

A propos de l'effectivité des codes d'éthique : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé

Par Pascal NGUIHE KANTE

Docteur d'Etat en droit privé

Chargé de Cours à l'Université de Dschang-Cameroun

1 A la faveur de la mondialisation¹ et de l'existence de multiples cadres internationaux de coopération, la capacité d'intervention juridique des Etats se trouve désormais limitée. L'une des raisons en est le développement des entreprises multinationales dont l'influence transcende les frontières territoriales et a rendu insuffisante l'emprise des législations nationales². C'est pourquoi, il est désormais banal d'évoquer la floraison d'une nouvelle catégorie de « normes de conduite », et autres « chartes éthiques » dont la spécificité est d'émaner, non plus d'autorités publiques, mais d'acteurs privés des milieux d'affaires et, au premier chef, des entreprises elles-mêmes³. Sous des appellations variées⁴, elles tendent à organiser le comportement des membres d'une profession ou consistent en une déclaration unilatérale d'une entreprise sur le comportement qu'elle entend avoir

¹ Il s'agit essentiellement de la mondialisation économique et financière.

² Si une telle montée en puissance des sociétés multinationales limite bien le pouvoir des acteurs publics, elle est loin de conduire au dépérissement de l'Etat. Ce dernier conserve en effet, de nombreux moyens d'action, notamment normatifs, pour assurer son autorité. Et pour une présentation complète et critique de ces initiatives interétatiques, cf. A. VEILLEUX et R. BACHAND, « Droits et devoirs des investisseurs : existe-t-il un espace juridique transnational ? », *Centre d'études internationales et mondialisation*, 2001, accessible sur <https://depot.erudit.org/id/000642dd>, p. 6

³ Sur l'éthique des affaires, cf. B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », in *Mélanges A. COLOMER*, Paris, Litec, 1993, p.p. 319-333; égal. P. DENIER, « Ethique et droit des affaires », *Rec. Dalloz Sirey*, 1993, chr. pp.17-19; J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, pp. 291- 300; J. LEONNET, « Ethique et droit économique », in *Mélanges P. BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 231-237; G. FARJAT, « Le droit économique et l'essentiel (Pour un colloque sur l'éthique) », *R.I.D.E.*, 2002, n° 1, pp. 153-166. Sur les codes de conduite, G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p.47 et s. ; du même auteur, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 313 et s.; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources du droit privé », *RTDCiv.* (3), juil.-sept. 1995, pp. 509-531 ; I. DESBARATS, Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regard sur une pratique en expansion, *JCP* 2003, Ed. G., n° 9, 112, pp. 337 et s.

⁴ La doctrine utilise indifféremment les expressions Chartes, codes de conduite, codes d'éthique, guides de pratique des affaires, déclarations d'intention, guide éthique, chartes de déontologie, manuels, voire documents internes innomés. Et pour d'amples analyses, cf. G. KOUBI, « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998, pp. 165 et s.

dans ses rapports avec ses différents partenaires que sont les consommateurs, les clients ou usagers, les fournisseurs, les actionnaires et le personnel salarié.

2 Ces chartes sont anciennes. D'origine américaine, leur apparition remonte, semble-t-il, dans les années 1930⁵. Par la suite, elles ont été importées par les filiales des groupes multinationaux nord-américains ou anglo-saxons et ont inspiré plus récemment un nombre non négligeable de grandes entreprises françaises et européennes. Ces Codes de conduite se sont multipliés depuis les années 1970⁶.

Au plan multinational, la première génération des codes de conduite est adoptée au milieu des années 1970 sous l'influence de l'OCDE et de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)⁷. Premiers à être publiés, les « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales » sont mis en place par l'OCDE dès 1976 et proposent des engagements en matière de publication d'informations, emploi, environnement, lutte contre la corruption, intérêts des consommateurs, science et technologie, concurrence et fiscalité, tous domaines qui restent le cœur des codes de conduite. Puis, l'OIT devait rapidement, en 1977, proposer une « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », axée plus spécifiquement sur les conditions de travail⁸, le respect de l'âge minimum, la liberté des salariés de se regrouper, s'associer, créer un syndicat. Pour sa part, la Commission des Nations Unies pour le développement et le commerce élaborait en 1980 un « Code sur les pratiques commerciales restrictives », visant à assainir les pratiques commerciales restrictives ou monopolistiques. Enfin, en juillet 2000, le Pacte mondial ou « *Global compact* » concrétisait l'entente conclue entre l'ONU, cinquante entreprises multinationales, des ONG et des syndicats⁹.

⁵ Cf. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », art. préc., p. 47 : « Un code d'éthique professionnelle, particulièrement détaillé et précis, est établi pour les Conseils en organisation par la principale association professionnelle (*l'Association of Consulting Management Engineers*, constituée en 1933). Un code de la publicité paraît en 1937. Révisé en 1973, il est l'un des trois codes internationaux de pratiques loyales publiés par la Chambre de commerce internationale. Les deux autres concernent les études de marchés et la promotion des ventes ».

⁶ Cf. I. DESBARATS, art. préc.

⁷ Cf. M. VIRALLY, « Les projets de code et le nouvel ordre international : problématique juridique », in J. TOUSCOZ et alii (dir.), *Transfert de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international*, PUF, 1978, spéc. p. 210.

⁸ Telles qu'un salaire et des conditions de travail.

⁹ Par ce pacte, le Secrétaire Général de l'ONU « a demandé aux entreprises du secteur privé d'adhérer à dix principes et de les traduire dans leur pratique ». Principe 1 : Les entreprises doivent promouvoir et respecter les Droits de l'homme reconnus sur le plan international ; Principe 2 : Les entreprises ne doivent pas se faire complices de violation de droits fondamentaux ; Principe 3 : Les entreprises devraient respecter l'exercice de la liberté d'association et reconnaître le droit à la négociation collective ; Principe 4 : Elimination de toutes les formes de travail forcé et obligatoire ; Principe 5 : Abolition effective du travail des enfants ; Principe 6 : Elimination de la discrimination en matière d'emploi et d'exercice d'une profession ; Principe 7 : Promouvoir une approche prudente des grands problèmes touchant l'environnement ; Principe 8 : Prendre des initiatives en faveur de pratiques environnementales plus responsables ; Principes 9 : Encourager la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement ; Principe 10 : Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.

Dans le même ordre d'idées, le projet de poser un cadre de responsabilité sociale des entreprises (RSE) a donné lieu depuis quelques années au développement de nouveaux codes à l'initiative des seules entreprises multinationales et ce, pour répondre à la pression des investisseurs et des consommateurs¹⁰. Parce que la responsabilité sociale de l'entreprise n'a pas vocation à se substituer aux divers instruments qui ont déjà été mis en place mais bien davantage à les utiliser ou à leur donner une cohérence complémentaire, les codes d'éthique constituent-ils l'un des principaux moyens pouvant être mis en œuvre dans ce cadre¹¹. Les entreprises ont progressivement suivi les différentes incitations ainsi formulées¹². Ce succès peut être étayé par quelques données incontestables¹³.

3 En Afrique cependant, le développement endogène du mouvement reste encore marginal¹⁴. L'une des principales raisons s'explique par la place négligée de l'Afrique dans le commerce mondial¹⁵ et le poids important de l'économie informelle, les codes d'éthique étant encore, dans leur toute grande majorité, le fait de très grandes entreprises. Or, le continent ne dispose, semble-t-il, que de très peu d'entreprises de grande taille, en dehors des filiales des sociétés transnationales¹⁶. A la vérité, ces entités ne disposent, semble-t-il, d'aucune politique ou stratégie RSE autonome. Elles héritent plutôt du code éthique du groupe ou de la maison mère en raison des contraintes

¹⁰ Cf. S. MERCIER, « Les chartes et codes d'éthique. Quel contenu pour quelle utilité ? », in *Cahier Juridique Fiscal*, n° 2, 2000, p. 295, spéc. p. 298.

¹¹ Les processus de labellisation, les certifications ISO ou le système européen de management environnemental et social, les rapports spécifiques ou les audits spécifiques sont autant d'autres moyens qui peuvent être invoqués.

¹² Cf. M. BRAC, « Code de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », in *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, E. CLAUDEL et B. THULLIER (dir.), Travaux du CEDCACE, 2004.

¹³ Une étude de l'OCDE en 2000 a ainsi répertorié 246 codes de conduite dans la zone OCDE, les groupes multinationaux étant à l'origine de 118 codes : OCDE, Inventaires des codes de conduite des entreprises, 13 octobre 2000-Doc.TD/TC/WP (98) 74/Final. En 2001, un nouveau rapport établissait que, sur les 100 entreprises multinationales les plus importantes, 99% avaient adopté un code de bonne conduite en matière d'environnement et environ 68% un code en matière de normes fondamentales du travail, principalement à l'attention de leurs fournisseurs et sous-traitants : Rapport TD/TC/WP (2001)10/FINAL, annexe. En mars 2006, le responsable du bureau du Pacte mondial faisait état de 2900 participants au Pacte mondial ; le site de l'Institut de l'entreprise recensait, pour la mise en œuvre du même Pacte en France par exemple, 421 entreprises, en précisant le ou les principes mis en œuvre par l'adoption de guides, codes et autres textes consultables en ligne.

¹⁴ Le constat découle des résultats d'une enquête annuelle effectuée en 2006 auprès de 1200 chefs d'entreprises officiant dans 33 pays d'Afrique, par « *Pricewaterhouse Coopers' fifth annual Global CEO Survey, Uncertain Times, Abundant Opportunities* » : 51% d'entre eux déclarent de manière générale que la RSE ne se résume pas à une manipulation en termes de relations publiques ; 68% affirment qu'elle est vitale pour la rentabilité de l'entreprise ; 60% estiment qu'elle doit rester une priorité, même en cas de ralentissement économique ; 48% produisent régulièrement un rapport RSE ou de durabilité en plus du rapport d'activités annuelles. Source : cf. COMMENNE, *Responsabilité sociale et environnementale : l'engagement des acteurs économiques*, éd. C. L. MAYER, 2006, p. 63 ; égal. U. K.-S. YAMEOGO, *L'émergence de la responsabilité sociale des entreprises en Afrique : état des lieux, enjeux et perspectives*, Mémoire Master, Université Paris-XII Créteil, 2007.

¹⁵ Cf. A. WONG et U. K.-S. YAMEOGO, *Les responsabilités sociétales des entreprises en Afrique francophone (livre blanc)*, éd. Charles Léopold MAYER, 2011, p. 29, qui constatent que « l'Afrique pèse moins de 2% dans le commerce mondial ».

¹⁶ Cf. COMMENNE, *Responsabilité sociale et environnementale : l'engagement des acteurs économiques*, préc., p. 64.

découlant de l'obligation de conformité avec la stratégie ou politique dudit groupe.¹⁷ Au-delà, l'intérêt pour le développement des codes d'éthique au sein des entreprises africaines ne cesse de croître. Des universitaires¹⁸, acteurs du milieu des affaires¹⁹, associations ou ONG²⁰ et experts-consultants y détectent un intérêt à la fois personnel et professionnel de promotion de telles initiatives, en lien avec le débat international et l'agenda mondial sur la problématique de la responsabilité sociale de l'entreprise. Qui plus est, la question fait davantage l'objet d'un débat citoyen qui mobilise une partie des médias et opinions publiques²¹.

