire] dans les codes de conduite des entreprises et dans les politiques des entreprises pour refléter des standards éthiques universels¹⁶ ».

Dans cette veine, des organismes de certification ayant acquis une légitimité notoire telles que l'ISO (Organisation internationale de normalisation) se saisissent de la question de la responsabilité sociale au long des chaînes de valeur. Après cinq ans de concertation multipartite entre administrations publiques, associations de consommateurs, syndicats, entreprises et ONG, l'ISO publie le 1^{er} novembre 2010 la norme ISO 26000. Témoignant d'une évolution normative importante par rapport aux codes de conduite d'initiative privée, l'ISO 26000 adopte une perspective proche de la connexion sociale analysée plus haut, affirmant, par exemple, que :

« [Il] convient qu'une organisation envisage les impacts potentiels ou les conséquences involontaires de ses décisions d'achat ou d'approvisionnement sur les autres organisations et prenne des précautions pour éviter ou réduire le plus possible tout impact négatif. Elle peut également stimuler la demande de produits et services plus responsables¹⁷. »

En dépit de ces initiatives, les barrières à une application des normes de l'OIT au long des chaînes d'approvisionnement persistent. Tout au long des années 1990-2000, des initiatives civiles et privées, telles que la Fair Labor Association, la SA8000, l'Ethical Trading Initiative (ETI) ou l'Initiative Clause Sociale (ICS), émergent alors pour « certifier » les fournisseurs et sous-traitants de telle ou telle grande entreprise¹⁸.

15. Waddock, "Corporate responsibility/Corporate citizenship: the development of a construct", p. 65.

16. Les standards éthiques volontaires les plus connus sont les *CERES Principles* (1989), les *Caux roundtable principles* (1994), les *Principles for global corporate responsibility - Benchmarks* (1999), les *Global sullivan principles* (1999). La citation est de Jeanne Logsdon et Donna Wood, "Global business citizenship and voluntary codes of ethical conduct", *Journal of business ethics* 59, n° 55 (2005) : p. 55.

17. Paragraphe 6.6.6 Loyauté des pratiques - Domaine d'action 4 : Promotion de la responsabilité sociétale dans la chaîne de valeur de la norme ISO 26000 : 2010 « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale ». Désormais, ce travail normatif multipartite se décline selon les secteurs d'activité, à l'image des critères sur l'achat responsable de l'ISO 20400 - à paraître prochainement.

18. Pauline Barraud de Lagerie, « Chaînes globales de valeur et audit social », Département de la recherche (Genève : ILO, 2016) : p. 7-9.

Les audits sociaux

Confrontées à des scandales récurrents qui font la une des journaux, les entreprises transnationales confient à des prestataires externes – nouveaux acteurs dans leurs chaînes de valeur – la réalisation d’audits sociaux, « dispositifs privés de gouvernance, conçus sous la forme d’instruments de mesure de la conformité sociale, et orientés vers l’amélioration des conditions de travail dans les pays du Sud¹⁹ ».

Extrêmement standardisés, fondés sur des batteries d’indicateurs quantitatifs, ces audits sociaux s’inscrivent à la fois comme des outils de pilotage pour que les acheteurs puissent gérer leur parc de fournisseurs et comme des outils de communication à destination du grand public afin de démontrer une démarche proactive de contrôle des conditions de travail.

Selon une dynamique théorisée par les sociologues Luc Boltanski et Ève Chiapello²⁰, les entreprises transnationales intègrent ainsi les critiques formulées lors des campagnes *anti-sweatshops* en standardisant des processus de certification afin de garantir aux consommateurs la « conformité sociale » des lieux de production sans pour autant remettre en cause le cœur de leur activité basée sur la sous-traitance. S’opère ainsi un glissement vers une « société de l’audit²¹ », où les appels à une réforme systémique du droit du travail, des stratégies de production et d’achat sont réinterprétés dans une perspective de management du risque avec « une formalisation croissante de l’information et une intensification des médiations par des outils rationnels de management²² ».

Voyant dans ces régulations « privées » et « civiles » des dispositifs techniques de certification qui continuent de faire l’impasse sur le dialogue social entre travailleurs, entrepreneurs locaux et dirigeants des entreprises transnationales, les organisations syndicales internationales procèdent, avec certaines entreprises transnationales, à l’élaboration de normes sociales globales remplaçant la responsabilité sociale dans une perspective de droit social et de droit syndical.

LE DIALOGUE SOCIAL TRADITIONNEL ÉTENDU À L’ÉCHELON GLOBAL : LES ACCORDS-CADRES INTERNATIONAUX

Tout au long du xx^e siècle, les syndicats nationaux ont été confrontés à l’expansion transnationale des entreprises, le dialogue social étant influencé par des dynamiques économiques, politiques et

19. Barraud de Lagerie, p. 2.

20. Boltanski et Chiapello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*.

21. Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*.

22. Béatrice Hibou, *The Bureaucratization of the World in the Neoliberal Era. An International and Comparative Perspective* (London: Palgrave Macmillan, 2015): p. 95.

sociales dépassant la communauté nationale. Les audits sociaux ont constitué une nouvelle étape dans cette reconfiguration du dialogue social, la conformité sociale et la définition du bien-être des travailleurs étant alors évaluée par des experts externes sans concertation avec les travailleurs et les syndicats locaux²³.

Afin de s'adapter au processus de mondialisation, des fédérations syndicales internationales sont apparues tout au long du xx^e siècle pour combler cette faiblesse et engager un processus de coopération entre syndicats d'un même secteur économique. Émergent ainsi de multiples fédérations syndicales internationales telles que l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'hôtellerie-restauration et de l'agriculture (UITA) en 1920, ou encore la Fédération internationale des travailleurs du bâtiment et du bois en 1934. Secteur par secteur, année après année, ces fédérations se réorganisent par fusions successives. Dans les années 1980-2000, ces fusions aboutissent à un regroupement en dix grandes fédérations syndicales internationales représentant « environ 148 millions de syndiqués à l'échelle mondiale²⁴ ».

On peut ainsi évoquer la fondation de deux grandes fédérations syndicales dont nous reparlerons plus tard : UNI Global Union, fondée en 2000, qui représente dans le secteur des services 20 millions de travailleurs syndiqués dans 150 pays, et IndustryALL, fondée en 2012, issue d'un regroupement de diverses fédérations syndicales internationales du secteur manufacturier et qui représente près de 50 millions de travailleurs syndiqués dans 140 pays²⁵. Fortes de ce maillage international et de cette représentativité globale, ces fédérations syndicales internationales ont établi des rapports de force nouveaux avec les grandes entreprises transnationales et marquent leur spécificité par rapport aux ONG en formalisant un dialogue social transnational. Dans certains cas, ce dialogue social aboutit, au-delà de tout cadre réglementaire étatique, à l'adoption d'accords-cadres internationaux (ACI) applicables au niveau mondial²⁶. Le premier accord de ce type est signé en 1988 par Danone – alors dénommé BSN – avec l'UITA. Depuis, l'intérêt pour ces nouvelles formes de dialogue social qui portent la promesse de constituer un socle universel en droit social à l'échelle d'une entreprise transnationale s'est graduellement accru et a pris une ampleur relative au tournant du

23. Barraud de Lagerie, « Chaînes globales de valeur et audit social », p. 24.

24. Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », p. 30.

25. Pour une liste exhaustive des fédérations syndicales internationales, voir www.global-unions.org/?lang=en ainsi que les sites respectifs de ces fédérations (par exemple, www.industrialunion.org/fr/a-propos-de-nous).

26. Isabelle Daugareilh, « Les accords-cadres internationaux : une réponse européenne à la mondialisation de l'économie ? », in Michèle Descologues et Bernard Saincy (ed.), *Les Nouveaux Enjeux de la négociation sociale internationale* (Paris : La Découverte, 2006) : p. 121.

millénaire²⁷. En effet, à ce jour, pas moins de 116 ACI ont été négociés avec succès par des fédérations syndicales internationales avec de grandes entreprises transnationales²⁸.

Ces accords innovants suscitent aujourd'hui diverses interrogations sur leur aire géographique d'adoption, leur portée normative, leur force juridique et leur capacité à s'appliquer à l'échelle globale. S'ils constituent un nouveau front dans la quête d'un socle universel de droits, sont-ils capables de pallier l'incomplétude du droit international ?

Aire géographique d'adoption

L'analyse réalisée précédemment évoquant 116 ACI signés révèle le caractère relativement restreint de ce type de régulation par rapport au nombre de grandes sociétés transnationales impliquées dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Néanmoins, ces accords étant en constante augmentation, cette analyse comptable permet aussi d'affirmer qu'ils « préfigurent de nouvelles formes de relations sociales à l'échelle internationale²⁹ ».

Malgré cet optimisme, une analyse par aire géographique révèle un blocage dans l'adoption des ACI au-delà du continent européen. En effet, « les trois quarts [des ACI] ont été signés par des firmes multinationales d'origine européenne³⁰ », les entreprises nord-américaines étant rétives à signer de tels accords susceptibles de leur porter préjudice devant des tribunaux³¹. Enfin, l'absence quasi-totale des pays émergents dans la signature d'ACI pose évidemment question quant à la volonté de ces entreprises de promouvoir le dialogue social. Une étude de 2011 précise ainsi que, sur les « 115 ACI conclus depuis 1988 [...], on en compte désormais cinq au Brésil, quatre aux États-Unis, trois en Afrique du Sud, deux au Japon, deux en Indonésie, et une respectivement en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Canada et en Malaisie³² ».

27. Selon Reynald Bourque, 80 % des ACI en vigueur en 2008 avaient été signés après le 1^{er} janvier 2002. Voir Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises ». À titre d'exemple, la fédération syndicale internationale UNI Global Union, qui a, à ce jour, signé 48 ACI avec des entreprises transnationales du secteur des services, souligne l'importance des ACI sur son site internet et dans son plan stratégique. Voir son plan stratégique « Aller de l'avant » et la page : www.uniglobalunion.org/fr/propos

28. Voir www.global-unions.org/+framework-agreements-.html

29. Michèle Descologues et Bernard Saincy, « Introduction », in Descologues et Saincy (ed.), *Les Nouveaux Enjeux de la négociation sociale internationale*, (Paris : La Découverte, 2006) : p. 8.

30. Jocelyne Barreau et Angélique Ngaha, « L'application d'accords-cadres internationaux : enjeux et déterminants », *Économies et Sociétés* 35, n° 5 (2013) : p. 633.

31. Marc-Antonin Hennebert et Reynald Bourque, « Mondialisation et négociation sociale dans les entreprises multinationales : la négociation de l'accord mondial Quebecor World », *Négociations* 2, n° 14 (2010) : p. 12.

32. Isabel da Costa et Udo Rehfeldt, « Les négociations collectives transnationales : dynamiques des accords-cadres européens et mondiaux », *La Revue de l'Ires* 71, n° 4 (2011) : p. 130.

La concentration des signataires dans l'espace européen, que l'on peut expliquer par le développement du dialogue social par les comités d'entreprises européens, indique donc qu'une alternative syndicale à l'incomplétude du droit international est aujourd'hui restreinte à l'espace européen et, comme nous le verrons ci-dessous, fondée sur un socle normatif flou.

Portée normative

Selon Global Unions, un ACI se doit d'être ancré dans le droit social international et d'être relativement spécifique :

« Il s'agit d'un accord international; les conventions de l'OIT constituent une référence obligée; la multinationale doit prendre des engagements par rapport à ses fournisseurs et ses sous-traitants; la mise en œuvre doit relever de l'implication des syndicats nationaux; il existe un droit de recours³³. »

Pendant, ce socle normatif est loin de s'appliquer de manière unanime. Une analyse comparative du contenu de ces accords met en effet en lumière une très grande disparité d'un ACI à l'autre, témoignant d'une négociation potentiellement conflictuelle entre syndicat international et entreprise quant au champ normatif mobilisé. Les ACI appréhendent ainsi de manière très variée la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de sa chaîne d'approvisionnement : certains ne s'appliquent qu'aux filiales sans mentionner explicitement le statut des sous-traitants et fournisseurs; d'autres « encouragent » les sous-traitants à respecter les termes de l'accord sans prévoir de sanctions; d'autres encore les obligent à respecter le droit social énoncé dans l'ACI « sous peine de sanction commerciale » pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat³⁴.

Ces divergences sur la compréhension de la responsabilité de connexion sociale posent évidemment question lorsque l'on s'interroge sur la portée juridique et la capacité des acteurs à régler des différends quand des conflits d'interprétation et de mise en œuvre surviennent.

Portée juridique

Alors que certains ACI sont de simples déclarations d'adhésion aux principes fondamentaux de l'OIT, d'autres s'apparentent, à des degrés variés, à des conventions collectives détaillant la portée

33. Descolongues et Saincy, « Introduction », p. 76.

34. Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », p. 40.

des droits, les obligations imposées aux filiales étrangères et aux sous-traitants, les règles de suivi et de renégociation³⁵.

Signés hors de tout cadre étatique et hors de toute convention de droit international, les ACI ne sont aujourd'hui soumis « à aucun régime juridique préexistant³⁶ ». Dès lors, les litiges qui émergent à propos de l'interprétation ou de l'application d'un ACI font l'objet d'une négociation de gré à gré entre les signataires de l'accord. Selon les secrétaires généraux de cinq fédérations syndicales internationales interrogés en 2004, la sanction la plus efficace contre une entreprise violant un ACI est le risque de réputation engendré par des campagnes publiques – et médiatiques – de dénonciation à l'initiative des organisations syndicales³⁷. En règle générale, les ACI font donc partie de ce que l'on a l'habitude de considérer comme de la *soft law*, c'est-à-dire comme un corpus réglementaire pour lequel le degré de précision, le caractère obligatoire et la nomination d'un juge ou arbitre indépendant ne sont pas remplis³⁸. Néanmoins, certaines exceptions permettent d'envisager une évolution de ces ACI vers de nouveaux régimes de droit :

- L'ACI signé par Skanska (entreprise du secteur de la construction basée en Suède) prévoit le renvoi de tout litige non résolu à un arbitre indépendant³⁹. De façon similaire, l'ACI signé par Umicore (entreprise de production et de recyclage de métaux précieux basée en Belgique) affirme que l'accord est régi par le droit belge et « dès lors, tout litige y ayant trait sera réglé devant les tribunaux belges, seuls compétents⁴⁰ ».
- En 2008, 24 % des ACI étaient signés par le président du comité d'entreprise européen, et 46 % étaient signés par les syndicats nationaux du pays où était domiciliée l'entreprise transnationale. Dans ces cas précis, des recours en justice pourraient donc s'appliquer devant les tribunaux de l'État d'affiliation de l'ACI pour statuer sur son respect à l'étranger⁴¹.

35. Hammer, "International framework agreements : global industrial relations between rights and bargaining", *Transfer* 11, n° 4 (2005) : p. 511-30.

36. Mathilde Frapard et Fleur Laronze, « Les normes unilatérales et négociées d'entreprise », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* (Paris : Pedone, 2016) : p. 288.

37. Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », p. 40.

38. Kenneth Abbott et Duncan Snidal, "Hard and soft law in international governance", *International organization* 54, n° 3 (2000) : p. 421-56.

39. Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », p. 40.

40. Convention de développement durable du groupe Umicore du 8 juin 2007, *cited in* Frapard et Laronze, « Les normes unilatérales et négociées d'entreprise », p. 298.

41. Frapard et Laronze, p. 286; André Sobczak, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in Michèle Descolongues et Bernard Saincy (ed.), *Les Nouveaux Enjeux de la négociation sociale internationale* (Paris : La Découverte, 2006).

- Enfin, un renforcement des ACI par un contrôle judiciaire est aujourd'hui à l'étude au niveau européen, le Parlement européen et la Commission européenne travaillant à l'élaboration d'un « cadre juridique facultatif pour les accords d'entreprise transnationaux à l'échelon européen⁴² ».

Dès lors, des mécanismes de règlement alternatif des conflits pourraient, à l'échelle européenne, voire internationale, être intégrés de manière récurrente dans les ACI, augurant d'un durcissement progressif de ces accords afin de s'assurer que les litiges entre syndicats nationaux et internationaux, d'un côté, et entreprise, de l'autre, soient réglés non dans un rapport de force soumis aux aléas de l'opinion publique et à l'aversion de ladite entreprise à la publicité négative, mais par une instance tierce indépendante.

Au-delà de la résolution de conflits d'interprétation entre syndicats internationaux signataires et direction de l'entreprise, il convient de s'interroger sur la capacité des ACI à modifier les rapports de force dans les pays en développement et à faire évoluer les pratiques auprès des sous-traitants tout au long des chaînes d'approvisionnement.

L'étude réalisée par les professeurs en économie et management Jocelyne Barreau et Angélique Ngaha portant sur les ACI signés par Danone avec l'UITA en 1997 et par France Télécom et UNI Global Union en 2004, met en lumière les promesses et les limites de cet instrument.

Les ACI, quels effets locaux ?

Du côté des promesses, les ACI permettent d'institutionnaliser un « cadre de référence commun à l'ensemble du groupe en matière de politique sociale et de RSE⁴³ ». En vertu de ce cadre global, des syndicats locaux peuvent faire référence à des clauses spécifiques de l'ACI et/ou faire remonter des plaintes auprès du siège de l'entreprise et du syndicat international afin de créer un nouveau rapport de force avec leur hiérarchie directe et afin de légitimer leurs demandes⁴⁴. En ce sens, l'efficacité des accords dépend de la constitution de mécanismes de coordination formels et informels qui font le lien entre syndicats locaux, syndicats internationaux et les divers niveaux de hiérarchie d'une entreprise transnationale. Lorsque ces mécanismes de coordination existent, le dialogue social et les conditions de travail peuvent

42. Parlement Européen, « Rapport sur les négociations collectives transfrontalières et le dialogue social transnational », document de séance (Bruxelles : Commission de l'emploi et des affaires sociales, 2013).

43. Barreau et Ngaha, « L'application d'accords-cadres internationaux : enjeux et déterminants », p. 638.

44. Barreau et Ngaha, p. 650-60.

connaître une nette amélioration, comme le montre le cas de l'ACI conclu entre France Télécom et UNI Global Union où :

« La disposition sur les congés payés a permis de s'adresser directement au DRH du groupe pour obtenir gain de cause dans un conflit opposant [des travailleurs camerounais] à la direction locale [...] [tandis que] les salariés et les syndicats africains ont su, avec l'aide de l'Alliance syndicale, se saisir de l'engagement de la direction en faveur de la liberté syndicale (se limitant à la "neutralité") pour créer des syndicats dans les filiales africaines du groupe qui en étaient dépourvues⁴⁵. »

Néanmoins, l'efficacité des ACI demeure sujette à caution. Tout d'abord, dans les pays où le taux de syndicalisation est faible ou dans les pays où l'action syndicale est fortement réprimée, les ACI ne permettent pas de modifier la perception qu'ont les employés des risques encourus⁴⁶. Ensuite, la capacité de coordination avec les syndicats internationaux et la direction d'une grande entreprise est d'autant plus fragile et improbable que le lien entre le donneur d'ordre et l'entrepreneur local est ténu et/ou temporaire. Ainsi, si un ACI permet de légitimer le dialogue social « au sein » d'une entreprise et de ses filiales, son impact sur des sous-traitants et fournisseurs demeure parfois largement hypothétique.

Conscients de ces multiples limites, les syndicats internationaux, les ONG et les entreprises transnationales ont donc envisagé des modes de régulation « collectifs » et « multilatéraux » qui – en s'inspirant et en dépassant les ACI négociés entreprise par entreprise – modifient les clauses contractuelles auprès de tout un secteur économique et, ce faisant, imposent de nouvelles règles auprès des fournisseurs de premier, de second, voire de troisième rang.

MODES DE RÉGULATION MULTIPARTITES

Suite à l'effondrement du Rana Plaza en 2013, mentionné plus haut, la *Clean Clothes Campaign* a révélé que le bâtiment avait été audité et jugé conforme aux critères de la Business Social Compliance Initiative – l'un des plus gros organismes d'audit social au monde. Ce drame a ainsi jeté une lumière crue sur les défaillances multiples des

45. Barreau et Ngaha, p. 653-58.

46. Chaque année, la Confédération syndicale internationale (CSI) recense les violations du droit de grève et de la liberté syndicale dans le monde. Ainsi, en 2014, la CSI recensait que « 1 951 syndicalistes ont subi des violences et 629 ont été détenus illégalement en raison de l'action collective qu'ils avaient menée en 2013 ». En 2016, la CSI recensait de même que, pour la seule année 2015, des travailleurs avaient été tués dans onze pays, la situation étant particulièrement préoccupante en Égypte, en Colombie, au Guatemala, au Honduras, en Indonésie et en Ukraine. Voir CSI, « L'indice CSI des droits dans le monde. Les pires endroits au monde pour les travailleurs et les travailleuses », (Genève: Confédération syndicale internationale, 2016): p. 31.

audits sociaux⁴⁷. Les grandes marques du secteur textile, qui répondaient jusqu'alors aux critiques en mettant en avant les audits sociaux et les certificats de conformité, se sont donc retrouvées confrontées à une pression médiatique sans précédent. Dans ce contexte, trente-et-une grandes marques – parmi lesquelles H&M, Zara, Benetton, Carrefour ou encore Marks & Spencer – ont signé l'*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh* (ci-après *Bangladesh Accord*) le 15 mai 2013. Cet accord marque un tournant et ouvre des pistes prometteuses concernant la régulation sociale des entreprises.

Aller au-delà des audits sociaux? Réformes systémiques

Le *Bangladesh Accord* est le résultat d'une coopération multilatérale inédite entre l'OIT, quatre ONG de renommée internationale, huit syndicats nationaux bangladais et deux fédérations syndicales internationales – UNI Global Union et IndustriALL. Jugeant à l'époque son caractère contraignant contraire à ses intérêts propres, aucune grande marque n'avait adhéré à cet accord, qui avait été proposé pour ratification à des entreprises transnationales du secteur textile dès 2012. Après le drame du Rana Plaza, et avec la première vague de signatures du 15 mai 2013, une grande partie de l'industrie textile – Gap étant le grand absent – s'est progressivement ralliée au *Bangladesh Accord*, aujourd'hui fort de plus de deux cents signataires provenant de vingt pays différents⁴⁸.

Cet accord, élaboré dans un cadre « multilatéral », est fondé sur un socle universel commun qui opère la synthèse entre diverses initiatives privées, civiles et syndicales et qui crée ainsi un mécanisme de régulation multilatéral inédit, doté d'une forte légitimité, et de nature contraignante. Le *Bangladesh Accord* repose sur les six fondamentaux suivants :

1. un accord légalement contraignant qui, une fois adopté, engage le signataire pour cinq ans, ce qui empêche les défections unilatérales une fois la pression médiatique retombée;
2. un financement par les entreprises signataires pour constituer un réseau d'experts et d'ingénieurs indépendants placés sous le contrôle de l'OIT, des syndicats et des ONG à l'origine de l'Accord;

47. Pour une revue de ces critiques, qui vont de la critique de la standardisation à l'amateurisme des auditeurs en passant par les conflits d'intérêt et le périmètre restreint d'enquête, voir les rapports de la *Clean clothes campaign* tout au long des années 2000 ainsi que Dara O'Rourke, "Monitoring the monitors: a critique of PricewaterhouseCoopers (PwC) labor monitoring" (Cambridge: MIT, 2000); Dara O'Rourke, "Monitoring the monitors: a critique of third-party labor monitoring", *Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy* (Londres: Earthscan, 2002): p. 196-208; Jem Bendell, "In whose name? The accountability of corporate social responsibility", *Development in practice* 15 n° 3/4 (2005): p. 362-374.

48. Pour une liste complète des signataires, voir <http://bangladeshaccord.org/signatories/>

3. une publication en ligne de tous les audits, rapports d'inspection et plans d'action corrective;
4. l'engagement des entreprises signataires à financer les travaux de rénovation et de mise aux normes dans les usines inspectées;
5. la mise en place de comités d'hygiène et de sécurité dans toutes les usines inspectées *via* des élections démocratiques par les travailleurs;
6. l'émancipation des travailleurs par des programmes de sensibilisation et de formation conjointe, par l'ouverture d'un mécanisme de plainte et par l'instauration d'un droit à refuser de travailler dans des conditions insalubres ou dangereuses.

À ce jour, cet accord a acquis une dimension « collective » qui permet de s'attaquer aux problèmes de sécurité dans les usines textiles bangladaises d'un point de vue systémique : en effet, les quelque deux cents entreprises transnationales signataires sont désormais contraintes de travailler « exclusivement » avec les sous-traitants certifiés par l'Accord, sous-traitants qui doivent établir des plans de financement pour réaliser les travaux de rénovation requis par les experts embauchés par l'Accord. Ainsi, plus de 1 600 usines et ateliers de confection employant plus de deux millions de personnes ont été inspectés dans le cadre du *Bangladesh Accord*, chaque usine faisant l'objet d'un rapport public, d'un plan d'action corrective et d'inspections de suivi. Cet exemple montre donc comment des régulations innovantes considèrent la responsabilité sociale des entreprises de tout un secteur d'activité dans un pays donné de façon systémique afin de promouvoir le dialogue social et un socle de droits sociaux fondamentaux.

Des défis structurels variés

Trois ans après la signature du *Bangladesh Accord*, les efforts pour améliorer les conditions de travail dans le secteur textile au Bangladesh sont réels, mais le défi reste immense compte tenu des conditions initiales déplorables des bâtiments : après le premier round d'inspection réalisé en 2013-2014, toutes les usines ont été qualifiées comme à « haut risque » par l'inspecteur général. En 2016, 1 453 usines avaient établi un plan d'actions correctives et de travaux, mais seulement 7 l'avaient mené à terme et 57 étaient dans les temps, tandis que pour les 1 388 usines restantes, des retards étaient déjà constatés dans la réalisation des travaux de mise en conformité. Plus troublant, seulement 37 usines avaient pu bénéficier d'un cofinancement de la part des entreprises transnationales membres de l'Accord, les autres ne comptant que sur leurs fonds propres⁴⁹.

49. Clean Clothes Campaign, "Rana plaza three years on: compensation, justice and workers' Safety" (Amsterdam: Clean clothes campaign, 2016).

Au-delà de ces enjeux liés à l'industrie textile bangladaise, le rapport de la *Clean Clothes Campaign* souligne la nécessité pour ce type d'accord collectif multilatéral de s'étendre et de gagner, avec le soutien de l'OIT, une dimension mondiale. En effet, comment comprendre l'inégalité de traitement entre, d'un côté, la production bangladaise, et, de l'autre, la production textile dans le reste du sous-continent asiatique, où des conditions de travail indignes persistent ?

« Nous ne voyons pas les marques et les distributeurs s'engager dans des activités similaires [d'audit et de mise en conformité] hors du Bangladesh; tous continuent à travailler avec les mêmes systèmes inadéquats et inefficaces d'audits sociaux [...] dans des pays tels que le Pakistan, l'Inde, la Chine, le Myanmar et un ensemble d'autres pays où le manque d'application de standards minimaux pose un grand risque de nouveaux désastres⁵⁰. »

Ce que le cas d'étude du *Bangladesh Accord* révèle, c'est donc que les modes de régulation multilatéraux, collectifs et transnationaux doivent aujourd'hui s'étendre à d'autres pays afin d'éviter un dumping social dans les pays voisins et afin de mieux répondre aux multiples défis qui se posent dans les systèmes de production et de commerce contemporains. Pour ce faire, il convient de s'interroger sur le rôle que pourraient jouer les organisations internationales ou, à défaut, les États et la puissance publique en général pour soutenir de telles initiatives. Comment étendre la dynamique à l'œuvre dans le *Bangladesh Accord* à d'autres pays et à d'autres secteurs ? Comment faire pour dégager un consensus plus large afin que des entreprises qui ne sont pas actives au Bangladesh et qui ne se placent pas nécessairement dans une relation de co-construction avec des syndicats nationaux, des fédérations syndicales internationales et des ONG s'accordent sur des mécanismes qui, tout en les contraignant davantage, répondent à des enjeux systémiques ignorés ?

Il ne s'agit pas ici de supprimer les initiatives multipartites et de revenir à une vision centrée exclusivement sur le droit social international, dont nous avons vu les limites. Il s'agit plutôt de leur donner de la force en combinant à l'innovation et à la flexibilité des régulations non gouvernementales des modes d'intervention et de sanction portés par la puissance publique⁵¹.

Gouvernance multipartite et force du droit

L'enjeu est donc de parvenir à une alliance entre des espaces normatifs non étatiques et la force du droit. Dans cette perspective, des

50. Clean clothes campaign.

51. Weil et Mallo, "Regulating labour standards via supply chains: combining public/private interventions to improve workplace compliance", p. 794.

parlementaires français ont déposé le 11 février 2015 une proposition de loi sur le «devoir de vigilance» des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres vis-à-vis de leurs filiales et sous-traitants implantées à l'étranger. Cette proposition cherchait à contraindre les entreprises à

«prévoir un plan de vigilance à visée préventive [...] pour qu'elles identifient les risques qu'elles font courir de par leurs activités – non plus seulement à elles-mêmes, mais à autrui et aux écosystèmes – et qu'elles prennent les mesures raisonnablement en leur pouvoir pour les éviter⁵²».

La loi visait ainsi explicitement à ce que les entreprises mettent en place, lorsque cela n'était pas déjà le cas, une «cartographie des risques pays par pays, une contractualisation des obligations RSE, [...] des mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, des mesures d'information et de consultation des organisations syndicales, une formation des salariés⁵³». En cas de non-respect de cette obligation de vigilance, un juge français pourrait alors condamner le siège de l'entreprise à réparer le préjudice causé par une de ses filiales ou un de ses sous-traitants à l'étranger, imposer une amende à l'entreprise et publier la décision. Le 30 mars 2015, une deuxième mouture de cette proposition de loi a été votée à l'Assemblée nationale en première lecture. Il s'ensuivit un long processus de navette parlementaire entre l'Assemblée et le Sénat aboutissant, suite à l'échec d'une commission mixte paritaire, à son adoption par l'Assemblée nationale le 21 février 2017⁵⁴. Saisi par un groupe de parlementaires hostiles à sa promulgation, le Conseil constitutionnel français a approuvé et maintenu la loi, tout en en réduisant la portée : l'amende prévue en cas de manquement à l'obligation de vigilance a été exclue du texte final⁵⁵.

Alors que les initiatives non étatiques analysées précédemment reposent exclusivement sur l'engagement volontaire d'une entreprise ou sur un rapport de force instauré par les médias, les ONG et les associations de consommateurs⁵⁶, la loi française sur le devoir de vigilance oblige donc les entreprises transnationales opérant en

52. Dominique Potier, Bruno Le Roux, et Noguès Philippe, « Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Pub. L. n° 2578 (2015) : p. 10-11.

53. Potier *et al.*, p. 11.

54. Pour une analyse détaillée de l'ensemble du processus, et un accès aux documents officiels, voir www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl14-376.html

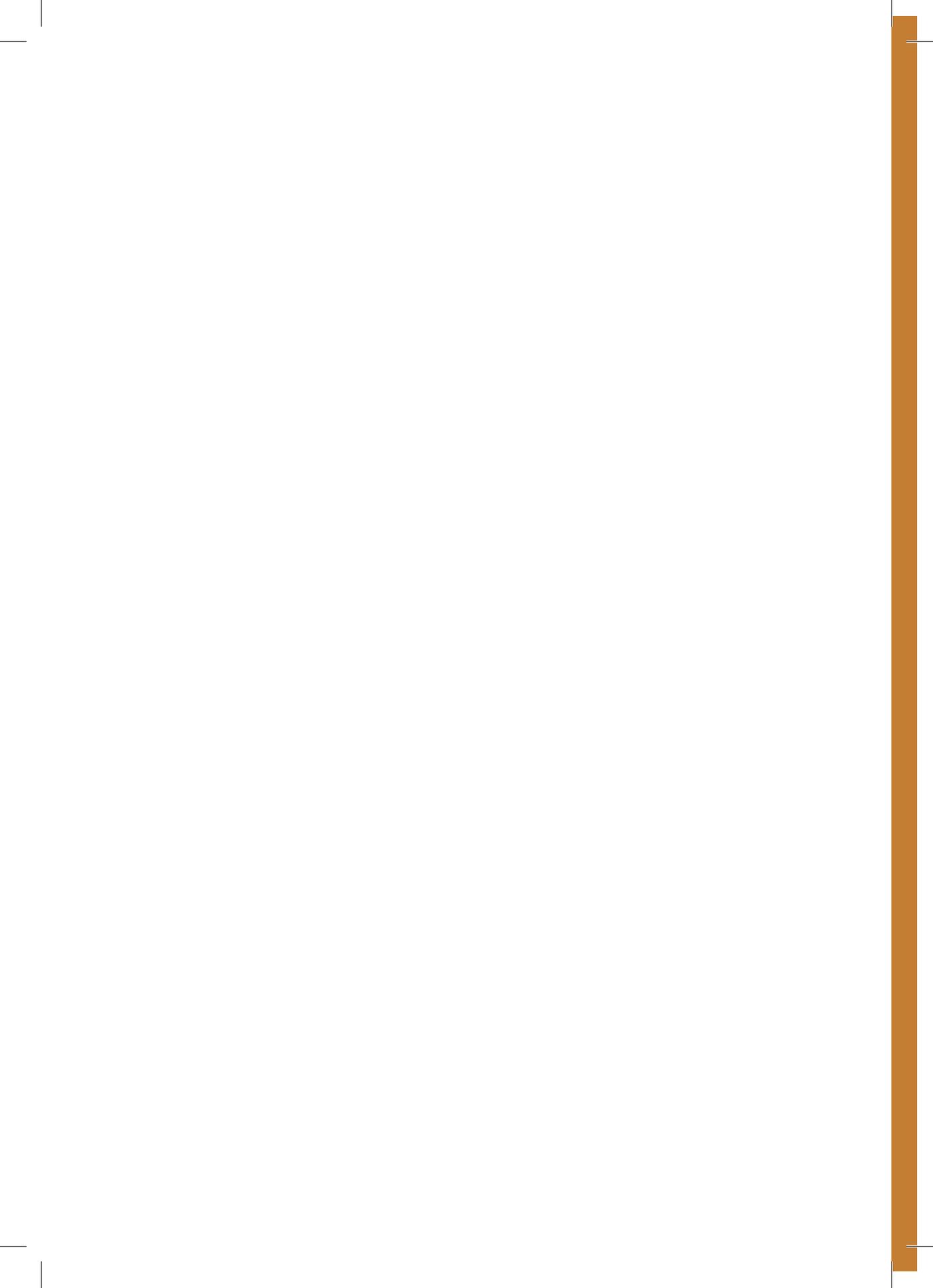
55. L'amende prévue était plafonnée à 30 millions d'euros, une somme relativement faible pour des grandes entreprises parfois confrontées à des amendes de plusieurs centaines de millions d'euros dans des cas relevant de la corruption, de l'évasion fiscale ou d'ententes illicites.

56. Dani Rodrik, "Labour standards in international trade: do they matter and what do we do about them?", in Lawrence, Dani Rodrik, et Whalley (ed.), *Emerging agenda for global trade* (Washington: John Hopkins University Press, 1996); Michael J. Hiscox et Nicholas F. B. Smith, "Is there consumer demand for improved labour standards? Evidence from field experiments in social labeling" (Cambridge: Harvard Kennedy school, 2006).

France à élaborer leurs propres plans de vigilance ou à participer à des initiatives multipartites telles que le *Bangladesh Accord* afin qu'elles puissent prouver, de bonne foi, que les risques spécifiques liés à leurs activités dans tel ou tel pays ont été bien pris en compte et gérés sur le long terme.

À l'innovation civile se combine donc la force du droit public avec, comme horizon, le respect des droits sociaux au travail. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, c'est à une problématique similaire que s'attache le débat sur la responsabilité sociétale et environnementale.





Troisième partie

**RESPONSABILITÉ
SOCIÉTALE ET
ENVIRONNEMENTALE**



Dans le secteur des industries extractives, les conditions de vie indignes des personnes qui travaillent dans des mines artisanales pour vendre de l'or, du cobalt ou du nickel à des acheteurs actifs sur les marchés mondiaux sont bien connues¹. Diverses études révèlent que les grandes entreprises du secteur extractif sont confrontées à des problématiques qui dépassent la question des conditions de production et qui concernent les modalités mêmes de l'ancrage des entreprises sur leur territoire. Sont alors en jeu les conditions d'expropriation des communautés déplacées, la pollution liée aux rejets de produits toxiques, les violences perpétrées par l'État ou par des compagnies de sécurité privées à l'égard des populations et/ou des activistes opposés aux projets industriels, et l'anticipation et la réparation des dommages induits par l'activité de l'entreprise². Émergent ainsi des questions relatives à la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises, questions qui ont trait aux relations qu'une entreprise noue avec les communautés et les écosystèmes aux alentours des sites qui constituent sa chaîne d'approvisionnement : quels sont les modes d'engagement des entreprises envers les communautés autour de leurs sites de production et quels effets les entreprises ont-elles sur les politiques publiques de développement ? Quels recours juridiques et extra-juridiques existent lorsque des conflits émergent entre communautés et entreprises ? Comment l'appréhension de la responsabilité sociétale et environnementale modifie-t-elle les stratégies et les modèles d'investissement ?

Il s'agit donc d'étudier ici comment les pouvoirs publics, les organisations internationales et les entreprises redéfinissent leurs rapports sur les territoires où s'opère l'activité économique. Nous verrons :

1. que parmi les divers modes d'engagement d'une entreprise vis-à-vis de son écosystème, une perspective de gestion des impacts est aujourd'hui privilégiée ;
2. que ce cadre normatif a donné naissance à de nouveaux modes de gouvernance en droit souple (*soft law*) et en droit dur (*hard law*) ;

1. Voir, entre autres, et pour une analyse récente, le rapport Amnesty International et AfreWatch, "This is what we die for". Human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt" (London: Amnesty international, 2016).

2. Deux cas emblématiques qui ont fait l'objet d'une couverture médiatique relativement importante ont trait à la pollution par Shell et ses sous-traitants dans le delta du Niger ainsi qu'à la pollution, aux meurtres et aux exactions commises par l'entreprise Barrick et ses sous-traitants envers les communautés locales sur la mine de Porgera en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Voir United Nations Environment Program (UNEP), "Environmental assessment of ogoniland" (Nairobi: UNEP, 2011); Human Rights Watch, "Gold's costly dividend. human rights impacts of Papua New Guinea's porgera gold mine" (New York: Human rights watch, February 2011).

3. qu'au sein des entreprises, des initiatives innovantes émergent également afin de développer une vision holistique de l'impact, annonçant d'éventuelles réformes relatives aux liens que les entreprises nourrissent vis-à-vis des pouvoirs publics, en cohérence avec la conception citoyenne de la responsabilité d'entreprise.

CHAPITRE 1

DE LA PHILANTHROPIE AU PRINCIPE DU DOUBLE EFFET

Au cours des douze dernières années, diverses enquêtes de terrain menées au sein du programme CODEV « Entreprises et développement », à l'École supérieure des sciences économiques et commerciales (Essec), nous ont permis d'évaluer les effets de l'activité d'entreprises transnationales sur le développement local dans des pays aussi divers que le Mexique, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, le Nigeria ou le Brésil. À partir de ces études de cas et de réflexions théoriques, nous verrons tout d'abord comment les entreprises qui se réfèrent implicitement ou explicitement aux approches philanthropiques et managériales de la responsabilité d'entreprise envisagent leur engagement sociétal et environnemental, et quelles sont les limites de ces approches. Ceci nous conduira à envisager une autre conception de la responsabilité sociétale et environnementale centrée sur les impacts, conception qui est désormais privilégiée par les organisations internationales.

147

LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE COMME MODALITÉ D'OBTENTION DE LA « PAIX SOCIALE » ?

Les perspectives philanthropiques et managériales abordent les enjeux de responsabilité selon des logiques de charité ou de management du risque. Les exemples indiens et nigériens montrent comment ces deux courants, *a priori* distincts, favorisent tous deux des mécanismes clientélistes qui conduisent à obtenir la paix sociale aux dépens des plus vulnérables.

Philanthropie et capitalisme en Inde : désactiver la critique

À la fin du XIX^e siècle, les entrepreneurs indiens ont pour coutume de redistribuer une partie de leurs richesses au sein de leurs communautés avec une attention particulière apportée aux institutions

religieuses dont ils sont membres¹. Considérant ces ressources comme un gâchis, le Raj britannique encourage ces dirigeants à réorienter leurs dons vers les œuvres sociales, selon les principes de la philanthropie victorienne².

Jusqu'aux années 1960, les grandes entreprises indiennes se démarquent ainsi par l'importance accordée aux donations philanthropiques et à la lutte contre la pauvreté. Comme le montre le sociologue Vivek Chibber, l'ethos du don de ces grandes entreprises remplit alors une fonction de légitimation importante, ces grands entrepreneurs évoquant leurs pratiques philanthropiques pour démontrer que leurs appels à soutenir le secteur privé sont compatibles avec le développement du pays³.