Certains résultats sont d'ores et déjà perceptibles. Dans les pays africains anglophones en général, et en Afrique du Sud en particulier, diverses initiatives ont été entreprises²². Au niveau de l'espace francophone, le débat s'institutionnalise de plus en plus sur l'opportunité de la promotion

¹⁷ Pour un exemple de reproduction par une filiale d'un code d'éthique conforme à la stratégie ou politique du groupe, cf. R. MBIFI and H. KWEI NYINGCHIA, « *Corporate social responsibility : the case of MTN Cameroon* », *Rev. Juridis Périodique*, n° 86, avr.-juin 2011, p. 104 et s.

¹⁸ A ce titre notamment, une conférence internationale regroupant le plus grand réseau de chercheurs francophones dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises s'est tenue à Agadir (Maroc) en février 2009. Cette assise a permis de faire avancer le débat francophone sur la RSE, connaître les modalités de son application et sa portée réelle dans la stratégie des entreprises.

Au Cameroun, l'Université Catholique d'Afrique Centrale a organisé en avril 2011 à Yaoundé, un Colloque International portant sur « *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise au Cameroun* ». A l'occasion, des pistes de construction d'une responsabilité sociale des entreprises, et partant d'un développement des codes d'éthique au sein des entreprises, ont été développées. Pour un résumé de certaines communications présentées, cf. www.lesafriques.com.

Au sein de l'Institut des Sciences de l'Environnement de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, a été lancée en février 2011 une unité d'enseignement et de recherche (UER) « Ethique, gouvernance, responsabilité environnementale et sociale ». De même, l'Institut international d'ingénierie de l'eau et de l'environnement (2IE) d'Ouagadougou (Burkina Faso) offre diverses formations spécialisées liées au développement durable.

¹⁹ Plusieurs entreprises dans le secteur formel ont adopté des outils et référentiels QSE (qualité, sécurité, environnement), et ont fait l'objet d'une triple certification ISO 9001, ISO 14001 et OHSAS 18001. Cette démarche QSE constitue une manière de s'engager dans le développement durable et la RSE. En ce sens, le CIAN (Conseil français des investisseurs en Afrique) a adopté une charte du développement durable avec la volonté de lui « donner une spécificité africaine ». En mars 2005, l'organisme a adopté une déclaration sur la prévention de la corruption et a élaboré la charte entre entreprises françaises et africaines définissant leur responsabilité sociétale, à l'occasion du sommet Afrique-France tenu en juin 2010 à Nice.

²⁰ A titre d'illustration, LEAD Afrique francophone (LAF), programme de l'organisation LEAD (*Leadership for Environment and Development*), créé à la suite de la conférence de Rio, a élaboré un module de formation sur la responsabilité sociétale qui est mis à la disposition des associations nationales LEAD pour amener les entreprises, les universités, les institutions de recherche et les administrations publiques à intégrer la dimension de la responsabilité sociétale. LAF cherche ainsi à créer un cadre d'actions concertées où toutes les parties prenantes collaborent en vue d'établir une veille stratégique et de s'impliquer dans les discussions internationales portant sur la responsabilité sociétale et sur la norme ISO 26000. LAF a organisé en janvier 2009 une conférence thématique qui s'intitulait « *Responsabilité sociétale (RSE)- Enjeux et perspectives pour l'Afrique* ».

²¹ Par exemple, dans le quotidien de l'économie *Le Magreb*, n° 4255 du 10 mars 2013, des articles de réflexion sur la RSE ont été publiés.

²² L'Afrique du Sud est le seul pays africain où la notion de RSE ou de citoyenneté d'entreprise fait autant débat qu'en Occident en raison du rôle joué par les entreprises sous le régime d'apartheid. A ce titre notamment, le Centre for Corporate Citizen, un cursus des facultés de Sciences économiques et de gestion de l'Université d'Afrique du Sud (UNISA), s'investit aussi bien dans l'enseignement, la formation que dans la recherche et le plaidoyer en faveur de la RSE, et développe un programme d'accompagnement et de conseil des professionnels dans la conduite du changement et l'intégration de la RSE dans les pratiques managériales.

de ces normes et leur harmonisation éventuelle²³. A ce jour, quelques entreprises disposeraient de codes d'éthique ou de conduite²⁴.

4 Au plan normatif, il existe des cadres juridiques et économiques qui favorisent de plus en plus l'émergence de la démarche des codes d'éthique en Afrique. Ils sont nombreux et d'origines diverses. On peut mettre en avant, semble-t-il, les Actes Uniformes adoptés par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires, en abrégée OHADA²⁵, obligeant les entreprises à

²³ Sans prétendre à l'exhaustivité, plusieurs pays sont particulièrement avancés en ce domaine : Au Cameroun, la constitution de la plate-forme de coordination des entreprises contre le VIH-Sida (PCGE), en 2000, sous l'impulsion du Groupement inter-patronal du Cameroun (GICAM), a marqué l'engagement du patronat dans la lutte contre le VIH-Sida et la prise en charge des travailleurs malades ou infectés. Cette initiative a permis l'élaboration d'une charte des entreprises éthiques du Cameroun et contribué à la prise en compte des questions relatives à la responsabilité sociétale et au développement de la problématique de l'éthique dans les entreprises camerounaises. Par ailleurs, le groupe bancaire français Société Générale (SG), à travers sa filiale locale, la Société Générale des Banques au Cameroun (SGBC), organise depuis 2009 un concours international sur les pratiques de responsabilité sociale dans les filiales étrangères de ce groupe bancaire. Les équipes participantes sont constituées des étudiants de grandes écoles. Cette initiative s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la vision et de la stratégie de la Société Générale pour la promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise. Dans une perspective proche, un forum international des « pionniers de la Responsabilité sociétale des entreprises en Afrique » s'est tenu en novembre 2011 à Douala, à l'initiative du GICAM, pour affirmer « la co-construction par l'Afrique et pour l'Afrique » d'une RSE adaptée au contexte africain. De même, l'ONG Observateurs des Droits de l'Homme (ODH) et A2D Conseil, en partenariat technique avec Kiva Carbon, a organisé en octobre 2012 à Kribi, un séminaire de formation sur la RSE au profit des pays de la sous-région.

Le Sénégal diffuse tous les ans à Dakar depuis 2008 ce concept dans le cadre d'un forum sur la RSE. Avec l'appui d'entreprises socialement engagées et de partenaires publics, le but des assises est de promouvoir la citoyenneté et la responsabilité sociétale d'entreprise dans ce pays. En mars 2011, le 3^e forum a été l'occasion de faire connaître la norme ISO 26000. La 4^e édition s'est tenue en novembre 2012. Un bulletin mensuel d'information sur les activités et les bonnes pratiques en matière de RSE a été mis en place, ainsi qu'une veille RSE bimensuelle.

Au Maroc, la Confédération générale des entreprises (CGEM) a créé un label RSE. Les premières assises portant sur ce concept se sont tenues en mars 2011 à Casablanca. Leur but visait notamment à faire connaître le concept de la RSE, à présenter les outils et tendances internationales en la matière.

En Tunisie, la deuxième édition du forum international des « pionniers de la RSE en Afrique » s'est tenue en novembre 2012, à Tunis sur le thème « Afrique responsable, les pionniers de la RSE et de la croissance verte inclusive ». Trois objectifs étaient visés : évaluer les progrès accomplis depuis la fin des assises du forum de novembre 2011 à Douala au Cameroun ; poursuivre la dynamique de promotion de la RSE auprès des responsables économiques et politiques africains ; présenter la contribution déterminante de l'Afrique à la promotion de la RSE sur le plan international.

Au niveau sous-régional, un forum de réflexion des organisations d'employeurs d'Afrique francophone sur la RSE s'est tenu à Bamako en août 2007. Organisé par le Conseil National du patronat du Mali (CNPM) en collaboration avec le Bureau international du Travail (BIT) et l'Organisation internationale des employeurs (OIE), le forum avait un triple objectif : dégager une stratégie africaine commune de promotion de la RSE sur le continent ; favoriser les échanges de bonnes pratiques ; vulgariser le concept auprès des employeurs africains.

²⁴ En mai 2004, à l'occasion de la tenue de son Assemblée Générale, le Groupement inter-patronal du Cameroun (GICAM), la plus importante organisation représentative dans ce pays, a élaboré et adopté un véritable code d'éthique faisant désormais partie des « Actes fondateurs » de cette organisation patronale. Le document s'articule essentiellement autour des principes de respect des droits fondamentaux des travailleurs et partenaires sociaux, de respect des engagements, lois de la République ou de la sous-région et des Conventions internationales, de protection de l'environnement et de lutte contre la corruption : cf. Préambule du Code Ethique GICAM, in *Le Bulletin du Gicam*, n° 24, juillet 2003, p. 10, en ligne sur www.gicam-org.com. En 2009, l'Institut sénégalais des administrateurs (ISA) a favorisé l'élaboration d'un code de gouvernance d'entreprise. En Côte d'Ivoire, en partenariat avec la Confédération générale des entreprises (CGECI) et la Chambre de Commerce et d'industrie, un code national de gouvernance d'entreprise a été rédigé. Au Mali, le Cercle de l'entreprise et de l'initiative sociale (CEIS), réseau d'entreprises créé en 2008, a lancé en juillet 2010 un code d'éthique des affaires pour relever les défis de la compétitivité dans ce pays.

²⁵ A titre indicatif, le registre du commerce et du crédit mobilier, établi par l'article 34 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010, constitue l'élément essentiel de la sécurisation des activités commerciales. Ce faisant, il confère aux créanciers et aux éventuels cocontractants de l'entreprise un accès aux

rendre compte de leurs patrimoine, opérations et situations financières à travers les états financiers de synthèse. D'autres ressources normatives existent au-delà de l'OHADA²⁶. Pour l'essentiel, elles sont encadrées par des textes nationaux²⁷, voire régionaux²⁸ ou internationaux²⁹ comme dans l'Union Européenne³⁰ ou aux Etats Unis³¹. L'avènement des codes d'éthique constitue pourtant un

informations relatives au statut juridique et à l'endettement de celle-ci. Les dirigeants doivent publier des bilans fidèles sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée (art. 890 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et des Groupements d'Intérêt Economique). Dans la perspective d'assurer le renforcement des capacités des parties prenantes, les dirigeants sont responsables des actes de violation des dispositions statutaires ou légales, telles l'utilisation de fonds sociaux à des fins illicites ou des fautes de gestion. L'actionnaire subissant un préjudice personnel, sera fondé à ester en justice, à titre individuel, contre la restriction de ses droits politiques, tel le droit à l'information et le pouvoir d'alerte, ou pour préserver ses droits financiers. Du côté des salariés, une série de dispositions leur permet d'intervenir dans la gouvernance de la société aussi bien quand elle est in bonis (cf. art. 455, 537 et 640 de l'AUDSC et GIE), que lorsqu'elle est en difficulté (cf. art. 48 et 49, 110 et 111 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif).

²⁶ Cf. L. D. MUKA TSIBENDE, « Réflexions prospectives sur la RSE en Afrique en partant de l'arsenal juridique OHADA », in *La responsabilité sociétale de l'entreprise en Afrique : aller au-delà de l'OHADA...*, Colloque annuel du Master Recherche de droit de l'entreprise-2^{ème} édition, Institut Droit Dauphine- Université de Paris, 8 juin 2008, [source](http://www.ey.ubiquis-event.com/DAUPHINE) : www.ey.ubiquis-event.com/DAUPHINE 10.

²⁷ A titre d'exemple, on peut citer la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code du travail au Cameroun. Dans le domaine de l'environnement, le décret n° 2005/05/7/PM du 23 février 2005 et l'arrêté n° 0070/MINEP du 22 avril 2005 prescrivent l'élaboration d'un Plan de Gestion Environnementale (ci-après PGE). Au Sénégal, lors du Forum de Dakar sur la RSE qui s'est tenu en 2010, les autorités nationales ont évoqué une future loi d'orientation sur la stratégie de croissance accélérée incluant les bases d'une réglementation judiciaire poussant les entreprises à respecter les normes sociales et environnementales.

²⁸ La Communauté Economique de l'Afrique Centrale (CEMAC) adopte des normes directement applicables sur le territoire des Etats parties. Ex : le Règlement n° 09/05-UEAC-14 couche d'ozone qui a été réalisé en prenant en considération la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone ; L'Acte additionnel n° 04/2001 portant adoption de la politique énergétique commune de l'UEMOA dont l'article 3 s'articule autour notamment de la préservation de l'environnement. De plus, à travers son programme qualité, la CEMAC, à l'instar de l'Union Economique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA), vise une plus grande normalisation des pratiques dans l'entreprise. Toutefois, les Etats ne prennent pas toujours les mesures nécessaires pour les rendre applicables sur leur territoire (Exemple du Cameroun où il est difficile de trouver un règlement portant application du règlement de la CEMAC sur la couche d'ozone). Toutes les normes du droit communautaire n'ont cependant pas la même force contraignante. La Communauté s'appuie aussi sur des directives d'applicabilité indirecte, qui doivent être transposées dans le droit interne des pays membres.

²⁹ Cf. not. Convention de l'Union Africaine du 11 juillet 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption ; Déclaration sur l'environnement et le développement, principes de gestion des forêts adoptée par les Nations Unies en 1992 à l'occasion du Sommet Planète Terre tenu à Rio de Janeiro au Brésil et plus communément appelée la Déclaration de Rio. Il s'agit d'une déclaration non contraignante mais que les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies (ci-après : « ONU ») devraient s'efforcer de suivre. Ainsi inspira-t-elle la loi camerounaise n° 94/01 du 20 janvier 1994, portant Régime des forêts, de la faune et de la pêche ; cf. égal. quelques Conventions de l'OIT que de nombreux Etats africains ont signé et dont les dispositions constituent une source d'expression des codes d'éthique : convention n° 26 concernant l'institution de méthodes de fixation des salaires minima et convention n° 131 concernant la fixation des salaires minima, notamment en ce qui concerne les pays en voie de développement ; et pour une application jurisprudentielle : Tribunal du Travail d'Ouagadougou, Zongo et autres c./ Gérante de la Station Mobil Bataille du Rail, n° 090, 17 juin 2003.

³⁰ Les normes de Global Compact et les règles d'action édictées par l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales les invitent à observer certains principes directeurs qui plaident pour les droits des salariés. L'OCDE prévoit une procédure dite des circonstances spécifiques. Lorsqu'une entreprise ne respecte pas les principes directeurs de l'organisation, il est possible pour une ONG de dénoncer ces faits au Point de Contact National (PCN). Il s'agit de parvenir à une sorte de médiation. Si, à l'occasion de cette médiation, l'entreprise s'engage à mieux agir, alors l'affaire s'arrête là. A défaut, il y aura un communiqué qui pourra avoir un effet indirectement contraignant du fait de l'image qui sera renvoyée de l'entreprise.

³¹ L'origine des codes d'éthique se trouve dans deux lois américaines : le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 et les *Federal Sentencing Guidelines* de 1991. Si un *compliance program* a été mis en œuvre afin d'inciter les entreprises à faire connaître à leurs salariés les règles applicables, les sanctions peuvent être considérablement réduites. D'où la

enjeu de développement en Afrique parce que se mêlant aux notions de développement durable ou de bonne gouvernance³².

5 De ce point de vue, l'exigence des Codes d'éthique n'est-elle pas en train de devenir, selon l'expression du professeur François Guy TREBULLE, « le fruit d'une époque qui s'attache de moins en moins aux frontières, de moins en moins aux traditions juridiques »³³ ? En droit continental comme en common law ou de celui construit autour de ces deux systèmes juridiques par leurs anciennes colonies, la réalité est unique. Pour autant, cette unicité n'est pas uniformité en raison de la divergence des comportements erratiques des marchés³⁴.

De contenu variable, ces documents contribuent à façonner l'image de l'entreprise, à faire œuvre de transparence, en espérant emporter l'adhésion de leurs destinataires³⁵. Mêlant ainsi impératifs économiques et éthiques, les entreprises trouvent là une occasion de se ressourcer dans les valeurs ambiantes. Elles participent à leur façon au courant éthique contemporain de la vie des affaires³⁶. Mais l'on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un simple discours de surface à visée publicitaire. Ce faisant, elles répondent à l'appel du Professeur LE TOURNEAU³⁷ invitant à faire mentir l'éminent Georges RIPERT qui affirmait que « ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale »³⁸.

généralisation aux Etats-Unis de codes parfois très volumineux qui énoncent l'ensemble des obligations auxquelles est soumise l'entreprise. Ces codes insistent sur un principe essentiel : la loi doit être respectée dans l'entreprise et par l'entreprise : cf. D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in Mélanges M. DESPAX, P.U. de l'Univ. des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.125.

³² Cf. not. le « Code de gouvernance des entreprises » du Sénégal, projet du 5 mars 2011. Après avoir défini la notion de bonne gouvernance des entreprises, ce texte organise le gouvernement des entreprises dans la législation sénégalaise en s'inspirant de l'AUDSC-GIE et des principes de l'OCDE en matière de gouvernance d'entreprise.

³³ Cf F. G. TREBULLE, « Quel droit pour la RSE ?, Propos introductifs », in F. G. TREBULLE et O. UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés droit et gestion*, Economica, septembre 2011, p. 6.

³⁴ Même si l'esprit de la « Responsabilité sociale des entreprises » permet de demeurer cohérent, les règles publiques changent, sont différentes d'un pays à un autre. En Afrique par exemple, les résultats d'une enquête sur la RSE dégagent les constats ci-après : 84% des entreprises interrogées estiment que l'absence de politiques publiques incitatives est le principal frein à l'implémentation de la RSE en Afrique ; 45% d'entre elles les jugent plutôt non satisfaisantes et 32% estiment que le degré de sensibilisation à cette démarche est moyennement satisfaisant. Source : www.institut-afrique.com et www.legicam.org. En réalité, il existe une RSE africaine qui ne dit pas son nom. L'affirmation découle de la vision différente de la finalité de l'entreprise selon les cultures. En Occident, l'entreprise est une finalité en soi. En Afrique, elle est un moyen : l'entrepreneur ne travaille pas seulement pour son compte, mais aussi pour ses proches, sa famille, et plus généralement pour sa communauté. L'entreprise n'est donc pas dissociable du sociétal : la société est présente à l'intérieur même de l'entreprise dont le fonctionnement est communautaire ou familial. En ce sens, cf. A. WONG et U. K.-S. YAMEOGO, *Les responsabilités sociétales des entreprises en Afrique francophone (livre blanc)*, ouvr. préc., p. 55.

³⁵ En retour, l'entreprise attend de tous, et spécialement du personnel, un comportement conforme à la politique affichée. En ce sens, I. DESBARATS, art. préc. ; D. BERRA, art. préc., p.123 et s. ; G. FARJAT, « Réflexions sur les Codes de conduite privés », art. préc, p. 47.

³⁶ Les codes d'éthique sont utilisés comme mode nouveau et supplémentaire de communication par toutes sortes d'opérateurs ou d'organismes privés ou publics.

³⁷ In *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, 2000, Dalloz, p. 67.

³⁸ In *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1947, LGDJ, p. 79. Et sur l'éthique et son appréhension par l'entreprise, v. not. J.-L. DHERSE et D. H. MINGUET, *L'éthique ou le Chaos ?*, Presse de la Renaissance, 1998.

6 La logique qui sous-tend leur adoption témoigne de la prise de conscience, par les entreprises, et sous la pression conjuguée des investisseurs et/ou consommateurs, de leur "responsabilité sociale"³⁹ dans divers domaines tels que l'emploi, l'environnement ou les droits fondamentaux⁴⁰. La transcription de ces diverses préoccupations en termes de « Responsabilité sociale des entreprises » est l'une des illustrations par lesquelles s'affirme l'existence de ce qu'un auteur a bien identifié comme « une morale entrepreneuriale conduisant à restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires démons »⁴¹. Il y a probablement une volonté d'échapper aux effets pervers de la mobilisation dite "antimondialisation". Pour les acteurs de la mondialisation économique, il est question, comme l'a relevé de manière particulièrement symptomatique le professeur François Guy TREBULLE, de démontrer qu'« ils sont aussi des entités citoyennes revendiquant une responsabilité positive »⁴² qui fait partie de l'une des composantes de leur identité. L'image est à la fois séduisante et illusoire. Que peut-on attendre d'une responsabilité sans engagement qui ne lie pas et dont la sanction n'est autre que celle du marché ? On est confronté à un véritable flou. La responsabilité sociale des entreprises s'inscrit certainement dans le cadre du mouvement qui fait primer la régulation sur la réglementation⁴³.

L'autorégulation par le biais de codes de conduite, de codes d'éthique, de codes déontologiques... émanant principalement d'entreprises privées lui fournit un excellent mode d'expression⁴⁴. Bien que ces instruments ne rentrent pas tous dans une logique de la responsabilité

³⁹C'est le *Livre vert de la Commission européenne* « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » du 18 juillet 2001 (COM "2001" 366 final), *Emploi et Affaires sociales*, annexe, qui a marqué la consécration de la notion de « Responsabilité sociale des entreprises ». Cette position a été reprise à diverses occasions par les instances européennes et françaises. Le concept se définit comme une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale – ou sociétale – qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises. Le Livre vert s'est principalement préoccupé de la dimension sociale de cette démarche, mais n'occulte pas les deux aspects essentiels : droits fondamentaux et développement durable.

⁴⁰Cf. I. DESBARATS, *Ethique économique et droits de l'homme, La responsabilité commune*, Ed. universitaires Fribourg, Suisse, 1998 ; *Ethique et commerce international*, dossier Cah. Jur. Fisc. Export., 2000. Sur le terrain des droits fondamentaux, la doctrine (Cl. L. DE LEYSSAC, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 13 févr. 1997, p. 267) estime que ces instruments de régulation sociale traduisent « la reconnaissance par l'entreprise de sa responsabilité sociale dans divers domaines et que cette reconnaissance la conduirait à assumer des devoirs allant au-delà de ce que prévoit la loi », même si par ailleurs une telle réponse demeure insuffisante en raison de l'absence de caractère impératif des normes et leur contenu évolutif (ég. M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, PUF, 3^e éd., 1990, pp. 28-29).

⁴¹Cf. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, 1998, PUF, p. 274. Il soulignait par ailleurs que « l'éthique est le révélateur d'une crise économique et juridique dans la mesure où elle à imposer des exigences plus rigoureuses que celles résultant des normes de droit » (p. 275).

⁴²Cf. F. G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises – Entreprise et éthique environnementale », *Répertoire Sociétés Dalloz*, mars 2003, n° 12, p. 4

⁴³Juridiquement, la responsabilité sociale des entreprises est conçue comme une démarche volontaire, une démarche éthique qui ne lie pas.