Si l'engagement philanthropique de ces grandes entreprises indiennes a progressivement diminué durant les années 1960-1990 – le capitalisme d'État instaurant un compromis social redonnant la primauté à la puissance publique dans le développement humain –, la libéralisation de l'économie indienne initiée à la fin des années 1980 est venue perturber ce nouvel équilibre⁴. En effet, tout au long des années 1990 et 2000, le secteur privé a été confronté à de multiples scandales sociaux et environnementaux qui ont engendré des mouvements sociaux et des révoltes de grande ampleur contre les politiques publiques de privatisation et de soutien au secteur privé⁵. Contraints de réaffirmer leur légitimité dans le processus de développement, le gouvernement indien et le secteur privé ont alors renoué avec la tradition philanthropique de la première moitié du xx^e siècle, multipliant les appels à une « croissance inclusive » afin de réduire les inégalités et de traduire la croissance économique en développement humain pour les populations les plus pauvres.

En 2007, le Premier ministre Manmohan Singh appelle ainsi le secteur privé à conclure un « partenariat » avec le gouvernement, la conduite responsable des entreprises étant dorénavant présentée comme la recette pour une croissance économique durable⁶. Les grandes entreprises sont donc encouragées à faire preuve de responsabilité

1. Christophe Jaffrelot, « Œuvres Pies et rationalité économique en Inde », in Jean-François Bayart (ed.), *La Réinvention du capitalisme : les trajectoires du politique*, 1 (Paris : Karthala, 1994) : p. 146-50.

2. Pushpa Sundar, *Beyond business: from merchant charity to corporate citizenship* (New Delhi: Tata McGraw-Hill, 2000) : p. 102.

3. Vivek Chibber, "Reviving the development state? The myth of the 'national bourgeoisie'", *Socialist register*, (2005) : p. 226-46.

4. Damien Krichewsky, « Crises et modalités d'élaboration d'un compromis social dans le nouveau capitalisme indien », *Revue de la régulation*, n° 9 (15 juin 2011).

5. Christophe Jaffrelot, *Inde, l'envers de la puissance : inégalités et révoltes*, (Paris : CNRS Éditions, 2012); Abhijit Banerjee et Thomas Piketty, "Top indian incomes, 1922-2000", *The world bank economic review* 19, n° 1 (2005) : p. 1-20.

6. Government of India, "Ten point social charter of the Indian Prime Minister Manmohan Singh" (CII Annual Summit, May 24, 2007).

et à s'engager dans des actions environnementales et sociétales afin de restaurer la confiance de la population envers un modèle de développement fondé sur le développement du secteur privé capitaliste. Dans ce contexte, les initiatives philanthropiques se multiplient, le secteur privé développant une série de forums, de guides et de conférences pour communiquer autour de ses « bonnes pratiques » et mettre en scène son attachement à une économie au service des plus pauvres. Comme le note le sociologue Damien Krichewsky, cette reformulation de la tradition philanthropique indienne sous le vocable de la RSE cherche ainsi à fonder un nouveau « compromis social » et à redonner de la légitimité au modèle de développement promu par le gouvernement indien⁷.

Puis, en 2009, le gouvernement indien dépose à l'Assemblée nationale un projet de loi visant à réformer le cadre législatif portant sur la gouvernance du secteur privé indien⁸. La Commission des finances fait une revue très critique de ce projet de loi où elle déplore, entre autres, l'absence d'un chapitre portant sur la responsabilité des entreprises. Évoquant l'ampleur des programmes de RSE mis en place par les entreprises, la commission appelle de ses vœux « l'introduction de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) comme concept dans le projet de loi afin d'obliger les grandes entreprises à publier leurs politiques de RSE et les activités s'y rapportant⁹ ». Après une refonte du projet de loi, une nouvelle version est déposée le 14 décembre 2011, version qui comporte désormais une clause spécifique sur la RSE. Cette clause introduit une obligation inédite pour toutes les grandes entreprises : celles-ci doivent désormais s'acquitter de dépenses de RSE équivalentes à un minimum de deux pour cent de leurs profits annuels¹⁰. Les dépenses peuvent être faites selon le bon vouloir des dirigeants, la loi ne faisant référence à aucune obligation de redevabilité, de délibération publique, de gestion des impacts ou de promotion des droits de l'homme auprès des communautés affectées. Ce faisant, la clause RSE légitime un modèle d'engagement volontaire des entreprises sur des enjeux sociétaux disparates. Mais surtout, elle permet aux entreprises de multiplier les initiatives dans des domaines extrêmement variés hors de tout contrôle démocratique ou administratif puisqu'aucun critère n'est fourni pour distinguer entre les dons pour des causes nationales, la gestion des impacts locaux, le

7. Krichewsky, « Crises et modalités d'élaboration d'un compromis social dans le nouveau capitalisme indien ».

8. Jairus Banaji et Gautham Mody, "Corporate governance and the indian private sector", QEH Working paper series (Oxford: Queen Elizabeth house, 2001).

9. Government of India, "Standing committee on finance. The companies bill, 2009", Pub. L. No. The companies bill, 2009 (2010), sec. I.14.

10. Government of India, "The companies bill, 2012", Pub. L. No. Bill No. 121-C of 2011 (2012), sec. 135.5.

développement économique par l'emploi, le développement de réseaux clientélistes locaux ou la lutte contre la pauvreté¹¹.

Au sein de la Commission des finances¹² et dans les médias¹³, diverses voix s'élèvent, critiquant avec véhémence une politique publique qui, au lieu de demander davantage de redevabilité de la part des entreprises vis-à-vis des communautés affectées, leur permet de financer de manière occulte des réseaux d'influence, des associations ou des leaders locaux pour s'assurer la paix sociale par des stratégies clientélistes. En dépit de ces critiques portant sur les conditions de redistribution de cette manne financière entre les grandes entreprises et la population, le Ministry of Corporate Affairs ne modifie pas la clause qui est adoptée en l'état le 8 août 2013. Ce faisant, le secteur privé devient un bailleur de fonds dans le financement du développement, hors de tout contrôle démocratique ou administratif.

Une enquête de terrain au long cours que nous avons menée en Inde du Sud dans l'État du Tamil Nadu a montré que cette obligation faite aux entreprises de financer le développement hors de toute procédure démocratique inscrit le secteur privé dans une dynamique de dépolitisation qui reconfigure en profondeur l'espace social. En effet, lors de projets d'investissements contestés, les acteurs locaux sont face à un dilemme : d'un côté, ces communautés souhaitent contester l'accaparement des ressources naturelles à l'œuvre dans le processus d'industrialisation ou porter des revendications fortes en termes d'emploi ; d'un autre côté, elles espèrent nouer des relations de confiance avec les entreprises susceptibles de s'implanter pour avoir accès aux budgets RSE qu'elles distribuent.

Selon une dynamique semblable à ce qu'ont observé Luc Boltanski et Ève Chiapello concernant la capacité du capitalisme à intégrer et à reformuler la critique en des termes favorables¹⁴, lorsque l'entreprise

11. La loi décrit en ces termes « les activités qui peuvent être incluses par les entreprises sous le vocable de RSE, comme relatives à : l'éradication de la famine et de l'extrême pauvreté ; la promotion de l'éducation ; la promotion de l'égalité des sexes et de l'autonomisation des femmes ; la réduction de la mortalité infantile et l'amélioration de la santé maternelle ; la lutte contre le VIH-Sida, le paludisme et autres maladies ; la soutenabilité environnementale ; l'emploi favorisant les compétences professionnelles ; les projets de *social business* ; la contribution au fonds de secours national du Premier Ministre ou tout autre fonds mis en place par le gouvernement central ou les gouvernements des États pour favoriser le développement socio-économique et le soutien aux castes, tribus et autres classes défavorisées (Schedules Castes, Schedules Tribes, backward classes), aux minorités et aux femmes ; et d'autres sujets qui pourraient être décidés. » Voir GoI, sec. Schedule VII.

12. Government of India, "Standing committee on finance. The companies bill, 2012", Pub. L. No. The companies bill (2012), sec. 59.

13. Pratap Bhanu Mehta, "The contractor state", *The Indian express* (April 2, 2013), www.indianexpress.com/news/the-contractor-state/1096217/; Samir Saran et Vivan Sharan, "Less corporate, more social", *The Hindu* (August 10, 2013), www.thehindu.com/opinion/op-ed/less-corporate-more-social/article5007515.ece; Dinah Rajak, *In good company: an anatomy of corporate social responsibility* (Stanford: Stanford University Press, 2011).

14. Boltanski et Chiapello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*.

Michelin a été confrontée à un mouvement social important interrogeant sa responsabilité et sa complicité dans la destruction d'une forêt communale, celle-ci a pu évincer ses détracteurs les plus encombrants et acquérir une légitimité sociale relative en développant des projets de développement variés auprès d'acteurs et d'organisations qui n'avaient pas subi de dommages directs. Les bénéficiaires de ces projets philanthropiques avaient alors tout intérêt à réfréner de potentiels élans de solidarité envers les populations directement affectées pour avoir accès aux fonds de développement mis à leur disposition dans le cadre du plan RSE de Michelin¹⁵.

La perspective philanthropique de la responsabilité sociétale encourage ainsi les entreprises à s'engager dans des projets de développement et à répondre à des besoins locaux tout en écartant les critiques ayant trait à sa stratégie d'investissement, à son *business model* et à sa politique de répartition de la valeur. Comme le note le professeur de management Gerard Hanlon :

« Nous apparaissions donc comme ouverts, mais lorsqu'autrui est réellement lui-même, nous le rejetons comme étant trop différent, comme fondamentaliste, extrême, traditionnel, dépassé [...]. La RSE s'assure que les alternatives subversives souffrent du destin des utopies – elles sont rejetées comme impossibles, quoi que l'on pense de leur potentielle attractivité¹⁶. »

En ce sens, la perspective philanthropique agit comme un outil de dépolitisation, l'ethos du don des dirigeants allant de pair avec l'éviction des critiques les plus radicales au profit de projets de développement qui, situés hors du périmètre d'impact de l'entreprise, ne remettent pas en cause ses opérations, mais lui confèrent au contraire une réputation d'acteur responsable. Les communautés locales, confrontées à un environnement qui rend la critique inaudible, tendent peu à peu vers l'autocensure et/ou vers la résignation pour normaliser leurs relations et accéder aux fonds de développement contrôlés par l'entreprise de façon discrétionnaire¹⁷.

Une telle conception de l'engagement sociétal de l'entreprise n'est donc pas anodine en ce qui concerne les dynamiques politiques locales. L'exemple du Nigeria illustre également bien les effets pervers de ces pratiques de désactivation de la critique : les relations clientélistes qui s'établissent entre une entreprise et des communautés institutionnalisent des relations de pouvoir qui participent à la dégradation du lien social.

15. Bommier, "A flawed development. Land dispossession, transnational social movements and extraterritorial corporate regulation. Michelin in Tamil Nadu."

16. Hanlon, "Re-Thinking corporate social responsibility and the role of the firm: on the denial of politics", p. 168.

17. Bommier, "A flawed development. Land dispossession, transnational social movements and extraterritorial corporate regulation. Michelin in Tamil Nadu."

Clientélisme et dégradation du lien social au Nigeria

Le delta du Niger est marqué par la présence de longue date d'entreprises pétrolières nigériennes, européennes et nord-américaines. Ces entreprises, aux capacités de financement qui se chiffrent en dizaines de milliards d'euros, opèrent depuis des décennies dans un territoire négligé par l'État où les complexes pétroliers jouxtent des zones de grande pauvreté. Les relations entre les communautés locales et les entreprises sont donc marquées par une très forte inégalité économique en termes de capacité de financement.

Comme le cas tristement célèbre de l'ethnie Ogoni l'a montré, l'activité des entreprises pétrolières est marquée par des épisodes récurrents de pollution : fuites de pétrole le long des pipelines reliant les puits, les centres de stockage et les terminaux pétroliers ; pollution des nappes phréatiques ; pollution des zones côtières ; pollution de l'air par le recours au torchage des gaz... À l'inégalité économique entre communautés et entreprises s'ajoutent donc divers épisodes de dégradation environnementale qui impactent les ressources naturelles, la qualité de vie et la capacité des populations locales à développer une agriculture vivrière¹⁸.

Dans une perspective managériale de gestion des risques, les entreprises pétrolières ont peu à peu développé des liens étroits avec les leaders locaux afin de négocier les modalités d'un partage de la valeur devant leur permettre d'opérer dans un climat – relativement – apaisé. Une série d'enquêtes de terrain que nous avons menée au Nigeria, en partenariat avec des chercheurs nigériens et togolais, dans des zones de production de Total, Shell et Agip dans les États de Rivers et d'Akwa Ibom, nous permet d'analyser comment les relations instituées entre les entreprises pétrolières et les communautés locales affectent le tissu social¹⁹. Ces négociations se fondent sur une approche coût-bénéfice – relative à « l'acceptabilité sociale des projets » – où les acteurs conviennent d'obligations mutuelles qui garantissent leur entente sur le long terme, en reléguant au second plan toute considération d'ordre éthique ou relative aux droits humains²⁰. En conséquence, pendant plusieurs décennies, seuls les acteurs possédant une capacité de nuisance relativement importante sur ce que les dirigeants considèrent comme la « bonne » marche de l'entreprise ont été pris en compte dans ces négociations qui ont laissé de côté des groupes et des communautés dotés de faibles

18. UNEP, "Environmental assessment of Ogoniland".

19. Cécile Renouard et Hervé Lado, "CSR and inequality in the Niger Delta", *Corporate governance* 12, n° 4 (2012) : p. 472-84.

20. Phillips et Freeman, "Corporate citizenship and community stakeholders", p. 108.

ressources économiques, politiques et sociales²¹. Les efforts récents pour favoriser des accords (*memorandum of understanding* – MoU) entre entreprises et communautés locales qui soient plus inclusifs et plus durables ont entraîné une amélioration des conditions de vie d'une partie de la population, mais n'ont pas vraiment contribué à une émancipation des plus vulnérables. On remarque ainsi que des pans entiers de la population sont marginalisés, notamment les femmes, grandes oubliées de ces consultations. En conséquence, non seulement la moitié de la population n'est pas représentée dans les négociations qui ont lieu, mais certains projets, pourtant source d'une meilleure qualité de vie, comme des projets d'agriculture, sont quasiment absents des négociations puisque ce sont les femmes qui assurent les cultures vivrières²².

Ce primat accordé au management du risque impacte profondément le lien social au sein des communautés en renforçant les inégalités socio-économiques et les identités particulières : baisse du niveau de confiance envers les proches et au sein des familles, en raison des frustrations liées au partage très inéquitable de la rente, mais aussi déclin de l'engagement politique et de l'engagement associatif, l'omniprésence des circuits de corruption et l'appartenance à des réseaux d'influence exclusifs permettant d'accéder plus rapidement à des bénéfices matériels individuels que la participation dans des mouvements sociaux non-violents agissant explicitement en faveur d'un bien commun à promouvoir de façon démocratique²³.

En privilégiant la paix sociale par le contentement des réseaux les plus puissants, la perspective managériale de la responsabilité sociétale place les obligations éthiques et morales liées à la défense des droits humains hors du périmètre des négociations et est incapable de prendre en compte de façon effective et structurante la voix des plus vulnérables et des exclus²⁴.

Que ce soit en Inde, où prévaut une perspective philanthropique ancrée dans un ethos du don et du paternalisme, ou que ce soit au Nigeria, où les inégalités, les conflits et l'absence de services publics encouragent des logiques managériales de gestion du risque, nous voyons que les perspectives philanthropiques et managériales font

21. Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, Freeman et Phillips évoquent dans leur théorie sur les parties prenantes des « acteurs clés », reconnaissant implicitement que des acteurs « secondaires » peuvent être ignorés. Voir Edward Freeman et Robert Phillips, "Stakeholder theory: a libertarian defense", *Business ethics quarterly* 12, n° 3 (2002) : p. 333.

22. Cécile Renouard, « Pétrole et lien social. Pour une responsabilité politique de l'entreprise », *Revue française de socio-économie* 16, n° 2 (2015) : p. 95.

23. Renouard, « Pétrole et lien social. Pour une responsabilité politique de l'entreprise » ; Cécile Renouard, « Multinationales et développement local : du mythe du gagnant-gagnant à l'irresponsabilité politique. Le cas des compagnies pétrolières au Nigeria », *Europeana* 6 (2015).

24. Phillips et Freeman, "Corporate citizenship and community stakeholders", p. 108.

apparaître des mécanismes clientélistes qui excluent des catégories entières de la population et qui sont dommageables à un développement humain inclusif et durable.

ANTICIPER ET MINIMISER LES IMPACTS

Ces mécanismes clientélistes reposent sur des procédures de consultation et de participation déficientes que la perspective d'impact tente de corriger.

Le clientélisme comme dysfonctionnement de la justice procédurale

La justice procédurale se soucie de la participation populaire et de la transparence dans les décisions relatives à la gestion des ressources naturelles et des finances dans les projets de développement²⁵. Une analyse éclairée par ces principes permet de caractériser les limites des perspectives philanthropiques et managériales :

- Dans la perspective philanthropique, les entreprises ont tendance à ignorer les groupes qui remettent en cause leur stratégie de manière radicale en favorisant des acteurs périphériques. Dans des configurations où l'État est assez fort pour contenir la contestation, les entreprises peuvent ainsi mettre en place des projets de développement auprès de territoires vastes afin d'y acquérir une réputation qui rend la critique inaudible.
- Dans la perspective managériale, au contraire, les entreprises se concentrent sur les groupes les plus puissants et ignorent les groupes les plus faibles et/ou les moins critiques. Ces stratégies, que l'on retrouve dans des contextes où l'État est en retrait, permettent à une entreprise de contenir la critique en achetant la paix sociale auprès des voix dissidentes les plus menaçantes. Les groupes les plus faibles n'ont alors d'autre solution que de créer de nouveaux réseaux d'influence pour apparaître, peu à peu, comme une nouvelle menace, une nouvelle « partie prenante » avec qui négocier « en direct ».

Ces deux stratégies sont portées par une vision commune de la relation entre entreprise et société : l'entreprise agit comme un bailleur de fonds et procède à des investissements variés afin de construire sa réputation sans avoir à s'interroger sur les fondements de son activité. Cette relation de l'entreprise à son écosystème étant le fruit de rapports de force contingents, elle manque de critères clairs autour

25. Thomas Perreault, "From the guerra del agua to the guerra del gas: resource governance, neoliberalism and popular protest in Bolivia", *Antipode* 38, n° 1 (2006): p. 154.

desquels une participation populaire légitime pourrait s'établir. Deux critères spécifiques permettent de dépasser ces limitations :

- Tout d'abord, un critère de responsabilité qui fait valoir la « connexion sociale » et le « devoir de vigilance » de l'entreprise envers son écosystème. Dans le cadre de la responsabilité sociétale, ceci a trait à la responsabilité envers ceux que l'activité de l'entreprise « affecte ».
- Ensuite, au-delà de la justice procédurale, un critère de justice sociale – cohérent avec les Objectifs du développement durable (ODD) adoptés par la communauté internationale – qui vise le bien commun par l'amélioration des capacités des plus vulnérables.

Combinés, ces deux critères semblent répondre aux limites identifiées dans les perspectives philanthropiques et managériales : le critère de responsabilité ancre l'entreprise dans son territoire et la contraint à répondre en priorité aux critiques adressées par ceux que son activité concerne directement ; le critère de justice sociale organise les négociations et priorise les dépenses au sein de cette population affectée en fonction des droits humains et de l'émancipation des populations les plus marginalisées et les plus défavorisées. Comme nous le verrons ci-dessous, la perspective d'impact de la responsabilité sociétale combine ces deux critères.

La responsabilité sociétale comme gestion de l'impact

Que ce soit dans les processus d'expropriation à grande échelle en Inde ou en Afrique subsaharienne²⁶, dans la pollution accidentelle de l'environnement suite à des catastrophes industrielles²⁷ ou dans la pollution récurrente associée aux difficultés de traiter les effluents en sortie des usines²⁸, les situations faisant état d'impacts négatifs non intentionnels engendrés par l'activité d'une entreprise sur son écosystème sont légion. Selon une interprétation communément admise dans les débats publics, les entreprises seraient exemptes de toute responsabilité vis-à-vis de ces impacts négatifs dès lors qu'elles respectent la loi : en vertu du principe de souveraineté territoriale, la puissance publique serait en effet la seule autorité légitime pour décider si les coûts et les bénéfices de tel ou tel projet d'entreprise sont acceptables.

26. Olivier De Schutter, "How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in Farmland", *Journal of peasant studies* 38 (2011): p. 249-79; Sanjoy Chakravorty, *The price of land: acquisition, conflict, consequence* (Oxford: Oxford university press, 2013).

27. Boebert et Blossom, *Deepwater horizon. a systems analysis of the macondo disaster*.

28. Alexa S. Dietrich, "Coercive harmony, deep capture and environmental justice in Puerto Rico", *Development and change* 42, n° 6 (2011): p. 1441-63; Leah Horowitz, "Interpreting industry's impacts: micropolitical ecologies of divergent community responses", *Development and change* 42, n° 6 (2011): p. 1379-91.

Néanmoins, cette interprétation pose question dès lors que le droit international et/ou les réglementations locales sont déficients. En effet, comme le rappellent les philosophes Lene Bomann-Larsen et Oddny Wiggen :

« En affaires, l'appel à une division des tâches entre les gouvernements et les entreprises [devient problématique] lorsqu'un gouvernement ne tend pas vers le bien commun ou ne représente pas la population dans son entièreté. Ici, le secteur privé ne devrait pas "s'occuper de ses affaires", car cela produirait un mal non nécessaire²⁹. »

Dès lors, quel que soit le statut légal de telle ou telle politique publique, quelle que soit la capacité d'un gouvernement à prévenir les impacts et à indemniser les populations affectées, la responsabilité pour les effets secondaires négatifs de l'activité d'une entreprise demeure. Ce qui est en jeu pour une entreprise responsable est donc la construction d'un consensus, d'un « contrat social » à définir avec le gouvernement, les populations affectées, les associations de défense des droits humains et de l'environnement pour juger de la pertinence d'un projet, de sa nécessité, du caractère proportionnel des dommages encourus et des conditions de réparation de ses effets secondaires³⁰. Cette interprétation émane du principe de double effet et permet de traduire en termes de responsabilité d'entreprise la distinction entre légalité et légitimité. Ce faisant, elle fonde les processus de concertation entre entreprise et société sur une approche holistique portant sur l'ensemble du cycle d'investissement et l'ensemble de l'écosystème de l'entreprise.

En procédant de la sorte, de manière transparente, et en prévenant les impacts négatifs potentiels « en amont » plutôt que dans un processus de « réaction » à la critique, l'entreprise applique un principe de précaution – ou, pour adopter la terminologie de la loi française, un devoir de vigilance – qui circonscrit d'emblée sa responsabilité sociétale et environnementale à son impact. Ce faisant, l'entreprise institue une hiérarchie entre ce qui relève de sa « responsabilité », d'un côté, et ce qui relève d'un engagement « volontaire », « surrogatoire », de l'autre :

« Les actes qui vont au-delà de ce que requiert le principe du double effet peuvent être considérés de la façon la plus juste comme surrogatoires : il est moralement louable de les accomplir, mais l'on n'est pas fautif si on ne les réalise pas³¹. »

29. Wiggen et Bomann-Larsen, "Addressing side-effect harm in the business context: conceptual and practical challenges", p. 7.

30. Reichberg et Syse, "The idea of double effect – in war and business".

31. Wiggen et Bomann-Larsen, "Addressing side-effect harm in the business context: conceptual and practical challenges", p. 9.

L'adhésion à un tel paradigme de responsabilité constitue, selon le politiste Dennis Thompson, une garantie pour éviter les dérives clientélistes observées dans les perspectives philanthropiques et managériales. En effet, la primauté accordée aux impacts permettrait à l'entreprise de définir « un ensemble solide et bien conçu d'institutions de contrôle [et aiderait] à simplifier les règles, en permettant à la fois d'identifier promptement et discrètement les fautes patentes ou les défaillances du système potentiellement dévastatrices, et d'y réagir efficacement. Un arsenal de contrôle efficace, s'il renforce ponctuellement la méfiance, la circonscrit aussi à des postes et à des pratiques spécifiques, le reste de l'organisation bénéficiant alors d'un environnement de confiance³² ».

La transparence et la confiance générées par ce souci de l'entreprise d'anticiper, d'atténuer, de compenser et de réparer les dommages causés par son activité permettraient ainsi de définir les termes de la négociation et d'établir une confiance entre les dirigeants de l'entreprise et son écosystème. C'est cette hypothèse d'un tissu social renforcé par l'accent mis sur les impacts négatifs qui est aujourd'hui privilégiée par divers cadres normatifs internationaux.

L'ÉLABORATION D'UN NOUVEAU CADRE NORMATIF INTERNATIONAL

Au cours des dernières décennies, les Nations unies ont en effet développé une réflexion normative conséquente sur « l'impact » des entreprises sur les « droits de l'homme » et sur l'« environnement ».

Entreprises et droits de l'homme : l'initiative onusienne

En 1972, le Chili demande au secrétaire général de l'ONU de mandater un groupe d'experts afin que celui-ci « étudie le rôle des entreprises multinationales et leur impact sur les processus de développement, plus particulièrement dans les pays en développement, ainsi que leur implication en matière de relations internationales³³ ». À la suite de cette étude, le Centre des Nations unies sur les sociétés transnationales est fondé en décembre 1974 pour travailler à l'élaboration d'un code de conduite ou d'un traité international encadrant l'activité des entreprises transnationales à travers le monde³⁴. Cependant, des tensions vives émergent rapidement entre les pays

32. Dennis Thompson, « À la recherche d'une responsabilité du contrôle », *Revue française de science politique* 58, n° 6 (2008) : p. 948.

33. Ceci faisait suite à l'intervention de l'entreprise étatsunienne ITT dans la politique intérieure chilienne. Voir résolution 1721 du Conseil économique et social des Nations unies, citée dans Sagafi-Nejad, *The UN and transnational corporations: from code of conduct to global compact*, p. 52.

34. Sagafi-Nejad, p. 90.

en développement, favorables à l'élaboration d'un traité international, et les pays industrialisés, qui privilégient un code de conduite volontaire³⁵. Après deux décennies de travaux, sous la pression des États-Unis, le nouveau secrétaire général des Nations unies Boutros Boutros-Ghali ferme le Centre en 1992. Malgré cet échec, la nécessité d'établir un cadre normatif global pour rendre les entreprises redevables de leurs activités et de leurs impacts demeure³⁶.

En janvier 1999, le secrétaire général de l'ONU Kofi Annan lance ainsi un appel au monde des affaires lors du sommet de Davos, enjoignant le secteur privé à respecter les grandes conventions onusiennes sur les droits de l'homme, le droit social et l'environnement, et à œuvrer en partenariat avec l'ONU à un développement humain harmonieux³⁷. Listant neuf principes – auxquels vient ensuite se rajouter la lutte contre la corruption – le Pacte mondial ou Global Compact réussit, dès son ouverture, à susciter l'adhésion de grandes entreprises transnationales figurant au Fortune 500. En 2004, on dénombre ainsi 1 100 entreprises signataires, dont 200 parmi les plus grandes entreprises mondiales³⁸. En 2015, l'initiative onusienne compte 8 000 entreprises membres et 4 000 organisations issues de la société civile, faisant du Global Compact le plus important code de conduite volontaire au monde³⁹. Malgré de nombreuses limites⁴⁰, le Global Compact constitue ainsi, de par l'adhésion massive de grandes entreprises transnationales, un élément normatif important concernant la reconnaissance, par des acteurs économiques privés, de la nécessité de se conformer aux traités onusiens relatifs aux droits humains⁴¹.

Parallèlement, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU publie en août 2003 une proposition de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales. À partir de l'ensemble des traités onusiens, celles-ci listent de façon

35. Guy Caire, « Codes de conduite : multinationales et acteurs Sociaux », *Revue d'économie industrielle* 22, n° 4 (1982) : p. 1-23.

36. Swann Bommier, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE », *Études internationales* XLVII, n° 1 (2016) : p. 107-30.

37. Kofi Annan, "Secretary-general proposes global compact on human rights, labour, environment, in address to world economic forum in Davos", Press release (New York: UN, January 31, 1999), www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html

38. Oliver Williams, "The un global compact: the challenge and the promise", *Business ethics quarterly* 14, n° 4 (2004) : p. 755-74.

39. Voir www.unglobalcompact.org/participation/join

40. Prakash Sethi, "Global compact is another exercise in futility", *The financial express* (September 7, 2003), <http://archive.financialexpress.com/news/-global-compact-is-another-exercise-in-futility-/91447/0>; Surya Deva, "Global compact: a critique of the un's 'public-private' partnership for promoting corporate citizenship", *Syracuse journal of international law and communication* 34 (2006) : p. 107-51; Peter Utting, "The global compact and civil society: averting a collision course", *Development in Practice* 12, n° 5 (2002) : p. 644-47.

41. Bommier, "A flawed development. land dispossession, transnational social movements and extraterritorial corporate regulation. Michelin in Tamil Nadu", p. 249-52.

exhaustive l'ensemble des obligations internationales pouvant s'appliquer aux entreprises transnationales et notent que les tribunaux nationaux et internationaux doivent s'assurer que les entreprises « apportent une réparation prompte, efficace et adéquate aux personnes, entités et communautés affectées négativement par leur incapacité à respecter les Normes *via*, entre autres, des réparations, restitutions, compensations et toute autre mesure de réhabilitation pour les dommages causés ou les propriétés saisies⁴² ».

En proposant une perspective d'impact de la responsabilité sociétale et environnementale, en suggérant la création d'un groupe de travail pour convertir ces Normes en traité juridiquement contraignant, et en évoquant la création d'un tribunal international spécifique, ces Normes font l'objet d'une opposition intense de la part des deux principales organisations patronales internationales, l'International Organisation of Employers et l'International Chamber of Commerce⁴³. Face à cette levée de bouclier, la Commission onnise sur les droits de l'homme enterre promptement le processus engagé par la Sous-Commission, affirmant entre autres que « la Sous-Commission ne doit réaliser aucune fonction de suivi en ce qui concerne ces normes⁴⁴ ». Cependant, afin de sortir de cette impasse et de poursuivre le travail normatif engagé par le Global Compact, Kofi Annan nomme dès juillet 2005 un représentant spécial pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, en l'occurrence John Ruggie, l'un des architectes du Global Compact. Après trois ans de recherches et de consultations⁴⁵, Ruggie publie en 2008 un rapport intitulé « Protéger, respecter et réparer » qui vient clôturer son mandat. Dans ce rapport, il exclut toute hiérarchie entre des obligations publiques et privées et affirme au contraire que :

« La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme existe indépendamment des devoirs attribués aux États [...]. La responsabilité de respecter est une attente basique⁴⁶. »

42. UN Sub-Commission, "Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights" (Un sub-commission on the promotion and protection of human rights, 2003), sec. H.18.

43. International organisation of employers IOE and international chamber of commerce ICC, "Joint views of the IOE and ICC on the draft 'norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights'" (Paris/Geneva, July 22, 2003).

44. UN Office of the high commissioner for human rights, "Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights" (Office of the high commissioner for human rights, April 20, 2004).

45. L'ensemble de la documentation et des recherches menées durant ces années est répertorié sur <https://business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights>

46. John Ruggie, "Protect, respect and remedy': a framework for business and human rights", Pub. L. No. A/HRC/8/5, § Human rights Council (2008), sec. III.A.

Pour que les entreprises honorent cette responsabilité, Ruggie enjoint celles-ci à appliquer leur devoir de vigilance, « un processus par lequel les entreprises s'assurent non seulement de leur respect des lois nationales mais gèrent également le risque d'atteinte aux droits de l'homme en vue d'éviter ces violations⁴⁷ ».

Dans cette perspective, les entreprises doivent réaliser des études d'impact sur les droits de l'homme, sur l'environnement et sur leurs partenaires commerciaux afin de s'assurer qu'elles ne seront pas « complices » – directes ou indirectes – de violations des droits de l'homme dans leur « sphère d'influence⁴⁸ ». Dès lors, le droit international reconnaît la pertinence du principe du double effet et suggère que les entreprises doivent vérifier l'absence de liens entre leurs activités et la violation des droits humains.

L'adoption d'une perspective d'impact dans la responsabilité sociétale et environnementale

Ce cadre théorique, qui correspond à une perspective d'impact longuement attendue par la société civile⁴⁹, est accueilli par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU avec intérêt, et le mandat de John Ruggie est renouvelé pour trois ans afin de formuler un ensemble de propositions concrètes pour promouvoir effectivement le devoir de vigilance. C'est ainsi que le Conseil des droits de l'homme adopte en juin 2011 les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU, aussi dénommés Principes Ruggie, où il est clairement établi que :

« La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences⁵⁰. »

La portée normative des Principes Ruggie est considérable : le Conseil des droits de l'homme les adopte de manière unanime, alors

47. Ruggie, sec. III.B.

48. John Ruggie, "Clarifying the concepts of 'sphere of influence' and 'complicity,'" Pub. L. No. A/HRC/8/16, § Human rights council (2008). Pour une analyse critique et l'importance du concept de « sphère d'influence », voir Sandra Cossart et Raphaël Lapin, « La sphère d'influence des groupes de sociétés et les Principes directeurs des Nations unies », *La Revue des droits de l'homme*, 15 juin 2016.

49. Peter Utting, "The struggle for corporate accountability", *Development and change* 39, n° 6 (2008): p. 959-75.

50. John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence 'protéger, respecter et réparer' des Nations unies » (New York : Human rights council, March 21, 2011).

même qu'il n'en est pas l'auteur⁵¹; de nombreuses organisations régionales et multilatérales rénovent leurs cadres normatifs dans les mois suivants pour passer d'une perspective philanthropique ou managériale de la responsabilité sociétale à une perspective d'impact :

- Le 25 octobre 2011, la Commission européenne publie une nouvelle stratégie portant sur la responsabilité des entreprises. Tandis que le Livre vert publié en 2001 par la Commission européenne affirmait que « le principe de responsabilité sociale des entreprises signifie essentiellement que celles-ci décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et rendre plus propre l'environnement⁵² », la version éditée en 2011 propose de « redéfinir la RSE comme étant “la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société⁵³” ».
- Répondant aux critiques faites par John Ruggie dans son rapport de 2008⁵⁴, l'OCDE procède entre 2009 et 2011 à une révision de ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales et fait référence au cadre normatif de l'ONU. Un chapitre entier portant sur les droits de l'homme est ajouté, reprenant le concept de devoir de vigilance et témoignant d'un phénomène de « pollinisation » de l'ONU vers l'OCDE⁵⁵.
- En France, les débats qui mènent, en février 2017, à l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, tout en se focalisant principalement sur les chaînes d'approvisionnement, reprennent les concepts développés par Ruggie et inscrivent explicitement la loi dans la continuité des travaux onusiens.

Constatant ce consensus au niveau mondial pour une approche de la responsabilité sociétale en termes d'impact, l'enjeu majeur est désormais celui de sa mise en application dans des situations concrètes. Si la loi française constitue un exemple – pour le moment inédit – de judiciarisation du devoir de vigilance, les États, les ONG, les organisations internationales, les syndicats et les entreprises ont développé une variété relativement importante « d'espaces normatifs » combinant le droit dur et/ou le droit souple pour rendre ce devoir de vigilance effectif et pour donner accès aux populations

51. John Ruggie, “Global governance and ‘new governance theory’: lessons from business and human rights”, *Global governance* 20 (2014): p. 5.

52. Commission Européenne, « Livre vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » (Bruxelles : Commission européenne, 18 juin 2001) : p. 4.

53. Commission Européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 » (Bruxelles : Commission européenne, 25 octobre 2011), p. 7.

54. Ruggie, “Protect, respect and remedy”: a Framework for business and human rights, para. 46.

55. Bomnier, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE », p. 115.

affectées à des instances judiciaires ou extrajudiciaires où résoudre des conflits et où obtenir réparation pour des dommages encourus suite à des investissements de la part d'entreprises transnationales.

CHAPITRE 2

ESPACES NORMATIFS EN DROIT

Avec la reconnaissance onusienne de la responsabilité sociétale et environnementale en termes d'impact se pose la question des institutions existantes ou à développer pour s'assurer que les entreprises remplissent bien leur devoir de vigilance. Or, force est de constater que diverses ONG et divers mouvements sociaux s'engagent depuis des années dans un plaidoyer et dans des initiatives citoyennes pour contraindre les entreprises à une plus grande redevabilité vis-à-vis de leurs impacts *via* des processus judiciaires et extrajudiciaires transnationaux¹.

Nous verrons ici que ces procédures posent diverses questions relatives à la résolution de conflits dans une économie globalisée. Cet enjeu de résolution de conflit entre entreprises transnationales et communautés appelle à la création d'instances de régulation extrajudiciaires fondées sur la médiation ou l'arbitrage, mais aussi au développement d'instances judiciaires contraignantes.

163

L'ACCÈS À LA JUSTICE DANS UNE ÉCONOMIE GLOBALISÉE

Dans l'économie globalisée contemporaine, l'équivalence entre « le territoire, l'État, le droit, la souveraineté et la citoyenneté » n'est plus assurée². En effet, l'enchevêtrement d'acteurs provenant de multiples États remet profondément en question la capacité des instances judiciaires à rendre la justice sur leur territoire.

L'entreprise Trafigura – dont « l'adresse fiscale est à Amsterdam, le siège à Lucerne, le centre opérationnel à Londres et la holding de tête à Malte³ » – illustre bien cette difficulté. En effet, lorsque les déchets toxiques produits par cette entreprise ont été acheminés d'Europe vers la Côte d'Ivoire par un navire détenu par une compagnie grecque, immatriculé au Panama et conduit par un équipage

1. Utting, "The struggle for corporate accountability".

2. Shalini Randeria, "De-politicization of democracy and judicialization of politics", *Theory, culture and society* 24, n° 38 (2007) : p. 42.

3. Kathia Martin-Chenut et Nicolas Nord, « La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* (Paris : Pedone, 2016) : p. 628.

russe, puis qu'ils ont été déversés de manière illégale dans des terrains vagues de la ville d'Abidjan par des sous-traitants ivoiriens, les personnes affectées ont été confrontées à un imbroglio transnational extrêmement complexe à démêler⁴.

Revisiter la dimension territoriale du droit

Dans de telles circonstances, la quête de justice des communautés affectées doit se faire devant une instance judiciaire ou extrajudiciaire qui dépasse les frontières et qui puisse résister tant aux pressions diplomatiques qu'aux lobbys afin que les donneurs d'ordre répondent de leurs actes en vertu de l'application du devoir de vigilance⁵. Ce qui est alors en jeu, c'est l'existence d'une instance, dite d'extraterritorialité⁶. Or, comme le souligne la philosophe Nancy Fraser, de telles instances sont confrontées à deux défis :

1. le premier concerne le « cadrage », c'est-à-dire la possibilité pour une communauté de porter plainte devant une institution dotée d'un mandat transnational lorsqu'elle estime que les lois qui s'appliquent localement ne protègent pas ses droits fondamentaux⁷ ;
2. le deuxième a trait à la « représentation métapolitique », c'est-à-dire à la façon dont les mécanismes de plainte extraterritoriaux fonctionnent : la gouvernance interne de ces instances extraterritoriales garantit-elle son indépendance et son traitement équitable des plaintes⁸ ?

Ces défis de cadrage et de représentation métapolitique n'ont pas nécessairement vocation à être résolus dans un cadre étatique multilatéral, mais peuvent également émaner de structures non étatiques qui répondent effectivement aux défis contemporains que posent les entreprises transnationales⁹. Cette redevabilité n'est donc pas restreinte aux « catégories traditionnelles des sciences juridiques », mais doit plutôt se comprendre comme un droit protéiforme et innovant

4. Kathia Martin-Chenut et Nicolas Nord, « La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenaudon (ed.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* (Paris : Pedone, 2016) : p. 628. Pour des cas similaires d'enchevêtrement transnational, voir le cas Socapalme, une entreprise camerounaise filiale d'une holding à l'actionnariat éclaté entre diverses entreprises belges, luxembourgeoises et françaises : French NCP, « Suivi de la circonstance spécifique Socapalme. Le PCN appelle les partenaires de la Socapalme à prendre leurs responsabilités » (Paris : French NCP, 2 mars 2015).

5. Ce devoir de vigilance est inscrit en droit international depuis la signature en 1989 de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Voir www.basel.int/

6. Olivier De Schutter, "Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations", (2006). www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf

7. Nancy Fraser, "Reframing justice in a globalizing world", *New left review* 36 (2005) : p. 8.

8. Fraser, p. 16.

9. Sarianna Lundan, "The coevolution of transnational corporations and institutions", *Indiana journal of global legal studies* 18, n° 2 (2011) : p. 651.

qui se fonde sur un ensemble « d'espaces normatifs [...] qui articulent des acteurs et des normes très divers : ONG internationales, États, ONU, associations d'entreprises, consultants, société civile locale, décrets, résolutions de l'ONU, clauses spéciales de contrats de droit privé, déclarations comptables etc.¹⁰ »

L'enjeu, ici, n'est pas de supposer la fin de l'État ou son exclusion des processus de régulation. Bien au contraire, il s'agit plutôt d'abandonner « le seul point de vue de l'État¹¹ » pour comprendre comment divers acteurs (entreprises privées, associations de consommateurs, associations non gouvernementales, syndicats, mouvements sociaux) peuvent coopérer et/ou agir de manière complémentaire pour régler les vides juridiques qui apparaissent peu à peu dans le processus de mondialisation. Cette refonte du droit est d'autant plus importante que des initiatives civiles et privées se sont multipliées depuis le milieu des années 1990 pour combler les multiples vides laissés par un droit international « centré » sur le droit étatique¹² :

- d'un côté, les ONG transnationales ont multiplié les pressions sur les entreprises et ont développé des labels sociétaux et environnementaux pour réglementer la pêche, la gestion des forêts ou la protection des droits de l'homme, augurant une « politique civique mondiale¹³ » ;
- de l'autre, des pans entiers de l'économie sont aujourd'hui gouvernés par des instances privées qui, pour accompagner les évolutions technologiques, définissent les normes, les standards et les réglementations dans des secteurs spécifiques¹⁴. Il en est ainsi des normes comptables IFRS, déjà évoquées, qui sont éditées par une structure privée, le Bureau international des normes comptables ; ou des algorithmes et des logiciels développés par les géants du numérique, qui instaurent hors de tout contrôle étatique des normes privées qui impactent les droits fondamentaux et le fonctionnement démocratique¹⁵.