⁴⁴ Cf. P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonne conduite, Chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit*, in *Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2007 ; C. ETRE, « Codes de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : soft law et droit », in B. BOIDIN, N. POSTEL et S. ROUSSEAU

sociale des entreprises car faisant partie de ce que certains qualifient « d'éthique dissuasive et non proactive »⁴⁵, ils entretiennent avec cette dernière un rapport indéniable. A cet égard, ils participent, selon certains auteurs, « à la construction du paysage juridique de la responsabilité sociale de l'entreprise en incitant les entreprises à jouer un rôle positif au plan économique, social et environnemental »⁴⁶. Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », une telle adhésion repose sur le volontariat. Il s'agit, pour l'entreprise, d'établir qu'elle est disposée à se soumettre à des contraintes plus strictes que celles résultant des règles légales. Mais comme le relève toutefois un auteur, « volontaire ne signifie pas facultatif »⁴⁷. On en déduit qu'une fois que l'entreprise aura manifesté sa volonté de se conformer à des règles dont elle a précisé elle-même le contenu, les tiers intéressés devraient pouvoir compter sur le respect de ses engagements. Les codes d'éthique volontaires sont donc bien de nature à faire naître des obligations.

7 Seulement, il semble que ces codes d'éthique contiennent le plus souvent des engagements formulés en termes très généraux. Ainsi y retrouve-t-on des formules assez imprécises⁴⁸. Mais parfois, des engagements plus précis occupent une place importante⁴⁹. La variabilité du contenu de ces codes découle de leur nature juridique même : instruments d'autodiscipline destinés à instaurer des normes tendant à provoquer une adhésion au type de comportement souhaité, ces codes expriment la nécessité de respecter les exigences de loyauté et de transparence dans les pratiques professionnelles⁵⁰. Ils sont en général vides de toute obligation juridique excédant celles que le droit assigne à l'entreprise. Par conséquent, leur principal effet est d'améliorer l'image de marque de l'entreprise auprès de ses partenaires, de ses salariés et de ses clients⁵¹. En parallèle, ces codes constituent des outils de management⁵².

(dir.), *La responsabilité sociale des entreprises : une perspective institutionnaliste*, Septentrion, 2009, p. 69 et s.

⁴⁵ Cf. E. ETRE, art. préc., p. 71.

⁴⁶ Cf. S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « Normativité et responsabilité sociale des entreprises, illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'atlantique », in F. G. TREBULLE et O. UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, regards croisés, droit et gestion*, préc., p. 77.

⁴⁷ Cf. F. G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises- Entreprise et éthique environnementale », préc., spéc. n° 22, p. 6.

⁴⁸ Par exemple, « être à l'écoute des préoccupations de la Communauté, lancer un processus d'amélioration continue, assurer la formation du personnel et encourager le dialogue à l'intérieur de l'entreprise » (OCDE, Groupe de travail du Comité des échanges : *Les codes de conduite des entreprises – Etude approfondie de leur contenu* : TD/TCWP(99)56/FINAL du 13 juin 2000, p. 4.

⁴⁹ A ce titre, on peut retrouver des engagements formulés de la manière suivante : « développer des produits respectueux de l'environnement, diffuser des informations visant à sensibiliser les consommateurs, ou relatifs à la globalité de la démarche au plan planétaire, choisir de bons matériaux, s'assurer du respect de la loi par les partenaires... ».

⁵⁰ Cf. S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, art. préc., p. 76.

⁵¹ Cf. I. TCHOTOURIAN, « La morale en droit des affaires », in *La responsabilité sociale de l'entreprise : réalité, mythe ou mystification ?*, Colloque organisé par le GREFIGE et l'ICN Scholl of management, 2005.

⁵² Cf. S. AVIGNON, « Les codes de conduite sont-ils devenus des outils de management international ? Le regard du

Il y a à l'évidence, dans la rédaction des codes d'éthique, une dimension commerciale qui doit être prise en compte alors même que l'instrument de promotion prend une forme qui évoque un texte juridique⁵³. Cette présentation formelle est loin de résoudre la principale difficulté qui semble subsister en la matière : les codes d'éthique apparaissent bien souvent comme des déclarations générales dépourvues de portée pratique. Dès lors, des discussions naissent sur la question de leur réceptivité par les milieux judiciaires nationaux en raison de l'éclectisme qui caractérise les instruments d'édition d'un tel droit qualifié de « mou »⁵⁴. On est en présence d'un processus sérieux qui invite à s'interroger sur le rôle et la portée juridique des chartes d'entreprise élaborées par les opérateurs privés.

Cette œuvre est difficile. S'il est relativement aisé de déceler les raisons d'être des codes de conduite privés que sont les chartes d'éthique, il est beaucoup plus délicat d'analyser leur fonctionnement concret. L'effectivité d'un droit non obligatoire et évolutif est évidemment plus problématique. L'hésitation porte sur la force obligatoire de cet instrument au demeurant juridiquement mal défini et découlant naturellement des incertitudes qui affectent le caractère du code et l'existence même du pouvoir normatif de leurs initiateurs.

8 La question est dès lors de savoir si cette éthique de l'entreprise existe réellement sur le plan juridique, c'est-à-dire si cette notion a une effectivité, une portée réelle. La question cruciale devient alors celle de savoir quelle est l'effectivité des codes d'éthique et de conduite. En d'autres termes, existe-t-il une éthique, en tant que corps de principes distincts et autonomes de la règle de droit, qui s'impose à l'entreprise de manière contraignante? Est-ce que ces textes assurent une protection efficace des droits envisagés? Quelle est, au besoin, leur valeur juridique? Ne s'agit-il pas d'engagements dépourvus de toute effectivité, destinés uniquement à ériger une façade de respectabilité à bon compte? Les codes d'éthique ou de bonne conduite n'auraient-ils pas vocation à remplacer progressivement le droit?

juriste », in *Métamorphoses des organisations*, 5^e Colloque GREFIGE-CEREMO, Université Nancy2, 2 nov. 2006.

⁵³ Dans le cadre européen par exemple, le *Livre vert de la Commission* insiste sur un point très important pour ce qui est de l'appréciation de leur portée : il relève que « Les codes de conduite ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent des normes minimales qui s'imposent à tous, tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent ». L'intérêt de cette formule est double. D'une part, il est radicalement impossible qu'une entreprise se dispense elle-même, qu'elle que soit sa taille, de respecter une règle de droit parce qu'elle se serait dotée d'un code sur le même thème. D'autre part, les entreprises peuvent compléter la réglementation et promouvoir des règles plus strictes. Ces deux expressions permettent de bien réaliser que l'on ne se trouve en aucune façon en dehors du droit.

⁵⁴ Les internationalistes parlent encore de *soft law*, expression généralement traduite par celle de « droit vert » : R. J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la « soft law », in *L'élaboration du droit international public*, Pedone, 1975, pp.132 et s. L'auteur fait référence à un droit « encore à l'état tendre » ou « créé en douceur » et qui apparaît en droit interne.

De manière générale, l'attitude positiviste n'accorde aux directives éthiques qu'une simple autorité morale en leur déniaient toute force juridique⁵⁵. Le caractère le plus surprenant des codes d'éthique est alors sans doute pour le profane, et peut-être pour de nombreux juristes, leur caractère non obligatoire. Dans ces conditions, l'effectivité des codes connaît de sérieuses limites (I). On ne devrait pas trop s'alarmer pour autant. Car comme l'enseigne le professeur Gérard FARJAT, « les juristes devraient pourtant savoir aujourd'hui que l'effectivité d'une norme n'est pas nécessairement liée à son obligatorité. Les possibilités d'effectivité des codes de conduite privés sont [...] considérables pour qui ne s'en tient pas aux apparences et à une définition formelle de l'efficacité. En réalité, il existe [...] plusieurs voies pour assurer l'effectivité d'une norme »⁵⁶. De ce fait, les voies de l'effectivité des codes d'éthique sont envisageables (II).

I- Les limites à l'effectivité des codes d'éthique

9 L'effectivité des codes d'éthique doit être appréciée en fonction des objectifs qui leur sont assignés en général par leurs auteurs. Or, si leur domaine est toujours très spécifique, très localisé, il est souvent affirmé, par leurs auteurs ou par les milieux d'affaires, qu'ils sont les plus propres à assurer non seulement la défense de tel ou tel intérêt professionnel entendu étroitement, mais aussi le fonctionnement de l'activité au bénéfice de tous les intéressés.

A ce discours s'oppose un certain nombre de facteurs essentiellement d'ordre juridique⁵⁷ qui viennent démentir cette analyse en limitant l'effectivité des codes d'éthique. On constate que, d'une part, l'éthique de l'entreprise présente une juridicité affaiblie (A) et, d'autre part, que son effectivité est limitée par des exigences liées à la protection de l'intérêt social (B).

A –L'éthique limitée par l'affaiblissement de son degré de juridicité

10 La juridicisation de l'éthique signifie ici la reconnaissance ou la réception par l'ordre juridique étatique des principes éthiques ou déontologiques⁵⁸. Cette juridicité paraît affaiblie en raison de la faible effectivité de ces principes. Celle-ci trouve en réalité son explication dans deux facteurs : la reprise des principes de l'éthique par les règles de droit (1) et la dépendance de l'éthique au droit positif (2).

⁵⁵ Cf. B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », art. préc., p. 332.

⁵⁶ Cf. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », préc. p. 58, qui songe ici aux pénétrantes analyses du Doyen J. CARBONNIER in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

⁵⁷ Il est vraisemblable que les limites à l'effectivité des codes d'éthique puissent venir davantage des professionnels eux-mêmes, de leur insuffisante capacité à l'autodiscipline que du seul rejet du système de droit officiel.

⁵⁸ Cf. A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998. Le terme juridicisation peut être utilisé pour désigner « une évolution du rapport entre le droit et les relations sociales, soit par extension de l'empire du premier, soit par densification de la couverture qu'il impose aux secondes ».

1 – La reprise des principes de l'éthique par les règles de droit

11 Si les codes d'éthique sont destinés à susciter au sein des entreprises une prise de conscience de l'importance de préoccupations liées au bien commun, il est impossible que la réglementation ne subisse pas de répercussions de ce phénomène. En effet, dès lors que, en tant que tiers intéressés, les pouvoirs publics ont connaissance de la volonté de certains de prendre en compte des préoccupations identiques à celles qu'ils ont tendance à organiser, ils vont s'interroger sur l'opportunité de généraliser cette prise en compte dans une démarche contraignante⁵⁹. De la sorte, la plupart des principes mentionnés lorsque l'on parle de l'éthique figurent déjà dans notre droit positif en la matière. L'éthique ne fait alors que reprendre des principes protégés au travers des règles de droit.

Cette prise en compte de l'éthique par les règles de droit s'avère bénéfique. L'intervention peut prendre bien des formes mais notamment celle de la valorisation du comportement initié dans le cadre d'une démarche volontaire. C'est d'ailleurs l'une des fonctions des codes d'éthique que de stimuler le législateur en l'incitant à combler des lacunes de son droit⁶⁰. Soulignant ce point, un auteur a pu relever, à propos d'éthique médicale – mais la réflexion doit être étendue-, que « la réflexion éthique est préalable et essentielle à l'élaboration de la règle de droit »⁶¹. La démarche éthique pourra ainsi se voir consacrée par le droit. De là, la création de normes juridiques transcrivant des principes éthiques préalablement identifiés peut être la condition d'un respect réel de ces principes, alors qu'ils auraient fait l'objet d'une adhésion formelle⁶².

Selon Alain COURET⁶³, la déontologie se développe le plus souvent dans le silence de la loi. Alors que l'éthique donne les principes directeurs, la déontologie leur donne un contenu concret⁶⁴. Comme Charley HANNOUN le fait remarquer, la plupart des obligations déontologiques peuvent être « rattachées aux obligations de conseil, de diligence et de prudence que contient le

⁵⁹ Il s'agit notamment des préoccupations relatives aux droits de l'homme, à la protection des salariés ou à celles relatives à l'environnement.

⁶⁰ Cf. NGUYEN HUU TRU, « Les codes de conduite : un bilan », *RGDI publ.* 1992.53 ; égal. A. VEILLEUX et R. BACHAND, *Droits et devoirs des investisseurs : existe-t-il un espace juridique transnational ?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec : www.unites.uqam.ca/gric, n° 19.

⁶¹ Cf. M. LONG, *Conférence inaugurale du congrès d'éthique médicale*, RDFA 1991.400.

⁶² Cf. NGUYEN HUU TRU, art. préc., p.51, qui relève que « l'expérience des principes directeurs de l'OCDE montre [...] que les règles en matière de publication d'informations sont le mieux observées par les entreprises multinationales lorsqu'elles sont étayées par la législation et la pratique nationale et dans les pays où la législation nationale est particulièrement explicite ».

⁶³ Cf. A. COURET, « La dimension internationale de la production du droit. L'exemple du droit financier », in *Les transformations de la régulation juridique*, ouvr. préc., p. 201.

⁶⁴ L'exigence déontologique s'est développée tout particulièrement dans le domaine boursier où elle se traduit par un corps de normes qui intéresse et assujettit les professionnels de la finance.

droit positif »⁶⁵. Pour leur part, les codes de déontologie, au sens strict, confirment l'emprise du droit. Ce faisant, l'un des effets souhaités de l'existence des codes d'éthique sera paralysé : on voulait tenir le droit positif à l'écart, il se saisit paradoxalement du domaine envisagé⁶⁶.

12 Le fondement de la solution découle de celui même qui est dégagé par ces principes. Les règles d'éthique ont de manière générale un arrière plan moral. Le droit positif camerounais, à l'image du droit français qui l'inspire la plupart de temps, contient de nombreuses traces de l'influence d'une certaine morale des affaires, d'une éthique diraient certains. Ainsi, la loi et la jurisprudence exigent la bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats⁶⁷. La jurisprudence tire de cette exigence de bonne foi un devoir de loyauté et de coopération dans les affaires. Par ailleurs, les manœuvres d'une entreprise pour tromper ses partenaires dans ses relations commerciales peuvent être sanctionnées par la nullité des contrats pour dol. L'entreprise ne peut se livrer à n'importe quelle activité en raison des interdictions posées par le droit. Pour être valable, le contrat ne doit être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶⁸. Celles-ci peuvent se définir, semble-t-il, par référence à ce que fait la majorité de la population⁶⁹.

Au travers de l'infraction d'abus de biens sociaux par exemple, le législateur OHADA des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique prévoit la sanction pénale des dirigeants qui font un usage des biens de la société contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt de la personne morale distincte de ses associés⁷⁰. De surcroît, l'infraction exige qu'ils aient agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. Le fondement moral de ce délit ne fait guère de doute. Il s'agit en réalité de sanctionner l'entrepreneur qui « vampirise » la société en se servant de biens qui ne lui appartiennent pas pour ses propres intérêts. On pourrait multiplier les exemples de règles de droit et de notions légales dans lesquelles on peut déceler les principes éthiques.

13 Les partisans de l'éthique de l'entreprise redécouvrent une vérité ancienne : le système économique ne peut pas fonctionner efficacement si les acteurs ne peuvent pas avoir un minimum

⁶⁵Cf. C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *R.T.D.Com*, 1989, p. 417.

⁶⁶ Cf. F. G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises - Entreprise et éthique environnementale », art. préc., n° 28, p. 8.

⁶⁷Cf. article 1134 du code civil de 1804; et pour quelques illustrations, cf. J. LEONNET, « Ethique et droit économique », in *Le juge et le droit économique*, Mélanges P. BEZARD, Montchrestien, 2002, pp. 231- 237.

⁶⁸Cf. article 6 du Code civil de 1804.

⁶⁹Dans la pratique, la notion de bonnes mœurs est issue d'un compromis entre ces approches. Les bonnes mœurs ne s'identifient pas à la morale. Alors que celle-ci vise le perfectionnement intérieur des individus, celles-là cherchent seulement un conformisme extérieur dans le comportement social. Les bonnes mœurs peuvent donc être considérées comme les règles de morale sociale fondamentale pour la société.

⁷⁰Cf. Article 891 AUDSC-G.I.E de l'OHADA.

de confiance entre eux. L'éthique peut alors y contribuer dans la mesure où elle se traduit notamment par les principes de loyauté ou le respect des engagements pris. L'instrument de base est la charte éthique qui résume la mission de l'entreprise et les valeurs auxquelles elle se réfère, ainsi que ses grands objectifs permanents. La doctrine rassemble sous l'expression de charte des textes consistant en une énumération de préceptes dont les objets sont disparates⁷¹. Ces textes expriment une recherche de normativité plus souple et viennent s'insérer dans des espaces dont l'intervention publique et la réglementation sont absentes ou se sont retirées. La charte est l'expression d'un idéal qui doit rester cohérent avec les objectifs économiques et financiers de l'entreprise. Le contenu des chartes n'est le plus souvent que la récupération du droit existant sous la forme d'affirmations très générales.

Les règles de déontologie peuvent acquérir une force juridique lorsque la loi elle-même a habilité les professionnels à définir des règles dans le respect du cadre qu'elle a fixé. Lorsque l'éthique acquiert une force contraignante, elle la puise dans le système juridique. En ce sens, on peut dire que l'éthique est dépendante du droit car son effectivité est conditionnée par le droit positif.

2 – La dépendance de l'éthique du droit positif

14 Que les principes posés par l'éthique soient ou non une reprise de règles de droit existantes, il faut reconnaître qu'ils peuvent parfois acquérir une force obligatoire. Dans ce cas, cette reconnaissance résulte du droit. Cette valeur juridique va de soi lorsque le principe éthique s'incarne dans une règle de droit existante. Mais le droit peut aussi conférer indirectement dans certaines conditions des effets juridiques à l'éthique.

A première vue, tout commande que les chartes soient dépourvues de toute valeur juridique. Il s'agit d'y affirmer des valeurs d'entreprise, et le contenu, lorsqu'il touche au droit, est souvent redondant par rapport aux règles de droit. Malgré tout, la doctrine s'est interrogée sur la valeur juridique des codes de conduite⁷². En la matière, il convient de distinguer les codes de conduite ou de déontologie qui émanent d'autorités administratives indépendantes et qui ont une force contraignante par la volonté de la loi, de ceux définis comme des recommandations qui n'ont pas de caractère obligatoire mais jouent un rôle de persuasion sociale. Les codes de conduite apparaissent d'abord comme des instruments d'autodiscipline permettant l'autorégulation d'une branche d'activité

⁷¹Les chartes prennent des appellations très diverses: charte éthique, code d'éthique des affaires, code de déontologie. Cette terminologie variée correspond à l'établissement de règles de fonctionnement correctes tant dans l'organisation interne d'un groupe, d'un organisme ou d'une entreprise que dans les rapports avec l'environnement.

⁷²Cf. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », préc., p. 60; égal. C. HANNOUN, art. préc., p. 420; F. OSMAN, art. préc., p.520.

par ses opérateurs. Cette démarche obéit souvent à la volonté de prévenir une intervention réglementaire des pouvoirs publics plus contraignante.

15 Est-ce à dire que l'éthique et les chartes qui contiennent ces principes n'ont aucun effet juridique? On ne le pense pas véritablement. Les chartes, si elles ne peuvent prétendre emporter des effets obligatoires pour leurs destinataires, peuvent entraîner des effets juridiques limités. Elles sont, en effet, de nature à engager des responsabilités. Lorsque l'entreprise choisit d'intégrer l'éthique dans son management sur la base d'un calcul de rentabilité à moyen et long terme, elle cherche à donner une large publicité à sa charte éthique⁷³. Cette démarche ne sera pas sans conséquence, même dans l'hypothèse où elle n'est pas fondée sur une conviction sincère mais plutôt sur une tentative de récupération. L'intégration de l'éthique dans la politique générale de l'entreprise et sa révélation aux tiers en font un élément contractuel. Là encore, on s'aperçoit que les chartes de déontologie acquièrent des effets juridiques par le biais du droit. Les mécanismes du contrat et de la responsabilité civile sont ainsi perçus comme une solution susceptible d'apporter à l'éthique la force juridique qui lui fait en théorie défaut⁷⁴.

Si l'on adhère à l'idée du pluralisme juridique, il apparaît que ces codes ne sont pas dépourvus de toute valeur juridique dans la mesure où ils peuvent être juridicisés au moyen du standard juridique. Au départ, ils ne sont que de simples autorités de fait à l'égard desquels le système juridique garde toute liberté : celui-ci peut condamner ou juridiciser les dispositions des codes de conduite. . [Sens pas clair. De plus on ne peut pas comparer des dispositions qui pourraient être de simples articles à un code.] Les standards classiques du droit que sont la faute, la fraude, le dol ou la bonne foi peuvent permettre la prise en compte de dispositions de ces codes par le juge. La norme de conduite élaborée par un organisme privé peut acquérir une effectivité dès lors que le juge l'analyse comme un standard professionnel dont la violation est sanctionnable juridiquement. Dans ces conditions, « l'ordre juridique étatique participe à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un ordre juridique privé dans la mesure où il y voit, notamment, un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute »⁷⁵.

⁷³Cf. G. KOUBI, « La notion de ‘charte’ : fragilisation de la règle de droit », in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, p. 165; égal. G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », préc., p. 317.

⁷⁴A cet effet, il est possible, par exemple, que les principes éthiques trouvent un champ d'application au travers de l'appréciation d'une faute de nature à engager la responsabilité délictuelle⁷⁴ de l'entreprise, ceci en vertu de l'article 1382 du Code civil qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

⁷⁵Cf. F. OSMAN, art. préc., p. 509.

16 L'éthique peut acquérir également une certaine valeur juridique lorsqu'elle prend la forme d'usages. Pour apprécier l'existence d'une faute, les usages propres à une profession peuvent servir à éclairer le juge. Assez souvent, la loi prescrit de se référer aux usages dits conventionnels pour interpréter ou compléter les contrats⁷⁶. En général, les usages ne s'imposent qu'à défaut de conventions contraires. Ils viennent compléter la volonté des parties qui ne se sont exprimées que pour l'essentiel. Dans la mesure où un code de déontologie peut être le regroupement d'usages propres à un secteur déterminé, on perçoit que la valeur juridique du code de déontologie peut découler de celle attribuée aux usages. Or, les usages peuvent prendre valeurs de règles de droit par consécration de la loi⁷⁷ ou de la jurisprudence. Il faut réserver aussi l'hypothèse où les usages ont valeur de règles de droit indépendamment de la loi en raison de leur caractère de coutume⁷⁸, au sens juridique du terme. Il apparaît là encore que les codes de déontologie et, implicitement, les principes éthiques qui les inspirent prennent ainsi une force juridique par le sceau du droit.