Cette combinaison de régulations civiles et privées témoigne de la difficulté pour les États et les organisations internationales à créer du

10. Gilles Lhuillier, « Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit », Working Paper (Paris : Fondation Maison des sciences de l'homme, juin 2013) : p. 6.

11. Voir Lhuillier, p. 25.

12. Vogel, "The private regulation of global corporate conduct: achievements and limitations".

13. Wapner, "Politics beyond the state: environmental activism and world civic politics"; Sander Chan et Philipp Pattberg, "Private rule-making and the politics of accountability: analyzing global forest governance", *Global environmental politics* 8, n° 3 (2008) : p. 103-21.

14. Cutler, "Private international regimes and interfirm cooperation"; Stephen Gill et Claire Cutler, *New constitutionalism and world order* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

15. Voir à ce propos les travaux du Berkman Klein Center for Internet and Society (<https://cyber.harvard.edu/>) et les travaux de son directeur, Lawrence Lessig. Pour une brève introduction à ses travaux, voir Lawrence Lessig, "Code is law. On liberty in cyberspace", *Harvard magazine*, January 1, 2000; Lawrence Lessig, *Code version 2.0* (New York: Basic books, 2006).

droit par anticipation sur des sujets de plus en plus divers, de plus en plus techniques et globalisés.

Gouvernance polycentrique : la multiplication des arènes de redevabilité

Confrontés à cette incomplétude du droit national et international, les États et les organisations internationales s'insèrent donc désormais dans des mécanismes de « gouvernance polycentrique¹⁶ » où les normes et les réglementations n'émanent plus de la seule puissance publique, mais sont le fruit d'une coopération entre une multiplicité d'acteurs qui concourent ensemble à la gouvernance des acteurs économiques. Les enjeux de cadrage et de représentation métropolitique ne sont donc plus nécessairement réduits aux relations « inter-nationales », mais ancrées dans des dynamiques institutionnelles et collectives plus amples. L'émergence de telles arènes extrajudiciaires permet ainsi à des communautés affectées d'avoir accès à des arènes de redevabilité où faire valoir leurs droits lorsque les mécanismes étatiques sont défaillants, sujets à des retards chroniques et/ou lorsque le droit international est inopérant¹⁷.

Ruggie a dressé en 2008 une typologie des divers mécanismes d'accès à la justice existants et à venir pour les communautés affectées :

1. des mécanismes judiciaires étatiques traitant les plaintes et les conflits ayant lieu sur leur territoire, ou impliquant des entreprises domiciliées dans leur juridiction et ayant violé le droit des populations à l'étranger ;
2. des mécanismes extrajudiciaires impliquant des acteurs étatiques et non étatiques dans des instances multipartites de médiation et d'arbitrage ;
3. des mécanismes privés ou civils établis hors de tout cadre étatique par une entreprise seule, par un groupement d'entreprise, par des mouvements sociaux ou par l'ensemble de ces acteurs agissant de concert, l'enjeu étant alors de résoudre des conflits par la médiation sans pour autant entraver les recours possibles en justice ;
4. des tribunaux internationaux régis par des accords multilatéraux, sur le modèle de la Cour internationale de justice, la Cour pénale internationale (CPI) ou la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸.

16. Larry Cata Backer, "Polycentric governance in the transnational sphere: private governance, soft law, and the construction of public-private regulatory networks for states and transnational corporations", *Indiana journal of global legal studies* 17, n° 1 (2011): p. 101-66.

17. Ruggie, "Protect, respect and remedy": a Framework for business and human rights, paras. 83-87.

18. Ruggie, paras. 88-101.

Ces quatre modes de redevabilité ne sont pas de nature prospective, mais rendent davantage compte des évolutions institutionnelles récentes. Malgré des enjeux de cadrage et de représentation métapolitique divers, les communautés affectées par l'action d'entreprises transnationales peuvent en effet se tourner vers des mécanismes judiciaires ou extrajudiciaires multiples pour faire valoir leurs droits.

MÉCANISMES DE RÉGULATION ET DE RÉOLUTION DE CONFLITS

Si divers mécanismes extrajudiciaires de régulation et de résolution de conflits sont apparus au cours des années 1990-2000 – avec ou sans participation de structures étatiques nationales ou internationales –, il convient néanmoins d'en identifier les promesses et les limites.

Initiatives sectorielles multipartites

À partir des années 1990, diverses instances de régulation ont émergé afin d'accroître la redevabilité des grandes entreprises sur leurs impacts sociétaux et environnementaux. Comme ce fut le cas avec les processus de certification sociale, ces instances cherchent à garantir la « certification », la « traçabilité » ou l'application du « devoir de vigilance » des entreprises transnationales dans le domaine sociétal et/ou environnemental.

Ce sont les entreprises qui, dans un premier temps, ont établi des instances sectorielles pour communiquer autour de leurs « bonnes pratiques » et démontrer leur attitude proactive auprès des États et des organisations internationales. L'International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA) a été précurseur en la matière : fondée en 1974 à la demande du Programme des Nations unies à l'environnement (PNUE) pour établir un contact de référence entre l'organisation onusienne et les entreprises du secteur pétrolier et gazier, l'IPIECA est constituée par 37 entreprises du secteur qui représentent 60% de la production mondiale de pétrole et de gaz, et qui opèrent dans 146 pays¹⁹. Forte de cette représentativité et de ce mandat, l'IPIECA a ainsi multiplié les contacts avec d'autres organes onusiens en charge du climat, de la biodiversité et des droits de l'homme, permettant d'institutionnaliser un dialogue entre organisations internationales et acteurs privés.

Cherchant à dépasser le caractère restreint et opaque de ces initiatives confinées à des dialogues entre directions générales et organisations internationales, des tables rondes multipartites ont alors vu

19. Voir www.ipieca.org/about-us/who-we-work-with/

le jour afin d'offrir aux clients une plus grande transparence vis-à-vis des impacts sociétaux et environnementaux des produits achetés²⁰.

En 1993, des entreprises de la filière bois, des organisations de protection de l'environnement – dont le WWF et Greenpeace – et des mouvements sociaux – syndicats et organisations représentatives de peuples indigènes – fondent le Forest Stewardship Council (FSC), espace normatif pionnier en matière sociétale et environnementale. Au terme d'un long processus de négociation, ces acteurs établissent une liste de dix critères définissant une politique de gestion responsable des forêts, forêts devant ensuite être auditées par des tiers indépendants²¹. À partir de ce modèle multipartite inspiré par des dynamiques de marché, d'autres tables rondes ont progressivement vu le jour. Le WWF, par exemple, participe à diverses initiatives sectorielles pour la pêche (Marine Stewardship Council en 1997), la pisciculture (Aquaculture Stewardship Council fondé en 2009) ou l'huile de palme (Roundtable on Sustainable Palm Oil, fondée en 2004), initiatives qui rassemblent diverses ONG et entreprises impliquées dans ces chaînes de valeur.

Ces mécanismes de redevabilité sont néanmoins sujets à controverse. En effet, de nombreuses ONG et de nombreux experts déplorent l'incapacité de ces tables rondes à réguler des secteurs d'activité soumis à des relations de pouvoir et à des enjeux financiers importants, mais aussi l'impossibilité d'inclure dans ces accords reposant sur l'adhésion volontaire des thématiques qui viendraient menacer leur activité, perpétuant *de facto* des angles morts dans l'appréhension de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises²².

Afin de répondre à ce déficit de pouvoir de la part des ONG, les États participent à certaines tables rondes multipartites afin que ces instances bénéficient d'une force normative et d'une capacité de contrôle plus importante. Le processus de Kimberley illustre bien cette dynamique de régulation hybride : encouragé par diverses résolutions onusiennes, le processus de Kimberley a été lancé en 2002 afin de mettre en place des règles de certification afin de lutter contre le trafic de diamants de sang. Rassemblant quatre-vingt six États, divers industriels de l'industrie diamantaire et des ONG telles qu'Amnesty International et Global Witness, le processus est aujourd'hui confronté à des difficultés majeures, certains États apportant leur certification à des diamants issus de filières opaques. L'éviction des États engagés dans le blanchiment de ces diamants étant rendue impossible par une gouvernance fondée sur le consensus, l'organisation

20. Vogel, "The private regulation of global corporate conduct: achievements and limitations".

21. Chan et Pattberg, "Private rule-making and the politics of accountability: analyzing global forest governance".

22. Luli Pesqueira et Pieter Glasbergen, "Playing the politics of scale: oxfam's intervention in the roundtable on sustainable palm oil", *Geoforum* 45 (2013): p. 296-304.

Global Witness a quitté le processus en 2011, dénonçant la complaisance du processus vis-à-vis des États contrevenants. Loin de constituer un cas isolé, cette crise institutionnelle a atteint son paroxysme en 2015 lorsque la présidence du processus a été accordée aux Émirats arabes unis – véritable plaque tournante pour les diamants et l’or illécites –, entraînant le boycott pour toute l’année 2016 des « onze ONG membres de la Coalition de la société civile²³ ».

Face à cette multiplication d’arènes de redevabilité *ad hoc* organisées sans cadrage normatif et sans gouvernance commune, les principes Ruggie établissent un socle commun à partir duquel envisager la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises. Partant de ce socle, l’OCDE a adopté en 2011 une version revisitée de ses Principes directeurs à l’intention des entreprises multinationales, qui a ancré auprès des États d’où proviennent la plupart des grandes entreprises transnationales le cadre normatif de John Ruggie.

Les organisations internationales : le cas des PCN de l’OCDE

En 1974, les États industrialisés s’opposent aux travaux du Centre des Nations unies sur les sociétés transnationales. Afin de démontrer leur capacité à promouvoir la responsabilité des entreprises par des codes de conduite volontaires, l’OCDE publie en 1976 ses Principes directeurs à l’intention des entreprises multinationales. Pour promouvoir ces Principes auprès des entreprises et des syndicats, l’OCDE requiert en 1984 la création de Points de contact nationaux (PCN) au sein de chaque État membre de l’OCDE. Néanmoins, en l’absence de contrainte juridique et de mécanismes de contrôle substantiels, ces Principes directeurs tombent en désuétude au cours des années 1990²⁴.

En 2000 et en 2011, pour accompagner les évolutions normatives onusiennes, l’OCDE publie deux révisions successives de ses Principes directeurs²⁵. En conséquence, les PCN de l’OCDE possèdent désormais un mandat extraterritorial pour rendre les entreprises émanant de leurs juridictions redevables de leurs impacts sociétaux et environnementaux à travers le monde²⁶. En effet, en termes de « cadrage », les Principes directeurs se réfèrent au devoir de vigilance

23. Denis Tougas, « Responsabilité sociale des entreprises et minerais de conflit. L’Est de la République démocratique du Congo comme laboratoire », in Bonnie Campbell et Myriam Laforce (éd.), *La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier* (Québec : Presses de l’université du Québec, 2016) : p. 210.

24. Bommier, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l’implantation de Michelin en Inde à l’épreuve des Principes directeurs de l’OCDE », p. 111.

25. OECD, “OECD guidelines for multinational enterprises” (OECD publishing, 2000); OECD, “OECD Guidelines for multinational enterprises” (OECD publishing, 2011).

26. Les Principes directeurs sont aussi ouverts aux pays non-membres de l’OCDE, qui peuvent adhérer aux Principes et, ce faisant, les appliquer pour leurs entreprises.

défini par Ruggie et requièrent que toutes les entreprises dont le siège social est domicilié dans un pays signataire des Principes mènent des études d'impact afin de s'assurer qu'elles ne seront pas complices de violations des droits de l'homme et des droits de l'environnement, et ce, n'importe où dans le monde. Ainsi, les Principes directeurs portent un mandat extraterritorial : ils s'appliquent à travers le monde à toutes les filiales des entreprises issues d'un pays signataire. Mais surtout, ce mandat extraterritorial est soutenu par un mécanisme de redevabilité inédit *via* les PCN : si une personne, une communauté, une organisation syndicale ou une ONG considère qu'une entreprise n'a pas rendu honneur à son devoir de vigilance et est complice de violations des droits de l'homme, celle-ci peut déposer plainte devant le PCN du pays où se situe sa maison mère afin de réparer cette violation. Les PCN doivent alors procéder à une résolution de conflit par la médiation ou, le cas échéant, par un arbitrage suivi d'une publication en ligne²⁷. En ce sens, les PCN constituent des espaces de redevabilité et de résolution de conflit extrajudiciaires et extraterritoriaux prometteurs.

En dépit des espoirs placés dans les PCN, les études de terrain menées par des chercheurs et des ONG depuis 2011 montrent que ceux-ci sont confrontés à un déficit de représentation métapolitique qui compromet fortement leur indépendance et leur légitimité : tout d'abord, les PCN sont instaurés dans chaque État signataire selon une structure et un mode de gouvernance propre : la constitution des PCN varie d'un État à l'autre, les uns étant composés uniquement de fonctionnaires des administrations publiques (PCN britannique et PCN des États-Unis), les autres fonctionnant sur la base d'experts indépendants (PCN norvégien), d'autres encore étant tripartites (PCN français) ou quadripartites (PCN finlandais), rassemblant en leur sein fonctionnaires, syndicats, associations patronales et experts indépendants. Ensuite, les modalités de traitement des plaintes diffèrent entre les États : certains États délèguent la médiation à des tiers indépendants et n'interviennent qu'en cas d'échec de ces médiations (PCN britannique), d'autres mènent à la fois la médiation et les procédures potentielles d'arbitrage sans avoir recours à des experts indépendants (PCN français).

Afin d'harmoniser ces pratiques et d'assurer la légitimité des PCN, le Consensus Building Institute a formulé des recommandations qui ont été acceptées et retranscrites dans le rapport annuel des PCN de 2012²⁸. Néanmoins, en l'absence d'une réforme des Principes

27. OECD, "OECD guidelines for multinational enterprises", 2011, sec. Lignes directrices de procédure.

28. Consensus Building Institute CBI, "NCP mediation manual" (Boston: Consensus Building Institute, 2012); OECD, "Annual report on the OECD guidelines for multinational enterprises 2012: Mediation and consensus building" (Paris: OECD, 2012).

directeurs intégrant ces recommandations, l'ingérence des gouvernements et des intérêts patronaux dans les décisions rendues par les PCN demeure probable. Cette ingérence supposée a été constatée au sein du PCN français suite à la plainte déposée par un consortium d'ONG indiennes et françaises à l'encontre de l'investissement de l'entreprise Michelin, en Inde²⁹. Est alors en cause la légitimité du président du PCN – un fonctionnaire de la direction du Trésor – à imposer de manière unilatérale ses propres conclusions lorsque les différents membres du PCN ne parviennent pas à statuer de manière consensuelle sur le respect ou la violation par l'entreprise Michelin de son devoir de vigilance vis-à-vis de ses partenaires commerciaux en Inde³⁰.

Au-delà du cas français, un autre exemple témoigne de la capture des PCN par des intérêts pro-business. Dans le cadre d'un investissement minier de 12 milliards de dollars par le géant sud-coréen POSCO (Pohang Iron and Steel Company) en Inde, des associations déposent en octobre 2012 une série de plaintes contre ce dernier, et ses bailleurs de fonds norvégiens et néerlandais devant les PCN sud-coréens, norvégiens et néerlandais. Une brève comparaison des procédures dans ces trois PCN révèle de fortes divergences qui s'expliquent avant tout par la tension entre, d'une part, l'objectif affiché de redevabilité et, d'autre part, le souci des administrations publiques de soutenir leurs champions industriels et financiers sur le marché mondial :

- En mars 2013, le PCN néerlandais publie l'accord trouvé entre le bailleur de fonds néerlandais concerné et les plaignants. Le bailleur s'engage à pousser POSCO à réaliser des études d'impact sur les droits de l'homme et à engager un dialogue avec les communautés locales.
- En mai 2013, le PCN norvégien ne parvient pas à établir de dialogue avec le bailleur de fonds concerné qui n'est autre que le fonds de pension du gouvernement norvégien. On observe ainsi un fonds de pension « public » ignorer les appels à la médiation de son propre PCN, le mandat du PCN entrant en conflit avec sa diplomatie économique. En conséquence, le PCN norvégien, composé d'experts indépendants, conclut à une violation des Principes directeurs.
- En juin 2013, enfin, le PCN sud-coréen rejette la plainte, arguant que l'entreprise POSCO est exempte de toute responsabilité, son investissement se déroulant dans le cadre d'une concession minière accordée et contrôlée par le gouvernement indien. Afin de protéger les intérêts économiques de cette entreprise, le PCN sud-coréen ignore donc tout simplement le cadre normatif

29. Bommier, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE ».

30. Voir notamment Mediapart, « Usine Michelin en Inde : tout va bien (ou presque) », *Mediapart*, 24 septembre 2013.

de Ruggie sur le devoir de vigilance vis-à-vis des partenaires commerciaux.

Malgré de tels dysfonctionnements et de telles incohérences entre les PCN, les États membres de l'OCDE refusent de soumettre la constitution de leurs PCN à une contrainte supra-étatique définie par le secrétariat de l'OCDE. Ce faisant, les États signataires des Principes directeurs de l'OCDE à l'encontre des entreprises multinationales conservent le contrôle sur leurs PCN et s'assurent qu'ils pourront privilégier des intérêts pro-entreprises aux dépens de la protection des droits de l'homme lorsque des intérêts économiques et financiers importants sont en jeu. L'exemple norvégien est à ce titre instructif : en février 2015, le mandat du président du PCN norvégien ne fut pas renouvelé. Or, ce dernier a été remplacé par le professeur qui dirigeait jusqu'alors le conseil d'éthique du fonds de pension public incriminé dans l'affaire POSCO³¹. L'ONG OECD Watch analyse cette nomination comme une manœuvre visant à évincer de la présidence un expert indépendant pour le remplacer par un tiers plus proche des milieux d'affaires norvégiens³².

Afin de corriger ces dysfonctionnements structurels liés à une non-représentation métapolitique, l'organisation OECD Watch a lancé une campagne en 2016 pour demander une nouvelle révision des Principes directeurs afin de placer les PCN sous le contrôle direct du secrétariat de l'OCDE et éviter ainsi que les décisions des PCN ne soient subordonnées aux exigences de diplomatie économique des gouvernements. C'est dans cette quête d'indépendance des instances de redevabilité extraterritoriale que d'autres options sont explorées dans le cadre judiciaire.

LA VOIE JURIDIQUE

En raison de la multiplication d'initiatives sectorielles spécialisées et de la réticence des États à fonder des arènes de redevabilité extrajudiciaires réellement indépendantes, de nombreuses communautés demeurent confrontées à un déni de justice. Un recours au droit dur *via* des processus judiciaires nationaux ou internationaux semble donc constituer un axe complémentaire pour garantir un accès universel à la justice.

31. Voir la communication officielle du gouvernement norvégien sur www.regjeringen.no/en/aktuelt/nye-medlemmer-oppnevnt-til-norges-oecd-kontaktpunkt/id2396838/

32. Voir le communiqué d'OECD Watch www.oecdwatch.org/news-en/the-norwegian-government-is-getting-rid-of-a-critical-ncp-voice

Judiciariser ? Initiatives nationales et projets internationaux

À ce jour, les canaux judiciaires permettant de statuer sur le respect ou la violation d'une responsabilité sociétale et environnementale extraterritoriale demeurent restreints. Néanmoins, les canaux existants méritent d'être analysés pour identifier leurs apports et leurs limites.

À la fin des années 1990, des juristes états-uniens ont exhumé une législation datant de 1789, l'Alien Tort Status (ATS), pour traduire devant les tribunaux des entreprises américaines ayant violé les droits de l'homme à l'étranger. En effet, l'ATS rend les ressortissants américains redevables de leurs actes à l'étranger dès lors que ceux-ci violent le droit international reconnu par les États-Unis. Faisant usage de cet instrument juridique à visée extraterritoriale, des individus impactés par l'activité d'entreprises américaines ont ainsi porté plainte, entre autres, contre Unocal pour ses activités en Birmanie, contre Chevron en Équateur, contre Shell au Nigeria, contre Rio Tinto en Papouasie-Nouvelle-Guinée, ou encore contre Cisco en Chine³³. Alors que ces cas se sont multipliés au cours des années 2000, cet outil a été considérablement affaibli en 2013. En effet, en 2011, la Cour suprême américaine décide d'auditionner un appel dans l'affaire *Kiobel*, affaire opposant douze plaignants nigériens à l'entreprise Shell pour ses activités dans le delta du Niger. Après deux auditions en février et en octobre 2012, les juges de la Cour suprême annoncent le 17 avril 2013 que « la présomption contre l'extraterritorialité s'applique aux plaintes formulées sous l'Alien Tort Status³⁴ ». Ce faisant, la Cour suprême a fortement limité la portée de l'ATS en restreignant son application à « des violations graves de normes suffisamment précises et internationalement reconnues, à l'instar de l'interdiction de la torture³⁵ ».

Dans ce contexte, la loi Dodd-Frank adoptée en 2010 par le Sénat américain figure désormais comme l'outil qui se rapproche le plus d'une promotion du devoir de vigilance aux États-Unis. En effet, cette loi dispose de deux articles exigeants : pour le premier, une déclaration pays par pays des impôts versés aux gouvernements étrangers et, pour le second, la publication d'un rapport décrivant les mesures de vigilance mises en place par les entreprises s'approvisionnant en

33. Pour un aperçu de ces divers cas, voir www.globalpolicy.org/international-justice/alien-tort-claims-act-6-30.html

34. US Supreme Court, "*Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum*", 10-1491 § (2013).

35. Martin-Chenut et Nord, « La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité », p. 637.

minerais en provenance de la République démocratique du Congo³⁶. Comme le souligne Tougas, « pour une première fois, un gouvernement imposait à des entreprises un devoir de diligence [vigilance] au regard des droits humains dans leurs activités à l'étranger³⁷ ». C'est dans cette même perspective qu'a ensuite émergé en France la loi sur le devoir de vigilance.

Néanmoins, force est de constater que, si la loi Dodd-Frank et la loi sur le devoir de vigilance ouvrent des possibles, l'approche « pays par pays » qui les caractérise les rend également très fragiles. Tout d'abord, ces deux lois n'ont pas vocation à réparer les dommages auprès des populations affectées: en requérant que les entreprises démontrent l'existence de procédures de vigilance, l'obligation faite aux entreprises est une obligation de moyens plutôt qu'une obligation de résultat. Ensuite, un gouvernement ultérieur peut tout à fait modifier ou invalider ces lois – par exemple, la Cour d'appel des États-Unis a déjà invalidé en 2014 une partie de la loi portant sur l'exigence de « déclarer si du minerai utilisé provenait ou non de la RDC³⁸ ». Enfin, et c'est là une barrière majeure, toute initiative nationale est combattue sans relâche par les lobbys industriels et financiers nationaux qui évoquent une perte de compétitivité sur le grand marché mondial des normes: la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire Kiobel, la loi française sur le devoir de vigilance, ou encore un projet de loi australien sur le devoir de vigilance ont tous été confrontés à cette question de compétitivité³⁹.

Afin de résoudre ces enjeux de fragmentation et de lobbying, divers observateurs en appellent à une réforme du cadre juridique international pour permettre aux populations affectées de faire-valoir leurs droits indépendamment des lois édictées par le pays où la maison mère est domiciliée. Selon le philosophe et homme d'affaires Andrew Kuper, une réforme de la Cour internationale de justice pourrait permettre à celle-ci de régler non seulement des conflits interétatiques, mais aussi des conflits entre entreprises et communautés⁴⁰. Le professeur de droit international David Bilchitz propose, quant à lui, la création d'une nouvelle cour internationale afin de réduire le déficit judiciaire actuel⁴¹. Déjà, le Tribunal pénal international pour

36. Sections 1502 et 1504 de la loi Dodd-Frank. Voir US government, "Dodd-Frank wall street reform and consumer protection act" (2010).

37. Tougas, « Responsabilité sociale des entreprises et minerais de conflit. L'Est de la République démocratique du Congo comme laboratoire », p. 189.

38. Tougas, p. 189.

39. David Bilchitz, "The necessity for a business and human rights treaty" (Johannesburg: University of Johannesburg, November 30, 2014): p. 17-18.

40. Andrew Kuper, "Redistributing responsibilities – The un global compact with corporations", in Andreas Follesdal et Thomas Pogge (ed.), *Real world justice. grounds, principles, human rights, and social institutions* (Dordrecht: Springer, 2005), p. 378.

41. Bilchitz, "The necessity for a business and human rights treaty."

le Rwanda et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont traduit en justice les dirigeants d'entreprises complices de crimes contre l'humanité⁴². Ces travaux illustrent que des réformes du droit international sont possibles et pourraient amener celui-ci à ne pas se restreindre aux affaires interétatiques, mais, sur le modèle de la Cour européenne des droits de l'homme, à s'ouvrir aux acteurs non-étatiques pour juger de violations de droits de l'homme commises par des entreprises privées⁴³.

Le traité onusien sur les droits de l'homme et l'écocide

En ce sens, le 25 juin 2014, l'Équateur et l'Afrique du Sud ont présenté au Conseil des droits de l'homme de l'ONU une résolution suggérant « d'établir un groupe de travail intergouvernemental sur la création d'un instrument légalement contraignant à l'égard des entreprises transnationales en ce qui concerne les droits de l'homme⁴⁴ ». De manière frappante, le vote de cette résolution a reproduit la division Nord-Sud qui a prévalu entre 1974 et 1992 au Centre des Nations unies sur les sociétés transnationales : les États-Unis et l'ensemble des pays de l'UE ont voté contre la résolution, tandis que vingt pays en développement et pays émergents – parmi lesquels la Chine, la Russie, l'Inde et l'Afrique du Sud – ont voté en sa faveur. Ainsi, tandis que l'ambassadeur d'Italie, s'exprimant au nom de l'UE, a affirmé que « les plans d'action nationaux constituent le meilleur moyen de progresser », l'ambassadeur des États-Unis a déclaré « qu'une approche unique pour un instrument juridiquement contraignant n'est pas une solution appropriée pour couvrir la diversité et l'étendue du monde des affaires⁴⁵ ». Si la résolution a finalement été adoptée grâce aux votes des pays en développement et émergents, les pays développés ont ainsi signalé qu'ils ne souhaitent pas contraindre leur expansion économique par un instrument contraignant l'action de leurs entreprises sur des problématiques de droits de l'homme. L'affirmation renouvelée d'une perspective réaliste des relations internationales sur ce projet novateur constitue donc une déception supplémentaire

42. Jelena Aparac, « Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE dans le respect et la mise en œuvre du droit international humanitaire », in Kathia Martin-Chenut et René de Quenauon (ed.), *La RSE saisie par le droit* (Paris : Pedone, 2016) : p. 55.

43. Mark Janis, "Individuals and the international court", in A. Sam Muller, David Raic, et J. M. Thuranszky (ed.), *The international court of justice: its future role after fifty years* (The Hague: Kluwer law international, 1997).

44. UNHRC, "Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights" (Geneva: Un human rights council, June 25, 2014).

45. Pour une analyse des débats et du résultat du vote, voir www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14785&LangID=E

pour tous ceux qui espèrent voir les pays « occidentaux » avancer vers une gouvernance économique « éthique⁴⁶ ».

Cet épisode, associé au refus des pays membres de l'OCDE de garantir l'indépendance de leurs PCN, nous interroge sur la volonté des États à permettre l'émergence d'une autorité de régulation forte et indépendante sur les questions de responsabilité sociétale des entreprises. Au cours des prochaines années, il s'agit donc de suivre les travaux menés par le Groupe intergouvernemental sur les sociétés transnationales, qui s'est réuni en juillet 2015 et octobre 2016 dans un climat tendu, l'ensemble des représentants des pays membres de l'UE ayant quitté le processus dès la première journée lors de la session de juillet 2015 pour n'y faire leur retour qu'au cours de la seconde session de 2016. Lors de la troisième session, qui s'est tenue en octobre 2017, le projet de traité contraignant a commencé à prendre forme – malgré l'opposition continue de l'UE – grâce à l'appui de l'Amérique latine, de l'Afrique et de plusieurs pays d'Asie, dont la Chine, avec la volonté de combler le déficit entre droit commercial et droits humains et environnementaux fondamentaux.

Le cas du scandale Chevron, en Équateur, permet de comprendre en quoi consiste ce déficit entre droit commercial et droit fondamentaux. En 2011, au terme d'une longue « saga judiciaire », la justice équatorienne a condamné l'entreprise Chevron à une amende de 9 milliards d'euros pour compenser les victimes et remettre en état une zone d'exploration pétrolière fortement polluée par ses activités⁴⁷. Les dirigeants de l'entreprise Chevron se sont alors engagés dans de multiples procédures judiciaires en Équateur et aux États-Unis pour faire valoir la protection que les traités d'investissement entre États-Unis et Équateur prévoient, et pour empêcher l'exécution de la peine.

Afin qu'un tel déni de justice ne puisse se reproduire, le projet de traité onusien se propose de revoir les conditions d'application des traités d'investissement en deux temps : tout d'abord, le traité ambitionne de permettre à tout État de suspendre l'application d'un traité d'investissement protégeant la filiale locale d'une entreprise transnationale étrangère dès lors que celle-ci violerait les droits humains et environnementaux fondamentaux. Les traités d'investissements existants, traditionnellement restreints à des enjeux économiques, seraient ainsi subordonnés au respect des droits fondamentaux sous peine d'être dénoncés comme nuls. Dans un deuxième temps,

46. Michael Ignatieff, *Human rights as politics and idolatry* (Princeton: Princeton university press, 2001): p. 22-23.

47. Kathia Martin-Chenut et Camila Perruso, « L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de Conventions Écocrimines et Écocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales », in Laurent Neyret (ed.), *Des écocrimines à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement* (Bruxelles: Bruylant, 2015) : p. 75.

cette subordination serait inscrite dans les traités d'investissement contemporains par l'insertion d'une clause, dite de « conditionnalité démocratique ». Invoquer cette clause de conditionnalité permettrait ainsi à un État et aux populations affectées par l'action d'une filiale d'entreprise transnationale d'obtenir réparation en saisissant les biens de la filiale incriminée et, ce faisant, en la contraignant à réparer les dommages perpétrés ou à indemniser les victimes. L'Équateur a d'ailleurs déjà engagé ce processus de révision en dénonçant l'ensemble de ces traités d'investissement en mai 2017.

Au-delà des opportunités qu'un nouveau traité onusien pourrait ouvrir, les travaux de la CPI révèlent que, en dépit des difficultés rencontrées par les États et les populations pour obtenir réparation face à des entreprises transnationales puissantes et peu scrupuleuses, et en dépit de la pression des pays occidentaux, des recours en justice émergent peu à peu. En effet, à la suite du scandale Chevron en Équateur, les avocats des victimes ont saisi la CPI le 23 octobre 2014 et ont demandé que le PDG et le vice-président de Chevron soient poursuivis pour crimes contre l'humanité, le déni de justice orchestré par les services juridiques de l'entreprise pouvant s'assimiler à une « attaque directe et systématique contre la population civile⁴⁸ », selon l'article 7 du Statut de Rome.

S'inspirant de cette procédure en cours, le Bureau du procureur de la CPI a annoncé dans son document de politique générale datant du 15 septembre 2016 que la Cour va désormais « s'intéresser particulièrement aux crimes visés au Statut de Rome impliquant ou entraînant, entre autres, des ravages écologiques, l'exploitation illicite de ressources naturelles ou l'expropriation illicite de terrains⁴⁹ ».

La responsabilité sociétale et environnementale des entreprises pourrait donc connaître, au-delà des processus extrajudiciaires, un soutien de la part de la CPI ou du processus intergouvernemental en cours au Conseil des droits de l'homme de l'ONU.

Au-delà de ces évolutions visant à imputer une responsabilité judiciaire ou extrajudiciaire à des entreprises, il convient également de s'interroger sur la contribution que les entreprises peuvent faire de manière volontaire pour passer d'une perspective de gestion d'impact à une perspective d'innovation pour que de nouveaux modèles économiques plus respectueux des populations et des écosystèmes émergent.

48. Martin-Chenut et Perruso, p. 80.

49. Cour pénale internationale, « Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires » (2016), sec. Critères de sélection des affaires.



CHAPITRE 3

LA RÉNOVATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE PAR LES ENTREPRISES

Les mécanismes de gouvernance judiciaires et extrajudiciaires analysés ci-dessus se caractérisent par une perspective d'« imputabilité » : il s'agit d'anticiper les dommages, de juger de la faisabilité du projet au vu de ses impacts, puis de définir avec les pouvoirs publics et les communautés les modalités ayant trait à leur réparation et compensation. Dans cette démarche, l'enjeu principal est de savoir « comment conduire son business de manière moralement légitime¹ ». Les labels et les arènes de redevabilité qui ont émergé au cours des dernières décennies cherchent ainsi à « se mettre en conformité » avec le droit et les revendications exprimées par les populations et les mouvements sociaux. À cette attitude réactive de mise en conformité s'ajoute une vision proactive où la responsabilité consiste à inventer de nouvelles structures économiques et de nouvelles stratégies pour surmonter des défis inédits.

Avant d'analyser dans le prochain chapitre les enjeux relatifs à la responsabilité politique de l'entreprise vis-à-vis des biens communs mondiaux – enjeux qui interrogent avec vigueur le modèle économique et financier d'une entreprise – nous étudions ici comment certaines entreprises mènent déjà des actions pilotes sur certains territoires et expérimentent des logiques de coopération qui redéfinissent la responsabilité de l'entreprise au-delà des cadres normatifs communément admis. Se posent alors des questions liées au processus démocratique et au rôle de l'État.

INNOVATIONS DANS LA DÉFINITION DU PÉRIMÈTRE DE RESPONSABILITÉ

Avec le passage d'une perspective philanthropique et managériale à une perspective d'impact et de connexion sociale au long des

1. Wiggen et Bomann-Larsen, "Addressing side-effect harm in the business context: conceptual and practical challenges", p. 8.

chaînes d'approvisionnement, la compréhension de la responsabilité d'entreprise par un nombre croissant d'acteurs publics et privés, à l'échelle mondiale, s'est progressivement transformée.

Dans le processus de réflexion qui s'ensuit, certaines entreprises développent des structures de gouvernance et des projets inédits qui mettent en regard des interrogations économiques, sociales, sociétales et environnementales. Le cas de l'entreprise Danone est, à ce titre, significatif.

Un « double projet »

Les engagements sociétaux et environnementaux du groupe Danone font l'objet de multiples débats. À ce stade, rappelons que son PDG Antoine Riboud a souligné en 1972, lors des Assises du Centre national du patronat français (CNPF), le double projet économique et social de son entreprise : les objectifs économiques et sociétaux étaient présentés comme étant d'importance égale. Au cours de la dernière décennie, cette vision a été mise en œuvre, en particulier, par la création de trois fonds : Danone Communities, Danone Livelihoods et Danone Écosystèmes.

Le fonds Danone Communities² finance des projets dans l'économie sociale et solidaire social dans différents pays, son vaisseau amiral étant l'entreprise Grameen Danone Foods Ltd., fondée en 2006 dans le cadre d'un partenariat entre Franck Riboud et l'économiste Mohammed Yunus. Son objectif ? Construire cinquante micro-usines peu mécanisées, à faible empreinte carbone, dont les profits seraient entièrement réinvestis dans le projet, pour fournir des yaourts et des compléments nutritionnels aux populations pauvres des zones rurales du Bangladesh. À ce jour, les résultats obtenus sont modestes : seulement deux usines existent et peinent à être profitables, ces pertes financières étant compensées par la vente de yaourts plus gros et plus chers auprès des classes moyennes des villes. Ce projet a néanmoins le mérite de mettre en lumière les défis et les tensions relatives à la création de stratégies d'entreprises capables de répondre aux besoins des plus pauvres au sein d'une multinationale dont ce n'est pas le cœur de métier³.

2. Danone a contribué à la création de la Sicav danone.communities, à laquelle le groupe a souscrit à hauteur de 20 millions d'euros et ouverte au grand public. Les fonds de la Sicav sont investis selon le principe décrit plus haut du 90/10 destiné à minimiser le risque pour les investisseurs : à 90 % dans des valeurs monétaires et obligataires et à 10 % dans les projets social business du fonds Danone Communities.

3. Cécile Renouard, Pierre-Louis Corteel, Grégory Flipo, Ludovic Rouvier, "Grameen Danone in Bangladesh : building, rebuilding and sustaining the social business", ESSEC business case, ESSEC Business School publishing, April 2011.

Le fonds Danone Livelihoods, quant à lui, cherche à favoriser la reforestation et à améliorer les conditions de vie des communautés rurales touchées par des dégradations écologiques⁴.

Enfin, le fonds Danone Écosystèmes, doté d'une enveloppe de 100 millions d'euros, vise à introduire des modèles socio-économiques innovants dans son cœur de métier pour améliorer les conditions de vie et les conditions de travail des acteurs impliqués dans sa chaîne de valeur. La vision des dirigeants est que ces modèles innovants pourraient peu à peu s'intégrer au business model standard pour aboutir à un modèle économique plus responsable. Les démarches engagées par Danone dans le domaine du recyclage du plastique permettent d'identifier les défis et les tensions qui émergent lorsque les responsabilités économiques, sociales, sociétales et environnementales sont mises en regard.

De la responsabilité environnementale à un projet en faveur du développement humain

En Indonésie et dans différents pays d'Amérique latine, l'entreprise Danone est leader dans la vente d'eau *via* sa marque Evian et ses marques locales Bonafont, au Mexique, VillaVicencio, en Argentine, et Aqua, en Indonésie. Cette eau étant vendue dans des bouteilles plastiques, Danone est confronté à un enjeu environnemental majeur.

Diverses études se sont penchées sur les rejets de plastique dans les océans et ont estimé ces derniers à plus de 250 000 tonnes. Le plastique mettant entre cent et mille ans à se décomposer, l'impact de ces rejets massifs sur la biodiversité est encore très largement ignoré⁵. En termes de responsabilité environnementale, le recyclage des bouteilles plastiques revêt donc une importance cruciale. Pour répondre à cette problématique, divers États ont adopté des lois régulant l'usage du plastique. Ainsi, depuis 2008 en Indonésie et depuis 2010 au Brésil, des lois somment les acteurs impliqués dans la production, la distribution, la consommation, la collecte et le recyclage du plastique à développer des synergies pour accroître la part de plastique recyclé dans les produits mis sur le marché⁶.

4. Ce fonds a été initié en 2008 par le fonds Danone pour la nature. En 2011, en partenariat avec d'autres grandes entreprises, il a été prolongé par le fonds Carbon Livelihoods. Puis, en 2015, est venu s'ajouter le Livelihoods Funds for Family Farming en partenariat avec Mars, Firmenich et Veolia.

5. Marcus Eriksen *et al.*, "Plastic pollution in the world's oceans: more than 5 trillion plastic pieces weighing over 250,000 tons afloat at sea", *Plos one* 9, n° 12 (December 10, 2014); Jenna Jambeck *et al.*, "Plastic waste inputs from land into the ocean", *Science* 347, n° 6223 (2015): p. 768-71.

6. Cécile Renouard et Hélène L'Huillier, « Le plastique, d'un mal privé et public à un bien commun ? À partir d'expériences d'une multinationale autour du recyclage du plastique », 12^e Conférence internationale de l'AFD « Communs et développement » (Paris, 2 décembre 2016) : p. 7.

Conventionnellement, les entreprises se conforment à ces lois en modifiant leurs pratiques d'achat et en s'approvisionnant auprès de grandes entreprises spécialisées dans le recyclage. L'option privilégiée est alors celle d'une mise en conformité, l'entreprise répondant à la contrainte réglementaire par une révision de sa liste de fournisseurs. Dans le cadre du fonds Danone Écosystèmes, Danone a adopté un nouveau point de vue en s'impliquant directement dans le secteur de la collecte et du recyclage des déchets plastiques :

« Construction d'un centre de tri à destination des chiffonniers (*pepe-nadores*) d'une décharge au Mexique, financement d'une usine transformant le plastique acheté aux chiffonniers (*pemulung*) en Indonésie, appui à des petites coopératives de chiffonniers (*catadores*) travaillant dans des centres de tri au Brésil, appui à des coopératives de chiffonniers (*cartoneros*) plus grandes et mécanisées en Argentine⁷. »

Émergent alors, au sein de chacun de ces projets, des dynamiques de coopération et d'émancipation variées reliant des chiffonniers du secteur informel à une entreprise transnationale. Un projet répondant à un défi environnemental devient un projet social et sociétal impliquant une multiplicité d'acteurs répartis tout au long d'une chaîne de valeur qui est souvent invisible aux yeux d'un grand groupe. En passant d'un questionnement environnemental à un questionnement social plus ample, Danone parvient donc – dans le cadre restreint de son projet Danone Écosystèmes – à ne pas cloisonner ses diverses responsabilités. Cependant, ce changement de perspective suscite des tensions et confronte le management à de nouvelles questions : s'il s'agit pour l'entreprise de tendre vers un modèle durable et socialement responsable qui optimise l'usage des ressources plastiques et permette la distribution d'eau potable sur des territoires où les réseaux publics d'adduction d'eau dysfonctionnent, pourquoi privilégier les petites bouteilles plastique plutôt que les grandes bonbonnes ? Pourquoi « vendre » les bouteilles, et pourquoi ne pas plutôt mettre des bonbonnes « en concession » avec des circuits de dépôt et de collecte ? Faut-il continuer à exporter des bouteilles d'eau d'Evian à travers la planète, sous prétexte qu'existe un marché de consommateurs de classes aisées, alors que de telles pratiques entrent en contradiction avec les objectifs environnementaux ?