La juridicisation de l'éthique peut se manifester par ailleurs dans le fonctionnement interne de l'entreprise. En effet, l'éthique de l'entreprise peut s'exprimer sous la forme de règles déontologiques internes. En France, par exemple, la jurisprudence a indiqué que la règle à caractère déontologique contenue dans une note de service pouvait s'imposer au salarié⁷⁹. La préoccupation est loin d'être généralisée. Au Cameroun notamment, elle demeure inconnue par les juges. Mais compte tenu des rapports qui existent entre les deux systèmes juridiques et du mimétisme qui a toujours caractérisé le droit camerounais, il est probable que les juges ne rechigneront pas à adopter la même solution au cas où ils viendraient à être saisis pour des faits similaires⁸⁰.

17 On peut ainsi comprendre que de nombreux codes privés reprennent des dispositions du droit d'Etat. Il y a « réception » du droit d'Etat par le droit professionnel. Bien entendu, l'attitude du

⁷⁶Cf. article 1135 du Code civil de 1804 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »; article 1159 du Code civil: « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

⁷⁷L'article 1736 du Code civil dispose que le bailleur ou le locataire d'un bail fait sans limitation de durée peut donner congé à tout moment à la condition d'observer les délais fixés par les usages des lieux.

⁷⁸Un usage pour devenir coutume doit être ancien, constant, notoire, général. Même s'il présente ces caractères, il faut encore que ceux qui se conforment à cet usage aient la conviction d'agir en vertu d'une règle qui s'impose à eux comme la règle de droit. Les caractéristiques de la coutume lui confèrent une place limitée dans les systèmes juridiques français et camerounais.

⁷⁹Cf. C. E., 11 juin 1999, D. 2000, somm. comm. p. 88, obs. C. GIRAUDET.

⁸⁰Cf. A titre d'exemple, l'article L. 122-39 du Code du travail français considère comme des adjonctions aux dispositions du règlement intérieur les notes de services ou tout autre document portant prescriptions générales et permanentes dans les matières relevant du règlement intérieur. Or, le contenu du règlement intérieur est limitativement énuméré aussi bien en France qu'au Cameroun (Cf. art. L. 122-34 du Code du travail français et 34 du Code du travail camerounais). L'intégration de règles déontologiques dans le règlement intérieur suppose qu'on les assimile à des règles de discipline. Il convient de rappeler que l'employeur ne peut pas insérer dans le règlement intérieur des dispositions contraires aux lois et règlements (Cf. articles L. 122-35 du Code du travail français et 35 du Code du travail camerounais). Les règles de déontologie se trouvent ainsi sous la dépendance du droit positif.

milieu professionnel ou économique vis-à-vis de l'ordre étatique varie suivant le domaine de la réglementation. Il est des pratiques commerciales qui sont particulièrement difficiles à soumettre à des règles étatiques, comme les pratiques anticoncurrentielles. Dans des cas extrêmes, un comportement recherché par les pouvoirs publics ne peut être obtenu qu'avec l'assentiment ou la collaboration des agents économiques privés⁸¹. Contrairement aux apparences, l'efficacité du droit étatique peut être subordonnée à son acceptation par la profession ou le milieu économique.

Pour une bonne part donc, il convient de retenir que les principes de l'éthique ne sont qu'une redécouverte et une transcription des règles de droit applicables à l'entreprise. Ces principes émanant des acteurs sociaux, ont dans certaines conditions, une force contraignante. L'affirmation comporte quelques nuances. Les exigences découlant de la nécessaire obligation de compatibilité des principes éthiques avec l'intérêt social envisagé limite par moments sa portée.

B - L'éthique limitée par l'intérêt social

18 Même si l'éthique se déploie dans un espace non réglementé par le droit, elle doit se plier à la contrainte de l'intérêt social dès lors qu'elle touche à la sphère de l'entreprise (1). En conséquence, les responsabilités imposées à cet égard aux dirigeants peuvent limiter l'efficacité de l'éthique sur l'entreprise (2).

1 - Une gestion de la société déterminée par l'intérêt social

19 Pour la doctrine, l'intérêt social indique le sens dans lequel doit se déployer l'activité sociale⁸². De son côté, l'article 4 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'OHADA, à l'instar de l'article 1832 du code civil de 1804 qui lui a servi de source d'inspiration, définit la société comme un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes conviennent [...] d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». On peut se demander ce qui le différencie en réalité du but de la société, tel qu'il est relevé par les textes. A s'en tenir aux lumineuses analyses de certains auteurs⁸³, la différence tient à ce qu'ici, on définit « un but final abstrait pour la catégorie juridique du contrat de sociétés », tandis que là-bas, il est question de « sa concrétisation dans la durée ».

⁸¹ Il en est ainsi des transferts de technologie pour lesquels on a suggéré des codes de bonne conduite.

⁸² Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales*, par GERMAIN (M.) (dir.), avec le concours de V. MAGNIER, t.1, vol.2, n° 1056-60, p. 46.

⁸³ Ibid.

En ce sens, il existe une corrélation étroite entre le but de la société qu'est « partager le bénéfice ou [...] profiter de l'économie » et l'intérêt social. Celui-ci est nécessairement affecté si le but de la société devenait irréalisable. Au-delà, on peut y voir certes un renouvellement de l'analyse des relations entre associés, mais surtout un renouvellement dans la ligne traditionnelle percevant la société comme un contrat unissant les divers associés. Mieux, la finalité de la société qu'ils ont créée est souvent présentée comme étant fondée sur la prise en compte de l'intérêt des actionnaires.

On perçoit le caractère illusoire d'une conception de l'éthique qui voudrait que l'entrepreneur agisse toujours sur la base de principes à caractère moral puisqu'il risquerait d'entrer en conflit avec la vocation première de la société commerciale. La société visant à réaliser des profits, l'éthique doit, en pratique, composer avec cette exigence. La portée de l'éthique est susceptible d'être restreinte.

20 L'Etat entrepreneur montre lui aussi, au travers de l'exemple des entreprises à capitaux publics, les limites de l'éthique. Celle-ci n'est pas propre au secteur privé, elle concerne également le secteur public. Les principes du service public constituent ainsi les premières références déontologiques de l'administration. Or, l'étude des entreprises publiques et parapubliques montre une soumission croissante aux mêmes règles que celles des entreprises privées⁸⁴.

En France, par exemple, la jurisprudence⁸⁵ a rappelé que lorsque les personnes publiques se livrent à des opérations de production, de distribution ou de services, elles sont soumises aux règles du droit de la concurrence définies par l'ordonnance du 1er décembre 1986. Au Cameroun, la loi n° 98-13 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence prévoit en son article 2 que « les dispositions de la présente loi sont applicables à tous les secteurs de l'économie nationale, à toutes les opérations de production et/ou de commercialisation des produits et services réalisés sur le territoire national par des personnes physiques ou morales, publiques, parapubliques ou privées ». Il s'ensuit que lorsque des personnes publiques participent elles-mêmes à la réalisation d'opérations commerciales, comme le ferait un entrepreneur privé, elles devraient se plier aux contraintes du droit de la concurrence, à l'instar d'une entreprise privée. Les exigences de ce que l'on pourrait appeler une « éthique de l'intérêt général » doivent composer avec les contraintes économiques et les règles de la concurrence. L'Etat entrepreneur ne pourra imposer, en pratique, à ses entreprises des principes qui iraient à l'encontre de l'intérêt social.

⁸⁴ Cf. P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et para-publiques au Cameroun depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif aux procédures collectives OHADA », *Revue Afrilex*, Université Montesquieu-Bordeaux 4, n° 4, déc. 2004, p. 221 et s.

⁸⁵ Cf. Trib. confl., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, *R.F.D.A.* 1989, p.457, concl. B. STIRN; *A.J.D.A.* 1989, p.p. 431 et 467, note BAZEX; *R.D.P.* 1989, p.1780, note GAUDEMET; *J.C.P.* 1990, II, 21395, note Ph. TERNEYRE; *D.* 1990, p.101, note Christian GAVALDA et Claude LUCAS de LEYSSAC.

21 A l'évidence, l'éthique doit s'insérer dans le cadre posé par l'intérêt social. Aussi convient-il d'en expliquer succinctement le contenu.

Comme l'indique le professeur Alain VIANDIER, « l'intérêt social est le concept majeur du droit moderne des sociétés »⁸⁶. Il s'agit là d'un concept que ni le législateur de l'OHADA, ni le législateur français n'ont pensé à le définir. Pour sa part, la doctrine dans son ensemble se divise entre les tenants d'un intérêt social identifié à l'intérêt des associés et ceux qui considèrent que l'intérêt social n'est rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise⁸⁷. Quant à Monsieur BERTREL, il considère que l'intérêt social est d'abord et avant tout l'intérêt des associés mais n'est pas que l'intérêt de ceux-ci⁸⁸.

L'article 4 alinéa 2 de l'AUDSC-GIE reprenant également l'article 1833 du Code civil de 1804, fait quant à lui référence à l'intérêt commun des associés, qui impose une égalité des associés. Ceux qui estiment que l'intérêt social est limité à l'intérêt des associés auront dès lors tendance à identifier l'intérêt social à l'intérêt commun des associés⁸⁹. Au vrai, l'opposition entre ces deux conceptions est relative. L'intérêt de l'entreprise dans son ensemble est à long terme l'intérêt de tous les associés. Il n'est pas exclu que la différence irréductible de ces deux points de vue pourra surgir à certains moments de la vie sociale.

22 A partir du moment où l'éthique entend peser sur la gestion de l'entreprise, elle se trouve confrontée à l'intérêt social que les dirigeants et associés doivent respecter. Or, si l'on admet que l'intérêt des associés y occupe une place importante, il est compréhensible que l'éthique ait une portée relative puisqu'elle doit composer avec cet intérêt. Les exigences de l'éthique ne vont, en effet, pas toujours dans le sens de la maximisation des profits, tout au moins à court terme. En

⁸⁶ Cf. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, Bibliothèque de droit privé, t. CLVI, p. 72.

⁸⁷ Sur cette notion, cf. SCHAPIRA, « L'intérêt social... », *RTDCom.* 1971, p. 959 et s. ; SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse (dactyl.), Lyon, 1974 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, 1, 404 et s. ; « De l'intérêt social », *JCP, E*, 1995, I, p. 361 et s. ; COURET, « L'intérêt social », *Cah. dr. entr.* 1996/4 ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun », *ibid.* ; A. PIROVANO, « La boussole de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chr., p. 189 et s. ; Ph. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. Soc.*, 1999, p. 5 et s. ; C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social : une notion fondamentale », *L.P.A.*, 9 nov. 2000, n° 224, p. 6 et s. ; J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », art. préc., p. 291 et s. ; DUPUIS, *La notion d'intérêt social*, thèse (dactyl.), Paris XIII, 2001 ; CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges MERCADAL*, F. Lefebvre, 2002, p. 315 et s. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTDCom.*, 2004, p. 35 et s. ; B. BASUYAUX, « Intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *L.P.A.*, 2005, n° 4, p. 3 et s. ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly éditions, 2005, p. 359 et s. ; M.-A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, thèse doctorat d'Etat, Yaoundé II, 2006.