Lorsqu'elles émergent au sein des entreprises, de telles questions peuvent mener à des réformes structurelles. Au sein des grandes entreprises transnationales cotées en bourse, l'entreprise Interface représente un cas emblématique. En 1994, cette entreprise transnationale spécialisée dans la production et la vente de moquettes et revêtements de sol a en effet décidé de réformer son *business model*

7. Renouard et L'Huillier, p. 4.

afin de mettre en œuvre sa responsabilité et réduire autant que possible son impact environnemental. Son objectif, en sept points, a formulé un objectif extrêmement ambitieux : élimination de l'idée de « déchet », élimination de toutes les émissions et de tous les effluents toxiques, passage à des sources d'énergie renouvelables, fonctionnement en circuit fermé afin de maximiser le recyclage, réduction et optimisation des transports, plaidoyer auprès des parties prenantes sur la protection environnementale et réforme de fond du *business model*⁸. Parmi ces réformes, la dernière est ici à souligner pour la réflexion structurelle qu'elle a permis d'engager : le management a décidé de ne plus « vendre » des moquettes selon un modèle classique « produire/consommer/jeter », mais de « louer » ses moquettes aux utilisateurs afin de récupérer les produits en fin de vie et de les recycler. Pour ce faire, l'entreprise a mis en place une chaîne logistique inverse afin de gérer les produits manufacturés tout au long de leur cycle de vie. Cependant, une telle réforme est confrontée à de multiples défis : culturels d'abord, les clients désirant posséder plutôt que louer les moquettes ; politiques ensuite, les modèles de fiscalité et de comptabilité en vigueur n'étant pas adaptés à une économie fondée sur la location de produits de grande consommation qui, en vertu de son modèle en circuit fermé, a une structure de coût différente, avec une chaîne logistique plus complexe, mais une meilleure intégration des externalités négatives⁹. Confrontée à des barrières structurelles ancrées dans les politiques publiques, Interface a alors engagé – avec le soutien de l'ONG World Resources Institute et de l'organisation patronale World Business Council – un travail de lobbying pour plaider pour des réformes fiscales et comptables plus favorables à ces *business model* responsables.

Nous voyons ainsi que des initiatives multipartites semblent être nécessaires pour que des acteurs souhaitant proposer des stratégies de rupture puissent faire face à la concurrence¹⁰.

RECONSTRUIRE LE DIALOGUE PUBLIC-PRIVÉ

Une étude comparative chez Danone Écosystèmes : de l'importance des pouvoirs publics

L'évaluation des projets de recyclage menés par Danone Écosystèmes en Indonésie, au Mexique, au Brésil et en Argentine

8. Wendy Stubbs et Chris Cocklin, "An ecological modernist interpretation of sustainability: the case of interface inc.", *Business strategy and the environment* 17 (2008): p. 512-23.

9. Stubbs et Cocklin, p. 517-19.

10. Frédéric Baule, Xavier Becquey, et Cécile Renouard, *L'entreprise au défi du climat* (Paris : Les Éditions de l'Atelier, 2015).

permet de se rendre compte, dans la ligne de ce qu'a expérimenté Interface, de la nécessité de construire un nouveau dialogue public-privé au service d'une transition vers des modèles économiques responsables. En effet, la diversité des interactions que Danone a entretenues avec les services publics de ces territoires explique en grande partie la capacité de ces projets à remplir leur objectif d'émancipation des chiffonniers : en Indonésie, Danone a lancé son projet en partenariat avec un entrepreneur social et des ONG en dehors de toute structure et de tout dialogue avec les autorités publiques. Ce fonctionnement entre acteurs privés a été confronté à de multiples impasses, la précarité des chiffonniers étant principalement due à leur exclusion des services publics, ce que le projet, de par sa gouvernance, n'a pas pu aborder. Au Mexique, un modèle de collaboration entre Danone, des associations et les pouvoirs publics locaux a permis de mieux répondre à cet objectif d'émancipation, les multiples liens institutionnels forgés dès le début du projet étant *a priori* susceptibles de répondre aux causes de la précarité des chiffonniers. Pourtant, confrontée à des pouvoirs publics corrompus, l'entreprise n'a pas pu poursuivre le projet comme souhaité. Au Brésil, enfin, l'existence d'une loi nationale encourageant la gestion partenariale de la chaîne de recyclage a permis à Danone d'insérer les liens entre coopératives de chiffonniers, pouvoirs publics locaux et associations non gouvernementales dans une politique publique nationale qui a légitimé ces pratiques. Forte de ce maillage institutionnel diversifié, le projet semble y être le plus pérenne et le plus réussi, la volonté de quelques individus porteurs de changement s'inscrivant dans des logiques institutionnelles favorables¹¹.

Dès lors, la réussite d'une entreprise engagée dans une démarche de rupture dépend à la fois des convictions de ses dirigeants et de son insertion dans un tissu associatif, entrepreneurial, public et législatif dense et orienté vers le bien commun.

La fabrique du consensus multipartite

Loin de constituer une utopie, ce modèle de démocratie réflexive¹² est déjà à l'œuvre, et de nombreux exemples prouvent que la co-construction entre acteurs publics, privés et associatifs peut aboutir à la création de modèles économiques durables.

En France, la campagne de financement participatif lancée par Greenpeace France et la Fédération nationale des Centres d'initiatives

11. Renouard et L'Huillier, « Le plastique, d'un mal privé et public à un bien commun ? À partir d'expériences d'une multinationale autour du recyclage du plastique ».

12. Pierre Rosanvallon, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité* (Paris : Seuil, 2008).

pour valoriser l'agriculture et le milieu rural¹³ (FNCIVAM) illustre bien la constitution de nouveaux réseaux institutionnels denses mêlant initiative privée, publique et citoyenne au service de changements structurels.

Une filière bio et sans OGM pour le soja

La France interdit aujourd'hui la production de soja et de maïs OGM (organisme génétiquement modifié). Paradoxalement, afin de fournir les protéines végétales nécessaires à l'alimentation du bétail français, la France importe massivement du soja et du maïs OGM d'Amérique latine. De plus, au-delà des enjeux liés aux OGM, la culture intensive de ces céréales en Amérique Latine a un impact dévastateur sur la forêt amazonienne¹⁴.

Afin de promouvoir une agriculture biologique, sans OGM et sans déforestation, et afin de développer les circuits courts et la souveraineté alimentaire française, Greenpeace a lancé en 2015 une campagne de financement participatif afin d'aider quatre agriculteurs vendéens sélectionnés par la FNCIVAM à acheter une infrastructure agricole – un « toaster » – permettant de développer une filière française durable de production et de valorisation de protéines végétales pour l'élevage de bétail¹⁵. À la suite d'une collecte de fonds remplie avec succès, l'achat de cette infrastructure a été garanti. C'est ici le modèle hybride de financement qui nous intéresse. En effet, ce financement a été assuré conjointement par les dons récoltés lors de la campagne de Greenpeace et de la FNCIVAM, par les fonds propres des agriculteurs concernés, par une subvention du Conseil régional des Pays de Loire et par une subvention de deux syndicats intercommunaux d'alimentation en eau potable de Vendée.

Ce consortium d'acteurs publics et privés aux intérêts multiples témoigne ainsi des synergies et des coopérations qui peuvent se développer autour de projets appréhendant la responsabilité de manière holistique, mais aussi de la façon dont les contours entre public et privé se redessinent : dans une logique de démocratie réflexive, la co-construction s'organise entre des syndicats intercommunaux souhaitant favoriser l'agriculture biologique pour protéger les nappes phréatiques, des associations environnementales militantes, un conseil régional désireux de favoriser l'emploi local, et des

13. La FNCIVAM représente 140 groupes composés de près de 13 000 agriculteurs et ruraux en France.

14. Guillaume Solanet, Laurent Levard, et Christian Castellanet, « L'impact des importations européennes de soja sur le développement des pays producteurs du Sud » (Paris : AFD, 2011) ; WWF, « Viandes : un arrière-goût de déforestation » (Paris : WWF, 2012).

15. Voir la présentation du projet sur <https://faire-un-don.greenpeace.fr/farmers/toaster-en-vendee> ainsi que l'interview d'un des agriculteurs partie prenante au projet sur <http://agriculture.greenpeace.fr/un-toaster-en-vendee-les-agriculteurs-vous-disent-merci>

agriculteurs engagés dans l'agriculture biologique. Comme le note Alain Supiot, on constate alors que :

« Procédant du constat de différences qualitatives entre groupes d'intérêts qui ont des mêmes faits une expérience différente, [la démocratie réflexive] ne postule pas l'égalité de ces groupes, mais la construit, en instituant entre eux un équilibre des forces¹⁶. »

C'est cette même dynamique qui est à l'œuvre dans certains partenariats public-privé et dans des initiatives, dites de « joint-ventures sociales » (JVS) qui engagent les entreprises dans des logiques collaboratives au service d'objectifs sociaux, sociétaux et environnementaux nous interrogeant sur le rôle de l'État dans le financement et la promotion du bien commun.

Partenariats public-privé et joint-ventures sociales

Sous la contrainte des institutions financières internationales et des coupes récurrentes dans les budgets publics, diverses administrations ont démarré, au cours des dernières décennies, des partenariats public-privé dans le secteur de l'eau, de l'assainissement et de la gestion des déchets. Ces projets, qui témoignent d'un passage « d'une conception en termes d'administration publique à une conception en termes de gouvernance¹⁷ », introduisent de nouveaux modes d'interaction entre entreprises privées et puissance publique, les entreprises devenant des acteurs engagés directement dans la réalisation de missions de service public¹⁸.

Ce passage d'une « gouvernance verticale » à une « gouvernance horizontale » suscite de nombreuses interrogations. En effet, l'éclatement des responsabilités et des structures de décision rend caduque les modalités de contrôle et de redevabilité traditionnellement observées dans les administrations publiques¹⁹. Néanmoins, force est de constater que le lancement d'un partenariat public-privé ou d'une JVS n'est pas, *a priori*, synonyme d'un retrait de l'État, mais plutôt synonyme d'une reconfiguration des rapports de force entre puissance publique, ONG, organisations internationales, entreprises privées et citoyens. Sans adopter une attitude béate, et en étant conscient des rapports de force contemporains, l'exemple de la filière de soja présenté ci-dessus montre par exemple qu'une reconfiguration des institutions entre public et privé n'entraîne pas nécessairement un moins-disant social ou environnemental.

16. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 124.

17. Bernard Enjolras, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », *Géographie, Économie, Société* 12, n° 1 (2010) : p. 17.

18. Moon, Crane, et Matten, "Can corporations be citizens? Corporate citizenship as a metaphor for business participation in society."

19. Lyla Mehta, "Water and human development", *World development* 59 (2014): p. 59-69.

Dans la même veine, des recherches montrent que la question de l'accès universel aux services publics ne réside pas nécessairement dans une opposition entre gestion publique et gestion privée²⁰, mais plutôt dans la capacité de construire des législations, des mécanismes de participation et des instances de redevabilité qui soient ouvertes aux populations et au service d'une plus grande équité²¹. Ainsi, dans le cas d'administrations publiques qui discriminent des pans entiers de la population, comme c'est le cas dans les bidonvilles en Inde, l'introduction d'un partenariat public-privé fait intervenir de nouveaux acteurs et de nouveaux mécanismes transnationaux et supranationaux de redevabilité potentiellement porteurs de changement pour des groupes sociaux auparavant marginalisés²². De même, en institutionnalisant des partenariats entre pouvoirs publics, entreprises privées et usagers autour d'un diagnostic et d'une vision commune, les JVS peuvent également mener à des innovations radicales si les acteurs porteurs d'une mission de bien commun parviennent à nouer des alliances fertiles²³.

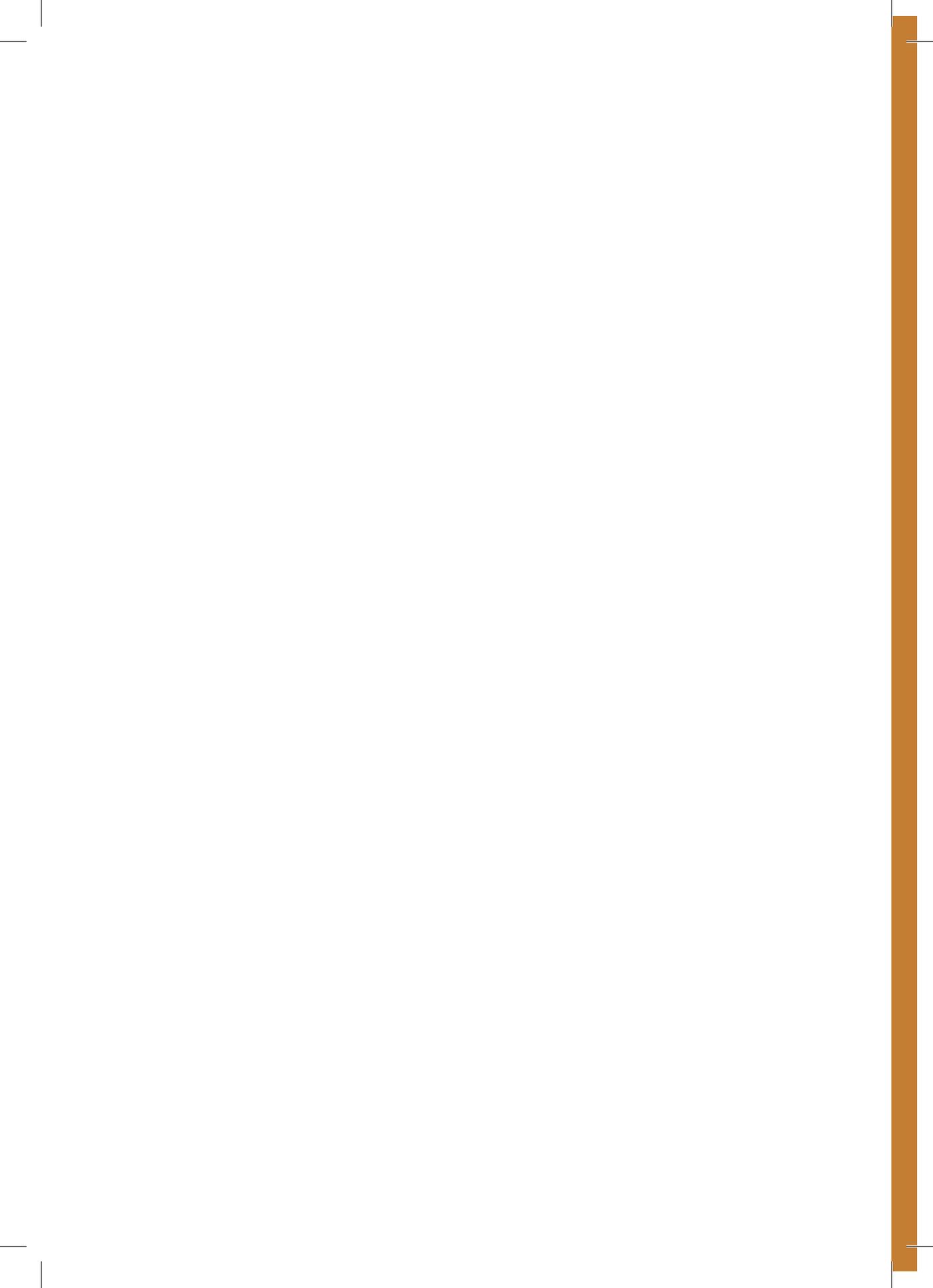
L'entreprise peut donc passer, dans le cadre d'alliances multipartites, d'une vision néoclassique de maximisation du profit à une vision citoyenne de construction de la chose publique. Il s'agit maintenant de définir ce rôle politique de l'entreprise afin que celle-ci ne phagocyte pas l'espace public pour défendre son intérêt particulier, mais contribue au contraire de manière durable à la protection, à l'administration et à la transmission des biens communs mondiaux tels que le lien social, le climat ou la biodiversité.

20. Karen Bakker *et al.*, "Governance failure: rethinking the institutional dimensions of urban water supply to poor households", *World development* 36, n° 10 (2008): p. 1891-1915.

21. Marie-Hélène Zerah et Cécile Renouard, « La responsabilité sociale des entreprises à l'épreuve d'une mission de service public dans le secteur de l'eau enquête sur le contrat de Nagpur », *Actes de la recherche en sciences sociales* 203, n° 3 (2014) : p. 74-85 ; Swann Bommier et Cécile Renouard, "On equity in India's water supply public-private partnerships", ESSEC working paper (Cergy: ESSEC Business School, 2014).

22. Bommier et Renouard, "On equity in India's water supply public-private partnerships."

23. Kevin Levillain, Marine Agogué, et Elsa Berthet, « Innovation sociale et innovation radicale sont-elles contradictoires ? », *Revue française de gestion* 255, n° 2 (2016) : p. 55.



Quatrième partie

RESPONSABILITÉ POLITIQUE



Les précédents chapitres nous ont permis d'analyser les évolutions contemporaines du concept de responsabilité d'entreprise. Au fil des pages, nous avons ainsi vu se dessiner un paysage complexe fait de lois nationales et internationales, de codes de conduite, de labels, de tribunaux internationaux et d'instances extrajudiciaires. Ce paysage, compris dans sa diversité, rend compte de la multiplicité des enjeux et de l'étendue des outils qui permettent aujourd'hui d'appeler les entreprises à exercer pleinement leur responsabilité. Ces analyses mettent en évidence le rôle politique des entreprises dans des domaines spécifiques : les entreprises sont, conjointement avec les États et les ONG, des acteurs majeurs dans la construction de l'espace public¹.

Jusqu'alors, nous avons envisagé la responsabilité de l'entreprise en analysant comment celle-ci agit dans les « sphères de justice² » économiques, sociales, sociétales et environnementales. Si toutes ces sphères révèlent la dimension politique de l'entreprise – au sens de sa contribution directe à la vie de la cité – la responsabilité politique étudiée ici s'intéresse à la dimension « architectonique » de l'entreprise pour analyser son rôle dans la construction « du » politique, c'est-à-dire son rôle dans la construction de l'écosystème au sein duquel elle agit :

Si le politique concerne ce qui a trait au vivre ensemble, quelle responsabilité politique portent les employés qui travaillent en entreprise ? Et quelle est la responsabilité que l'entreprise porte – avec d'autres acteurs – vis-à-vis des biens communs mondiaux immatériels et matériels ?

Dans le prolongement des travaux en économie ayant permis de catégoriser les ressources naturelles selon des critères de rivalité et d'exclusion³, nous considérons les biens communs mondiaux comme l'ensemble des biens « rivaux et non exclusifs » auxquels toute personne devrait pouvoir accéder, aujourd'hui et demain. La démarche des communs, aujourd'hui promue par des économistes, des philosophes, des sociologues et des juristes, insiste sur le caractère inappropriable de certains biens ; cherche à définir les modalités institutionnelles permettant leur gestion durable hors d'une dynamique exclusivement marchande et consacre la délibération collective

1. Larry Cata Backer, "Private actors and public governance beyond the state: the multinational corporation, the financial stability board, and the global governance order", *Indiana journal of global legal studies* 18, n° 2 (Summer 2011): p. 751-802.

2. Michael Walzer, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité* (Paris : Seuil, 1983).

3. Les critères de rivalité et d'exclusion distinguent ainsi les biens publics, les biens communs, les biens clubs et les biens privés. À ce propos, voir les travaux de la prix Nobel d'économie Elinor Ostrom.

comme l'outil permettant leur identification⁴. En conséquence, nous définissons les communs comme « une démarche d'interprétation et d'action collective en vue de la création, de la répartition et de l'usage des biens au service du lien social et écologique⁵ ».

Parler de la responsabilité politique de l'entreprise, c'est envisager l'entreprise comme une entité qui altère les formes, voire les fondements de la vie en société, aujourd'hui et pour les générations futures. Afin de préciser comment les entreprises peuvent participer à cette démarche des communs, nous étudions tour à tour :

1. l'impact des entreprises sur la chose publique, par leur implication sur des enjeux de service public et par leur capacité à modifier le rapport de ses employés au collectif;
2. la responsabilité des entreprises vis-à-vis des biens communs « immatériels » relatifs à nos institutions démocratiques;
3. la responsabilité des entreprises vis-à-vis des biens communs « matériels », tels que le climat, la biodiversité ou les ressources naturelles.

4. Dardot et Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle* ; Elinor Ostrom, *La Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (Brussels, De Boeck, 2010) ; Coriat, *Le Retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*.

5. Renouard, « Éthique des frontières et justice des communs ».

CHAPITRE 1

GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

La théorie économique néoclassique et, en son sein, la recherche sur l'économie des contrats, considère les entreprises comme des organisations fondées sur des « nœuds de contrats ». En effet, dans cette perspective contractuelle, le succès de toute initiative collective ne dépend pas de la construction d'une vision partagée, mais de la capacité pour une somme d'individus à maximiser l'efficacité économique. Ce qui est alors en jeu, c'est la performance des contrats et leur capacité à minimiser les coûts de transaction et à internaliser les asymétries d'informations¹. Cependant, force est de constater, sur la base de multiples recherches en sociologie, en anthropologie et en gestion, que le formalisme juridique et la transparence des chaînes de commandement ne parviennent que rarement à rendre compte et à expliquer l'adhésion, la confiance, la coopération et le dévouement mis en œuvre par les individus qui composent ces collectifs². De plus, cette perspective considère que l'entreprise n'est qu'un « nom collectif donné au réseau de contrats qui lie les différents participants³ », alors même que l'entreprise, *via* ses représentants en affaires publiques, sa communication institutionnelle, ses rapports publiés en nom propre, ou encore ses processus de décision centralisés, témoigne de l'existence d'un « centre d'intention, de jugement et d'action⁴ ». À titre d'exemple, et alors que les théories du contrat encouragent une gouvernance d'entreprise qui aligne les intérêts des managers sur les intérêts des actionnaires, on note aujourd'hui l'émergence de nouveaux modèles économiques qui proposent – comme nous l'avons vu

1. On peut à cet effet se rapporter aux travaux des lauréats du prix de la Banque de Suède mentionnés plus haut, ou aux travaux de Ronald Coase et d'Oliver Williamson. Dans cette perspective, on peut consulter Luigi Zingales, "Corporate governance", in Peter Newman (ed.), *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (New York: Stocktonpress, 1998).

2. Les travaux sur les entreprises « libérées » et le *burn-out* permettent de rendre compte de ces dynamiques qui dépassent le formalisme juridique du contrat de travail. Voir Isaac Getz et Brian Carney, *Liberté & Cie. Quand la liberté des salariés fait le succès des entreprises* (Paris : Flammarion, 2009) ; Christina Maslach et Michael P. Leiter, *Burn-out. Le syndrome d'épuisement professionnel* (Paris : Les Arènes, 2011).

3. Ross Grantham, "The doctrinal basis of the rights of company Shareholders", *Cambridge law journal*, vol. 57 n° 3 (1998) : p. 579

4. Philip Pettit, « Deux sophismes à propos des personnes morales », *Raisons politiques* 56, n° 4 (2014) : p. 10.

avec l'ESS, les « B Corporations » ou les modèles de JVS – des modes de gouvernance alternatifs prisés pour leur capacité à donner du sens et à reconnaître l'engagement des managers et des employés dans des projets qui répondent à des préoccupations de service public.

Comment rendre compte de l'entreprise en tant que collectif engagé sur un projet? Et comment analyser la dimension politique que porte l'entreprise dans la réalisation de ce projet et dans la construction d'un collectif? Comment la coopération et la conflictualité observées en entreprise modifient-elles notre regard sur sa nature?

Au fil de ce livre, nous avons étudié l'action des entreprises dans diverses sphères de justice. Ces analyses manifestent l'empreinte de toute entreprise sur la société et conduisent à caractériser l'entreprise comme étant :

1. un acteur politique « externe », pour sa capacité à intervenir sur des enjeux de service public ;
2. un acteur politique « interne », en tant que collectif composé d'individus aux aspirations, nationalités, intérêts et éthiques variés, faisant de l'entreprise une arène de socialisation et d'expérimentation du collectif ;
3. et, dès lors, un commun.

LES ENTREPRISES ET LE SERVICE PUBLIC

L'entreprise capitaliste comme entité privée au service d'objectifs publics

Les entreprises transnationales, on l'a vu, sont capables de mettre les États en compétition et de négocier les clauses fiscales, sociales et environnementales qui s'appliquent lors de leur investissement. Dans cette perspective, divers auteurs évoquent une confrontation directe entre entreprises et États, le pouvoir économique des entreprises étant perçu comme une menace pour le champ politique⁵.

Si ces études sont pertinentes, elles occultent un paradoxe fondamental dans le fonctionnement de l'économie contemporaine : les entreprises doivent leur existence et leur capacité d'action aux États qui établissent des cadres juridiques spécifiques et qui reconnaissent leur capacité d'action. Comme le souligne Joshua Barkan, « les entreprises sont des créations juridiques – des personnages de fiction

5. Jean-Philippe Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise : globalisation et mutation du système juridique* (Paris : Dalloz, 2015).

formés par des États qui reconnaissent le pouvoir des individus à s'organiser collectivement⁶ ». Dès le xvii^e siècle, la charte britannique sur les corporations a permis à la Couronne de reconnaître la capacité des individus à s'organiser en collectifs et de mettre celle-ci, d'origine privée, au service de la santé physique et fiscale de l'État⁷. En ce sens, et contrairement aux mafias, les entreprises sont constituées sous l'égide des États, puis protégées par ces derniers, en l'échange de leur soumission au cadre juridique en vigueur : l'entreprise et l'État sont liés par un contrat tacite grâce auquel l'État confère à l'initiative privée une légitimité et une capacité d'action en vue de la réalisation d'un ensemble de tâches devant contribuer au bien commun⁸. Dès lors, par vagues successives, les entreprises ont été investies par les États de prérogatives et de droits visant à faciliter la production de biens et de services⁹. Loin d'une opposition binaire entre État et entreprise, il s'agit donc d'analyser l'entreprise comme une initiative privée qui, si elle cherche parfois à s'affranchir du pouvoir de l'État afin de gagner en liberté d'action, cherche simultanément sa protection et son soutien lorsque des mafias ou des cartels lui font concurrence, ou lorsque les conditions économiques lui sont défavorables, évoquant alors sa contribution au bien public par l'impôt, l'emploi, la formation professionnelle, la production de biens et de services élémentaires, l'investissement, etc.

Ainsi, l'entreprise capitaliste contemporaine est fondée sur une tension permanente entre, d'un côté, une existence juridique conférée par l'État et, de l'autre côté, une recherche du profit qui cherche à s'affranchir ou à profiter de la puissance étatique à des fins privées. Cette tension révèle, au premier abord, la dimension politique de l'entreprise : celle-ci doit son existence à un alignement – relatif – de ses objectifs et de ses pratiques avec celui de l'État qui lui confère son existence et sa légitimité, qui crée et régule le marché sur lequel elle opère. L'exemple le plus parlant de cette dimension sociale et politique de l'activité de l'entreprise est lié aux droits sociaux que les États et les entreprises gèrent conjointement pour les employés du secteur formel : au-delà des salaires et des primes, les entreprises partagent avec la puissance publique des responsabilités liées à l'administration des droits sociaux : paiement de cotisations sociales, formation

6. Barkan, *Corporate sovereignty. Law and government under capitalism*, p. 4.

7. Barkan, p. 20.

8. David Ciepley, "Beyond public and private: toward a political theory of the corporation", *American political science review* 107, n° 1 (2013): p. 139-58.

9. Polanyi, *La Grande transformation* ; E. P. (Edward Palmer) Thompson, *Whigs and hunters: the origin of the black act* (London: Breviary stuff publications, 2013); Barkan, *Corporate sovereignty. Law and government under capitalism*.

professionnelle, suivi de santé et cotisations à des mutuelles, contribution aux caisses de retraite¹⁰.

Cette contribution à des enjeux de bien public revêt un caractère particulièrement urgent dans les pays dans lesquels ce n'est pas l'État, mais des banques et des fonds de pension privés qui gèrent les cotisations et qui les conservent en vue des retraites. Ainsi, dans les pays en développement, le rôle des entreprises dans des missions de service public à long terme s'avère crucial: des modèles assurantiels et de retraite privés y sont privilégiés par manque de moyens, par réticence de la part des citoyens à confier leurs économies à un État potentiellement corrompu, mais aussi en raison des pressions exercées par les institutions financières internationales en faveur de la privatisation de ces services publics. C'est aussi le cas dans certains pays développés où des scandales et des controverses ont récemment mis en lumière cette dimension politique de la redistribution à long terme: comme l'a montré le cas de la faillite d'Enron¹¹ ou comme le révèle la crise sur les fonds de pension des grandes entreprises britanniques¹², les placements financiers que les employés effectuent dans leur entreprise ou dans des fonds privés exposent leurs économies et leur retraite à la faillite et aux fluctuations des valeurs boursières.

Les entreprises deviennent, dès lors, non seulement des acteurs de l'économie contemporaine engagés dans des arbitrages liés à leur activité économique principale, mais aussi les garants du bien-être à long terme d'individus et de familles entières: la redistribution des richesses ne se limite pas à un arbitrage entre salaires, investissements et dividendes, mais s'étend au contraire à des dimensions sociales de – très – long terme, le versement de dividendes aujourd'hui pouvant se faire au détriment du financement des fonds de pension qui paieront les retraites de demain. Ainsi, au Royaume-Uni, en ce moment, les dirigeants des grandes entreprises versent des centaines de millions de livres à leurs actionnaires sous forme de dividendes alors même que les fonds de pension sont en crise. Dès lors, les retraites de tous ceux qui ont, qui sont en train et qui vont travailler dans ces entreprises sont soumises à des analyses coût-bénéfice où leurs intérêts à long terme sont opposés aux attentes à court terme des investisseurs¹³.

10. Dirk Matten, Andrew Crane, et Wendy Chapple, "Behind the mask: revealing the true face of corporate citizenship", *Journal of business ethics* 45, n° 1/2 (2003): p. 109-20.

11. www.nytimes.com/2001/11/22/business/employees-retirement-plan-is-a-victim-as-enron-tumbles.html et David Millon, "Enron and the dark side of worker ownership", *Seattle journal for social justice* 1, n° 1 (2002): p. 9.

12. www.telegraph.co.uk/pensions-retirement/news/the-1-trillion-pension-crisis-facing-11m-and-theyre-the-lucky-on/

13. www.telegraph.co.uk/business/2016/06/18/pensions-timebomb-faced-by-uk-firms-is-frightening/

On perçoit dès lors la tension très forte qui existe entre, d'un côté, la financiarisation des entreprises et, de l'autre côté, son implication dans des enjeux de protection sociale. Si cette évolution interroge les modalités contemporaines de financement de la protection sociale, force est de constater que le secteur privé intervient désormais dans la quasi-totalité des « services publics ».

L'engagement des entreprises dans les services publics

À partir des années 1980, les politiques d'ajustement structurel imposées par les institutions financières internationales et les politiques néolibérales impulsées par Ronald Reagan et Margaret Thatcher ont reconfiguré en profondeur la conception du service public. En effet, des activités et des secteurs entiers de l'économie auparavant réservés aux entreprises publiques ont peu à peu été ouverts, voire transférés dans leur totalité, à des entreprises de droit privé.

À titre d'exemple, dans les années 1950-1980, divers pays en développement ont mené une politique économique d'industrialisation fondée sur la promotion de « champions nationaux » – publics ou privés¹⁴. Si la Corée du Sud a fondé son développement économique sur le développement de grandes entreprises privées, le gouvernement indien a nationalisé des secteurs entiers de l'économie afin de s'assurer que des grandes entreprises publiques pourraient prospérer sans s'engager dans des dynamiques de compétition destructrices¹⁵. Ainsi, en Inde, dix-huit secteurs de l'économie ont longtemps été considérés comme des monopoles d'État en vertu de leur importance stratégique. Ces restrictions ont concerné, par exemple, les secteurs de la défense, de l'énergie, du transport ferroviaire, de la sidérurgie, des banques, de l'aéronautique, de la pharmacie ou encore des assurances. Néanmoins, à partir des années 1980 et plus particulièrement après la libéralisation de 1991, les restrictions sur ces secteurs d'activité ont peu à peu été levées, permettant à des acteurs privés nationaux – puis internationaux – de se lancer dans des activités autrefois exclues du marché¹⁶.

En conséquence, des services traditionnellement qualifiés de « publics » sont peu à peu devenus des secteurs ouverts à l'économie

14. Peter Evans, *Embedded autonomy. states and industrial transformation* (Princeton: Princeton university press, 1995).

15. Vivek Chibber, *Locked in place: state-building and capitalist industrialization in India* (Princeton: Princeton university press, 2003).

16. Atul Kohli, "Politics of economic growth in India, 1980-2005, Part I: The 1980s", *Economic and political weekly* 41, n° 13 (April 1, 2006): p. 1251-59; Atul Kohli, "Politics of economic growth in India, 1980-2005, Part II: the 1990s and beyond", *Economic and political weekly* 41, n° 14 (April 8, 2006): p. 1361-70.

marchande¹⁷, nous interrogeant sur les limites – morales et politiques – que nous souhaitons poser aux dynamiques de marché¹⁸. Désormais, des entreprises privées à but lucratif (certaines d'elles cotées en Bourse) fournissent ainsi des biens et des services qui ont longtemps relevé de la responsabilité régaliennne des États ou d'institutions privées à but non lucratif : entreprises pharmaceutiques engagées dans la recherche, la production et la commercialisation de médicaments et de vaccins (Sanofi), dans des offres assurantielles pour couvrir des besoins fondamentaux liés à la santé et au logement (Axa), dans les politiques d'armement et le recrutement de troupes militaires (Dassault, EADS, GEOS, Gallice, Blackwater), dans le traitement et l'approvisionnement en eau potable et le traitement des eaux usées (Veolia, Suez), ou dans la gestion de crises et de catastrophes naturelles¹⁹.

Cette arrivée d'entreprises privées à but lucratif sur des missions de service public est sujette à controverse à travers le monde : lors de catastrophes naturelles, par exemple, on a pu observer une discrimination de service fondée sur les disparités économiques et sociales, rendant l'idéal d'un service « public universel » caduc²⁰. Cette inégalité est d'autant plus criante lorsque l'on s'intéresse aux services de santé, où des drames humains se jouent littéralement à l'entrée des hôpitaux privés et aux comptoirs des assurances privées de santé.

Au-delà de ces cas que l'on pourrait qualifier de « cas limites », la tension entre rentabilité financière et mission de service public se rencontre dans quasiment tous les secteurs d'activité, que ce soit dans la rénovation des bâtiments²¹, dans la prise en charge par des maisons de retraite de personnes en situation de dépendance, ou encore dans la liberté d'expression et dans le contrôle des médias par des groupes financiers²². Cependant, il ne s'agit pas ici d'idéaliser le service public

17. Stuart Hart, *Capitalism at the crossroads: the unlimited business opportunities in solving the world's most difficult problems*; C. K Prahald, *The fortune at the bottom of the pyramid: eradicating poverty through profits*.

18. Michael Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter. Les limites morales du marché* (Paris : Seuil, 2014).

19. À titre d'exemple, on peut citer les entreprises de mercenaires, telles que Blackwaters, ou les entreprises privées travaillant pour les services de renseignement, comme Booz Allen Hamilton, entreprise rendue célèbre par l'affaire Snowden. Aussi, la guerre en Iraq a nécessité un envoi de troupes « civiles » supérieur à l'envoi de soldats. Voir Micah Zenko, "The new unknown soldiers of Afghanistan and Iraq", *Foreign policy*, 29 mai 2015. Dans le domaine des catastrophes naturelles et des crises, voir par exemple la privatisation des services de pompiers : <https://albertaventure.com/2016/04/rural-alberta-firefighters-private-contractors/>

20. Kimi Yoshino, "Another way the rich are different: 'Concierge-leave' fire protection", *Los Angeles Times*, October 26, 2007; P. Solomon Banda, "Insurance companies send crews to protect homes", *Associated press*, July 5, 2012, cited in Naomi Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique* (Paris : Actes Sud, 2014) : p. 50-56.

21. Baule, Becquey, et Renouard, *L'entreprise au défi du climat*, p. 181.

22. Concernant la liberté de la presse, voir l'infographie mise en ligne par Acrimed (www.acrimed.org/Medias-francais-qui-possede-quoi) ou l'essai d'Aude Lancelin, *Le Monde libre* (Paris : Les Liens qui libèrent, 2016).

et d'opposer l'entreprise privée qui serait systématiquement centrée sur la rentabilité au détriment de l'humain à l'administration publique qui serait forcément vertueuse. Une recherche menée en Inde montre comment la privatisation des services publics intervient parfois dans des contextes où les plus pauvres sont « déjà » exclus depuis des décennies de l'accès à des biens fondamentaux par la puissance publique. Lorsque des pratiques discriminatoires et des politiques d'exclusion sont instituées et légitimées par l'État, une quête de justice sociale ne signifie pas tant de renouer avec un âge d'or de gestion publique largement fantasmé, mais plutôt d'identifier auprès des ONG, dans le droit international et dans des arènes de redevabilité locales et transnationales, quels moyens de pression existent pour rendre la puissance publique *et* la puissance privée redevables de leurs actes devant les citoyens concernés²³.

Se posent dès lors la question de la protection des libertés et des droits individuels dans des secteurs contrôlés conjointement par le gouvernement et le secteur privé²⁴, mais aussi celle d'un contrôle citoyen sur l'activité réglementaire menée par le secteur privé lorsque ce dernier développe, hors de tout cadre étatique, des réglementations sur des sujets ignorés par la puissance publique.

Les entreprises et la fabrique du commerce international

Traditionnellement, les débats autour de la redevabilité des entreprises se focalisent sur la capacité du système judiciaire et réglementaire à anticiper les conflits, à mettre en place des législations pertinentes, puis à les faire respecter. Cependant, en raison de l'évolution rapide des stratégies des entreprises, des modes de production et des évolutions technologiques, l'appareil juridique et les mécanismes de police destinés à faire respecter les lois sont pris de vitesse par des acteurs en constante évolution²⁵. Comme étudié précédemment, les entreprises ont ainsi établi des labels et des processus d'audit afin de répondre aux pressions exercées par les mouvements sociaux et les consommateurs, mais aussi afin de démontrer leur capacité de résoudre par l'autorégulation les enjeux soulevés par ces nouveaux modes de production transnationaux. Néanmoins, au-delà de ces initiatives qui peuvent apparaître comme une réaction à la critique, les entreprises développent également l'autorégulation de manière proactive.

23. Bommier et Renouard, "On equity in India's water supply public-private partnerships."

24. Lessig, *Code version 2.0*, xv.

25. Andreas Georg Scherer et Guido Palazzo, "The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on csr and its implications for the firm, governance, and democracy", *Journal of management studies* 48, n° 4 (2011): p. 905; Christine Parker et John Braithwaite, "Regulation", in Peter Cane et Mark Tushnet (ed.), *The Oxford handbook of legal studies* (Oxford: Oxford university press, 2003): p. 119-45.

En effet, en raison de l'éclatement des chaînes de production à travers le monde et de leur morcellement entre des milliers de fournisseurs, le secteur privé requiert que des normes techniques soient respectées dans leur chaîne d'approvisionnement afin que les composants provenant de l'autre bout de la planète répondent aux certifications et aux contrôles de qualité qu'ils exigent. En conséquence, le secteur privé a créé ses propres instances de régulation *via* des entreprises spécialisées dans la standardisation et des comités *ad hoc*²⁶.

À la différence de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), constituée par les organismes de normalisation nationaux de 165 pays, des acteurs privés de la normalisation opèrent hors de tout cadre multilatéral westphalien et, « totalement » coupés des structures nationales de normalisation, ont acquis un poids majeur dans le processus réglementaire.

Une grande partie du commerce international dépend ainsi aujourd'hui du bon fonctionnement de ces entreprises et comités *ad hoc*, à l'instar de l'UL Certification Trademark, entreprise privée qui édite ses propres standards et qui certifie une très grande partie des usines fabriquant des composants électroniques. Cette entreprise, inconnue du grand public, dispose d'un poids économique et politique inédit en conditionnant l'accès de plusieurs milliers de fournisseurs aux marchés mondiaux. Consultez le dos de la souris de votre ordinateur de bureau, et il y a de grandes chances que le petit logo UL y soit affiché!

Ce rôle joué par des acteurs non-étatiques dans la conduite du commerce international n'est pas sans poser question. En effet, à rebours d'un discours présentant ce processus de normalisation comme une réponse « pragmatique » à des enjeux techniques soi-disant neutres politiquement et économiquement, cette fabrique privée de la norme fait l'objet de batailles féroces lorsque la quête d'harmonisation à l'échelle globale en vient à disqualifier des technologies concurrentes qui sont parfois le fruit de plusieurs années de Recherche et développement (R&D) de la part d'entreprises transnationales de premier plan – comme ce fut le cas dans le conflit qui s'est déroulé dans les années 2000 entre technologie HD-DVD et technologie Blu-ray et qui a opposé Toshiba à un consortium d'entreprises de l'audiovisuel et du cinéma regroupés dans la Blu-ray Disc Association.

À cette innovation réglementaire induite par l'accroissement des interdépendances et par des enjeux de traçabilité s'ajoute un second type de fabrique « privée » de l'espace public, celui de l'arbitrage commercial. En effet, une multitude de conflits entre acteurs économiques ne fait désormais plus l'objet d'un contentieux judiciaire

26. Cutler, Haufler, et Porter, *Private authority in international affairs*; Cutler, "Private international regimes and interfirm cooperation."

devant des tribunaux étatiques, mais passe au contraire par des procédures d'arbitrage faisant intervenir des cabinets d'avocats d'affaires privés: un triumvirat « arbitre » est constitué et décide ensuite seul de la sentence – contraignante – à appliquer dans le litige.

Si une telle procédure se tient *a priori* « à distance » de tout cadre étatique, une analyse historique révèle que cette résolution de conflits par l'autorégulation entre acteurs privés n'a rien d'inné ou de rationnel, mais est plutôt le fruit de longues tractations entre les États: ces derniers ont en effet commencé à s'accorder sur les pratiques d'arbitrage dès 1923 à la Société des Nations et ont réellement permis son expansion avec la Convention internationale de l'ONU de 1958 ayant permis l'exécution des sentences arbitrales. Il a donc fallu que les États acceptent tour à tour de transiger avec leur souveraineté et de reconnaître la légitimité des décisions prises par ces cours arbitrales au mandat extraterritorial pour que cette pratique extrajudiciaire de résolution des conflits ne se déploie effectivement²⁷. Ainsi, que ce soit avec les organismes de normalisation ou avec les cours d'arbitrage, les États non seulement acceptent, mais bâtissent par des accords multilatéraux et des conventions internationales un cadre juridique international permettant à l'autorégulation par des acteurs privés de se développer. En l'absence d'une remise en cause de telles pratiques, l'émergence de normes et de modes de résolution de conflit hors des structures judiciaires étatiques se développe, conférant de fait au secteur privé un rôle politique majeur dans la construction de l'espace public²⁸.

Au-delà de ce rôle politique « externe » de l'entreprise relatif à ses effets sur la société se pose la question de savoir comment l'entreprise est elle-même le fruit d'un processus de socialisation « interne ».

DE L'EMPLOI À L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE : DE LA NATURE POLITIQUE DU TRAVAIL

201

Comme nous allons le voir ici, le fonctionnement interne des entreprises soulève en effet de nombreuses questions ayant trait à la redevabilité des dirigeants, au contrôle démocratique dans les processus de décision et à l'émancipation.

De la liberté au travail: une perspective instrumentale ?

« Le client est roi », dit la maxime populaire. Organisée en vue de la production de biens et de service pour ce fameux client, l'entreprise

27. Claire Lemercier et Jérôme Sgard, « Arbitrage privé international et globalisation(s) », Mission de recherche Droit et Justice (Paris : CNRS, 2015).

28. Gilles Lhuillier, *Le Droit transnational* (Paris : Dalloz, 2016).

capitaliste est alors pensée en termes de hiérarchie: l'employé a un manager, le manager a un autre manager, qui, de loin en loin, en réfère à son conseil d'administration. Ces derniers rendent compte des résultats de l'entreprise aux actionnaires, ultimes chaînons dans cette pyramide bien établie, que l'on retrouve, avec des terminologies et une complexité plus ou moins importante, dans toutes les entreprises dotées d'un organigramme. Et quelle entreprise, aujourd'hui, ne possède pas d'organigramme ?

L'entreprise – capitaliste, nous y reviendrons – contemporaine est donc fondée sur une perspective de commandement. Comme le note Isabelle Ferreras, « l'entreprise capitaliste d'aujourd'hui ressemble à s'y méprendre à ces États prédémocratiques dirigés par une minorité gouvernant à son profit une main-d'œuvre travaillant "sur ses propriétés"²⁹ ».

Pourquoi le citoyen, né libre selon la Constitution, irait-il ainsi se soumettre à une autorité qui lui dicte ses horaires, les tâches à accomplir et la façon de le faire ; qui met sa santé – et parfois sa vie – en danger lorsque les règles de sécurité sont jugées trop contraignantes ; qui impose sa cadence de travail sur les chaînes de montage ; et qui – cas extrêmes – décide de son droit à se rendre aux toilettes³⁰ ?

Selon la théorie libérale de l'entreprise, tout comme selon la théorie marxiste, le citoyen accepte de se subordonner et de louer sa force de travail au plus offrant en échange d'un salaire. L'humain nourrirait ainsi une perspective utilitariste du travail, cherchant, dans une économie marchande, à obtenir par ce travail un salaire et, partant, les moyens de vivre. Selon cette conception, le salaire serait « l'instrument de la (sur)vie en dehors du travail³¹ », une compensation versée à l'individu pour s'être ainsi plié aux ordres de ses managers.

Cette approche du travail salarié a longtemps été considérée comme allant de soi chez divers penseurs libéraux et marxistes. Ainsi, chez Hannah Arendt, la capacité d'action de l'humain distingue d'un côté le travail – ou le labeur –, alimenté par la nécessité de subvenir à ses besoins, et, de l'autre côté, l'œuvre et l'engagement politique, où l'individu exprime sa pleine mesure³². C'est cette distinction que le philosophe Raymond Aron cherche à théoriser dans son *Essai sur les libertés*³³, soulignant comment le travail salarié est incompatible avec l'idéal de liberté, l'individu étant pris dans une relation de subordination indépassable.

29. Isabelle Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique* (Paris : Presses universitaires de France, 2012) : p. 11.

30. Oxfam America, "No relief. Denial of bathroom breaks in the poultry industry" (Washington: Oxfam America, 2016).

31. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, p. 40.

32. Hannah Arendt, *La Condition de l'homme moderne* (Paris : Calman-Lévy, 1958).

33. Raymond Aron, *Essai sur les libertés* (Paris : Calman-Lévy, 1965).

C'est également la position adoptée par Karl Marx lorsqu'il distingue la production menée à titre individuel dans une recherche de la « sociabilité humaine » d'une production menée dans le cadre d'une propriété privée où le travail devient aliénation et rend la personne étrangère à elle-même – son emploi devenant un simple moyen, et non l'expression d'une volonté et d'une aspiration personnelle³⁴. Bien que Marx ait perçu les limites du salariat, la réponse qu'il a apporté à cette problématique ne répond nullement à cet enjeu d'aliénation : en privilégiant la propriété publique des moyens de production, la structure économique est bien modifiée, mais l'expérience quotidienne du travail n'est pas altérée pour les individus, toujours sommés de louer leur force de travail pour acquérir les moyens de vivre.

Cette perspective imprègne encore largement les entreprises contemporaines : dans une économie mondialisée organisée selon des modes de production et de logistique en flux tendu où les exigences des actionnaires s'accroissent inexorablement, les employés acceptent la contrainte de rentabilité et s'engagent dans une forme de servitude volontaire afin de remplir les objectifs de l'entreprise et toucher, en échange, un salaire³⁵. Ainsi, à la limite, « pourquoi espérer que, de leur côté, les [travailleurs] se comportent de manière responsable vis-à-vis de l'entreprise ? Ils n'ont *de facto* pas "à se porter garant" de quoi que ce soit qui la concerne. Il leur est demandé d'exécuter un contrat de travail dans le cadre d'un rapport de subordination [...]. Les responsabilités des salariés se situent vis-à-vis de leurs enfants à nourrir, d'un logement à payer³⁶ ».

Si une telle conclusion peut choquer, c'est bien parce que, en menant à son terme logique la perspective instrumentale du travail, on ne tient pas compte de l'engagement personnel, des convictions éthiques et de la quête d'accomplissement personnel qui sont investis dans une quête du « travail bien fait » et qui, s'ils ne sont pas reconnus, peuvent mener à l'ennui, à la souffrance au travail, au *burn-out*, voire au suicide³⁷. Pourtant, les théories libérales et marxistes du travail, en légitimant l'idée que l'entreprise est un lieu de subordination et d'aliénation, conduisent bien de nombreux individus à intégrer et à se conformer à une telle perspective aliénante de leur activité.

34. Karl Marx, *Œuvres. Économie II* (Paris : Gallimard, 1968) : p. 34-35.

35. Jean-Pierre Durand, *La Chaîne invisible. Travailler aujourd'hui : flux tendu et servitude volontaire* (Paris : Seuil, 2012).

36. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, p. 124-25.

37. Dominique Lhuillier, *Placardisés. Des exclus dans l'entreprise* (Paris : Seuil, 2002) ; Yves Clot, *Le Travail à cœur. Pour en finir avec les risques psychosociaux* (Paris : La Découverte, 2010) ; David Graeber, "On the phenomenon of bullshit jobs", *Strike!*, 17 août 2013 ; Maslach et Leiter, *Burn-out. Le syndrome d'épuisement professionnel*.

Le corollaire d'une vision instrumentale du travail : l'irresponsabilité

Lors de diverses recherches menées en Inde ou au Nigeria, nous avons pu constater comment certains managers ont intériorisé une telle vision instrumentale du travail. Au Nigeria, par exemple, divers personnels expatriés travaillant dans le secteur pétrolier évoquent leurs conditions de vie paradisiaques sur des « bases vie » coupées du monde extérieur, leurs salaires mirobolants, et rapportent l'appellation qu'ils se donnent parfois entre eux sur le ton de la blague : « GPE – gros porc d'expatrié³⁸ ». Une telle anecdote révèle ainsi le fossé entre, d'un côté, l'expérience que certains font de leur travail comme source de revenus revendiquée « hors-sol » et, de l'autre côté, le contexte social, politique, et économique au sein duquel leur activité se déroule : un pays et une zone sujette à la violence, à la déliquescence des services publics et à une économie touchée de plein fouet par une « malédiction des ressources ».

En Inde, lors de l'étude d'un conflit majeur opposant une grande multinationale française à un village dépossédé de ses terres, divers dirigeants de l'entreprise ont été questionnés sur leur appréhension du conflit et sur leur façon de se positionner, d'interroger leur hiérarchie, de porter un regard critique sur l'implantation de leur usine. Deux attitudes largement rencontrées méritent ici d'être rapportées. Tout d'abord, pour de nombreux managers, si le conflit était dur, celui-ci ne devait pas les détourner des missions qui leur étaient confiées à titre individuel : d'autres personnes, d'autres départements au sein de l'entreprise étaient chargées des relations avec le gouvernement et avec la population, il n'était donc pas pertinent pour eux de se détourner de leur travail pour interférer sur des sujets pour lesquels ils étaient moins bien « qualifiés ». Un responsable des ressources humaines a ainsi évoqué une politique volontariste de rétention de l'information aux plus hauts échelons de la hiérarchie concernant ce conflit, « le but étant de moins perturber le personnel, on est là pour faire [notre produit]³⁹ ». En écho à cette politique, un manager qui travaillait dans l'entreprise depuis plusieurs années à un niveau hiérarchique inférieur a justifié son ignorance et son absence de curiosité ou de regard critique sur les relations entre son entreprise et les villages environnants en se qualifiant de personne « loyale à [son] entreprise, parce qu'elle paie mon salaire, donc à un moment, j'ai arrêté d'enquêter à ce propos⁴⁰ ».

38. Renouard, *Éthique et Entreprise*.

39. Entretien avec un manager français chargé des ressources humaines en Inde, septembre 2014.

40. Entretien avec un manager indien travaillant au sein du département des ressources humaines depuis des années, septembre 2014.

Ces exemples provenant de managers français et indiens rencontrés lors de nos recherches révèlent une dynamique de mise à distance entre le travail et l'écosystème au sein duquel ce travail s'insère. Loin d'être un phénomène isolé, une telle dynamique d'aveuglement par rapport aux enjeux économiques, sociaux et environnementaux engendrés par l'activité professionnelle se retrouve dans de nombreux contextes. Elle est le symptôme de la bureaucratisation croissante de nos sociétés. Définie comme « un mode de fonctionnement par formalisation systématique, à travers l'usage de normes, de règles, de procédures, de codes⁴¹ », la bureaucratie consiste en un ensemble de modalités qui produit un formalisme organisationnel et qui, par son degré de précision, engendre un détachement et une indifférence vis-à-vis de ce qui sort d'un « cadre » prétendument neutre, objectif, impersonnel et scientifique.

Le management bureaucratique, que l'on retrouve dans les organigrammes « matriciels » en vogue dans les grandes entreprises, amène ainsi l'individu à agir dans un réseau institutionnel complexe qui compartimente de manière très précise ses tâches et empêche la pensée critique par sa capacité à opérer une mise à distance entre l'individu et le projet auquel il contribue. Dans ces configurations, « l'extrême formalisation de l'information et l'intensification de la médiation par des outils de management rationnels⁴² » dépolitise les débats et fait taire les possibles controverses, toute situation conflictuelle étant externalisée à des « experts » ou à des « consultants » considérés plus légitimes pour trancher de manière soi-disant neutre et objective des problématiques relevant à la fois de la technique, de l'organisation collective du travail et de l'éthique⁴³.

Ainsi, lors du conflit que nous avons étudié en Inde, le débat sur la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis des villages environnants a été confié à un cabinet de conseil spécialisé en RSE. Divers managers interviewés ont interprété cette démarche d'audit comme un processus de sortie de conflit rationnel et pragmatique qui tranchait avec la dimension émotionnelle – et donc prétendument illégitime – des mobilisations citoyennes. En opérant de la sorte, le management a pu « remplacer la responsabilité morale par une responsabilité technique⁴⁴ » et assurer les employés que le conflit était bien traité, perpétuant ainsi un aveuglement structurel qui « repousse l'imagination⁴⁵ »

41. Béatrice Hibou, « Introduction. La bureaucratisation néolibérale, ou la domination et le redéploiement de l'État dans le monde contemporain », in Béatrice Hibou (ed.), *La Bureaucratization néolibérale* (Paris : La Découverte, 2013) : p. 9.

42. Hibou, *The bureaucratization of the world in the neoliberal era. An international and comparative perspective*, p. 95.

43. Marie-Anne Dujarier, *Le Management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail* (Paris : La Découverte, 2015).

44. Zygmund Bauman, *Modernity and the holocaust* (Cambridge: Polity press, 2003) : p. 98.

45. David Graeber, *Bureaucratie* (Paris : Les Liens qui libèrent, 2015) : p. 122.

et qui discrédite tout récit contrevenant à une approche technique de l'action⁴⁶. Ces témoignages ont ainsi révélé que, une fois insérés dans un contexte bureaucratique hautement hiérarchisé et non démocratique, de nombreux employés adhèrent à une vision instrumentale du travail qui aliène ou, pour reprendre les travaux de Hannah Arendt et, plus récemment, de Michel Terestchenko sur la banalité du mal, qui encourage une « absence à soi⁴⁷ ».

À rebours de cette perspective instrumentale, apolitique et amonale du travail où prévalent les « zones mortes de l'imagination⁴⁸ », diverses recherches en sociologie du travail montrent néanmoins que, pour nombre d'individus, le travail ne se résume pas à une telle perspective technique et gestionnaire. Au contraire, la plupart des travailleurs envisagent l'activité professionnelle comme un lieu où leurs convictions morales, éthiques et politiques doivent être prises en compte.

Les théories de la valeur au travail

De nombreux employés sont confrontés à une tension entre la perspective instrumentale du salariat décrite ci-dessus et une perspective politique de l'activité professionnelle. Si cette tension peut être source de souffrance⁴⁹, elle indique aussi que les employés ne « louent » pas seulement leur force de travail, mais agissent en entreprise munis de leurs convictions éthiques.

Le premier exemple qui vient à l'esprit est bien sûr le cas de l'ESS et des associations à but non lucratif, où l'organisation justifie discursivement son existence en définissant sa raison d'être comme une contribution visant le bien commun⁵⁰. Au-delà de ce secteur d'activité, les recherches en psychologie révèlent que la motivation des employés au travail est protéiforme et également dépendante de variables non instrumentales : l'autonomie, soit « la capacité à décider de la manière d'organiser son travail » ; la maîtrise et la compétence, c'est-à-dire « devenir plus expert dans un domaine de compétences » ; la finalité, comprise comme la capacité à « se mettre

46. Michael Herzfeld, *The Social Production of Indifference. Exploring the Symbolic Roots of Western Bureaucracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1992).

47. Michel Terestchenko, *Un si fragile vernis d'humanité. Banalité du mal, banalité du bien*. (Paris : La Découverte, 2005).

48. Graeber, *Bureaucratie*.

49. Christophe Dejours, *Travail : usure mentale. De la psychopathologie à la psychodynamique du travail* (Paris : Bayard, 2008).

50. Marthe Nyssens, *Social Enterprise. At the Crossroads of Market, Public Policies and Civil Society* (London: Routledge, 2006) ; Jean-Louis Laville, *Politique de l'association* (Paris : Seuil, 2010) ; Jean-Louis Laville, *L'Économie solidaire* (Paris : CNRS Éditions, 2011).

au service d'un but qui dépasse la tâche effectuée, marquée par une certaine envergure⁵¹ ».

Cette typologie ne doit bien sûr pas occulter les conditions de travail indignes qui persistent à travers le monde et qui contraignent des millions de personnes à accepter des conditions de travail pénibles, voire aliénantes, où la perspective instrumentale du travail prévaut. De plus, le caractère débilisant du travail n'est pas réservé aux pays en développement⁵². Néanmoins, sans occulter la précarité et le paupérisme contemporain⁵³, ces recherches révèlent que l'entreprise ne peut être réduite à un simple « nœud de contrats » où chaque individu cherche à maximiser ses revenus⁵⁴.

Dans le travail se conjuguent donc diverses théories de la valeur : valeur économique (« le travail comme source de revenu et de productivité »), valeur sociale (« le travail comme pourvoyeur de statut ») et valeur humaine (« le travail comme source de développement humain et personnel⁵⁵ »). En tant que lieu habité et incarné par ces diverses rationalités, l'entreprise est une arène où s'affrontent diverses conceptions de la justice – et de l'injustice⁵⁶. Ce sont ces tensions entre diverses théories de la valeur et diverses conceptions du juste – et de l'injuste – qui donnent au travail sa dimension politique⁵⁷.

Dès lors, comment réconcilier et faire cohabiter ces divers modes de reconnaissance et ces divers rapports au collectif ? Comment définir des modèles de gouvernance qui satisfassent ces diverses théories de la valeur, alors que les représentations de ce qui est juste et désirable varient d'un individu à l'autre⁵⁸ ? Se pose ainsi la question du processus démocratique et de la concertation au sein des entreprises.

Le travail comme expression politique

Que ce soit dans les entreprises publiques ou privées, l'objectif d'émancipation en vue d'un travail non aliénant demeure. Afin de redonner une plus grande place à l'autonomie et à l'engagement individuel, le modèle de l'« entreprise libérée » a émergé : en supprimant le

51. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, p. 74. Pour une discussion plus ample des facteurs de motivation, voir Daniel Pink, *Drive: the surprising truth about what motivates us* (New York: Riverhead books, 2009).

52. Julien Brygo et Olivier Cyran, *Boulots de merde ! Du cirque au trader, enquête sur l'utilité et la nuisance sociales des métiers* (Paris : La Découverte, 2016) ; Graeber, "On the phenomenon of bullshit jobs."

53. Jan Breman, *On pauperism in present and past* (Oxford: Oxford university press, 2016); Guy Standing, *The precariat: the new dangerous class* (London: Bloomsbury academic, 2011).

54. Baule, Becquey, et Renouard, *L'entreprise au défi du climat*, p. 122.

55. Bénédicte Zimmermann, *Ce que travailler veut dire. Une sociologie des capacités et des parcours professionnels* (Paris : Economica, 2011) : p. 103.

56. François Dubet, *Injustices. L'expérience des inégalités au travail* (Paris : Seuil, 2006).

57. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, p. 53.

58. Axel Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance* (Paris : Cerf, 2002).

caractère hiérarchique et bureaucratique des entreprises – publiques ou privées – contemporaines, ce modèle de gouvernance se propose de redonner une liberté d'action aux employés, et de leur permettre de participer à la « gestion » de leur entreprise⁵⁹.

Pourtant, ce management participatif demeure circonscrit : l'enjeu n'est pas de fixer l'objet social de l'entreprise, de déterminer la structure du capital ou les modalités de redistribution des richesses. Au contraire, il se situe dans la définition des modalités pratiques d'organisation du travail au quotidien afin de servir des objectifs financiers déterminés « ailleurs ». Dans ce contexte, la participation des employés au management de leur lieu de travail doit-elle être perçue comme une « nouvelle stratégie de manipulation⁶⁰ » du patronat ? Selon la sociologue Bénédicte Zimmermann, si le management participatif reste « indéniablement un instrument de pouvoir » en raison de son caractère sélectif, il donne aussi un « pouvoir d'agir [...] [et une] consistance à un principe de subsidiarité qui offre aux travailleurs une prise sur leur travail, leur environnement et leur parcours⁶¹ ».

Cette tension entre instrument de pouvoir et principe de subsidiarité révèle que le management participatif, loin de constituer l'aboutissement dans la quête d'émancipation des travailleurs, représente néanmoins son préalable nécessaire. En effet, en remettant en cause les structures bureaucratiques et hiérarchiques locales, le management participatif ouvre une boîte de Pandore qui mérite d'être explorée :

« Au fond, les salariés peuvent-ils réellement peser sur les décisions de l'entreprise, y compris les plus stratégiques ? Ou doivent-ils simplement se contenter d'être autonomes (*sic*) et innovants, aidant à gérer l'entreprise au mieux, dans un cadre défini par les apporteurs en capital et leurs représentants⁶² ? »

La reconnaissance d'un besoin d'émancipation au travail requiert de passer d'une perspective de « gestion » à une perspective de « gouvernement » : tandis que la gestion a trait à la mise en œuvre locale d'un objectif, le gouvernement touche aux finalités de l'entreprise, aux instances de décision qui orientent la vie de l'entreprise et qui décident des modalités de la création et du partage de la valeur. L'émancipation – et la responsabilité effective – des travailleurs reposerait donc sur une capacité à « choisir soi-même ses buts et ses moyens en fonction du contexte naturel et légal⁶³ ».

59. Getz et Carney, *Liberté & Cie. Quand la liberté des salariés fait le succès des entreprises*.

60. Pierre Bourdieu, « La double vérité du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales* 114, n° 1 (1996) : p. 89-90.

61. Zimmermann, *Ce que travailler veut dire. Une sociologie des capacités et des parcours professionnels*, p. 155.

62. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, p. 190.

63. Aron, *Essai sur les libertés*, p. 183.

Pour les défenseurs de l'entreprise capitaliste contemporaine, un gouvernement démocratique d'entreprise demeure une utopie, voire une pure contradiction. Pourtant, la loi allemande de 1976 sur la cogestion (*Mitbestimmungsgesetz*) a posé les bases d'une gouvernance partagée d'entreprise en imposant que, pour toutes les entreprises de plus de deux mille salariés, le Conseil de surveillance soit composé pour moitié de représentants du capital et pour moitié de représentants du travail. Une étude plus approfondie montre néanmoins que ce modèle rhénan, tout en ouvrant des pistes de réflexion, instaure une « fausse parité » : le président du Conseil de surveillance, capable de faire basculer les décisions dans un sens ou dans un autre, est élu par le seul collège des représentants du capital.

Afin de dépasser ces limites, deux grands courants émergent pour favoriser l'émancipation au travail. Le premier est centré sur la gouvernance avec un modèle de démocratie représentative, l'autre sur l'autogestion coopérative, avec un modèle de démocratie directe.

En termes de gouvernance, Isabelle Ferreras propose de doter les grandes entreprises d'un modèle de gouvernance bicaméral afin de parvenir à une participation des employés dans la prise de décision stratégique sur le modèle de la démocratie représentative : le comité exécutif de l'entreprise devrait voir sa stratégie validée « conjointement » par une assemblée des « apporteurs en capital » et une assemblée des « investisseurs en travail », sur le modèle des régimes démocratiques contemporains (que ce soit en France, aux États-Unis ou en Inde, le chef de gouvernement propose des lois qui doivent être approuvées devant une Assemblée et un Sénat⁶⁴).

Si une telle réforme permet de penser l'entreprise capitaliste selon un modèle de citoyenneté démocratique, l'éclatement contemporain des grandes entreprises à travers le monde pose néanmoins question : une entreprise transnationale gouvernée selon ces principes de gouvernance bicamérale répondrait-elle à des critères de justice ? Et, pour prendre quelques cas concrets, pourquoi penser que dans une entreprise transnationale dont la force de travail est répartie inégalement entre des pays riches et des pays à bas coût, avec une majorité d'employés dans des pays à bas coût, ces derniers ne voteraient pas – en accord avec les représentants du capital – une délocalisation « complète » des activités vers leurs pays, au détriment des usines et des centres de recherche encore existants dans les pays riches ? Ou, dans une entreprise telle que Nike, qui délègue l'ensemble de sa production à des sous-traitants et dont les employés sont principalement basés en Europe et aux États-Unis, comment un tel modèle de gouvernance assurerait l'amélioration des droits des ouvriers travaillant chez ces sous-traitants ?

64. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*.

À cet égard, la réflexion du philosophe Gerald Allan Cohen est particulièrement fructueuse, car elle considère que les enjeux de justice distributive sont à la fois structurels – et donc liés à la gouvernance interne des entreprises – mais aussi liés à un ethos – et donc liés à des représentations culturelles et morales qui doivent évoluer face aux reconfigurations économiques contemporaines :

« La communication est aujourd'hui facile et bon marché, mais la diversité culturelle entre nations et les gouffres qui les séparent en termes de niveaux de vie réels et anticipés rendent difficile une identification entre leurs classes ouvrières [...]. Cette capacité de rassemblement, cette transcendance de la différence culturelle et économique, était plus ou moins réalisable et elle fut parfois réalisée à une échelle significative, dans un seul pays. En revanche, à l'échelle mondiale, ce projet est d'une difficulté décourageante. Comment un technicien [d'Unilever à Londres] peut-il envisager de "s'associer" à un ouvrier dans une plantation de thé en Inde ? Si une certaine solidarité doit exister entre ces hommes, elle requiert, là encore, un principe moral qui auparavant semblait tellement inutile pour la solidarité prolétarienne. Les prolétaires dont la situation est relativement bien meilleure doivent devenir extrêmement sensibles à des arguments moraux si l'on veut espérer un progrès [en termes de justice distributive]⁶⁵. »

C'est dans cette perspective de révolution culturelle et morale sur le travail qu'une option en faveur de l'autogestion coopérative surgit⁶⁶. Loin d'avoir disparu, l'idéal de l'entreprise autogérée, possédée par ses employés selon un modèle coopératif, est aujourd'hui perçu par de nombreux entrepreneurs et citoyens comme un modèle effectif d'émancipation qui reconnaît – et met en pratique – la nature politique de la sphère du travail en redonnant, par des processus de démocratie directe, une voix à chacun des employés⁶⁷.

Les combats syndicaux qui ont eu et qui ont lieu en France lorsque des entreprises transnationales ferment des sites de production afin d'optimiser leur structure de coût, remettent à l'agenda la question de la « propriété » des moyens de production. L'exemple de l'entreprise Fralib, propriété d'Unilever destinée à la fermeture, a ainsi fait la une des journaux en 2014 lorsque les employés de cette entreprise, après trois ans de lutte et de mobilisation, ont relancé l'usine en tant que société coopérative⁶⁸. Confronté à des délocalisations massives et à la multiplication des mouvements sociaux, le gouvernement français a adopté, en juillet 2014, une loi sur « l'économie sociale et solidaire » qui crée un « droit d'information préalable des salariés »

65. Gerald Allan Cohen, *Si tu es pour l'égalité, pourquoi es-tu si riche ?* (Paris : Hermann, 2010) : p. 226-27.

66. Gerald Davis, "After the corporation", *Politics & society* 41, n° 2 (2013) : p. 283-308.

67. David Erdal, *Beyond the corporation. humanity working* (London : Penguin, 2011).

68. Voir notamment www.bastamag.net/De-Fralib-a-La-Belle-Aude-le-renouveau-des-cooperatives-ouvrieres-en-quete-de

lorsqu'une entreprise envisage la fermeture d'un site. Visant à « donner du pouvoir d'agir aux salariés », en permettant aux personnes dont les emplois sont menacés de travailler collectivement à un plan de reprise de l'activité en société coopérative, cette loi témoigne d'un changement en cours dans le débat sur le « droit de propriété » et de « droit de travailler⁶⁹ ».

Néanmoins, cette loi est confrontée à diverses limites liées à la structure de l'économie contemporaine. Comme en témoigne le cas de l'entreprise Fralib, les droits de marque – et donc la visibilité et la réputation d'un produit pour les consommateurs – restent souvent propriété de la maison mère. La coopérative créée par les salariés est donc dépossédée, au moment de la reprise de l'activité, de l'image de marque dont elle disposait auparavant pour commercialiser ses produits⁷⁰.

Les réformes proposées et en cours en termes de gouvernance et d'autogestion coopérative suscitent donc une réflexion de fond concernant la conception de la justice et la notion de démocratie d'entreprise : l'assemblée des « investisseurs en travail » inclurait-elle des représentants des travailleurs sous-traitants ? Dans des grandes entreprises, quels apports en termes de justice seraient apportés par la démocratie représentative lorsqu'un atelier ou une usine serait menacé de fermeture pour délocalisation ? L'instauration de sociétés coopératives régies selon des principes de démocratie directe pourrait-elle protéger de manière adéquate les employés ? Et qui serait le détenteur des droits de marque lors d'une reprise de l'activité en tant que société coopérative ? Quel rôle l'État est-il amené à jouer dans les conflits entre actionnaires et employés lors de projets de restructuration ?

Surtout, lorsque l'on examine le lobbying d'une entreprise comme Bayer contre l'interdiction des perturbateurs endocriniens ou le scandale Volkswagen sur les moteurs diesel truqués, on note que la participation des représentants syndicaux au conseil d'administration de ces grandes entreprises allemandes gérées selon le modèle de la *Mitbestimmung* n'a pas créé de contre-pouvoirs effectifs en vue d'un développement économique soutenable. En plus d'adopter des dispositifs permettant de renforcer la présence et l'influence

69. Gouvernement français, « Loi relative à l'économie sociale et solidaire », Pub. L. N° 2014-856, Journal officiel (2014).

70. Notons au passage que la facturation de frais de marque par la maison mère d'Unilever à sa filiale Fralib faisait partie des dispositifs de prix de transfert qui ont permis à l'entreprise de déplacer le profit vers des zones fiscalement avantageuses, au point de compromettre la viabilité de l'usine Fralib, alors même que la productivité était bonne et l'usine rentable. La revitalisation de l'entreprise coopérative passe donc non seulement par une modification de sa gouvernance, mais aussi par une rupture avec les pratiques des « grandes marques » en relocalisant les profits sur les territoires où la valeur est créée.

des salariés dans la prise de décision, la gouvernance « bicamérale » ne devrait-elle pas devenir « tricamérale » ou « tétracamérale » pour donner une voie aux territoires sur lesquels ces entreprises sont implantées et une voix à des contre-pouvoirs citoyens capables d'apporter des perspectives plus vastes sur l'action et l'impact d'une entreprise dans la société? Ceci correspondrait à l'élargissement de la perspective qui sous-tend, dans le secteur coopératif, la gouvernance des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC), où trois catégories de sociétaires (salariés, bénéficiaires, contributeurs) sont impliquées dans le projet d'entreprise. L'enjeu de l'émancipation au travail n'est-il pas aussi un enjeu d'ancrage sur des territoires et dans des débats publics?

L'ENTREPRISE COMME COMMUN

Les liens indéfectibles entre interne et externe

L'entreprise est à la fois un acteur politique interne (l'entreprise, locale ou transnationale étant une arène où diverses conceptions de la justice, diverses cultures et divers intérêts coexistent) et un acteur politique externe (l'entreprise ayant un impact sur la fiscalité des États; sur ses fournisseurs et ses clients, impliqués dans des chaînes de valeur mondiales; sur les territoires où elle investit). Plutôt que simple acteur économique mû par une rationalité instrumentale de maximisation du profit, l'entreprise peut donc être définie comme un collectif entretenant un tissu de relations extrêmement diversifié avec des communautés politiques multiples.

Tout d'abord, on l'a vu, l'éclatement des entreprises entre des territoires engagés dans des dynamiques de compétition, le recours massif à la sous-traitance le long de chaînes de valeur mondiales, ou encore les conflits relatifs à la propriété des moyens de production et des actifs immatériels, font émerger des enjeux de justice complexes. Ensuite, la distinction que nous avons opérée entre un domaine « interne » et un domaine « externe » à l'entreprise devient vite obsolète si l'on analyse en détail les nombreuses interdépendances qui s'établissent entre ces sphères apparemment exclusives. Cette obsolescence apparaît de façon criante en ce qui concerne l'emploi local. En effet, l'employé ou le sous-traitant est également un riverain affecté par l'activité de l'entreprise. Qu'il s'agisse d'une usine s'étant implantée sur un terrain communal en Inde, de l'exploration pétrolière et de la pollution de l'air par le torchage de gaz au Nigeria, ou du rejet de substances chimiques par des industries pharmaceutiques au Porto Rico, les employés recrutés localement prennent part aux mobilisations citoyennes pour avoir un droit de regard sur les

émissions polluantes engendrées par leur propre employeur⁷¹. Cette obsolescence est encore plus nette en ce qui concerne l'État : celui-ci est-il réellement un acteur « externe » lorsque l'on évoque le secteur bancaire, qui a été sauvé de la faillite par les États en 2007 ; les agriculteurs européens, dont une grande partie des revenus provient des aides européennes de la politique agricole commune ; ou l'industrie de l'armement, qui ne peut souvent procéder à des ventes d'armes sans le consentement, voire le soutien public, de son gouvernement ?

À rebours d'une perspective néoclassique, ces quelques exemples permettent de voir que l'entreprise « appartient » à une multitude de personnes, d'entités et d'organisations qui détiennent des droits de propriété variés, mais néanmoins réels. Les débats autour d'une gouvernance d'entreprise au service de l'émancipation individuelle et collective⁷² nous amènent donc à déplacer notre point de vue sur la nature de l'entreprise et à la considérer, dans la ligne des travaux d'Elinor Ostrom, comme un commun.

Définir le commun

Dans les deux décennies qui ont précédé la crise financière de 2008, de nombreux chercheurs ont annoncé que l'actionnaire d'une entreprise en était son propriétaire exclusif, et que cette vision était l'aboutissement logique du droit de l'entreprise. Certains sont alors allés jusqu'à évoquer une « fin de l'histoire » dans ce champ législatif⁷³. Si la théorie économique néoclassique soutient toujours cette vision de l'« actionnaire-propriétaire », la crise financière de 2008 a ébranlé cette conviction, divers analystes affirmant que la primauté accordée aux actionnaires par les comités exécutifs est en partie responsable de la crise en ayant poussé les entreprises à prendre des risques excessifs et à privilégier les retours sur investissement à court terme aux dépens du long terme⁷⁴.

Une analyse fine du droit des sociétés révèle ainsi la vision tronquée de la perspective d'« actionnaire-propriétaire » et vient corroborer notre analyse de l'entreprise comme espace « politique » et « commun ». Tout d'abord, les actionnaires ne sont pas les propriétaires

71. Bommier, "A flawed development. Land dispossession, transnational social movements and extraterritorial corporate regulation. Michelin in Tamil Nadu."; Renouard, « Pétrole et lien social. Pour une responsabilité politique de l'entreprise » ; Horowitz, "Interpreting industry's impacts: micropolitical ecologies of divergent community responses"; Dietrich, "Coercive harmony, deep capture and environmental justice in Puerto Rico."

72. Michael Walzer, *Politics and passion. Toward a more egalitarian liberalism* (Yale: Yale university press, 2004).

73. Henry Hansmann et Reinier Kraakman, "The end of history of corporate law", *The Georgetown law journal* 89, n° 439 (2001): p. 439-68.

74. Andrea Beltratti et Rene Stulz, "Why did some banks perform better during the credit crisis? a cross-country study of the impact of governance and regulation" (Columbus: Fisher college of business, 2009) ; Giraud et Renouard, *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*.

de l'entreprise, mais bien les propriétaires des parts de la société commerciale, seule définie par le droit. Si cette précision sémantique peut sembler futile, elle nous rappelle que la société, en tant que « personne morale », n'est détenue par personne, précisément car elle a été constituée par les États comme un sujet de droit à part entière. C'est d'ailleurs en tant que sujet de droit que la société peut signer des contrats, contracter des emprunts, posséder des ressources et des biens en son nom propre, « à un niveau et sur une période qui dépasse la capacité d'un individu ou d'un groupe d'individus liés uniquement par contrat⁷⁵ ». Et c'est toujours en vertu de ce statut de personne morale que l'entreprise est soumise à une grande hétérogénéité de droits : droit du travail, droit fiscal, droit de la concurrence, droit comptable, droit des actionnaires, droit des faillites...

Au-delà du fait qu'il n'existe pas de « vision unifiée, englobante de l'entreprise, mais plutôt une série de perspectives fragmentées et spécifiques⁷⁶ », il convient de noter qu'aucune obligation légale n'impose au management d'une entreprise de verser des dividendes à ses actionnaires, et encore moins de les maximiser aux dépens des autres acteurs impliqués dans la vie de l'entreprise. Au XIX^e siècle, bien au contraire, « les actionnaires étaient enfermés dans une relation indéterminée avec l'entreprise et ne pouvaient recouvrer leur capital sur simple demande, ce qui favorisait l'investissement de long terme et la croissance des entreprises industrielles⁷⁷ ».

S'il est encore nécessaire de démontrer le caractère historiquement situé et contingent de cette idée de l'actionnaire-propriétaire dans le discours public contemporain, le cas des faillites est instructif. En effet, lors d'une faillite, l'imbrication des droits entre divers acteurs révèle bien que l'idée de « propriété », lorsqu'elle est appliquée à une entreprise, est incongrue : celle-ci se place sous l'autorité d'un juge – et donc de la puissance publique – pour protéger ses biens et ses employés de ses créanciers et pour envisager la reprise de son activité sous une nouvelle « identité », sans que le retour sur investissement de l'actionnaire ne soit le critère principal de relance de l'activité⁷⁸. De même, lors d'un dépôt de bilan définitif, les actionnaires sont les derniers payés – lorsqu'il reste encore de l'argent à distribuer... – après les employés, les créanciers, les fournisseurs, etc. Étrange conception donc que celle d'actionnaire-propriétaire lorsque

75. Deakin, "The corporation as commons: rethinking property rights, governance and sustainability in the business enterprise", p. 352-53.

76. Deakin, p. 365.

77. Margaret M. Blair, "Locking in capital: what corporate law achieved for business organizers in the nineteenth century", *UCLA law review* 51, n° 2 (2003): p. 387-455.

78. John Armour et Simon Deakin, "Insolvency and employment protection: the mixed effects of the acquired rights directive", *International review of law and economics* 22, n° 4 (2002): p. 443-63.

celui-ci est le dernier à pouvoir prétendre à une indemnisation, l'investissement en travail des employés et des sous-traitants étant considéré de façon prioritaire⁷⁹. Enfin, rappelons que si les actionnaires ont un droit de vote lors des assemblées générales et peuvent, à ce titre, exiger le renouvellement du comité exécutif, aucune obligation légale n'existe permettant aux actionnaires d'imposer telle ou telle stratégie aux dirigeants⁸⁰.

Ce que ces exemples révèlent, c'est bien que l'entreprise n'est la propriété de personne, mais est, au contraire, sujette à une multitude de droits de propriétés en tension, ou plutôt, à une multitude de « prétentions » à la propriété. En se référant aux travaux d'Elinor Ostrom, on peut soutenir que l'entreprise est un « commun », où divers types de droits de propriété coexistent, relatifs à différentes parties prenantes : le droit d'accès, le droit de retrait, le droit de gestion, le droit d'exclusion et le droit d'aliénation⁸¹. En effet, en regardant les pratiques managériales, les législations relatives à l'entreprise et les demandes exprimées par les syndicats et les mouvements sociaux, nous retrouvons ces divers niveaux de propriété à l'œuvre. Sans prétendre à l'exhaustivité, voici quelques exemples de droits de propriété qui répondent à une logique de commun⁸² :

- *Droit d'accès* : clauses d'accès lors de l'achat d'actions et d'obligations ; clauses dans les contrats d'embauche prévenant le recrutement de personnes sujettes à des conflits d'intérêts, à l'usage de drogues ou ayant subi des condamnations en justice.
- *Droit de retrait* : la vente d'action est restreinte, notamment afin de prévenir le délit d'initié ; les modalités de démission définissent une durée de préavis, voire des clauses de confidentialité et/ou une interdiction d'aller à la concurrence ; un droit de grève ou un droit de retrait existe pour dénoncer des conditions de travail dangereuses ou défendre des droits sociaux ; l'entreprise a l'obligation de verser des indemnités lorsqu'elle est à l'origine d'un licenciement.
- *Droit de gestion* : lors de la prise de décision stratégique ou organisationnelle, le management doit recueillir l'accord de ses actionnaires (pour une augmentation de capital, par exemple) ; des syndicats pour modifier les horaires de travail ; des inspecteurs du travail et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) lors de la mise en route de nouvelles

79. Deakin, "The corporation as commons: rethinking property rights, governance and sustainability in the business enterprise."