⁸⁸ Cf. J. P. BERTREL et al., « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et Patrimoine*, Avril 1997, p. 42 et s.

⁸⁹ La discussion de ces thèses n'est pas entrée dans le débat judiciaire de l'OHADA. Tel n'est pas le cas en jurisprudence comparée française où la question est tranchée depuis l'affaire FRUEHAUF de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1965, *JCP N* 1965, 2, 14274 bis, *DS* 1968, 147, note CONTIN, *RTDCom.* 1965, 619, obs. RODIERE et HOUIN.

l'absence de dispositions légales, l'éthique ne peut aller à l'encontre de l'intérêt social, ce qui en limite ainsi l'impact⁹⁰. Dans certaines situations cependant, l'éthique peut servir les intérêts de l'entreprise. Elle devient ainsi une contrainte volontairement admise par les dirigeants dans leur gestion.

Il est possible d'aller encore plus loin. A ce titre, il faut mentionner, dans le cadre de la détermination de l'assiette de l'intérêt social, des aspects liés traditionnellement à la maîtrise de l'organisation et de la gestion de la société. La pluralité de ses composantes et les divers intérêts en jeu nécessitent une intervention du législateur pour éviter l'anarchie ou la suprématie abusive de certains sur d'autres. Cette intervention est plus ou moins foisonnante selon les enjeux dévolus par la loi aux sociétés commerciales selon le critère de la spécificité. De la sorte, l'intérêt social doit être placé dans la perspective du gouvernement d'entreprise⁹¹. Ce n'est pas simplement une terminologie susceptible d'être commune avec la *Corporate Social Responsibility*, mais bien l'observation que, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'identifier les limites de certains comportements. En ce sens, l'exigence traduit bien le fait que parmi les *stakeholders* dont il faut tenir compte se retrouvent les associés eux-mêmes, les fournisseurs ou les concurrents notamment⁹².

L'intérêt social n'est donc pas exclusif d'une considération de tous les porteurs d'intérêts, internes ou tiers intéressés externes ; et ceci d'autant moins que ces intérêts recouvrent, pour partie, ceux de l'entreprise. C'est permettre, peu ou prou, à l'éthique de coexister avec l'intérêt social.

23 On le voit, deux hypothèses sont envisageables à la lumière de ces différents développements. Soit les principes éthiques ont été juridicisés. Dans ce cas, ils auront une

⁹⁰La logique de la Responsabilité Sociale des Entreprises qui fonde la philosophie des codes d'éthique invite à dépasser cette seule vision de la société pour l'élargir. On peut y intégrer les *stakeholders*, terme que l'on traduit habituellement par « parties prenantes », expression à laquelle on peut préférer celle de « tiers intéressés ». La catégorie des tiers intéressés regroupe tous ceux qui, à quelque niveau que ce soit, sont intéressés par l'activité de la société : salariés, clients, fournisseurs, concurrents, voisins, associations, collectivités locales, etc., alors même qu'ils ne sont pas nécessairement liés à l'entreprise. La prise en compte de ces tiers intéressés caractérise, fondamentalement, la réalisation du fait que toute société est prise dans un réseau d'interdépendances qui lui interdisent de prétendre se déterminer seule. Au-delà même de l'ouverture aux autres qui résulte des liens contractuels qui peuvent être tissés, l'entreprise doit tenir compte de l'ensemble des tiers qui subissent l'impact de son activité et dont les actions ou réactions sont susceptibles d'avoir un impact sur elle. C'est l'idée qui a justifié la création en 1989, à la suite de la marée noire de l'Exxon Valdez, de la *Coalition for Environmentally Responsible Economies* (CERES), à l'origine du *Global Reporting Initiative* (GRI) qui entreprend de normaliser la diffusion d'informations environnementales.

Cette prise en compte des tiers intéressés va se traduire de diverses manières : certains sont liés à l'entreprise par des contrats, d'autres ne sont pas dans une relation juridique avec l'entreprise mais doivent compter avec son existence. L'aspect pathologique de cette coexistence peut se traduire par une mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'entreprise dont l'activité causerait un dommage à ces personnes.

⁹¹ Il s'agit d'une expression ou d'une notion qui, bien que venue des pays anglo-saxons par l'entremise du « *Corporate Governance* », avait été accueillie et acceptée depuis longtemps déjà par la pratique et par la doctrine avant de l'être, timidement, par la jurisprudence. Et pour d'amples analyses, cf. J. ISSA-SAYEGH, « L'Ohada et le gouvernement des entreprises », 27 septembre 2007, in www.ajbef.info.

⁹² F. G. TREBULLE, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés », *Bull. Joly* 2006, 1337 et 2007, 1.

effectivité certaine par le biais du système juridique. L'intérêt social devra intégrer ces principes comme une contrainte juridique à laquelle il est soumis. Soit les principes éthiques ne sont que des normes de fait dont l'application dépend du bon vouloir des dirigeants. Aussi, ils ne pourront influencer sur la gestion de la société que dans les limites de l'intérêt social.

Les règles consacrées par l'intérêt social, si elles réduisent l'effectivité des codes d'éthique, ne sont pas les seules règles à y contribuer. A côté d'elles, les règles légales de responsabilité des dirigeants jouent également un grand rôle.

2 - Une limitation déduite des règles de responsabilité des dirigeants

24 Lorsqu'on examine les règles de droit organisant le fonctionnement et la gestion des sociétés, il apparaît que les dirigeants doivent agir dans le respect de l'intérêt social. En ce sens, l'intérêt social est une contrainte réelle pour l'éthique dans la mesure où la responsabilité des dirigeants est engagée par son non-respect. Comme l'a montré, en effet, un auteur, « les dirigeants ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés [...] ; de ne pas user des biens ou du crédit de la société contrairement à l'intérêt de cette dernière, dans leur intérêt personnel »⁹³. En quelque sorte, le comportement des dirigeants qui porte atteinte à l'intérêt social peut être une source de dommages pour la société, les associés ou les tiers. Ce faisant, la question de leur responsabilité se trouve posée. Le législateur OHADA des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique sanctionne de tels comportements au double plan civil⁹⁴ et pénal.

Dans la société en nom collectif, par exemple, l'article 277 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de l'OHADA dispose qu'en l'absence de clause statutaire, le gérant possède un pouvoir de décision qui lui permet d'accomplir seul tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société⁹⁵. En matière de responsabilité des dirigeants dans une S.A.R.L, l'Acte Uniforme OHADA l'intègre dans ses articles 330 à 332⁹⁶. Dans le même ordre d'idées, l'article 891 de l'Acte Uniforme OHADA, sanctionne, en effet, les dirigeants de sociétés anonymes qui usent de leurs pouvoirs en contrariété avec les intérêts de la société, à des fins personnelles⁹⁷. [Formulation confuse. La démonstration n'est pas raisonnable : on connaît depuis longtemps les rapports entre le droit et la morale. Il y a un large domaine où le droit et la morale se recoupe et cela ne devrait pas étonner] Les règles de responsabilité, en sanctionnant ainsi le non-respect par les dirigeants de

⁹³ Cf. H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTDCom.*, 1999, p. 283.

⁹⁴ Sur cette question en droit OHADA, cf. A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *R.I.D.E.*, 2007/2, p. 211 à 243.

⁹⁵ Cf. Pour une solution identique en droit comparé, cf. art. 13 de la loi française du 24 juillet 1966.

⁹⁶ En France par exemple, la question est réglée par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1966.

⁹⁷ Pour le cas de la France, cf. article 425 de la loi du 24 juillet 1966.

l'intérêt social, limitent le rôle que l'éthique pourrait jouer dans les sociétés. De ce fait, « l'intérêt supérieur d'une entreprise peut être si fondamental qu'il nécessite parfois le recours à des méthodes contraires à l'éthique »⁹⁸ sans toutefois constituer des violations de la loi. En ce sens, l'éthique est différente de la loi et son impact demeure limité.

25 Sur le plan théorique, l'observation montre que le droit tend à écraser l'éthique, alors qu'il devrait en assurer le respect. Il y a ainsi un large domaine où le droit et la morale se recoupent et cela ne devrait pas étonner⁹⁹. Selon une vue optimiste et réaliste du professeur Pascal DIENER, « le droit, tout le droit, même dans ses aspects les plus techniques, est toujours dominé par la loi morale dans sa fonction normative »¹⁰⁰. JOSSERAND avait même exclu toute frontière entre le droit et la morale, en soutenant que le droit n'était que « la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition »¹⁰¹. La mouvance de cette idée tient à une double préoccupation.

En premier lieu, il peut y avoir une très grande ressemblance de la règle de droit et de la règle morale. Pour certains auteurs¹⁰², le constat découle à la fois du fait que « la règle morale détermine, au moins (morale *stricto sensu*), des effets sensibles dans la vie sociale par le comportement qu'elle assigne à l'individu » et à ce qu'« elle peut constituer un guide pour la règle de droit ». Elle peut aussi agir sur l'interprétation de la règle de droit¹⁰³.

En second lieu, il est acquis que la règle de droit consacre parfois juridiquement le comportement dicté par le devoir moral. Toutefois, à la différence de l'hypothèse précédente, celui-ci ne s'impose pas. Il s'agit là d'une illustration de la notion d'obligation naturelle formulée par l'article 1235 du Code civil¹⁰⁴.

⁹⁸Cf. FEUILHADE de CHAUVIN, *Ethique et pouvoir*, E.S.F. Éditeur, 1991, cité par Ph. AONZO, in art. préc., p. 9. On cite à ce titre pour exemple le fait d'étouffer en les réparant les indécitesses commises par un collaborateur dont on se séparera comme si de rien n'était.

⁹⁹ On peut relever trois exemples, parmi d'autres : l'ensemble des dispositions légales qui garantissent la dignité de la personne et l'intégrité de l'espèce humaine (v. en particulier les articles 16 et s. du Code civil qui, notamment, interdisent les atteintes à la dignité de la personne, à l'inviolabilité du corps humain et les pratiques eugéniques « tendant à la sélection des personnes » ; v. égal. Art. 3et s. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, art. 4 et 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981) ; la règle qui interdit de tromper son partenaire pour l'amener à conclure un contrat, comportement contraire à la morale et que le droit sanctionne au titre du dol (art. 1116 C.civ.) ; le principe de l'enrichissement sans cause qui oblige celui qui a reçu un enrichissement injuste à le restituer, principe moral qui, sous diverses conditions, est consacré, dans différents cas par la loi et par la jurisprudence (en jurispr., cf. not. Cass. Req., 15 juin 1892, Boudier, S. 1893. 1. 281, note J.-E. LABBE).

¹⁰⁰ Cf. P. DIENER, *Ethique et droit des affaires*, *Rec. Dalloz Sirey*, 1993, chr., p. 17, n° 2 ; et dans le même sens, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n°s 13-18 ; J. T. DELOS, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, *Arch. Phil. Droit*, 1933, p.p. 84 à 111.

¹⁰¹ Cf. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1927, n° 254.

¹⁰² Cf. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^{ème} éd. 2010, n°13.

¹⁰³ Cf. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Dalloz, 1899 (2^e éd. 1919).