80. Jean-Philippe Robé, "The legal structure of the firm", *Accounting, economics, and law* 1, n° 1 (2011): p. 11-13.

81. Elinor Ostrom, "Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis", *Land economics* 68, n° 3 (1992): p. 249-62.

82. Pour une analyse juridique de ces divers droits, voir Deakin, "The corporation as commons: rethinking property rights, governance and sustainability in the business enterprise."

installations; des coopérants en ce qui concerne les sociétés coopératives.

- *Droit d'exclusion* : les lois antitrust interdisent le rachat de certains concurrents au nom du principe de concurrence; les embargos restreignent les stratégies de vente; les communautés autochtones ont le droit de rejeter un projet d'investissement en vertu du principe inscrit en droit international de « consentement libre, préalable et éclairé ».
- *Droit d'aliénation* : les États peuvent préempter la vente d'actifs à des investisseurs étrangers; les collectivités municipales peuvent s'opposer à des délocalisations dans des procédures judiciaires ou extrajudiciaires en vertu de la défense d'un tissu économique et social local⁸³; les débats autour de la « loi Florange » et de la loi sur l'économie sociale et solidaire adoptée en France en 2014 contraignent les dirigeants d'entreprise à informer les salariés et à chercher un repreneur lors des délocalisations et restructurations.

Ces quelques exemples rendent compte des divers « droits de propriété » qui coexistent dans le bon fonctionnement d'une entreprise. Ce dont il est question ici, c'est donc bien d'un nouveau point de vue sur l'entreprise, désormais appréhendée comme un commun. En conséquence, il s'agit de définir pour les entreprises, et pour les entreprises transnationales en particulier – pour lesquelles les zones d'ombre sont importantes en raison de leur invisibilité en droit international⁸⁴ –, une nouvelle constitution qui témoigne de son caractère « politique » interne « et » externe et qui l'oriente en faveur du bien commun.

Si ce travail ne fait que s'ouvrir, face aux débats et aux controverses qui caractérisent aujourd'hui la question de la responsabilité d'entreprise, il s'agit de définir collectivement les valeurs et les grands principes qui permettront à l'entreprise de fonctionner comme un commun effectivement au service de l'émancipation de tous les êtres humains, aujourd'hui et demain.

Dans cette perspective, il convient d'identifier les limites et les défis qui se posent aujourd'hui pour que l'entreprise agisse tout en préservant les biens communs mondiaux « immatériels » et « matériels », c'est-à-dire les « valeurs » et les « ressources » qui fondent notre écosystème et rendent possible la vie en société, et auxquelles toute personne humaine devrait pouvoir accéder.

83. Voir à ce propos le cas de la papeterie de Docelles dans les Vosges, qui a fait l'objet d'une plainte au PCN français de l'OCDE afin de s'opposer à la fermeture du site par sa maison mère finlandaise.

84. Claire Cutler, "Critical reflections on the westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy", *Review of international studies* 27, n° 2 (2001): p. 133-50.

CHAPITRE 2

L'IDÉAL DÉMOCRATIQUE :

un bien commun immatériel à défendre

Que ce soit par le biais de législations nationales, de règles édictées par des organisations internationales dans un cadre multipartite, de sanctions prises par des tribunaux internationaux, de décisions publiées par des organismes extrajudiciaires extraterritoriaux, ou de mouvements sociaux initiés par des ONG, l'entreprise est soumise à un régime divers de normes qui, s'il est parfois contradictoire, se présente comme un outil en faveur d'une plus grande justice sociale.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée par les Nations unies en 1948 a reconnu que cette quête de justice sociale nécessite de poursuivre un idéal démocratique qui permette, par la démocratie parlementaire ou par la démocratie directe, de défendre et de promouvoir les libertés fondamentales et les droits inaliénables attachés à la personne humaine. Or, si l'idéal démocratique est fondé sur le fait que les « citoyens » s'expriment en vue de leur émancipation et du bien commun, les entreprises privées viennent aujourd'hui perturber cet idéal : nombre d'entre elles prennent position dans les débats publics par des pratiques de lobbying, interrogent par l'arbitrage la légitimité de l'État lorsque celui-ci prend des décisions qui leur sont défavorables, ou contournent ses structures institutionnelles par la corruption.

Si l'entreprise interfère ainsi dans le processus démocratique, il convient de s'interroger sur sa responsabilité en tant qu'acteur influençant la construction de l'espace public :

Quelle responsabilité porte une entreprise dans la défense et la promotion du bien commun immatériel que constitue la vie dans une société soucieuse des droits humains fondamentaux ? Quelle responsabilité porte-t-elle vis-à-vis de la légitimité du processus démocratique, de la souveraineté des États et du lien social ?

Nous verrons ici que les entreprises portent une responsabilité majeure dans le crédit que les citoyens accordent au processus démocratique. En effet :

1. les entreprises défendent leurs intérêts en intervenant dans les processus législatifs et réglementaires, mettant en cause la capacité du processus législatif à défendre les intérêts des citoyens face à des intérêts privés;
2. elles ont réussi, avec l'aide de certains États, à faire prévaloir leurs intérêts sur la souveraineté démocratique, ce qui peut placer les entreprises transnationales au-dessus des lois;
3. elles détournent parfois les institutions à leur profit par la corruption, compromettant la confiance que les individus accordent à autrui et aux institutions censées les représenter.

Ces trois phénomènes constituent, ensemble, un défi qui doit être appréhendé et résolu si l'on souhaite que les entreprises soient bien au service – et non des adversaires – de l'avènement d'un idéal démocratique garant d'une plus grande justice sociale.

LA LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE EN JEU : LOBBYING

Les grands titres de presse font régulièrement état de la collusion, ou du moins des liens extrêmement forts, qui lient décideurs politiques, hauts fonctionnaires et grandes entreprises. En France, par exemple, les allers-retours entre haute fonction publique et grandes entreprises privées sont légion, à l'image d'Emmanuel Macron; de François Villeroy de Galhau, directeur général adjoint de la banque BNP-Paribas et nommé au poste de gouverneur de la Banque de France en novembre 2015; de l'ancien Premier ministre Bernard Cazeneuve, parti officier en tant qu'avocat d'affaire dans un grand cabinet parisien; ou de Bruno Bézard, directeur du Trésor et membre de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et des consignations, qui a quitté la fonction publique en mai 2016 pour rejoindre un fonds d'investissement franco-chinois, Cathay Capital¹.

Ces relations entre haute fonction publique et secteur privé ne sont pas une exception française, loin de là. L'UE, par exemple, illustre également bien ce phénomène de vases communicants : l'ancien président de la Commission européenne José Manuel Barroso a rejoint en juillet 2016 la banque d'affaire Goldman Sachs tandis que l'ancienne commissaire européenne Neelie Kroes, en charge de la concurrence puis du numérique, a rejoint Uber. Ces deux cas illustrent à eux seuls ce phénomène, dit de « portes tambours », où

1. Pour une étude quantitative détaillée de ce phénomène d'allers-retours entre secteur public et secteur privé au sein de l'administration française, voir notamment www.bastamag.net/Enquete-exclusive-sur-les-pratiques-de-pantouflage-des-hauts-fonctionnaires-500

des fonctionnaires en charge de la régulation d'un secteur d'activité finissent par rejoindre ceux qu'ils devaient réguler². Cela pose de graves questions pour la crédibilité du processus réglementaire. En effet, de telles trajectoires professionnelles offrent au secteur privé « l'assurance de s'approprier un capital social précieux et utile aux affaires³ ». Ainsi, aux États-Unis, la constitution du cabinet de Donald Trump et les discours rémunérés à hauteur de 21 millions de dollars qu'Hillary Clinton a accordés à des banques de Wall Street et à des grandes entreprises témoignent d'un mélange des genres qui interroge notre conception républicaine d'un processus démocratique devant être mené, selon la formule usitée, « par le peuple et pour le peuple⁴ ».

Cependant, au-delà de ces figures médiatiques qui font du lobbying un enjeu de « personnes », les pratiques diverses de lobbying interrogent avant tout par ce qu'elles disent du « processus démocratique ». En effet, les quelques hauts fonctionnaires qui effectuent ces allers-retours médiatisés ne font qu'illustrer ce que la sociologie des élites souligne depuis longtemps : un degré de coopération accru entre « des fonctionnaires, des représentants du patronat et des cadres dirigeants⁵ » tout au long des processus législatifs et réglementaires.

Comment réguler ces pratiques de coopération afin de rendre le processus législatif transparent et, partant, légitime pour les citoyens ? Comment s'assurer que cette coopération n'aille pas jusqu'à une capture institutionnelle de la fabrique de la loi par certains groupes aux intérêts spécifiques ? Selon le philosophe Jürgen Habermas, une véritable éthique du débat démocratique requiert que ses protagonistes s'affranchissent des attributs du pouvoir et des structures de loyauté pour aboutir à un accord optimal⁶. Dans cette perspective idéale, les débats démocratiques sont menés par des individus « impartiaux, n'ayant pas recours à la force de persuasion et à la coercition, mais au contraire se fondant sur l'expertise⁷ ». La légitimité démocratique n'émanerait pas de l'aboutissement d'une confrontation entre des intérêts divergents, mais de l'accouchement d'une solution fondée sur la « force inoffensive du meilleur argument⁸ ».

2. Pierre France et Antoine Vauchez, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage* (Paris : Presses de Sciences Po, 2017).

3. Sylvain Laurens, « Introduction », *Les Courtiers du capitalisme : milieux d'affaires et bureaucrates à Bruxelles* (Paris : Agone, 2015).

4. Stephen Braun, "Firms that paid for Clinton speeches have US gov't interests", *Associated press*, April 21, 2016.

5. Laurens, « Introduction », *Les Courtiers du capitalisme : milieux d'affaires et bureaucrates à Bruxelles*.

6. Jürgen Habermas, *Morale et Communication* (Paris : Cerf, 1997).

7. Moon, Crane, et Matten, "Can corporations be citizens? Corporate citizenship as a metaphor for business participation in society", p. 443.

8. Habermas, *Morale et Communication*.

Cette description d'une délibération idéale est cependant confrontée à de nombreux écueils. Tout d'abord, d'un point de vue théorique, cette vision du « meilleur argument » ne reconnaît pas que les valeurs morales et les jugements éthiques des individus dépendent des contextes culturels spécifiques dans lesquels ils évoluent, tout argument étant dès lors perçu selon une position irrémédiablement située⁹. Ensuite, d'un point de vue pratique, l'accès aux arènes de décision est régi par des dynamiques de pouvoir, d'exclusion et de cooptation qui rendent extrêmement difficile d'imaginer que le « meilleur argument » puisse être entendu dans la mesure où des catégories entières de la population y sont sous-représentées, mais aussi dans la mesure où la primauté accordée à l'expertise disqualifie les points de vue empreints d'émotion¹⁰. C'est d'ailleurs le constat que le sociologue Sylvain Laurens fait des lobbyistes bruxellois, qui, « très souvent, ont plutôt un intérêt à maintenir certains enjeux dans un état considéré comme technique ou logistique, en un mot dépolitisé, car s'imposant aux autres acteurs sous la forme d'éléments matériellement déterminés et non négociables¹¹ ». Dès lors, l'enjeu est de s'assurer que le débat public puisse bien avoir lieu sans être capturé par des groupes d'intérêts privés. Ceci est d'autant plus important que les entreprises dépensent des sommes importantes pour s'opposer aux réglementations destinées à corriger les défaillances de marché sur des enjeux aussi cruciaux que la santé, les droits de l'homme et l'environnement¹².

Nous définissons ici le lobbying comme l'intervention d'intérêts privés auprès de représentants publics (ministères, autorités administratives indépendantes, collectivités locales) et auprès de parlementaires en vue d'influencer la construction de la décision publique. Ces pratiques, considérées comme légales, ont été réglementées lorsqu'elles sont apparues aux États-Unis. Selon la législation états-unienne, ce qui est en jeu n'est pas tant d'interdire que les entreprises fassent connaître leur point de vue que le fait que leur point de vue puisse devenir dominant et puisse disqualifier toute opinion adverse.

Dans cette perspective, afin de mieux retracer – et, à terme, réguler – l'influence des lobbys sur le processus démocratique, l'article 13

9. Voir à ce propos Sandra Harding (ed.), *The feminist standpoint theory reader. Intellectual and political controversies* (New York: Routledge, 2004); Ludovic Gaussot, « Position sociale, point de vue et connaissance sociologique : rapports sociaux de sexe et connaissance de ces rapports », *Sociologie et Sociétés* 40, n° 2 (2008) : p. 181-98.

10. Eric Keslassy, « Une Assemblée nationale plus représentative ? Sexe, âge, catégories socioprofessionnelles et pluralité visible » (Paris : Institut Diderot, 2012); Christophe Traini, *Émotions et Expertises. Les modes de coordination des actions collectives* (Rennes : Presses de l'université de Rennes, 2015).

11. Laurens, *Les Courtiers du capitalisme : milieux d'affaires et bureaucrates à Bruxelles*, p. 249-307.

12. Joseph Heath, "An adversarial ethic for business: or when Sun-Tzu met the stakeholder", *Journal of business ethics* 72 (2007): p. 371.

de la loi Sapin, adoptée en France le 9 décembre 2016 et concernant la « transparence des rapports entre représentants d'intérêts et les pouvoirs publics » a créé un registre des « représentants d'intérêts », impose une amende de 30 000 euros aux lobbys qui ne respecteraient pas le code de déontologie émis par le gouvernement. Si cette initiative se situe dans la continuité de ce qui est pratiqué au niveau européen avec l'existence d'un registre des lobbys actifs auprès de la Commission, du Conseil et du Parlement européens, l'organisation Transparency International France souligne le risque que cette directive se résume à un simple « annuaire ». En effet, une pratique responsable du lobbying consisterait non seulement à recenser les diverses personnes se présentant comme lobbyistes, mais aussi à aboutir à une traçabilité effective de la décision publique. S'assurer d'un lobbying responsable nécessiterait de ne pas se limiter à connaître les noms des groupes d'intérêts en lien avec les administrations et les parlementaires, mais de retracer précisément à quels nœuds clés du processus de décision ils sont intervenus. Ceci nécessiterait que soient publiés l'agenda de toutes les rencontres entre décideurs publics et représentants d'intérêts, la position défendue et les argumentaires utilisés par les lobbys lors de ces rencontres, la liste des organisations tierces financées par ces groupes d'intérêts (think tanks, associations professionnelles, organisations à but non lucratif, clubs parlementaires¹³). L'idée serait donc non seulement de tracer l'influence de tel ou tel lobby à un moment précis du calendrier législatif, mais également d'identifier, sur un temps long, comment ces groupes d'intérêts privés nouent des contacts avec des fonctionnaires et comment ils financent des organisations tierces qui déploient un discours public et une activité sur Internet afin d'ancrer certaines idées dans l'imaginaire collectif au profit d'acteurs qui souhaitent préserver l'anonymat – *via* des pétitions en ligne et des pratiques d'*astroturfing*, pratiques qui consistent à créer des personnages fictifs et à rendre visible sur les réseaux sociaux une opinion minoritaire¹⁴.

Si ces démarches peuvent rendre les entreprises davantage redevables de leurs pratiques d'influence, leur capacité à mettre fin à la capture de la fabrique des normes demeure hypothétique. Tout d'abord, parce que le législateur lui-même ne semble pas enclin à lutter activement contre ce processus. En effet, alors que les intérêts privés disposent de moyens financiers qui se chiffrent en milliards

13. Transparency International France, « Transparence et intégrité du lobbying, un enjeu de démocratie. État des lieux citoyen sur le lobbying en France » (Paris : Transparency International France, 2014).

14. Fabrice Epelboin, « Fake, manipulations et réseaux sociaux : pourquoi il faut vite comprendre ce qu'est "l'astroturfing" », *Les Inrocks*, 2 février 2017 ; Sophie Boulay, « Exploration du phénomène d'*astroturfing* : une stratégie de communication usurpant l'identité citoyenne dans l'espace public », *Communiquer* 7 (2012).

de dollars de chiffre d'affaires, le plafonnement de l'amende tel que défini dans la loi Sapin frôle la complaisance : par rapport aux gains potentiels, l'amende a un coût si faible que, loin de rehausser l'idée de défendre le processus démocratique, elle semble mettre ce processus démocratique « en vente » en échange d'une transaction financière minimale. Mais surtout, face à l'inflation législative que nous connaissons, que peut apporter une telle transparence ? Peut-on réellement espérer que la mise en ligne de l'agenda des lobbyistes rendra au processus démocratique sa légitimité ? Et comment un traitement apparemment inégal entre représentants des entreprises et représentants des associations peut-il être mesuré ? Et mesuré à quelle fin, lorsque les citoyens sont déjà conscients que les intérêts économiques des entreprises sont au cœur de toute bataille législative ? Enfin, en quoi une telle loi répond à l'industrie du doute qui attaque constamment le principe de précaution et cherche à ralentir par tous les moyens la mise en place de moratoires ou de régulations strictes sur des enjeux de santé publique comme l'amiante, les perturbateurs endocriniens, la cigarette, le nucléaire ou l'alcool¹⁵ ?

Conscient de ces limites, le secrétaire d'État américain au travail Robert Reich pose le débat sur le lobbying responsable en des termes plus durs : au lieu d'être « plus » transparent sur leur intervention, il s'agirait tout simplement pour les entreprises de « ne plus interférer » dans les affaires publiques, de « respecter le processus politique en demeurant en dehors¹⁶ ». En effet, dès lors que les entreprises capitalistes sont soumises à une pression des investisseurs pour maximiser leurs profits, et dès lors que les États sont à ce jour – et en dépit de leurs défaillances multiples – les seuls acteurs capables d'imposer des sanctions financières contraignantes sur des enjeux extra-financiers, l'intervention des entreprises dans le processus démocratique s'apparente à un accaparement par des intérêts privés de la seule sphère capable de leur imposer des contraintes réglementaires fortes.

Ainsi, diverses perspectives de la responsabilité des entreprises vis-à-vis de la légitimité du processus démocratique coexistent : une perspective « idéale » appelant à une participation impartiale des acteurs économiques dans les débats publics, une perspective « réformatrice » cherchant à encadrer l'activité du secteur privé dans le processus législatif par un renforcement de la transparence, et une perspective de « protection » pour préserver une arène législative hors de l'influence des milieux d'affaires afin que des contre-pouvoirs citoyens puissent aborder des enjeux de politique publique sans être constamment ramenés à une logique financière qui analyse les

15. Naomi Oreskes et Eric Conway, *Les Marchands de doute* (Paris : Le Pommier, 2012).

16. Robert Reich, "the new meaning of corporate social responsibility", *California management review* 40, n° 2 (1998) : p. 8-17.

projets de loi selon une approche univoque coût-bénéfice ou compétitivité-emploi¹⁷.

Si ces perspectives réformistes et de protection envisagent donc de maintenir – par diverses manières – une certaine étanchéité entre le rôle politique de l'entreprise dans la « société » et son rôle dans le « processus démocratique », nous allons voir que l'arbitrage entre États et entreprises met au contraire la légitimité démocratique en péril en permettant à des instances « privées » de remettre en cause non plus le « processus », mais bien la « souveraineté » démocratique et le droit des peuples à l'autodétermination.

LA SOUVERAINETÉ EN JEU : ARBITRAGE INTERNATIONAL

Dès les années 1960, les États se sont penchés sur le rôle de l'investissement privé dans le développement. Dans un contexte où les chercheurs en économie politique et les organisations internationales s'accordaient sur l'importance des flux privés d'investissement dans le processus d'industrialisation et dans les transferts de technologies¹⁸, le principal enjeu pour les États a consisté à définir un cadre juridique suffisamment attrayant et stable pour que des entreprises étrangères acceptent d'investir sur leur territoire. Néanmoins, la possibilité pour un État hôte de soumettre les investisseurs étrangers à un traitement différencié défavorable a constitué et constitue un problème récurrent en politique économique internationale. Afin de rassurer les investisseurs, les États et les organisations internationales ont inséré des clauses de non-discrimination dans leurs traités d'investissement. Cependant, les investisseurs étrangers sont demeurés circonspects quant à la capacité et à la volonté des juridictions nationales de trancher en leur faveur dans des conflits les opposant à l'État hôte.

Durant des décennies, si un État hôte venait à ne pas respecter ses engagements, ou si sa politique économique venait à changer, l'investisseur étranger disposait de trois leviers principaux pour obtenir réparation : il pouvait s'en référer aux tribunaux locaux, engager des pourparlers avec le gouvernement ou demander le soutien de son État d'origine pour plaider sa cause par la voie diplomatique. En derniers recours, le pays hôte et le pays d'origine pouvaient engager une procédure de résolution de conflit devant des instances juridiques internationales¹⁹. Ainsi, les nombreux conflits qui ont pu émerger

17. Nussbaum, "The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis."

18. Hirschman, *The strategy of economic development*; UN General Assembly UNGA, "Financing of economic development", UNGA resolution (New York: UN General Assembly, December 20, 1965).

19. John Collier et Vaughan Lowe, *The settlement of disputes in international law* (Cambridge: Cambridge university press, 1999).

entre investisseurs privés étrangers et États ont longtemps été résolus selon l'idéal de souveraineté westphalien : auprès des juridictions de l'État hôte ou dans des arènes internationales d'État à État, comme c'est le cas à l'OMC.

Les investisseurs étrangers sont donc longtemps restés tributaires des juridictions du pays hôte ou du rapport de force entre État hôte et État d'origine. Lors de la décolonisation, les investisseurs émanant des anciennes puissances coloniales ont alors craint de se faire exproprier des nouveaux pays indépendants et de ne pas pouvoir bénéficier d'une protection suffisante par la voie diplomatique.

Afin de ne pas dépendre des rapports de force contingents de la diplomatie « inter-nationale », des investisseurs transnationaux ont donc souhaité protéger leurs avoirs à l'étranger en rendant les pays hôtes redevables de leurs décisions devant des instances extra-territoriales d'arbitrage privé. Ce type de mécanisme de résolution de conflit, plus connu sous le nom de « règlement des différends investisseur-États » (RDIE), fonctionne selon un principe similaire à l'arbitrage commercial traditionnel : les deux parties en conflit nomment chacune un arbitre, qui nomme à leur tour un troisième arbitre, ce triumvirat étant habilité à édicter une sentence arbitrale contraignante.

En 1959, l'Allemagne inclut de manière inédite une clause relative à l'arbitrage par RDIE dans son traité bilatéral d'investissement avec le Pakistan. Quelques années plus tard, le 18 mars 1965, les administrateurs de la Banque mondiale proposent aux États d'adopter une nouvelle convention afin d'instituer un Centre international de règlement des différends liés à l'investissement (Cirdi)²⁰. Entré en vigueur en 1966, après sa ratification par vingt pays, la convention prend peu à peu de l'ampleur, avec 161 pays signataires au 12 avril 2016. En parallèle, divers traités bilatéraux reconnaissent la compétence d'autres instances d'arbitrage tels que la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ou la Cour internationale d'arbitrage de Paris dans les processus de RDIE.

Bien que cette pratique ait été autorisée par les États dès les années 1960, le recours à ces modes de résolution de conflit est demeuré relativement restreint à ses débuts, n'étant permis que dans le cas de contrats d'investissements mentionnant de manière explicite l'arbitrage comme mécanisme de résolution de conflit. Le 24 août 1984, néanmoins, le cas rapporté devant le Cirdi par l'entreprise hongkongaise SPP contre l'État égyptien marque un tournant important. En effet, l'entreprise plaignante n'évoque pas son propre contrat d'investissement, mais une loi générale passée par le gouvernement égyptien à destination des investisseurs étrangers. En se déclarant

20. Cirdi, « Convention et règlements du Cirdi », Pub. L. n° Cirdi/15 (2006).

compétente et en permettant par la suite à l'entreprise SPP d'être dédommagée pour son expropriation, le Cirdi étend donc le domaine de compétence des RDIE en donnant accès à l'arbitrage à toute entreprise ayant investi dans un État évoquant en des termes généraux – et non dans un contrat spécifique à cette entreprise – le recours à l'arbitrage comme moyen de résolution de conflit²¹. En 1987, les procédures de RDIE sont étendues davantage, l'investisseur britannique AAPL ne se référant alors ni à son contrat d'investissement ni à une loi relative à l'investissement de l'État Sri Lankais qu'il incriminait, mais à un traité bilatéral d'investissement passé entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka²².

Depuis, le recours à des processus de RDIE a progressivement pris de l'ampleur. En effet, les États ont peu à peu reconnu la légitimité des cours d'arbitrage privé à réguler des conflits les opposant à des investisseurs étrangers en incluant ce type de mécanisme de résolution de conflit dans leurs traités d'investissement. Certains observateurs dénombrent ainsi à ce jour pas moins de 3 200 traités bilatéraux et traités multilatéraux comportant de telles clauses de protection des investissements par arbitrage²³. Depuis l'introduction d'un chapitre relatif au RDIE dans l'Accord de libre-échange nord-américain (Aléna) en 1994, le nombre de cas recensés est en constante augmentation. Ainsi, si la base de données de la Cnuced dédiée aux procédures de RDIE recense un total de 767 cas déposés entre 1987 et le 1er janvier 2017, un tiers d'entre eux sont encore en cours d'évaluation²⁴. Une autre étude établit que, sur l'ensemble des contentieux déposés, 80 % l'ont été entre 2003 et 2015, chaque année voyant le nombre de demandes de RDIE dépasser le record établi l'année précédente²⁵.

Ce type de pratique interroge sur l'évolution du concept de souveraineté. En effet, un État doit désormais répondre de ses législations nationales devant des instances extraterritoriales privées. D'un certain point de vue, cette évolution s'inscrit dans une évolution plus large du concept de souveraineté. En effet, depuis la création des Nations unies, les États ont fait évoluer le concept de souveraineté pour résoudre des questions pratiques et pour répondre à l'évolution

21. Cirdi/ICSID, "Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt" (Washington: ICSID, May 20, 1992).

22. Voir le jugement dans ICSID, "Asian Agricultural Products Ltd. vs. Republic of Sri Lanka" (Washington: ICSID, June 27, 1990). Voir www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf

23. Roderick Abbott, Fredrick Erixon, et Martina Francesca Ferracane, "Demystifying investor-state dispute settlement (ISDS)" (Brussels: ECIPE, 2014): p. 6.

24. Voir <http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds>

25. Voir Adriana Homolova *et al.*, "ISDS long-reads", *One world*, 2015: <https://longreads.oneworld.nl/en/2015/11/>

de divers idéaux²⁶ : la Déclaration des droits de l'homme et les traités successifs relatifs aux droits de l'homme ont accordé des droits aux individus à l'encontre des États²⁷ ; les interventions humanitaires internationales, les opérations de maintien de la paix dans des zones de guerre et les tribunaux pénaux internationaux ont fait évoluer le principe de non-interférence dans les affaires domestiques des États²⁸.

D'un autre point de vue, la pratique de l'arbitrage constitue une rupture sémantique majeure. En effet, et contrairement aux exemples cités ci-dessus relatifs aux droits de l'homme, au maintien de la paix, ou aux tribunaux pénaux internationaux, la RDIE ne repose pas sur des traités « inter-nationaux » précis et n'est pas mise en application par des juges dédiés au sein de tribunaux « inter-nationaux » – comme c'est le cas à la Cour européenne des droits de l'homme, à la Cour de justice internationale ou à l'OMC. Au contraire, les accords bilatéraux ou multilatéraux qui ouvrent la voie à l'arbitrage délèguent leur application à des arbitres issus de cabinets d'avocats « privés », qui créent une jurisprudence « privée », hors de tout cadre étatique. Ainsi, le recours à l'arbitrage dans les processus de RDIE ne remplit pas les critères qui fondent le droit international public que sont la redevabilité, l'accès, la cohérence et l'indépendance²⁹. Une étude détaillée des décisions rendues dans des litiges récents permet de réaliser le défi majeur que ce système d'arbitrage représente pour la souveraineté.

En ce qui concerne *l'accès*, tout d'abord, contrairement à ce que l'on observe dans les cours internationales des droits de l'homme, les entreprises qui s'estiment lésées peuvent avoir recours à l'arbitrage avant d'avoir épuisé les recours juridiques locaux.

En ce qui concerne *la cohérence*, ensuite, ces entreprises peuvent déposer leur plainte simultanément devant plusieurs instances d'arbitrage afin de maximiser leurs chances de voir l'une de ces instances traiter le cas en sa faveur. Or, les décisions prises par les arbitres sont irrévocables : ainsi, un même cas traité indépendamment par deux tribunaux d'arbitrage peut aboutir à des conclusions contradictoires et, aucune structure d'appel ne pouvant être invoquée, un État relaxé dans une procédure peut être contraint de payer une amende de plusieurs millions – ou milliards – de dollars en vertu d'une décision prise par un second tribunal d'arbitrage allant dans le sens contraire.

Dans le cas d'un litige entre l'entreprise de média CME et la République tchèque, par exemple, l'entreprise CME a déposé

26. John Ruggie, "Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations", *International organization* 47, n° 1 (1993): p. 139-74.

27. Saskia Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization* (New York: Columbia university press, 1996): p. 95.

28. Hurrell, *On global order. power, values, and the constitution of international society*, 146-50.

29. Gus Van Harten, *Investment treaty arbitration and public law* (Oxford: Oxford university press, 2007): p. 153-74.

deux litiges devant deux tribunaux d'arbitrage pour dénoncer l'incapacité et la passivité du gouvernement tchèque à protéger ses investissements dans le secteur audiovisuel. Dans le premier cas, le litige a été résolu en se référant au traité bilatéral d'investissement États-Unis (République tchèque, le propriétaire de l'entreprise CME, Ralph Lauder, étant un milliardaire de citoyenneté américaine). Dans le second cas, le litige a été résolu en se référant au traité bilatéral Pays-Bas (République tchèque, la maison mère de l'entreprise CME étant domiciliée aux Pays-Bas). Or, tandis que les arbitres ont conclu le 3 septembre 2001 à un non-lieu dans l'affaire « Ralph Lauder vs. République tchèque », le second arbitrage a infligé dix jours plus tard à la République tchèque une amende de 353 millions de dollars à payer à la maison mère néerlandaise CME dans l'affaire « CME vs. République tchèque³⁰ ». Malgré cette incohérence, et en raison de l'impossibilité de faire appel d'une décision d'arbitrage, le gouvernement tchèque s'est empressé de payer l'amende afin de ne pas voir sa réputation ternie sur le marché des investissements mondiaux, alors même que cette décision, forcément controversée, représentait le budget annuel de son ministère de la Santé ! Autre cas similaire, au Venezuela cette fois : alors qu'un tribunal a conclu par un non-lieu dans le cas de l'expropriation d'Exxon, un second tribunal, se penchant sur l'expropriation de Conoco menée dans un contexte et selon des termes similaires, a considéré que l'expropriation n'avait pas été conduite selon une procédure équitable. L'amende finale – encore à déterminer – pourrait dépasser la dizaine de milliard de dollars³¹.

Puis, en ce qui concerne *la redevabilité*, les traités ouvrant l'accès au processus de RDIE ne précisent pas le champ exact dans lequel l'arbitrage peut être invoqué. D'un point de vue juridique, le processus de RDIE s'applique aux « expropriations sans compensation ». Néanmoins, les arbitres ont peu à peu réinterprété ce concept d'expropriation pour recouvrir l'ensemble des législations susceptibles d'affecter les revenus « futurs potentiels » d'une entreprise sans que les États ne puissent remettre en cause cette jurisprudence.

Ainsi, l'introduction dans une juridiction d'un moratoire, d'une taxe ou d'une restriction à la vente fait désormais l'objet de procédures d'arbitrage : la Cour permanente d'arbitrage de La Haye étudie actuellement une plainte déposée par le cigarettier Phillip Morris Asia contre l'Australie pour dénoncer l'impact qu'une loi sur un paquet de cigarettes « neutre » aurait sur ses futurs profits³². De même, l'entreprise basée aux États-Unis Lone Pine Resources poursuit le gou-

30. Van Harten, p. 7-8.

31. Voir à ce propos le cas ARB/07/30 : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/30>

32. Voir le cas numéro 2012-12 « Philip Morris Asia limited (Hong Kong) vs. The Commonwealth of Australia » de la Cour permanente d'arbitrage sur www.pccases.com/web/view/5

vernement du Québec et réclame plusieurs centaines de millions de dollars de dédommagement suite au moratoire que le gouvernement québécois a adopté contre la fracturation hydraulique et l'exploration des gaz de schiste à proximité de la rivière Saint-Laurent³³. Usant à plein de cette évolution du concept d'expropriation, les entreprises n'hésitent donc pas à s'attaquer à des politiques publiques dont l'objet est de protéger la santé et l'environnement. Certaines entreprises s'attaquent même aux compétences régaliennes publiques fondamentales. À titre d'exemple, l'entreprise française Total a enclenché le 20 mars 2015 une procédure contre l'Ouganda remettant en cause une taxe que le gouvernement lui impose. Ce sont donc les régimes fiscaux, au cœur des enjeux de souveraineté et de financement du développement, qui font désormais l'objet de litiges³⁴.

Enfin, en ce qui concerne *l'indépendance*, les conflits d'intérêts auxquels les arbitres s'exposent en se nommant les uns les autres dans des dynamiques de cooptation posent question et remettent en cause leur légitimité et leur indépendance. En effet, les arbitres impliqués sur des grandes affaires sont très peu nombreux : des journalistes d'investigation ont constaté que sur les 629 procédures de RDIE conclues avant 2014, les quinze arbitres les plus réputés dans la profession ont siégé dans 62 % des arbitrages répertoriés³⁵. Alors que le professeur de droit Gus Van Harten évoque une « mafia », c'est-à-dire un club restreint d'individus se convoquant les uns les autres³⁶, les sociologues Yves Dezalay et Bryant Garth démontrent comment une élite s'est peu à peu imposée dans ce champ en invoquant une vertu et une indépendance démentie par l'intérêt financier que ces praticiens ont à développer une jurisprudence de plus en plus large pour garantir la pérennité de leur activité³⁷.

En raison de la rupture majeure que ces procédures d'arbitrage entre investisseurs et États représentent pour le droit international, une contestation croissante s'élève contre la RDIE, des mouvements sociaux et divers États appelant à revenir sur les traités d'investissement ouvrant à l'arbitrage. Ceux-ci soulignent que, dans un contexte où les États se livrent déjà à une concurrence réglementaire féroce pour attirer les capitaux sur un « marché des normes³⁸ » mondial – ce qui place *de facto* les investisseurs dans une position de force –, l'arbitrage entre investisseur et États semble faire office d'« assurance tous

33. Voir le cas UNCT/15/2 « Lone Pine Resources Inc. vs. The Government of Canada ».

34. Edward Ronald Segyawa et Frank Mulder, « French firm attacks ugandan tax using ISDS », *One World*, December 28, 2015.

35. Voir <https://longreads.oneworld.nl/en/how-to-sue-a-country/>

36. Van Harten, *Investment treaty arbitration and public law*.

37. Yves Dezalay et Bryant Garth, *Dealing in virtue. international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order* (Chicago: University of Chicago Press, 1996).

38. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 66.

risques» pour les entreprises transnationales qui peuvent désormais remettre en cause un concept fondamental en droit international, concept établi dans la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies, celui d'autodétermination des peuples à disposer d'eux-mêmes. En effet, si des investisseurs mécontents à l'issu d'un changement législatif ou d'une alternance politique peuvent demander réparation pour des pertes « effectives » ou « à venir », quelle possibilité reste-t-il aux populations pour modifier les règles du jeu et promouvoir un modèle de société plus juste et soutenable dans leur pays? Faut-il désormais accepter et considérer comme légitime que les profits soient privatisés et les pertes socialisées? Investir sur un nouveau marché serait-il désormais une garantie plutôt qu'un risque entrepreneurial? C'est à ces questions que les États doivent répondre dans la révision des traités de libre-échange et des traités bilatéraux d'investissement. Comme le rapporte un arbitre espagnol:

« Il m'arrive de me réveiller la nuit en y pensant, et je ne comprends toujours pas comment les États souverains ont pu accepter le principe même d'un arbitrage en matière d'investissement [...]. Trois personnes privées sont investies du pouvoir d'examiner, sans la moindre restriction ni procédure d'appel, toutes les actions du gouvernement, toutes les décisions des tribunaux et toutes les lois et règlements qui émanent du Parlement³⁹. »

Au-delà de ces questions qui interrogent la politique économique des États, les entreprises transnationales doivent également s'interroger sur leur responsabilité dans leur recours à des procédures d'arbitrage. Tant que cette possibilité d'arbitrage entre investisseur et État existe, une entreprise peut-elle, tout en se déclarant responsable, remettre en cause devant des instances extraterritoriales privées la souveraineté démocratique d'un État? Ne faudrait-il pas limiter ces procédures à des litiges locaux ou à des négociations menées au cas par cas avec le gouvernement du pays hôte – gouvernement déjà contraint à agir de manière responsable pour ne pas être mis au ban par le secteur privé? Une entreprise responsable peut-elle sciemment infliger à des États des amendes qui se chiffrent en millions, voire en milliards de dollars, lorsqu'un peuple souverain fait évoluer ses lois pour répondre à des défis économiques, sociaux ou environnementaux majeurs? À titre d'exemple, ces questions se posent de manière concrète dans un certain nombre de cas, notamment dans des procédures intentées contre

- l'Argentine pour sa renationalisation de diverses entreprises assurant des missions de service public lors de la crise économique de 2002;

39. Arbitre cité dans Susan George, *Les Usurpateurs. Comment les entreprises transnationales prennent le pouvoir* (Paris : Seuil, 2014), p. 97.

- le Venezuela, où deux des 41 entreprises pétrolières nationalisées contestent les compensations payées par l'État, mais pour lesquelles l'arbitrage pourrait coûter à l'État des dizaines de milliards de dollars ;
- l'Allemagne, où l'entreprise Vattenfall dénonce la décision du gouvernement allemand de sortir du nucléaire à la suite de la catastrophe de Fukushima.

À défaut d'aborder ces questions, la responsabilité des entreprises risque de demeurer un vain mot. A minima, il semble que les enjeux d'accès, de cohérence, de redevabilité et d'indépendance pourraient être traités en faisant passer l'arbitrage entre investisseur et États d'un statut « privé » à un statut « public » en instaurant une Cour de justice des investissements régie par un traité international clair placé sous l'égide de l'ONU ou d'une organisation internationale dédiée⁴⁰. Pourtant, comme le révèlent les controverses autour de l'arbitrage dans les traités négociés par l'UE avec le Canada et le Japon, cette possibilité donnée au secteur privé d'intenter des procès contre des États est fortement remise en question. C'est dans cette veine, d'ailleurs, que la Bolivie s'est retirée du Cirdi en 2007, suivie de l'Équateur en 2009 et du Venezuela en 2012. Ceci manifeste une contestation croissante des déséquilibres actuels entre le droit des investisseurs et les droits fondamentaux des populations. À cet égard, le traité contraignant en cours de discussion à l'ONU concernant le respect des droits de l'homme par les entreprises (que nous avons évoqué dans la partie précédente) pourrait constituer une étape décisive pour subordonner l'arbitrage par RDIE au respect des droits humains et environnementaux fondamentaux.

Nous venons d'analyser le défi que représente, pour l'architecture économique internationale, la reconnaissance du bien commun qu'est la démocratie. C'est afin de garantir le vivre ensemble et le lien social qu'il convient également de lutter contre la corruption.

LE LIEN SOCIAL EN JEU : À PROPOS DE LA CORRUPTION

Dans un système de gouvernement fondé sur la démocratie représentative – plutôt que sur la démocratie directe –, la légitimité du gouvernement et sa capacité à se décrire comme « représentante » des intérêts de la population dépend de la confiance que les citoyens peuvent lui accorder. Or, comme le montre le politiste Brandon Rottinghaus :

« Les scandales [de corruption] peuvent avoir un impact important sur le système politique et la confiance dans le gouvernement, dans les enquêtes

40. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, p. 180.

menées par le système judiciaire et dans la capacité du gouvernement à fonctionner de manière appropriée⁴¹. »

Les scandales de corruption affectent donc en profondeur le lien social en réduisant la confiance que les citoyens ont envers l'administration publique et envers leurs concitoyens. De plus, lorsque la corruption s'étend au secteur privé, c'est la confiance dans un marché réglementé en vue du bien commun qui s'évapore également, et avec lui la propension des investisseurs – petits ou grands – à se lancer dans de nouveaux projets, les réponses aux appels d'offres, les délais et les budgets prévisionnels devenant hypothétiques. Enfin, la corruption mine les perspectives de développement : selon la haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations unies Navanethem Pillay, « les pots-de-vin et le vol font gonfler le coût des projets visant à apporter de l'eau potable et l'assainissement autour du monde de près de 40%⁴² ».

Constatant l'impact négatif que peut ainsi avoir la corruption d'agents publics sur le lien social et le développement économique, les États-Unis ont, dès 1977, promulgué dans le sillage de divers scandales le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), première législation au monde à s'attaquer à la corruption d'agents publics « à l'étranger ». Ils se sont ainsi dotés d'un pouvoir extraterritorial pour faire condamner les entreprises opérant sur leur territoire et impliquées dans des malversations à l'étranger⁴³.

Au cours des dernières décennies, divers pays et organisations internationales ont souhaité répliquer ce modèle afin de lutter contre la corruption. Ainsi, en 1997, l'OCDE a adopté une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, dont l'objectif officiel est de pousser l'ensemble des pays signataires à adopter une loi anti-corruption de nature extraterritoriale « pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers⁴⁴ ».

Malgré l'existence d'un consensus international et de déclarations publiques récurrentes de la part de responsables politiques de tous bords pour dénoncer la corruption comme une atteinte grave à « la

41. Brandon Rottinghaus, *The institutional effects of executive scandals* (Cambridge: Cambridge university press, 2015): p. 1.

42. Cited in Kathleen Hamill, "Are we meeting our responsibilities?", in Brian Ganson (ed.), *Management in complex environments: questions for leaders* (Stockholm: International Council of Swedish Industry, 2013): p. 109.

43. Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (ed.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée* (Paris: Presses universitaires de France, 2013).

44. OCDE, « Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » (Paris: OCDE, 2011), para. 1.

bonne gestion des affaires publiques et au développement économique⁴⁵», ce n'est qu'en 2011 que le Royaume-Uni s'est doté, *via* la *UK Bribery Act*, d'une réglementation ambitieuse à caractère extra-territorial de lutte contre la corruption.

En ce qui concerne la France, la lutte contre la corruption perpétrée par des entreprises françaises à l'étranger n'est pas une priorité pour les gouvernements qui se sont succédé. En effet, en 2012, l'OCDE a publié un rapport sur le cas français dans lequel l'organisation internationale « déplore le peu de condamnations en France pour corruption transnationale » et conclut par une série de recommandations dénonçant ouvertement la collusion entre les entreprises françaises ayant recours à des pratiques illicites à l'étranger et les hautes sphères de l'administration publique. Le groupe de travail de l'OCDE a ainsi affirmé :

« Le Groupe de travail demeure néanmoins préoccupé par le très faible nombre de condamnations pour corruption d'agents publics étrangers prononcées en France depuis l'entrée en vigueur de l'infraction voici plus de douze ans – cinq en tout dont une seule contre une personne morale, non définitive. Au regard du rôle très important que ses entreprises jouent dans l'économie internationale, la France apparaît particulièrement exposée aux risques de corruption d'agents publics étrangers. Ainsi, le Groupe de travail est d'autant plus préoccupé que, en dépit de décisions judiciaires à l'étranger concernant certaines entreprises françaises, elle ne semble pas exercer avec toute la vigueur attendue son action répressive dans de tels dossiers⁴⁶. »

À titre d'exemple, les poursuites engagées en 2013 et 2014 contre Alstom, en Indonésie et au Brésil, pour des faits de corruption et d'entente illicite ont donné lieu, aux États-Unis et au Brésil, à un gel des biens, à des amendes se chiffrant en centaines de millions de dollars et à des emprisonnements, sans que l'entreprise ne soit jamais inquiétée en France⁴⁷.

En 2014, le groupe de travail de l'OCDE a procédé à une nouvelle mission de suivi des avancées en matière de lutte contre la corruption. L'indifférence de l'État français vis-à-vis de la corruption perpétrée par des entreprises françaises à l'étranger y a à nouveau été épinglée, soulignant les montants ridiculement bas des sanctions appliquées :

« Depuis la phase 3 [de 2012], la France a ouvert vingt-quatre nouvelles procédures dans des affaires de corruption d'agents publics étrangers, toutefois aucune personne morale n'a encore été condamnée pour cette

45. OCDE, Préambule.

46. OCDE, « Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption » (Paris : OCDE, 2012) : p. 73.

47. AFP, « Le Brésil gèle des biens d'Alstom et Siemens, soupçonnés de corruption », *La Croix*, 8 novembre 2013; Anaïs Moutot, « Corruption : Alstom va payer 700 millions de dollars d'amende », *Les Échos*, 16 décembre 2014.

infraction. Depuis la phase 3, seules trois nouvelles personnes physiques ont été condamnées dans deux affaires, pour des peines allant de 5 000 à 20 000 euros. Le nombre de relaxes, ordonnances de non-lieu et classements sans suite a par ailleurs marqué une augmentation notable⁴⁸. »

La diplomatie économique et le soutien des « champions » nationaux à l'étranger semblent donc prévaloir. Afin de répondre à ces critiques émanant d'une organisation internationale majeure, mais aussi d'associations telles que Novethic et Transparency International France, la loi Sapin du 8 novembre 2016 a adopté une série de réformes dont les effets sont désormais à étudier : protection des lanceurs d'alerte, création d'une agence nationale anti-corruption, mise en place d'un dispositif de transaction pénale calqué sur le modèle du FCPA américain⁴⁹.

Si ces avancées ont été remarquées, ses limites témoignent néanmoins de la volonté du gouvernement de ne pas nuire aux intérêts des grandes entreprises françaises et aux pratiques contemporaines de diplomatie économique. En effet, loin de garantir l'indépendance de l'agence anti-corruption, la loi du 8 novembre place celle-ci « auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du budget⁵⁰ », illustration d'un mélange de genre inquiétant entre idéaux de justice et intérêts économiques. Ainsi, alors que des lois contre la corruption, contre les ententes illicites et contre le délit d'initié existent pour des infractions perpétrées sur le territoire national, ces pratiques ne font l'objet d'aucune sanction lorsqu'elles sont perpétrées à l'étranger !

Sans nier les questions que le cas français soulève, il convient de le replacer dans un contexte international extrêmement frileux. En effet, alors que les États-Unis sont souvent cités en exemple, les critiques affluent pour dénoncer l'usage biaisé qui est fait du FCPA outre-Atlantique : le FCPA est appliqué en très grande majorité à des entreprises non-américaines, neuf des dix plus gros accords transactionnels réalisés depuis la création de la FCPA en 1977 ayant impliqué des entreprises non-américaines – dont trois françaises⁵¹. Dès lors, la lutte contre la corruption et les stratégies d'investissement illicites semble confrontée à des enjeux de diplomatie économique majeurs. Idéalement, les mécanismes extraterritoriaux, tels que le FCPA ou la *UK Bribery Act*, mériteraient d'être placés sous la responsabilité des agences onusiennes ou de la Cour de justice internationale afin que les grandes entreprises, soumises à un risque financier important,

48. OCDE, « France : rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations » (Paris : OCDE, 2014), para. 1.

49. Gouvernement français, « Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », Session ordinaire de 2016-2017 830 § (2016).

50. Voir Gouvernement français, para. 1.

51. Leslie Wayne, « Foreign firms most affected by a US law barring bribes », *New York Times*, September 3, 2012.

perçoivent la corruption comme une pratique illicite condamnée sévèrement par une instance indépendante.

En l'état, et sans tout attendre du droit international⁵², les entreprises et les associations professionnelles portent une responsabilité collective dans la lutte contre la corruption et peuvent déjà, en s'inspirant des multiples initiatives multipartites existantes, établir des régulations privées ou civiles avec des ONG et des organisations internationales – sur le modèle du *Bangladesh Accord* – pour lutter collectivement contre la corruption et préserver le lien social.

Les analyses qui précèdent illustrent la responsabilité des entreprises transnationales vis-à-vis des biens communs immatériels que sont le processus démocratique, la souveraineté populaire et le lien social. Comme nous l'avons vu tout au long de cet ouvrage, cette responsabilité peut être appréhendée par quatre types de leviers, à savoir : l'éthique des affaires et les engagements volontaires des entreprises ; la pression des mouvements sociaux sur les entreprises et leur réputation ; les tribunaux locaux et les mécanismes extraterritoriaux non-étatiques ; les organisations internationales susceptibles d'instaurer des traités et des normes en droit international. Ces quatre pôles de l'engagement volontaire, des mouvements sociaux, de la judiciarisation et de la réforme du droit international concernent également la responsabilité des entreprises vis-à-vis des biens communs mondiaux matériels.

52. David Held, Thomas Hale, et Kevin Young, *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most* (London: Polity press, 2013).

CHAPITRE 3

BIENS COMMUNS MONDIAUX MATÉRIELS :

climat et ressources naturelles

Lorsque Christophe Colomb pose le pied sur le continent sud-américain, des dizaines de millions de personnes y cultivent la terre. Loin de l'image fantasmée d'une forêt vierge, des études récentes soulignent l'existence de villages, de routes et de cultures à travers l'Amazonie et les Andes¹. En raison des conflits entre populations indigènes et colons venant d'Europe, mais aussi en raison des épidémies mortelles qui balayent le continent américain suite à l'arrivée de nouvelles maladies, un effondrement démographique massif se produit. Les terres n'étant plus cultivées, une reforestation rapide du continent américain débute, menant à une séquestration de carbone dans les végétaux ayant repoussé. Cette séquestration de carbone est d'une telle ampleur que les relevés en dioxyde de carbone (CO₂) réalisés dans les glaces antarctiques font état d'une variation significative de la concentration du CO₂ dans l'atmosphère entre 1500 et 1750². Ce que cet épisode révèle est que l'homme a commencé à altérer le climat bien avant l'ère industrielle. Diverses études montrent d'ailleurs que l'impact de l'homme sur le climat remonte à 8000 ans, lorsque l'homme a commencé à développer l'agriculture et à abattre des forêts en Inde, en Europe et en Chine afin de cultiver des champs³.

Si l'impact de l'homme sur le climat est ancien, sa capacité à influencer les milieux de vie « en profondeur » de manière « irréversible » est récente. C'est l'étendue et la diversité des changements apportés par l'homme à la biosphère qui définit l'Anthropocène, cette ère géologique où une grande diversité de paramètres

1. Michael J. Heckenberger *et al.*, "Amazonia 1492: pristine forest or cultural parkland?", *Science* 301, n° 5640 (September 19, 2003): p. 1710-14.

2. Robert Dull *et al.*, "The columbian encounter and the little ice age: abrupt land use change, fire, and greenhouse forcing", *Annals of the association of american geographers* 100, n° 4 (2010): p. 755-71.

3. William Ruddiman, *Plows, plagues, and petroleum: how humans took control of climate* (Princeton: Princeton university press, 2005).

socio-économiques et de paramètres liés au système Terre évoluent désormais de manière extrêmement rapide⁴. Les chiffres rapportés par les scientifiques témoignent de cet impact massif que l'humanité a sur la planète :

« Près de 40 % de la surface totale de la Terre a été transformée à des fins de culture et d'élevage. 30 % des stocks de poissons sont épuisés et 55 % des stocks restants sont exploités à leur maximum. Plus de la moitié de l'eau douce est exploitée pour l'humain. Le climat est lui aussi modifié et accélère l'extinction globale d'espèces⁵. »

Ce constat interpelle non seulement les gouvernements et les ingénieurs qui doivent trouver des réponses à la raréfaction des ressources, mais aussi, plus largement, chacun de nous :

Quel est l'impact « acceptable » que l'homme, et que chaque génération, peut avoir sur son écosystème ? Quelle est notre responsabilité et quels sont les leviers d'action que nous pouvons, ou devons, mobiliser dans la sauvegarde de notre « maison commune⁶ » ?

Le réchauffement climatique, la dégradation environnementale accélérée et l'accroissement des inégalités sociales conduisent nos sociétés à réviser leurs conceptions de la responsabilité individuelle et collective⁷. La reformulation par Hans Jonas de l'impératif catégorique de Kant en donne une bonne expression : « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre⁸. »

Dès lors, il s'agit de s'accorder collectivement sur les ressources à définir comme biens communs mondiaux, dont la bonne administration est nécessaire pour assurer les conditions d'une vie « authentiquement humaine sur terre », en considérant en particulier la responsabilité portée par les entreprises.

4. Parmi les paramètres socio-économiques, citons la population, l'usage d'engrais, les investissements directs à l'étranger ou la production de pâte à papier. En ce qui concerne le système Terre, citons les concentrations atmosphériques en carbone et méthane, l'impact sur la couche d'ozone, l'acidification des océans. Voir Will Steffen *et al.*, "The trajectory of the anthropocene: the great acceleration", *The anthropocene review*, 16 janvier 2015, p. 1-18.

5. Vincent Devictor, *Nature en crise. Penser la biodiversité* (Paris : Seuil, 2015) : p. 40.

6. Pape François, *Laudato Si'. Lettre encyclique du Saint-Père François sur la sauvegarde de la maison commune* (Rome, 2015).

7. Interfaithstatement, « Déclaration interreligieuse sur les changements climatiques adressée aux dirigeants du monde » 18 avril 2016 ; IslamicClimate, "Islamic climate change declaration", 18 août 2015.

8. Dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Kant définit l'impératif catégorique comme suit : « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle. » La reformulation de Jonas provient de Hans Jonas, *Le Principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique* (Paris : Cerf, 1990) : p. 40.

Si la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies de 1948 a placé la légitimité démocratique, le lien social et la souveraineté au cœur du projet d'émancipation des êtres humains, de tels droits ne peuvent se réaliser sans protéger les biens communs mondiaux matériels. Des conséquences en résultent à trois niveaux :

1. le climat constituant un bien commun mondial à préserver, il s'agit de limiter le réchauffement climatique ;
2. la protection de l'eau, de l'air, de la biodiversité et des sols conduit à réviser l'ensemble de notre système de production pour lutter contre la pollution ou l'épuisement de ces ressources ;
3. les limites physiques posées par le système Terre et l'accroissement des inégalités nous poussent à inventer une économie de la sobriété et du partage.

ÉNERGIE ET CLIMAT

L'humanité émet des gaz à effet de serre (GES) de manière très variée : par la consommation de pétrole, de gaz et de charbon, mais aussi par la déforestation, l'intensification de l'élevage bovin, la culture du riz, la mise en décharge de végétaux, l'utilisation d'engrais azotés, l'usage de bombes aérosols, etc. Si toutes ces sources de GES doivent être considérées, les études s'accordent sur le fait que les énergies fossiles (pétrole, gaz, et charbon) constituent la principale source d'émission de GES d'origine humaine. Par exemple, en Europe, en 2014, 76,3% des émissions de GES étaient dues à la combustion d'énergies fossiles⁹. Aux États-Unis, en 2015, cette proportion s'élevait à 77%¹⁰.

Il semble donc pertinent d'analyser la responsabilité des entreprises vis-à-vis du climat en s'intéressant en priorité au lien entre énergie et climat.

Histoire d'une prise de conscience dans l'espace « inter-national »

Les liens entre énergie et développement économique sont connus : sans accroissement de notre consommation énergétique, peu ou pas de croissance du PIB¹¹. Cette interdépendance est d'autant plus remarquable qu'elle s'accroît progressivement : alors qu'entre 1980 et 2000 une augmentation de 2% de notre consom-

9. Voir http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Climate_change_-_driving_forces

10. Voir www.eia.gov/energyexplained/index.cfm?page=environment_where_ghg_come_from
 11. Gaël Giraud et Zeynep Kahraman, "How dependent is growth from primary energy? The dependency ratio of energy in 33 countries (1970-2011)" (Paris : Centre d'économie de la Sorbonne, 2014).

mation énergétique s'accompagnait d'une augmentation du PIB de 3 %, ce ratio est désormais à l'équilibre – de 2 % pour 2 %. Nos modes de vie et le développement économique contemporain sont donc de plus en plus gourmands en énergie¹². Or, notre consommation énergétique dépend majoritairement d'énergie fossile : en effet, à l'échelle mondiale, les principales sources d'énergie sont le pétrole (4,1 milliards de tonnes équivalent pétrole, ou Gtep), le charbon (3,7 Gtep) et le gaz naturel (2,9 Gtep)¹³. Comme le souligne l'ingénieur Philippe Bihouix :

« Nous ne sommes en fait jamais sortis de l'âge du charbon. Depuis la première tonne [de charbon] extraite, la production et la consommation mondiales ont "toujours" augmenté, crise ou non : nous en sommes à une production de près de 7,7 milliards de tonnes par an en 2011¹⁴. »

Depuis le début de la révolution industrielle, l'humanité a ainsi rejeté dans l'atmosphère 365 milliards de tonnes de carbone en brûlant du charbon, du pétrole et du gaz¹⁵. Résultat ? La concentration en CO₂ n'a jamais été aussi élevée au cours des 800 000 dernières années. En considérant que l'usage de combustibles fossiles va se poursuivre à un rythme similaire au cours des prochaines décennies, les scientifiques estiment que la température à la surface du globe sera de 2 à 4 °C plus élevée en 2100, avec des conséquences massives sur notre écosystème : multiplication des épisodes météorologiques extrêmes, acidification des océans, fonte de la calotte glaciaire, inondation des villes côtières et des estuaires, déclin des réserves de nourriture, appauvrissement de la biodiversité, fonte des glaces en Himalaya, conflits pour l'accès à l'eau et aux terres fertiles...

Si notre dépendance à l'énergie fossile est si importante, elle n'en a pas moins fait débat depuis des siècles¹⁶. Au cours des toutes dernières décennies, cette inquiétude s'est peu à peu accrue jusqu'à faire l'objet d'une convention internationale aux Nations unies. Dès 1957, des scientifiques ont commencé à mesurer de manière systématique la concentration en CO₂ dans l'atmosphère depuis l'observatoire de Mauna Loa, à Hawaï. Année après année, les chercheurs ont ainsi établi une courbe de concentration et révélé son augmentation. Fort de ces premiers constats, une première conférence internationale sur le climat se tient à Genève en 1979. Organisée par le Programme des

12. Baule, Becquey, et Renouard, *L'entreprise au défi du climat*, p. 70.

13. Philippe Bihouix, *L'Âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable* (Paris : Seuil, 2014) : p. 31.

14. Bihouix, p. 31.

15. Elizabeth Kolbert, *La 6^e Extinction. Comment l'homme détruit la vie* (Paris : Vuibert, 2014) : p. 135.

16. Christophe Bonneuil et Jean-Baptiste Fressoz, *L'Événement Anthropocène. La Terre, l'histoire et nous* (Paris : Seuil, 2013).

Nations unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le Conseil international des unions scientifiques (CIUS), les participants ont alors décidé de renforcer les observations et les mesures scientifiques afin de mieux suivre l'évolution de la composition atmosphérique. Dans son rapport, l'Académie des sciences américaines évoque ainsi une élévation possible de la température de 2 à 3 °C d'ici 2050 par rapport à l'ère préindustrielle et avertit qu'une « politique attentiste pourrait signifier qu'il sera trop tard lorsque nous déciderons d'agir¹⁷ ». Puis, quelques années plus tard, lors de la Conférence mondiale sur le climat, qui se tient à Villach en 1985, le consensus scientifique se précise davantage : les experts reconnaissent que l'accroissement des concentrations de GES dans l'atmosphère va mener à une augmentation de la température moyenne à la surface du globe « plus importante que jamais dans l'histoire de l'humanité ». Loin d'être pris à la légère, ce consensus en appelle un autre : les experts enjoignent les « scientifiques et les décideurs publics à engager une collaboration active afin d'étudier l'efficacité de politiques "alternatives" et d'ajustements ». En 1988, enfin, a lieu à Toronto une nouvelle conférence mondiale au titre évocateur : « Atmosphère en évolution : implications pour la sécurité du globe ». Réunissant plus de trois cents scientifiques et décideurs politiques en provenance de quarante-six pays, cette grande conférence pose les termes d'un débat qui demeure insoluble jusqu'à aujourd'hui : les scientifiques recommandent aux États de réduire d'ici 2005 de 20 % leurs émissions et avertissent que « l'humanité mène non intentionnellement une expérience mondiale incontrôlée dont les conséquences ultimes peuvent être de l'ordre de grandeur d'une guerre nucléaire globale ». Quatre ans plus tard, et trente-cinq ans après que les scientifiques ont commencé à mesurer les taux de CO₂ contenus dans l'atmosphère, est créée la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique (CCNUCC) lors de la Conférence de la Terre de Rio.

Si cette chronologie semble fastidieuse, elle révèle que la problématique du changement climatique n'est pas apparue en 2002, lorsque le président Jacques Chirac prononce à Johannesburg son discours affirmant que « notre maison brûle mais nous regardons ailleurs », ou en 2006, lorsque le réalisateur David Guggenheim et le vice-président américain Al Gore diffusent le documentaire *Une vérité qui dérange*. Cela fait plusieurs décennies déjà que les scientifiques et les gouvernements sont conscients de l'enjeu. Et, dès le XIX^e siècle, de nombreux intellectuels, hommes politiques et citoyens avaient contesté les dommages environnementaux engendrés par

17. Ad Hoc Study Group on Carbon Dioxide and Climate, "Carbon dioxide and climate: a scientific assessment" (Washington DC: US national academy of sciences, 1979): p. 1.

le productivisme économique et proposé des alternatives – ces dernières étant soit reléguées comme des utopies sans lendemain, soit écartées pour des raisons politiques et/ou financières¹⁸.

Pendant, les conférences internationales successives sont restées sans effet significatif : alors que la CCNUCC devait travailler dans un cadre multilatéral à une réponse globale à l'émission de GES dans l'atmosphère, « les émissions de GES ont augmenté d'environ 57 % depuis la signature en 1992 de la CCNUCC¹⁹ ».

À cette lecture pessimiste de la situation, certains seraient tentés de souligner que des progrès significatifs ont été réalisés lors de la 21^e Conférence des parties de la CCNUCC (COP21). En effet, le samedi 12 décembre 2015, à la suite d'une mobilisation sans précédent, les 195 États siégeant à Paris dans le cadre de la COP21 ont approuvé l'Accord de Paris et se sont fixés comme objectif de « maintenir l'augmentation de la température moyenne mondiale bien au-dessous de 2 °C de réchauffement par rapport aux niveaux de la période préindustrielle [...] [et] de poursuivre les efforts pour limiter [cette] augmentation à 1,5 °C ». Si l'ambition est bien là, les signataires notent dès le préambule que les engagements – volontaires – pris par l'ensemble des États ne permettent pas d'atteindre cet objectif et « insistent avec une vive préoccupation sur l'urgence de combler l'écart significatif entre [leurs] engagements d'atténuation [...] [et l'objectif] de contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C²⁰ ». Mais surtout, tout en inscrivant l'initiative multilatérale de la CCNUCC dans un nouveau cadre institutionnel, les moyens concrets mis en place pour aider – ou contraindre – les États à modifier les modes de transports, de financement, de production, et de consommation continuent à faire défaut. Ainsi, le « schisme de réalité²¹ » entre vœux pieux et réalité demeure d'actualité : le texte ne mentionne jamais explicitement le commerce, l'énergie, l'industrie, les transports, les énergies renouvelables, le pétrole ou le charbon.

La lutte engagée par les Nations unies contre le réchauffement climatique demeure hors-sol et accepte un rapport de force en faveur du statu quo. Vingt ans après le lancement de la CCNUCC et alors même que l'urgence climatique se fait de plus en plus pressante, le déséquilibre entre objectifs de libéralisation du commerce et protection

18. Bonneuil et Fressoz, *L'évènement Anthropocène. La Terre, l'histoire et nous* ; Serge Audier, *La société écologique et ses ennemis : Pour une histoire alternative de l'émancipation* (Paris : La Découverte, 2017).

19. Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, 231. Citant une étude de Global Carbon Project, « Données sur les émissions, 2013 Budget v.2.4 » (Global Carbon Project, juin 2014), <http://cdiac.ornl.gov>

20. COP21, « Accord de Paris – COP21 » (Paris : CCNUCC, 12 décembre 2015), Préambule.

21. Amy Dahan et Stefan Aykut, *Gouverner le climat?* (Paris : Sciences Po, 2015).

du climat demeure inchangé, fidèle à la ligne édictée en 1992 dans la CCNUCC qui affirmait alors :

« Il convient d'éviter que les mesures prises pour lutter contre les changements climatiques, y compris les mesures unilatérales, constituent un moyen d'imposer des discriminations arbitraires ou injustifiables sur le plan du commerce international, ou des entraves déguisées à ce commerce. »

Incapables d'établir des liens entre les diverses agences de l'ONU, de remettre en cause la « mystique de la croissance²² » et un libre-échange débridé pour favoriser de nouveaux modes de production et de consommation susceptibles de réduire les besoins en combustibles fossiles, les États ont démontré leur impuissance, jusqu'à ce jour, à s'accorder sur un cadre juridiquement contraignant modifiant la structure de l'économie mondiale.

Constatant cette limite du processus multilatéral et conscients qu'il « n'existe aucune certitude que l'adaptation à un monde plus chaud de 4 °C soit possible²³ », des mouvements sociaux se sont donc progressivement développés et emparés de la question tandis que des entreprises se sont engagées, volontairement et/ou sous la pression de ces mouvements sociaux, dans des initiatives variées afin de répondre simultanément à l'urgence climatique et à notre besoin d'énergie.

Initiatives citoyennes et privées pour atténuer le changement climatique : vers une énergie renouvelable ?

Face à l'imbrication contemporaine entre énergie et changement climatique, et constatant l'incapacité des États à définir un nouveau cadre d'action, deux discours antithétiques ont émergé.

Le premier discours, porté principalement par les grandes entreprises de l'énergie, des entreprises high-tech et le secteur bancaire, conçoit le changement climatique comme un appel pour engager une transition « raisonnée » vers des modes de production d'énergie plus durables, vers la géo-ingénierie et vers une capture du CO₂ présent dans l'atmosphère par des processus industriels²⁴. Dans cette veine, divers acteurs légitiment l'exploitation des gaz de schiste comme une ressource fossile à moindre impact carbone, l'ingénierie atmosphérique pour jouer sur le rayonnement solaire, la recherche pour une mise en place – future – de grands projets d'enfouissement du

22. Dominique Méda, *La Mystique de la croissance : comment s'en libérer* (Paris : Flammarion, 2013).

23. Hans Joachim Schellnhuber, "Turn down the heat: why a 4 °c warmer world must be avoided: a report for the world bank by the potsdam institute for climate impact research and climate analytics" (Potsdam: Potsdam institute for climate impact research, November 2012), cited in Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, p. 25.

24. Clive Hamilton, *Les Apprentis sorciers du climat. Raisons et déraisons de la géo-ingénierie* (Paris : Seuil, 2013).

carbone, ou le développement de la compensation carbone par la sanctuarisation de forêts destinées à devenir des « puits de carbone » (l'initiative REDD+, la plus connue et la plus controversée, permet à des entreprises de compenser leurs émissions *via* des accords transnationaux signés au détriment des droits des communautés locales à disposer de leur environnement).

Dénonçant un discours « technophile » et bureaucratique faisant reposer la survie de l'humanité sur une fuite en avant et sur des technologies miraculeuses inexistantes à ce jour, des mouvements sociaux se sont peu à peu constitués pour appuyer une stratégie de désinvestissement des énergies fossiles et de réinvestissement dans la transition énergétique. Ce second discours s'efforce ainsi de remettre en cause notre dépendance aux sources d'énergie carbonées. Diverses stratégies judiciaires et extrajudiciaires ont ainsi émergé afin d'attaquer les États, les entreprises et les institutions financières pour leur implication dans la perpétuation d'un modèle économique accro aux énergies fossiles. En 2004 et 2005, par exemple, des associations allemandes et états-uniennes ont entamé des actions en justice contre leurs gouvernements fédéraux respectifs afin de les contraindre à publier des informations concernant les soutiens financiers que leurs agences publiques d'aide à l'export apportaient à des projets pétroliers, miniers et gaziers²⁵. À l'inverse, des États ont intenté des actions judiciaires contre les entreprises responsables de ces émissions : ainsi, l'État de Californie a déposé une plainte contre les constructeurs automobiles, dénonçant les « nuisances à l'ordre public » que les émissions de GES liées à l'usage de voitures causaient²⁶. Plus récemment, des initiatives judiciaires ont tenté d'accroître la pression sur les entreprises pour leur responsabilité structurelle dans le modèle économique qu'elles promeuvent. Le cas d'Exxon est à ce titre instructif. En 2015, une enquête de l'organisation InsideClimateNews a révélé que cette entreprise avait mené des recherches sur les émissions de CO₂ dès les années 1970 et avait sciemment décidé de ne pas diffuser ses conclusions, de fermer son département de recherche et de financer des lobbys climatosceptiques²⁷. À la suite de ces révélations, les pressions se sont multipliées pour que le département de la justice et l'autorité en charge des marchés financiers enquêtent contre Exxon et ses dirigeants pour « fraude²⁸ ».

25. Peter Newell, "Civil society, corporate accountability and the politics of climate change", *Global environmental politics* 8, n° 3 (2008): p. 131-32.

26. Newell, p. 137-38.

27. Neela Banerjee, Lisa Song, et David Hasemyer, "Exxon: the road not taken", *InsideClimateNews*, September 16, 2015.

28. David Hasemyer, "California attorney general urged to investigate exxon over climate", *InsideClimateNews*, November 20, 2015; Neela Banerjee, "Congressmen call on SEC to investigate Exxon's climate disclosures", *InsideClimateNews*, November 2, 2015.

Si ces stratégies judiciaires ouvrent de nouveaux horizons, elles demeurent extrêmement fragiles : tout d'abord, car la jurisprudence manque ; ensuite, parce que le changement climatique et les émissions de CO₂ n'ont fait que récemment l'objet de lois et de règlements administratifs ; enfin, parce que les procureurs et les juges ne souhaitent pas énoncer des verdicts pour des enjeux structurels remettant en cause notre modèle économique et la responsabilité de ses principaux acteurs. Mais surtout, ces initiatives se déroulent dans un cadre juridique issu d'une conception technophile du progrès, alors même que l'enjeu climatique appelle, « précisément », à sortir de ce cadre.

Percevant cette contradiction, le professeur Bill McKibben, dans un article de 2012 devenu célèbre, présente l'enjeu climatique non plus comme technique, juridique et économique, mais comme politique et moral. En effet, McKibben souligne que, si l'on a pu jusqu'alors espérer une transformation et/ou une autorégulation des entreprises impliquées dans l'industrie des énergies fossiles, maintenir le réchauffement climatique sous les 2 °C requiert désormais de conserver 80 % des ressources fossiles « identifiées » sous terre, à moins de se fier à l'idéal prométhéen d'un progrès technique futur rédempteur. La conclusion que McKibben tire de ce constat est claire : il faut réduire drastiquement les capacités d'investissement de ce secteur industriel pour l'empêcher de s'étendre davantage et pour réorienter les investissements vers la transition énergétique²⁹.

Un rapport de 2016 de l'association Oil Change International vient corroborer cette stratégie. En effet, l'association note que l'ensemble des puits de pétrole, des puits de gaz et des mines de charbon « en cours » d'exploitation suffiront à eux seuls à extraire les 565 gigatonnes de CO₂ que nous pouvons encore émettre avant d'atteindre la limite que nous nous sommes imposée des 2 °C. Ainsi, désinvestir des entreprises fossiles et empêcher la mise en opération de « toute nouvelle réserve » d'hydrocarbure, de gaz ou de charbon est « nécessaire », dès aujourd'hui, pour maintenir le réchauffement sous les 2 °C³⁰. C'est dans cette perspective que des mouvements sociaux tels que 350.org, fondé par McKibben, ont émergé pour plaider en faveur du désinvestissement des énergies fossiles.

Désormais, diverses lois et initiatives d'entreprises rendent cette vision du désinvestissement et de l'arrêt de l'exploitation des ressources fossiles concrète. Du point de vue législatif, l'article 173 de la loi de transition énergétique française donne des outils aux mouvements sociaux pour évaluer l'implication des institutions financières

29. McKibben, "Global warming's terrifying new math."

30. Oil Change International, "The sky's limit. Why the paris climate goals require a managed decline of fossil fuel production" (Washington: Oil change international, 2016).

(banques, mutuelles, gestionnaires de fonds, etc.) dans le secteur des énergies fossiles. En imposant aux investisseurs cette transparence sur la nature de leurs portefeuilles, cette loi permet non seulement aux citoyens et aux associations de mettre sous pression les institutions financières en leur demandant des comptes, mais elle ouvre aussi la voie à de futures lois qui pourraient imposer des réductions chiffrées sur les investissements réalisés dans ce secteur afin d'avancer vers une économie « bas-carbone³¹ ». Il s'agit aujourd'hui de poursuivre et d'amplifier ce mouvement de régulation afin que les conditions de financement au secteur de l'énergie fossiles soient rendues plus difficiles, et, à moyen terme, impossibles.

C'est dans cette optique que divers mouvements sociaux se sont constitués en appelant à un désinvestissement immédiat de toute l'industrie des énergies fossiles. Aux États-Unis, où des grands projets de pipelines sont en cours d'élaboration pour permettre la commercialisation des schistes bitumineux de l'Alberta vers l'Asie et l'Europe, les appels au désinvestissement se sont multipliés, accompagnés de recours judiciaires et de blocages de sites pour ralentir la construction de ces pipelines et infrastructures synonymes de réchauffement planétaire³².

Diverses institutions financières ont désormais engagé ce mouvement de désinvestissement. Certaines compagnies privées d'assurance, pour lesquelles le changement climatique constitue un risque financier direct (accroissement des sécheresses, perte de récoltes, inondations et catastrophes naturelles), ont coupé leurs investissements à l'industrie du charbon (ING, Axa). Certaines banques ont suivi le mouvement et ont annoncé ne plus financer d'entreprises impliquées de manière majoritaire dans l'industrie du charbon. D'autres investisseurs sont allés plus loin, coupant tous les investissements à l'industrie des énergies fossiles (charbon, pétrole et gaz). En décembre 2015, à la veille de la COP21, à Paris, les associations 350.org et DivestInvest ont estimé que le désinvestissement concernait plus de 500 institutions pour un total de 3 400 milliards de dollars d'actifs³³. Un an plus tard, l'association DivestInvest a estimé que le désinvestissement concernait désormais plus de 650 institutions, pour un total de 5 200 milliards de dollars d'actifs³⁴. Si ces montants

31. Gouvernement français, « Article 173 de la Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », 2015-992 § : « Donner aux citoyens, aux entreprises, aux territoires et à l'État le pouvoir d'agir ensemble » (2015), p. 173.

32. Voir à ce propos les campagnes et actions militantes contre le projet Keystone et Dakota Access Pipeline (DAPL). Voir également, pour un éventail plus large, Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, chap. « Blocadie ».

33. Novethic, « Désinvestissement : le mouvement dépasse les 3 400 milliards de dollars d'actifs », Novethic.Fr, 2 décembre 2015.

34. Novethic, « Énergies fossiles : le désinvestissement évalué à plus de 5 000 milliards de dollars », Novethic.Fr, 13 décembre 2016.

semblent importants, ils ne représentent en réalité qu'une infime partie des investissements effectivement engagés dans ce secteur d'activité. Comme le souligne le cabinet Novethic, les institutions qui ont désinvesti sont majoritairement des universités (pour 75 % du montant désinvesti), des fondations et des organisations confessionnelles. Un mouvement plus vaste d'activisme actionnarial, d'autorégulation et de régulation étatique semble donc nécessaire pour que ce mouvement naissant puisse se propager et modifier en profondeur les pratiques des entreprises des énergies fossiles.

En ce qui concerne l'autorégulation, l'initiative RE100 (Renewable Energy 100 %) ouvre des perspectives prometteuses pour lutter contre le réchauffement climatique. Cette initiative a l'ambition de réconcilier intérêts économiques et défi climatique en amenant des grandes entreprises à s'approvisionner exclusivement en énergie renouvelable à une échéance donnée. Comptant à ce jour quatre-vingt huit entreprises signataires, la RE100 a acquis une visibilité relativement importante compte tenu des acteurs impliqués : Ikea, Adobe, Apple, Bank of America, BMW, Coca-Cola, Crédit agricole, Google, H&M, ou encore eBay et General Motors.

Une analyse plus poussée révèle cependant les limites de l'exercice : aucune contrainte si l'engagement n'est pas tenu, une « date butoir » qui varie d'une entreprise à l'autre et, surtout, un périmètre extrêmement flou pour définir cette neutralité carbone. Pour Adobe, c'est une énergie décarbonée pour ses bâtiments « et » ses softwares en 2035 ; pour Ikea, c'est l'énergie consommée par les « bâtiments » en 2020, sans que soient considérés les transports routiers et maritimes qui assurent la logistique mondiale du groupe ; pour Apple, l'engagement officiel ne concerne que les opérations en nom propre, et évoque un « soutien » apporté aux multiples sous-traitants qui fabriquent ses produits ; pour Bank of America, l'engagement est pris à l'horizon 2020, mais ne concerne pas les secteurs d'investissements – et donc le soutien aux industries des énergies fossiles – ; de même, BMW évoque ses usines, mais pas l'impact carbone des automobiles fonctionnant à l'essence³⁵.

Malgré ces limites, l'initiative RE100 permet d'ancrer l'enjeu énergie-climat dans l'espace public. Néanmoins, en se focalisant sur ce dualisme énergie-climat, les débats sur la responsabilité des entreprises vis-à-vis du climat sont extrêmement restrictifs et appréhendent mal la complexité du réchauffement climatique. À titre d'exemple, la déforestation qui a cours en Indonésie afin de développer les plantations d'huile de palme a un impact majeur en termes de changement climatique. En effet, il est estimé que les feux de forêts déclenchés en 2015 par les entreprises du secteur de l'huile de palme

35. Voir à cet effet <http://there100.org/companies>

en Indonésie ont relâché en l'espace de trois semaines davantage de CO₂ dans l'atmosphère que le total des émissions annuelles de l'Allemagne³⁶. Pourtant, la déforestation en Indonésie ne constitue pas un enjeu du strict point de vue de l'énergie.

De plus, la question climatique occulte des enjeux interdépendants tels que la protection de l'air, de l'eau, des sols et de la biodiversité. Nous nous tournons maintenant vers ces communs mondiaux qui sont souvent ignorés, mais qui conditionnent pourtant les possibilités d'un avenir juste et soutenable pour l'humanité.

AIR, EAU, SOLS, BIODIVERSITÉ

Des biens communs interdépendants

Si une industrie permet de lier climat, air, eau, sols et biodiversité de manière simple, c'est très certainement celle de l'agroalimentaire. Le secteur de l'huile de palme a, on l'a vu, des conséquences massives sur le changement climatique par la déforestation et la destruction des tourbières. Cependant, l'impact de cette déforestation s'étend bien au-delà des seules émissions de CO₂ : dégradation de la qualité de l'air et danger sanitaire pour les populations du Sud-Est asiatique, avec des incendies gigantesques qui dégagent des fumées s'étendant à toute la région ; appauvrissement des sols en raison d'une couverture boisée plus faible et uniforme qui entraîne l'érosion ; perte massive de biodiversité avec la destruction des habitats naturels³⁷. De l'autre côté de la planète, au Brésil, c'est l'élevage intensif de bovins et la production de soja destinée aux élevages latino-américains et européens qui conduit à une déforestation massive de la forêt amazonienne, avec des conséquences sur le climat, les sols et la biodiversité similaires³⁸. Enfin, à travers le monde, l'intensification de l'agriculture et le recours à des pesticides et engrais chimiques a des conséquences importantes sur le climat, les sols, les nappes phréatiques et la biodiversité. La « production » d'engrais tels que l'ammoniac, tout d'abord, nécessite une quantité de gaz phénoménale. Une recherche menée par le géographe Matthew Huber en Louisiane a ainsi souligné qu'une usine de production d'ammoniac consommait à elle seule 10% de tout le gaz

36. Chris Mooney, "How indonesia's gigantic fires are making global warming worse", *The Washington Post*, October 15, 2015.

37. Une recherche sur Internet permet de saisir la diversité des enjeux sociaux et environnementaux liés à l'huile de palme. On peut aussi se référer aux articles et aux travaux de George Monbiot, tels que George Monbiot, "Indonesia is burning. So why is the world looking away?", *The Guardian*, 30 octobre 2015.

38. WWF, « Viandes : un arrière goût de déforestation ».

naturel de l'État de Louisiane, État pourtant fortement industrialisé³⁹. Ensuite, l'« usage » de pesticides et de fertilisants modifie en profondeur la composition des sols et mène peu à peu à leur appauvrissement. Des changements majeurs dans nos modes de production agricole sont donc nécessaires afin d'éviter une désertification progressive des sols, comme c'est le cas aujourd'hui au Sahel et dans les zones montagneuses d'Asie du Sud-Est⁴⁰. À terme, ce qui est en jeu n'est en effet rien moins que la sécurité alimentaire de régions entières et, avec elle, la capacité des populations à prospérer sur un territoire⁴¹. Enfin, les « rejets » de pesticides et d'engrais dans la nature impactent les nappes phréatiques, les cours d'eau et les zones côtières en rendant ces eaux toxiques ou impropres à la vie par phénomène d'eutrophisation⁴². Ces enjeux, comme le rappelle le rapport du PNUE, sont donc tout à la fois des enjeux environnementaux et sociaux⁴³.

Ce dont ces exemples témoignent, c'est que des biens communs apparemment distincts tels que le climat, l'air, l'eau, les sols et la biodiversité sont en interaction permanente. Un élément chimique aussi banal que le nitrogène démontre bien le caractère systémique des interactions entre l'activité humaine et ces divers communs : utilisé comme engrais, le nitrogène se retrouve également dans les émissions des véhicules automobiles et affecte le climat, l'eutrophisation des cours d'eau, l'acidification des océans ou la couche d'ozone⁴⁴.

S'interroger sur la responsabilité des entreprises vis-à-vis de ces biens communs mondiaux, c'est donc témoigner d'un souci à l'égard de la nature qui ne se résume pas à un aspect prédéterminé, mais qui revisite leurs interactions et ancre l'action humaine dans une éthique environnementale globale. Néanmoins, un défi majeur subsiste pour qu'une telle éthique infuse dans la conduite de l'activité économique. En effet, tout comme l'Accord de Paris n'a pas établi de lien entre climat et commerce, les entreprises et les États ne parviennent pas à appréhender la protection des biens communs mondiaux de manière holistique.

39. Matthew Huber, "Hidden abodes: industrializing political ecology", *Annals of the American Association of Geographers* 0, n° 0 (2016): p. 2.

40. Daniel Nahon, *L'Épuisement de la Terre, l'enjeu du XXI^e siècle* (Paris : Éditions Odile Jacob, 2008).

41. David Montgomery, *Dirt. The erosion of civilizations* (Berkeley: University of California press, 2007).

42. Reyes Tirado, « Zones mortes. Comment les engrais agricoles tuent nos rivières, lacs et océans » (Exeter : Greenpeace, 2008).

43. United Nations Environment Program (UNEP), "Global environment outlook GEO4 environment for development" (Malta: UNEP, 2007).

44. Dave Reay, *Nitrogen and climate change: an explosive story* (New York: Palgrave Macmillan, 2015).

Une régulation dispersée

Lors d'une interview accordée au journal *Libération* suite à l'annonce faite par le PDG d'Axa du désinvestissement de son entreprise de l'industrie du charbon, un journaliste interroge la personne en charge de la responsabilité d'entreprise sur la politique du groupe vis-à-vis des autres biens communs mondiaux, et plus précisément sur la biodiversité. Le dirigeant interviewé reconnaît alors ne « pas tellement » travailler sur la biodiversité, expliquant que, « pour être honnête, pour nous, c'est un sujet un peu trop diffus, on ne sait pas bien comment l'appréhender [...]. On sait que ce sont des problèmes très inquiétants, mais on ne sait pas encore bien comment les analyser et donc agir de manière cohérente, systématique⁴⁵ ».

C'est à ce même défi de cohérence que les États ont été et sont confrontés afin de mieux protéger les ressources naturelles.

En 1975, puis à partir de 1989, les États ont adopté divers accords multilatéraux abordant des problématiques relatives à la protection des communs : Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction en 1975, Protocole de Montréal relatif aux des substances qui appauvrissent la couche d'ozone en 1989, Convention sur la diversité biologique (CDB) en 1993, Protocole de Carthagène sur la biosécurité en 2003, Conventions de Bâle en 1992, de Rotterdam en 2004 et de Stockholm en 2004 sur les déchets dangereux et les polluants organiques. Cependant, que s'est-il passé sur le plan politique et économique pour que les problèmes de pollution et d'épuisement des ressources visés par ces conventions soient résolus ? À l'exception de l'enjeu relatif à la couche d'ozone⁴⁶, pas grand-chose.

L'enjeu de la biodiversité est ici topique. En effet, les taux d'extinction contemporains de faune et de flore laissent sans voix : « On estime qu'un tiers de tous les coraux bâtisseurs de récifs, un tiers de tous les mollusques d'eau douce, un tiers des requins et des raies, un quart de tous les mammifères, un cinquième de tous les reptiles et un sixième de tous les oiseaux sont en voie d'extinction⁴⁷. » D'aucuns argumenteront que les aires naturelles protégées instaurées à travers le monde viennent contredire cette lecture d'une communauté d'États incapable d'enrayer un phénomène d'extinction particulièrement préoccupant. Si les sociétés acceptent désormais de créer des « zones refuges » – avec des conflits plus ou moins importants lorsque des populations sont déplacées en vertu de la préservation d'une nature supposée-

45. Sylvain Vanston, «Un désinvestissement massif du pétrole et du gaz n'est pas du tout au programme d'Axa», interview by Coralie Schaub, *Libération*, 1^{er} septembre 2016.

46. Enjeu qui a pu être traité, car dépendant d'un processus lié à la production d'un gaz spécifique bien identifié, et pour lequel une alternative existait.

47. Kolbert, *La 6^e Extinction. Comment l'homme détruit la vie*, p. 27.

ment « vierge » –, le changement climatique et la mondialisation des échanges constituent deux freins majeurs aux discours qui verraient dans ces aires naturelles une solution de long terme.

Tout d'abord, le changement climatique nous interroge sur la territorialisation de ces zones refuges. En effet, le changement climatique oblige les espèces à s'adapter et/ou à migrer afin de suivre les évolutions du climat. Or, ce dernier peut « modifier des interactions entre espèces qui bouleversent complètement les propriétés de résilience des écosystèmes⁴⁸ ». Dès lors, si les zones refuges permettent la protection des espèces à court terme, elles ne répondent pas à un objectif de préservation dans un contexte de changement climatique rapide. En effet, si le changement est trop rapide, l'adaptation *in situ* est compromise et requiert aux espèces de migrer alors même que les aires naturelles protégées sont, par essence, territorialisées !

Ensuite, la mondialisation des échanges remet en cause l'idéal d'une nature « vierge ». En effet, les transports maritime et aérien ont, en l'espace de quelques siècles, complètement bouleversé les équilibres en permettant à des espèces invasives de conquérir des zones qui étaient jusqu'alors hors de leur portée aux dépens des espèces locales. La journaliste Elizabeth Kolbert évoque ainsi dans ses travaux sur la « sixième extinction » des études diverses qui ont mis en évidence cette harmonisation – involontaire – de la biodiversité à l'échelle planétaire : une nouvelle espèce invasive s'établit en Californie tous les soixante jours, à Hawaï tous les trente jours⁴⁹.

Or, une telle uniformisation du vivant à l'échelle planétaire – dans ce que des biologistes désignent parfois du nom de « Nouvelle Pangée⁵⁰ » – semble hors de contrôle dans un monde interconnecté : l'Organisation maritime internationale estime que, « dans le cours de n'importe quelle période de vingt-quatre heures, dix mille espèces sont déplacées à la surface du globe, simplement parce qu'elles se retrouvent dans l'eau de mer employée comme ballast dans le fond des grands navires⁵¹ ». Si une Convention internationale pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires a été adoptée en février 2004 et requiert la vidange des ballasts en haute mer, de telles pratiques ne s'appliquent qu'à 35 % du tonnage maritime mondial et ne répondent qu'à un enjeu parmi d'autres. En effet, comment éviter que les produits manufacturés transportés par containers, ou que les personnes voyageant à bord de vols aériens intercontinentaux, ne permettent à des bactéries, des animaux, des pollens ou des graines végétales d'envahir de nouvelles régions ? Une récente étude menée en

48. Devictor, *Nature en crise. Penser la biodiversité*, p. 52.

49. Kolbert, *La 6^e Extinction. Comment l'homme détruit la vie*, p. 248.

50. En référence au supercontinent nommé Pangée qui existait avant que les continents ne se séparent selon les mouvements des différentes plaques tectoniques.

51. Kolbert, *La 6^e Extinction. Comment l'homme détruit la vie*, p. 232.

Antarctique indique que chaque année, les touristes et chercheurs se rendant sur le continent transportent plus de 70 000 graines provenant d'autres continents, conduisant à l'invasion d'une espèce de plante sur un continent qui ne comptait que deux espèces de plantes indigènes⁵²!

De même, en ce qui concerne la protection de l'eau et de l'air, les nuages de pollution intercontinentaux ou les catastrophes de Tchernobyl et de Fukushima constituent des défis gigantesques : les accidents nucléaires ont libéré dans l'atmosphère, dans les sols et dans les océans des éléments radioactifs d'une durée de vie de plusieurs siècles sans qu'un moratoire global sur l'énergie nucléaire ne soit envisagé dans un futur proche. Le transport intercontinental de « composants volatils persistants » a, quant à lui, révélé l'existence d'enjeux sanitaires globaux jusqu'alors ignorés, mais une remise en cause des processus industriels impliqués à l'origine de cette pollution semble bien hypothétique.

La complexité des processus sociaux, techniques et naturels saute donc aux yeux dès que l'on s'intéresse à l'impact de l'activité humaine sur l'écosystème. Si les « défenseurs du développement durable s'accrochent à un idéal de promesses consensuel⁵³ », une analyse fine de ces multiples processus de dégradation des biens communs mondiaux montre que les réquisits de la justice sociale et que les impasses techniques contemporaines appellent à refonder en profondeur notre modèle économique contemporain. Dès lors, une économie mue par un principe de sobriété est nécessaire dans une optique de préservation des biens communs mondiaux. Si une telle perspective est souvent contestée, les sciences de la nature révèlent pourtant qu'une mutation de nos économies est une question de survie pour une partie importante de l'humanité et des écosystèmes⁵⁴.

VERS LA SOBRIÉTÉ

Une sortie par le haut ?

Face aux ces défis globaux qui interrogent notre modèle économique et notre capacité à vivre sur Terre de manière soutenable, certains envisagent une sortie « par le haut » grâce à des révolutions technologiques et organisationnelles qui permettront à notre modèle économique productiviste de persister : énergies renouvelables, économie numérique, biotechnologies, recyclage, économie circulaire, efficacité énergétique, éco-conception.

52. Kolbert, p. 243.

53. Devictor, *Nature en crise. Penser la biodiversité*, p. 274.

54. Pablo Servigne et Raphaël Stevens, *Comment tout peut s'effondrer. Petit manuel de collapsologie à l'usage des générations présentes* (Paris : Seuil, 2015).

Indéniablement, ces « révolutions technologiques » peuvent et doivent être développées. Néanmoins, de tels projets sont des mirages s'ils laissent penser qu'une telle transition énergétique est possible sans s'accompagner d'une réduction drastique de notre consommation énergétique.

Les projets fortement médiatisés comme Desertec ou Wind Water Sun – qui envisagent d'installer des kilomètres carrés de panneaux solaires dans le Sahara, dans un cas, et des millions d'éoliennes et de centrales solaires, dans l'autre – sont à ce titre instructifs. En effet :

« [Dans le cas de Desertec], pour produire les 22 000 TWh de la consommation électrique mondiale (en 2011), il faudrait l'équivalent de 500 années de production actuelle de panneaux solaires (ou, plus modestement, 120 années pour la consommation électrique européenne)! Sans oublier qu'au bout de 40 ans au plus, il faudrait tout recommencer [...]. [Dans le cas de Wind Water Sun], il faudrait donc installer en 15 ans 19 000 GW d'éoliennes : sachant que l'on en a installé 40 GW au plus par an ces cinq dernières années, il s'agirait tout bonnement de multiplier par trente la capacité de production et d'installation actuelle⁵⁵. »

Mais surtout, et ceci s'applique à tous les grands projets visant à moderniser et à remplacer les infrastructures existantes et les produits de grande consommation par des « technologies propres », des « réseaux intelligents » ou des « smart cities », l'effet de parc pour parvenir à une économie supposément « intelligente », « soutenable », « propre » et « dématérialisée » repose sur un présupposé souvent passé sous silence, celui voulant que « l'intendance suivra ».

Car, dans cette vision idéale d'une révolution énergétique et industrielle au service des besoins humains les plus fous ne se pose pour ainsi dire jamais la question des ressources naturelles et des matières premières : d'où viendront les terres rares, les plastiques, l'acier, l'aluminium, le cuivre, l'or, l'argent, les matériaux de construction, les matériaux synthétiques, les résines polyuréthanes nécessaires à la construction des infrastructures de ce « monde de demain⁵⁶ » ? Combien de mines, de bases logistiques, de centres de stockage de données, de navires, de ports en eau profonde, de routes et d'usines seront nécessaires pour extraire, transformer, déplacer et mettre en service ces nouvelles infrastructures ?

L'entreprise Tesla et la vision de son fondateur Elon Musk sont caractéristiques d'un projet d'entreprise où ces questions sont éludées. En effet, alors que Tesla propose de sortir d'une économie carbonée tout en conservant notre mode de vie actuel, avec des voitures individuelles électriques luxueuses et des maisons pavillonnaires alimentées par l'énergie solaire et des batteries au lithium, la demande

55. Bihouix, *L'Âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable*, p. 75-77.

56. Bihouix, *L'Âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable*.

en carbonate de lithium que cette entreprise a engendré sur les marchés mondiaux a fait bondir le prix de cette matière première de 47% entre 2015 et le premier trimestre de 2016⁵⁷. Comme Elon Musk le reconnaît lui-même : « Afin de produire un demi-million de voitures par an, nous devrions, en gros, absorber la production mondiale annuelle de lithium-ion⁵⁸. » Le caractère démesuré de ce projet laisse songeur : l'usine de Tesla, à Reno, dans le désert du Nevada, qui produit les batteries de la marque, a coûté 5 milliards de dollars. Gigantesque, celle-ci produira à elle seule davantage de batteries lithium que l'ensemble de la production mondiale actuelle. Afin d'attirer cet investisseur, l'État du Nevada lui a accordé des avantages fiscaux de l'ordre de 1,3 milliard de dollars, espérant ainsi créer de l'emploi autour de cette usine de 1 million de mètres carrés annoncée comme l'usine ayant la « plus grande superficie au monde⁵⁹ ». En quoi cette prétendue révolution que nous vend Elon Musk constitue-t-elle une sortie du modèle extractiviste et productiviste que nous connaissons depuis la révolution industrielle⁶⁰ ?

Dans un autre registre, le « cloud », loin d'être vaporeux, repose sur des sites physiques, des infrastructures massives et un besoin énergétique croissant. Le président de Microsoft, Brad Smith, évoque lui-même à quel point l'enjeu énergétique est devenu central pour son entreprise, qui travaille désormais en lien direct avec des sociétés du secteur de l'énergie pour développer ses « data centers⁶¹ ». Car, comme l'a montré un rapport publié par Greenpeace en 2017, l'économie « dématérialisée » du numérique représente aujourd'hui près de 7% de la consommation énergétique mondiale d'électricité⁶².

D'aucuns diront que si l'économie numérique et le passage vers les énergies renouvelables constituent des défis majeurs, l'efficacité énergétique et, surtout, l'efficacité croissante des processus de recyclage permettront d'enclencher une dynamique vertueuse d'économie circulaire. Néanmoins, comme le rappelle Philippe Bihouix, « il n'y a pratiquement aucun métal dont la consommation ait baissé dans les dernières décennies, à l'exception du plomb, avec l'arrêt de l'essence au plomb tétra-éthyle comme antidétonant⁶³ ». Plus marquant, les limites physiques et techniques au recyclage s'accroissent progressi-

57. Geoffrey Smith, "Here's another thing elon musk is disrupting", *Fortune*, May 6, 2016.

58. Stephanie Yang et Biman Mukherji, "Tesla shakes up market for lithium, other metals", *The Wall Street Journal*, May 5, 2016.

59. Colin Lecher, "Inside nevada's \$1.3 billion gamble on tesla", *The Verge*, February 8, 2016.

60. Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*.

61. <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2016/11/14/latest-energy-deal-microsofts-cheyenne-datacenter-will-now-powered-entirely-wind-energy-keeping-us-course-build-greener-responsible-cloud/#sm.00001trp4vkwi5cwty4borzhqb0q>

62. Gary Cook *et al.*, "Clicking clean: who is winning the race to build a green internet?" (Washington: Greenpeace, 2017).

63. Bihouix, *L'Âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable*, p. 36.

vement, avec des produits miniaturisés constitués d'alliage de plus en plus complexes qu'il est impossible de recycler et de réutiliser dans un prochain cycle. Dans une démonstration particulièrement convaincante, Bihouix explique ainsi que le cycle du recyclage est « percé de partout » :

« Perte par dispersion (à la source), perte mécanique (la boîte de conserve, l'agrafe et le stylo partis en décharge), perte fonctionnelle (par recyclage inefficace), perte entropique (marginale) : tel est notre destin, le cercle vertueux est percé de partout, et à chaque "cycle" de consommation on perd de manière définitive une partie des ressources. On n'ira pas gratter la peinture anticorrosion à l'étain et au cuivre sur les vieux bateaux⁶⁴. »

Ces divers exemples révèlent que, pris dans sa globalité, la perspective d'une révolution technologique ne semble pas répondre aux enjeux identifiés plus haut en termes de développement économique soutenable vis-à-vis des biens communs mondiaux. Il s'agit donc pour les entrepreneurs et les États de refonder nos sociétés sur une activité économique sobre.

Refonder l'économie et le rôle des entreprises

Ces réformes se doivent d'être ambitieuses. En effet, tandis que la consommation de charbon et d'aluminium a augmenté de 60 % en dix ans⁶⁵, l'objectif de rester sous les 2 °C de réchauffement nécessite que les pays riches réduisent leurs émissions de GES de 8 à 10 % par an environ⁶⁶. Sortir d'un paradigme économique qui nécessite de mettre fin à une telle extraction de ressources naturelles à un tel rythme montre que l'amélioration graduelle des procédés industriels ne suffira pas. Dès lors, face aux visions technophiles variées qui pullulent, une conclusion émerge : il n'y a pas « de produit ou de service plus écologique, économe en ressources, recyclable, que celui que l'on n'utilise pas⁶⁷ ». Sur la base de ce constat, des acteurs divers travaillent et proposent des réformes de nos modes de production et de nos modes de consommation. L'association négaWatt propose ainsi un scénario de transition énergétique permettant de diminuer par trois la consommation primaire d'énergie, scénario qui implique des modifications significatives dans notre consommation (transports en commun, rénovation thermique des bâtiments, consommation de viande moindre). Dans un autre domaine, celui de la téléphonie mobile, il a été noté que 60 % des téléphones vendus annuellement

64. Bihouix, p. 69-70.

65. Bihouix, p. 51.

66. Kevin Anderson et Alice Bows, "Beyond 'dangerous' climate change: emission scenarios for a new world", *Philosophical transactions of the royal society* 369 (2011).

67. Bihouix, *L'Âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable*, p. 114.

sont jetés au cours de la même année⁶⁸. Face à cette obsolescence des produits de haute technologie, l'entreprise Fairphone a développé le premier téléphone modulaire au monde. En proposant à la vente les diverses pièces détachées du téléphone, ainsi qu'un mode d'emploi et un remplacement aisé des pièces défectueuses, cette entreprise permet de réviser notre relation aux produits de grande consommation⁶⁹.

En s'inspirant de ces travaux, la crise des biens communs mondiaux nous appelle à repenser l'ensemble de nos modes de vie. Quels sont les services et les produits essentiels à la dignité et à l'émancipation ? Comment adapter nos usages pour que se passer du superflu ne soit pas vécu comme un manque, mais plutôt comme une occasion pour prendre du temps pour soi, pour ses proches, pour la communauté ? De nombreuses réflexions et pratiques voient le jour, dans le prolongement de la réflexion d'Ivan Illich sur les outils conviviaux, dans les années 1960, pour passer d'une perspective consumériste du bonheur à une « citoyenneté existentielle » qui privilégie la convivialité et la solidarité à la possession⁷⁰.

À ce stade, il convient de rappeler que « sobriété » ne rime pas avec un supposé « retour à la bougie », à un régime de privation imposé par un régime autoritaire. Au contraire, il s'agit de repenser les structures économiques, notre relation au monde et à autrui de manière critique afin d'identifier ce qui permet – et ce qui contraint – le bien-être et l'émancipation, tant individuelle que collective. Divers travaux indiquent que la croissance du PIB « s'accompagne de plus en plus de phénomènes de "détérioration qualitative"⁷¹ » : la publicité, les nouvelles technologies, l'économie des services et, plus largement, l'injonction moderne à « se réaliser » nous proposent sans cesse de combler de nouveaux désirs, quitte à nous happer et à nous empêcher de prendre le temps de mener ce que nous considérons comme l'idéal de la vie bonne⁷². De plus, des travaux en économie et écologie politique ont souligné l'imbrication intime entre enjeux environnementaux et enjeux de justice sociale : à l'échelle globale, concernant le climat, « les 10 % de personnes qui émettent le plus de gaz à effet de serre contribuent à elles seules à 45 % des émissions globales, tandis que les 50 % de ceux qui émettent le moins de gaz à

68. Devictor, *Nature en crise. Penser la biodiversité*, p. 41.

69. Voir le site de Fairphone et sa liste de pièces détachées en vente à l'unité : <https://shop.fairphone.com/fr/pièces-detachées>.

70. Ivan Illich, *La Convivialité* (Paris : Seuil, 1973) ; Arnsperger, *L'Homme économique et le sens de la vie. Petit traité d'alter-économie*.

71. Arnsperger, *L'Homme économique et le sens de la vie. Petit traité d'alter-économie*, p. 55.

72. Hartmut Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps* (Paris : La Découverte, 2010) ; Jonathan Crary, *24/7. Le capitalisme à l'assaut du sommeil* (Paris : La Découverte, 2014).

effet de serre contribuent à 13 % des émissions globales⁷³ ». Ainsi, les enjeux climatiques et d'inégalités de richesse sont intrinsèquement liés. De même, la pollution des biens communs mondiaux évoquée précédemment comporte une dimension de justice sociale flagrante : comme l'a montré le géographe Ray Hudson : « Un des meilleurs prédicteurs de la localisation des déchets toxiques aux États-Unis est la concentration géographique de gens de bas revenu et de couleur⁷⁴. »

Tendre vers la sobriété ne serait, dès lors, non plus une contrainte qui s'impose, mais une recherche de la vie bonne, procédant d'une triple motivation : une motivation d'ordre spirituelle, pour sortir de l'aliénation de l'hyperconsommation ; une motivation d'ordre écologique, pour que cette sortie de l'hyperconsommation permette la vie bonne des générations futures ; et une motivation de justice sociale, pour permettre à chacun de vivre dans une société fraternelle et solidaire.

C'est dans cette perspective que Kate Raworth, Gaël Giraud et Cécile Renouard ont évoqué en 2012 la nécessité d'un « plafond environnemental et d'un plancher social⁷⁵ ». La proposition faite lors de l'élection présidentielle de 2017 en France en faveur d'un revenu universel, ou l'opposition qui s'est nouée contre les « grands projets inutiles », avec comme symbole le slogan adopté par les occupants de la « zone à défendre » de Notre-Dame-des-Landes « contre l'aéroport et son monde », témoignent de l'émergence de nouveaux imaginaires collectifs qui essaient et tentent de concilier développement humain et durabilité. C'est également ce dont témoignent Miguel Benasayag et Florence Aubenas, d'un côté, et Éric Dupin, de l'autre, en révélant les mouvements citoyens qui, sans nécessairement s'en réclamer, réinventent la vie en collectivité, pratiquent cette sobriété joyeuse et essaient dans l'agriculture paysanne, les habitats partagés, les coopératives de production et de consommation, ou encore les écoles alternatives⁷⁶.

Loin de constituer une utopie, des travaux en psychologie sociale et des initiatives internationales permettent d'envisager un tel changement de nos structures culturelles, économiques et politiques.

Tout d'abord, du point de vue culturel, des études montrent comment l'idéal consumériste et la relation au collectif ne sont pas des invariants au sein des sociétés occidentales, mais sont au contraire

73. Lucas Chancel et Thomas Piketty, "Carbon and inequality: from kyoto to paris trends in the global inequality of carbon emissions (1998-2013) & prospects for an equitable adaptation fund" (Paris: Paris School of Economics, 2015).

74. Ray Hudson, "The costs of globalization: producing new forms of risk to health and well-being", *Risk management* 11, n° 1 (2009): p. 13-29.

75. Kate Raworth, « Un espace sûr et juste pour l'humanité : le concept du doughnut » (Paris : Oxfam, 2012) ; Giraud et Renouard, *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*.

76. Miguel Benasayag et Florence Aubenas, *Résister, c'est créer* (Paris : La Découverte, 2002) ; Éric Dupin, *Les Défricheurs. Voyage dans la France qui innove vraiment* (Paris : La Découverte, 2014).

le fruit de processus politiques, économiques et sociaux complexes. Les professeurs en psychologie Jean Twenge, Elise Freeman et Keith Campbell ont comparé, aux États-Unis, les résultats d'une enquête réalisée auprès d'étudiants en les interrogeant sur la place qu'ils accordent au fait d'être « extrêmement riches » dans leur vie. Alors qu'ils étaient 44 % à trouver cela « très important » ou « essentiel » en 1966, ils étaient 82 % en 2013. De même, l'étude a révélé que l'engagement associatif et politique a décliné entre ces générations, suggérant une montée de l'individualisme chez les jeunes – sans que l'on puisse savoir ce que cela signifiera une fois cette génération devenue adulte⁷⁷.

À l'inverse, une étude des comportements aux États-Unis durant la Seconde Guerre mondiale révèle que le sentiment d'urgence ou l'impression de participer à une cause d'intérêt générale peut mener à des changements majeurs des comportements. Ainsi, « en 1943, 20 millions de ménages américains (soit 60 % de la population) cultivaient des jardins de la victoire, dont les récoltes ont fourni 42 % des légumes consommés cette année-là⁷⁸ ».

Ensuite, du point de vue de la politique internationale, et face à l'incapacité des États à remettre en cause les règles du commerce international, à combattre les inégalités ou à prévoir la sortie des énergies fossiles, quelques événements témoignent qu'un attachement à des valeurs de sobriété demeure. Ainsi, en 1959, les douze États qui avaient établi des bases scientifiques et des activités de recherche en Antarctique ont signé un traité afin que ce continent « soit à jamais réservé aux seules activités pacifiques et ne devienne ni le théâtre ni l'enjeu de différends internationaux ». Puis, le Protocole de Madrid, entré en vigueur en 1998, a permis d'instaurer un moratoire sur l'exploitation des ressources du continent afin de préserver son environnement, le Protocole affirmant que « toute activité relative aux ressources minérales, autre que la recherche scientifique, est interdite⁷⁹ ». De fait, l'Antarctique constitue une zone exclue de la sphère marchande, destinée à la recherche scientifique. Si le tourisme se développe sur le continent, force est de constater que de tels accords multilatéraux impliquant les principales puissances économiques mondiales laisse la porte ouverte à une vision non-instrumentale des ressources naturelles planétaires.

Dans un autre registre, la Convention mondiale sur la biodiversité de Nagoya de 2010 a fixé des objectifs ambitieux de protection

77. Jean Twenge, Elise Freeman, et Keith Campbell, "Generational differences in young adult's life goals, concern for others, and civic orientation, 1966-2009", *Journal of personality and social psychology* 102 (2012): p. 1045-62.

78. Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, p. 29.

79. Protocole de Madrid, « Protocole au Traité de l'Antarctique concernant la protection de l'environnement » (Buenos Aires: Secrétariat du Traité sur l'Antarctique, 1991).

de l'environnement. Entre autres, citons l'objectif de créer un réseau d'espaces protégés couvrant 17 % des surfaces terrestres (contre 13 % actuellement) et 10 % des surfaces maritimes et côtières (contre 1 % actuellement), autant de zones échappant à la logique extractiviste et permettant de maintenir une « forme d'altérité des paysages protégés⁸⁰ ».

Nous voyons donc que la prise de conscience écologique, si elle appelle à une révolution dans nos modes de vie et de consommation, peut se fonder sur des imaginaires collectifs, des évolutions culturelles, des propositions de lois, des campagnes de plaidoyer et des projets innovants qui ont vocation à se multiplier sous l'initiative citoyenne et à s'amplifier afin que la sobriété, pensée parfois sous le terme de « décroissance », de « transition post-croissance », ou de « transition énergétique et écologique⁸¹ », advienne.

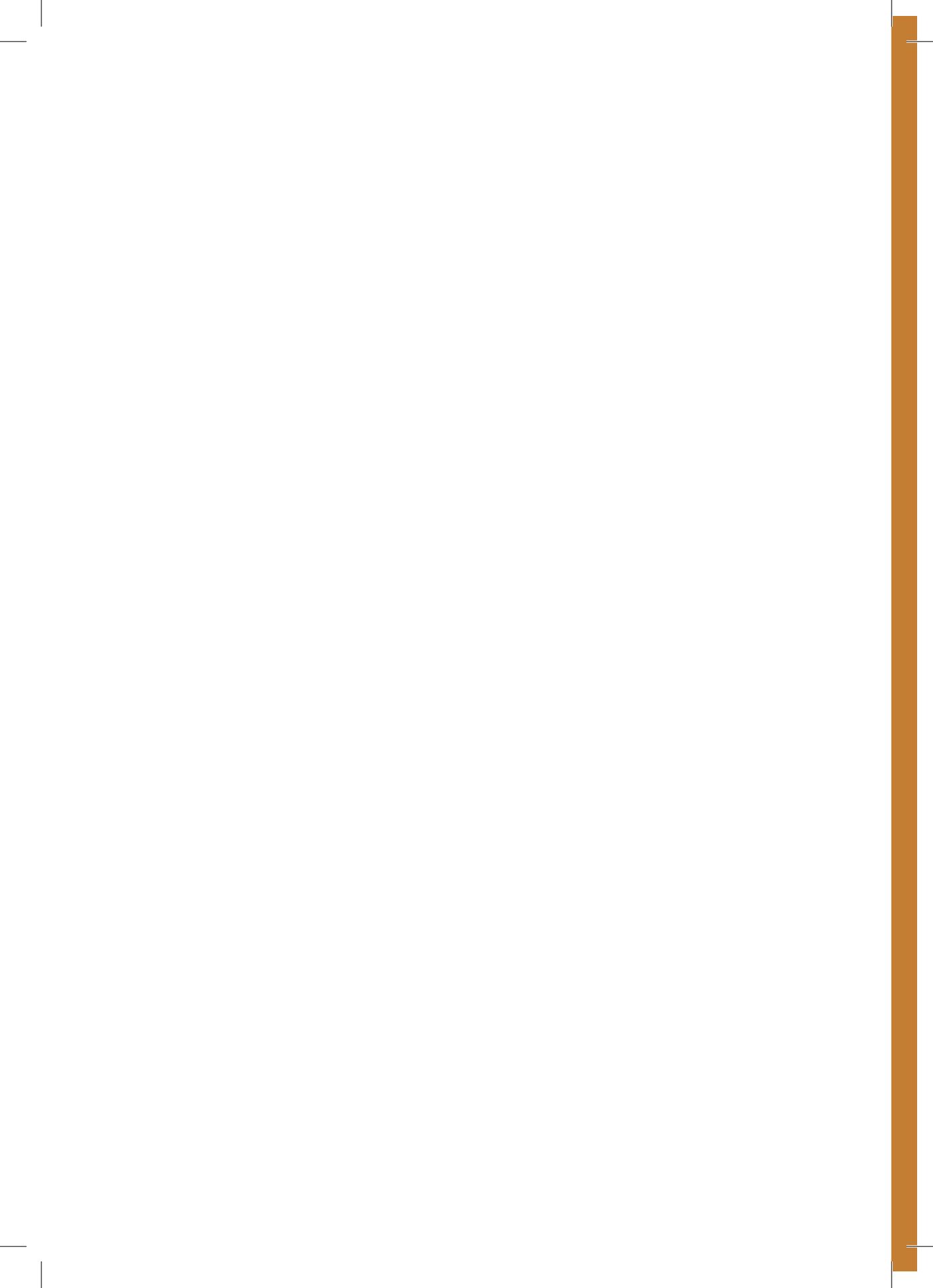
C'est à ce défi que les entreprises « responsables » s'attellent, avec les mouvements citoyens, les États et les collectivités territoriales. Il s'agit de fonder une nouvelle économie, une nouvelle constitution de la vie publique qui dépasse la course à l'accumulation. Comme le disait le juge de la Cour suprême américaine Oliver Wendell Holmes, une constitution « fait naître une entité dont le développement futur demeure inconnu⁸² ». Et le professeur américain de droit constitutionnel Lawrence Lessig de poursuivre : « Parler d'une constitution ne revient pas à décrire un plan à cent jours. C'est au contraire identifier les valeurs que cette entité doit garantir⁸³. » C'est dans cet horizon qu'intervient la réflexion sur la responsabilité politique de l'entreprise, réflexion qui permet d'appréhender l'entreprise comme un commun à la recherche de la sobriété et de la justice sociale.

80. Devictor, *Nature en crise. Penser la biodiversité*, p. 216.

81. Agnès Sinaï (ed.), *Penser la décroissance. Politiques de l'Anthropocène* (Paris : Presses de Sciences Po, 2013) ; Agnès Sinaï, *Économie de l'après-croissance. Politiques de l'Anthropocène II* (Paris : Presses de Sciences Po, 2015) ; Alain Grandjean et Mireille Martini, *Financer la transition énergétique* (Paris : Les Éditions de l'Atelier, 2016).

82. Justice Holmes, "Missouri v. Holland", 252 US 416, 433 (1920), cited in Lessig, *Code Version 2.0*, p. 6.

83. Lessig, p. 6.



CONCLUSION



Dans une économie mondialisée caractérisée par des flux de capitaux extrêmement mobiles et par un recours accru à la sous-traitance, les entreprises qui opèrent dans plusieurs juridictions, ayant acquis un pouvoir sans précédent, sont confrontées à des enjeux de responsabilité inédits. En effet, le droit international n'a jamais été pensé pour réglementer la conduite de tels acteurs¹. Aucun traité onusien ne mentionne les entreprises comme étant des sujets en droit international. Toute l'architecture internationale et multilatérale a été pensée dans des relations d'État à État. Ce sont les limites de ce cadre westphalien que nous avons identifiées ici, dans des domaines aussi variés que la comptabilité, la finance, les droits de l'homme, le droit environnemental.

Dans un contexte multilatéral caractérisé par des blocages divers² – que ce soit sur la fiscalité, la reconnaissance d'un socle de droits sociaux fondamentaux, une politique environnementale commune –, les entreprises ont graduellement créé leurs propres structures de droit, avec l'aval de certains États puissants qui avaient tout intérêt à protéger leurs « champions économiques » et à permettre leur développement sur des marchés de plus en plus vastes³: règles comptables édictées par un organisme privé ; arbitrage commercial et arbitrage entre États et investisseurs ; normes industrielles techniques garanties et auditées par des organismes privés...

Dans un tel cadre, quelle influence les ONG, les mouvements sociaux et les syndicats ont-ils pour contrecarrer des dynamiques favorables à des intérêts privés et peu soucieuses de la préservation des biens communs mondiaux ?

Le Tax Justice Network dénonce l'évasion fiscale et permet aux citoyens de prendre conscience des pratiques des entreprises et de la connivence de certains États dans le développement des paradis fiscaux et de l'optimisation fiscale. Des fédérations syndicales internationales et des associations telles que la Clean Clothes Initiative militent pour la mise en place d'un socle de droits sociaux au sein des entreprises transnationales et auprès de « tous » leurs sous-traitants et chaîne d'approvisionnement. Des associations de juristes comme Sherpa, en France, mais aussi des organisations locales et des organisations transnationales telles qu'Amnesty International ou Human Rights Watch documentent les violations des droits de l'homme et de l'environnement perpétrées par des grandes entreprises et leurs sous-traitants, et permettent aux citoyens de se mobiliser pour demander davantage de redevabilité de leur part, mais aussi pour demander aux États de ne pas laisser ces crimes impunis.

1. Cutler, "Critical reflections on the westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy."

2. Held, Hale, et Young, *Gridlock: why global cooperation is failing when we need it most*.

3. Rosenberg, *The empire of civil society. a critique of the realist theory of international relations*.

Ces mobilisations se développent parallèlement aux mouvements altermondialistes : échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE en 1998, manifestations à Seattle contre le sommet de l'OMC en 1999, manifestations contre les réunions du G8 au début des années 2000⁴... Puis, en 2007, la crise des subprimes, la crise sur les dettes souveraines qui en a découlé est venue ébranler davantage la confiance des organisations internationales et des États dans ce processus de mondialisation.

La question de la responsabilisation des entreprises prend donc de l'ampleur avec des évolutions normatives et des tentatives juridiques visant à faire des entreprises transnationales des sujets de droit : processus BEPS à l'OCDE pour limiter le recours à l'optimisation fiscale ; convention contre la corruption adoptée à l'OCDE pour retranscrire le modèle étatsunien de la FPCA dans d'autres États membres ; extension du mandat de la CPI aux cas d'accaparement des terres et d'éco-cide commis par des entreprises ; émergence d'accords-cadres internationaux entre fédérations syndicales internationales et grandes entreprises pour refonder le droit social international, à l'image du *Bangladesh Accord* ; publication du cadre Ruggie sur les entreprises et les droits de l'homme ; lancement à l'ONU d'un groupe de travail en vue d'un traité contraignant sur ces enjeux.

Ces évolutions, cependant, sont fragiles, parcellaires et fragmentées⁵. Elles témoignent que la régulation des entreprises est le fruit de luttes politiques continues entre intérêts économiques à court terme, d'un côté, et enjeux de justice sociale et de durabilité, de l'autre. En France, la loi sur le devoir de vigilance, adoptée en février 2017, a été partiellement vidée de sa substance par le Conseil constitutionnel, qui a conservé l'esprit de la loi, mais en a retiré les moyens de sanction. Alors que des mouvements sociaux et des États dénoncent le recours à l'arbitrage entre investisseurs et États, l'accord de libre-échange négocié par l'UE avec le Canada vise à étendre davantage le pouvoir d'arbitrage. Sur les enjeux climatiques, l'Accord de Paris a été ratifié, mais la poursuite des investissements dans le secteur des énergies fossiles à travers le monde avec le concours actif des États témoigne que la lutte contre le réchauffement climatique entre de plein fouet avec les intérêts financiers et les structures économiques mises en place au cours des dernières décennies⁶.

Dans ce contexte, la question d'une politique économique responsable devient centrale et la puissance économique des entreprises doit être orientée vers le bien commun. Là où les États sont

4. David Graeber, *Direct action. An ethnography* (Oakland: AK press, 2009).

5. Michael Zurn et Benjamin Faude, "On fragmentation, differentiation, and coordination", *Global environmental politics* 13, n° 3 (2013) : p. 119-30.

6. Oil change international *et al.*, "Talk is cheap: how g20 governments are financing climate disaster", 2017.

défaillants, les mobilisations citoyennes peuvent-elles faire front et amener les entreprises à assumer leur responsabilité pour favoriser l'émancipation des individus et la protection des biens communs afin de réaliser l'idéal universaliste promu par la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies ?

Des citoyens engagés et des entrepreneurs se rassemblent pour fonder un nouveau modèle économique inspiré des principes de l'autogestion, du management libéré, de la sobriété. Les travaux du rapporteur spécial des Nations unies sur le droit à l'alimentation Olivier De Schutter ont fait avancer de manière décisive l'idée d'un changement de modèle vers l'agro-écologie auprès des États, des ONG et des citoyens⁷. Ces avancées, bien que réelles, se heurtent cependant aux blocages et aux résistances opposés par des acteurs concevant leur contribution au bien commun de façon facultative et dispersée.

Désormais, la responsabilité de l'entreprise ne peut donc plus être traitée selon une perspective « d'engagement volontaire allant au-delà de la loi ». C'est pourquoi il s'agit de substituer la notion de commun à celle de RSE, cette dernière ne permettant pas de distinguer ce qui relève de la philanthropie, du management des risques, de la gestion des impacts ou d'une perspective citoyenne de la responsabilité d'entreprise. Il s'agit désormais pour les États et, à défaut de contraintes réglementaires étatiques, pour les citoyens, de contraindre et d'encourager les entreprises à adopter de nouveaux modèles économiques au service du bien commun, dans une dynamique de communs telle que nous l'avons définie⁸.

Des lois nationales, des réglementations internationales et des propositions issues d'ONG existent déjà. Surtout, des entrepreneurs et des entreprises ont développé de nouveaux modèles de production répondant à cette double exigence de justice sociale et de sobriété.

Le défi est immense et requiert de l'ingéniosité, de l'imagination, de la détermination et une conviction profonde dans notre capacité, individuelle et collective à inventer des modes de vie plus justes, plus équitables et plus soutenables. Si aucun grand schéma ne peut – et ne doit être – instauré de manière verticale, cet ouvrage permet de recenser des évolutions juridiques et normatives majeures qui, nous l'espérons, fonderont l'économie de demain. Pour le reste, c'est aux individus de s'organiser pour, collectivement, en « commun », proposer dans leur propre écosystème des réponses à la crise sociale et environnementale contemporaine.

7. Olivier De Schutter, « Le secteur agroalimentaire et le droit à l'alimentation » (Human Rights Council: UN, 2010); Olivier De Schutter, "The specter of productivism and food democracy", *Wisconsin law review* (2014), p. 199-233.

8. C'est-à-dire comme « une démarche d'interprétation et d'action collective en vue de la production, de la répartition et de l'usage des biens au service du lien social et écologique ».

Puisse ce livre, par l'adoption d'une perspective citoyenne de la responsabilité de l'entreprise – qui prend en compte la force du droit, mais aussi la puissance des mouvements sociaux et des initiatives locales dans la protection des biens communs mondiaux – remettre en cause les structures de pouvoir, contribuer à renouveler notre regard sur le rôle des entreprises dans la société et nous aider à repenser notre façon d'habiter la Terre.