¹⁰⁴ Sur cette notion, cf. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ouvr. préc.*, n°s 13 et 243 qui en présentent un bon exemple, et du mécanisme qu'elle consacre : en droit, le débiteur libéré par la prescription n'est plus tenu de payer et il peut ignorer

26 En droit des affaires, la généralisation d'une telle pratique est connue. D'après le professeur Barthélémy MERCADAL, « il n'est pas un montage technique dans les affaires qui ne devra céder devant la fraude ou l'abus »¹⁰⁵. Le droit des affaires trouve, en effet, son équilibre dans la conjugaison de la sécurité et de la justice, voire de la technique et de l'éthique, en ce sens que la discipline « opère une médiation nécessaire entre les préceptes généraux du droit, théoriques et abstraits, et des fins concrètes, précises »¹⁰⁶. On le remarque à propos de la mutation que connaît le nouveau capitalisme libéral moderne. Face aux abus de l'affairisme effréné et de la spéculation, on assiste à une vigoureuse contre-attaque de la morale dans les affaires sous l'appellation d'éthique¹⁰⁷. A présent, l'éthique est une donnée économique non négligeable, un enjeu financier que les hommes d'affaires ne peuvent négliger. En ce sens, l'association de l'éthique à la stratégie de gestion des entreprises devient la condition d'une réussite durable¹⁰⁸.

Inévitablement, le droit des affaires n'est pas un outil neutre et amoral. La morale, synonyme d'éthique, fait partie intégrante du droit des affaires, en ce sens que toute recherche théorique ou toute action humaine, implique l'adhésion préalable à un système de valeurs. Admettre le contraire revient à adhérer à un système de valeur fondé sur l'amoralité du droit¹⁰⁹. Les règles de responsabilité des dirigeants en droit de l'OHADA qui se fondent à titre principal sur le respect de l'intérêt social ne prétendent pas s'attaquer ou ignorer ce dogme quasi officiel enraciné dans notre culture juridique et morale. Bien que demeurant fidèle à la position de Paul ROUBIER qui considérait, à juste titre, « qu'il n'y a pas opposition de principe entre le droit et la morale »¹¹⁰, la solution consacrée par le droit des sociétés commerciales fonde son autorité, semble-t-il, sur une conception positive du droit dont le respect est garanti par la prévision d'une sanction socialement organisée. L'appréciation juridique de l'intérêt social qui fonde les règles de responsabilité des dirigeants procède de considérations objectives tandis que l'appréciation de l'éthique est fluctuante et manque de vertu coercitive pour permettre d'établir la sécurité juridique que requiert la vie de toute société humaine.

les demandes de paiement de son ancien créancier. Mais s'il paie volontairement cette dette par devoir de conscience, la loi lui interdit de se prévaloir ensuite de la prescription pour se faire rembourser.

¹⁰⁵ In *Le droit des affaires : pourquoi ?*, JCP 1985.I.3182 ; et dans le même sens, J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », art., pp. 291 à 300.

¹⁰⁶ Cf. F. GENY, *Science et technique en droit positif*, Sirey 1921, t. 3, n° 63, p. 193.

¹⁰⁷ Au-delà du caractère plus élégant, voire plus scientifique qu'exprime ce nouveau terme qui se substitue ainsi à celui de moral, il continue de traduire le besoin de moral dans la vie des affaires. Il s'ensuit que le mot éthique a la même origine étymologique que la morale, les deux mots renvoyant aux mœurs (*mores* en latin, *ethos* en grec).

¹⁰⁸ Cf. P. DIENER, art. préc., p. 18, n° 8.

¹⁰⁹ Ibid., p. 19, n° 11 ; égal. A. R. HENRION, L'éthique des affaires : valeurs morales ou recettes d'efficacité ?, *Journal des tribunaux*, 1996, p. 1.

¹¹⁰ Cf. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1951, n° 6

27 N'en déplaise, on peut, sans contradiction, admettre l'existence des rapports entre les concepts d'intérêt social et d'éthique, et souhaiter ardemment une nécessaire convergence entre eux. Bien que l'éthique a la même origine étymologique que la morale, sa valorisation actuelle dans tous les domaines, et plus particulièrement en droit des affaires, n'a d'équivalent que la disqualification de la morale.

Ce faisant et paraphrasant Georges RIPERT, il paraît préférable de faire appel aux règles éthiques dans l'élaboration des exigences du contenu de l'intérêt social, même si on ne peut se contenter d'une idée générale et vague de justice¹¹¹. La promotion de l'éthique permet ainsi une mise à disposition du droit, car n'apparaissant pas comme un obstacle ou un interdit mais, de façon plus positive, comme un bien à rechercher et à accomplir¹¹².

28 L'objet social détermine également les activités potentielles que la société se propose d'exercer au cours de sa vie sociale. Les dirigeants pourraient engager leurs responsabilités s'ils venaient à privilégier l'éthique sur la réalisation de l'objet social. Dans la mesure où l'objet social est licite, comme l'exige la loi, les dirigeants auront des difficultés à justifier vis-à-vis des associés des décisions qui ne s'inscriraient pas dans la réalisation de cet objet social. S'agissant de la société anonyme par exemple, les administrateurs peuvent à tout moment être révoqués par l'assemblée générale des actionnaires¹¹³. Ils ne se trouvent pas, tout au moins théoriquement, dans une position suffisamment stable juridiquement pour généraliser une « gestion éthique ». Il apparaît, en effet, difficile aux administrateurs de prendre des décisions inspirées par une « éthique de l'entreprise » alors qu'elles ne seraient pas imposées par le droit et entraîneraient de ce fait de moindres profits. L'éthique a ainsi sa place dans la gestion de la société. Cela ne sera véritablement possible qu'à la condition qu'elle ne soit pas en contrariété avec l'intérêt social et surtout qu'elle puisse s'insérer dans l'espace laissé par la loi.

L'analyse tend à justifier la nécessaire protection des biens de l'entreprise. En vertu du principe de la plénitude des pouvoirs des dirigeants sociaux tel qu'issu de la représentation institutionnelle de la société, les dirigeants ont la latitude d'accomplir des actes de gestion n'entrant pas dans l'objet social¹¹⁴. La porte pourrait dès lors être ouverte aux décisions inspirées par une

¹¹¹ Cf. G. RIPERT, *ibid.* ; égal. Y. GATTAZ, Réflexions sur l'éthique de l'entreprise, *Gaz. Pal.* 1999 (1^{er} sem.), p. 379 ; Ph. AONZO, Point de vue sur l'éthique de l'entreprise, *L.P.A.*, n° 184, 14 sept. 2001, p. 4.

¹¹² Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, PUF, 2011, 2^{ème} éd., p. 28 ; égal. P. COURTEAUD, De l'éthique au droit, ... Certes ! Mais qu'est-ce donc que l'« éthique » ?, *Gaz. Pal.* 1981 (1^{er} sem.), p. 301 ; J. BROUILLET, Quelles sanctions en éthique des affaires ? Bases juridiques de la sanction - une approche du droit social, *Gaz. Pal.* 1992 (1^{er} sem.), p. 487.

¹¹³ On parle de révocation ad nutum, sous réserve de l'abus de droit.

¹¹⁴ Cf. art. 121 à 123 de l' AUDSC-GIE de l'OHADA.

« éthique de l'entreprise » malgré les restrictions légales. La sécurité des transactions et l'intérêt des tiers ont paru devoir l'emporter, dans ces circonstances. Toutefois, la société peut échapper à ses engagements si elle prouve que le tiers destinataire de la charte éthique savait que la mesure prise dépassait l'objet social ou s'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. En aucun cas, la seule publication des statuts ne suffit à constituer la preuve de cette connaissance¹¹⁵.

29 Au total, la valeur juridique limitée de l'éthique, au sens où on l'a entendu au niveau de cette réflexion, est somme toute compréhensible. L'éthique définie comme un ensemble de principes distincts du droit positif et qui s'imposerait à l'entreprise indépendamment du droit ne se vérifie pas vraiment dans la mesure où son effectivité réelle passe par sa juridicisation. La notion s'intègre ainsi dans le moule du droit positif. Elle intervient pour réaffirmer des principes sous-jacents au droit, servir à l'interprétation de notions légales ou encore pour combler un espace non réglementé par la règle de droit mais dans le respect du cadre fixé par celle-ci. L'analyse démontre qu'au-delà des déclarations de réprobation ou d'une simple responsabilité morale, l'entreprise ne peut se voir sanctionnée sur le terrain éthique si le droit ne vient pas lui en imposer le respect. Ceci ne signifie pas que l'éthique de l'entreprise n'existe pas. Elle doit avant tout être appréhendée comme un outil de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire un élément de sa gestion. Il y a ainsi possibilité d'envisager les voies de l'effectivité des codes d'éthique.

II- Les voies de l'effectivité des codes d'éthique

30 Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », les codes d'éthique reposent sur le double postulat du volontariat pour ce qui est de l'adhésion et de l'absence de contraintes pour ce qui est de la mise en œuvre. Pour autant, des critiques naissent à propos de ce discours selon lequel on pourrait souscrire des engagements qui n'engagent pas, adhérer à un système de responsabilité qui ne soit pas juridiquement sanctionné¹¹⁶.

A s'en tenir aux pertinentes réflexions du professeur J.-L. BERGER, la règle juridique « peut s'approprier des règles qui lui sont à l'origine étrangères et intégrer dans le système juridique des valeurs sociales ou éthiques sous forme de normes qualitatives et de concepts flexibles, soumis à l'appréciation de ses destinataires, sous le contrôle de l'interprète et du juge »¹¹⁷. Perçus dans cette optique, les codes d'éthique cessent d'être envisagés comme certaines compilations de promesses

¹¹⁵ Cf. art. 122 du même texte.

¹¹⁶ Cf. F. G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises- Entreprise et éthique environnementale », préc., n° 35, p. 10.

¹¹⁷ (dir.) ?, *Droit et déontologies professionnelles*, 1997, Libr. Univ. Aix-en-Provence, p. 16.

ne liant que ceux qui y croient¹¹⁸. Les engagements souscrits dans ce cadre pourront être pris en compte pour apprécier la responsabilité civile des entreprises qui s'y soumettent.

31 Il existe dans notre droit positif des instruments permettant de conférer aux codes de conduite privés une valeur juridique propre à leur donner une certaine effectivité¹¹⁹. Leur multiplicité permet d'affirmer que la démarche des codes d'éthique est non seulement une orientation avantageuse, mais aussi une source de responsabilité. Deux d'entre eux sont particulièrement dignes d'intérêt : le recours aux ressources de la sphère professionnelle, d'une part (A), et l'intégration des règles éthiques dans le système juridique d'Etat, d'autre part (B).

A – Le recours aux ressources de la sphère professionnelle

32 La normalisation professionnelle est sans doute moins efficace au sein des espaces nationaux. Malgré tout, il existe à ce niveau deux puissants facteurs permettant d'assurer une efficacité aux codes d'éthique : la modification des standards d'appréciation d'un comportement donné de l'entreprise, d'une part (1) et l'assimilation des codes d'éthique aux usages, d'autre part (2).

1 – La modification du standard de comportement de l'entreprise

33 Une certaine normalisation est sans doute inséparable des activités professionnelles et économiques. Toute profession secrète ses standards et ceux-ci sont suivis dans l'ensemble. Normes souples fondées sur un critère intentionnellement indéterminé¹²⁰, les standards constituent des outils d'analyse du comportement des parties à un contrat ou des auteurs d'une faute. Les codes d'éthique peuvent ainsi bénéficier de ce processus.

A partir du moment où une entreprise accepte d'adhérer à une démarche de codes d'éthique, accepte de se soumettre à des contraintes plus strictes que celles qui résultent de la loi ou des règlements, et définit ces normes auxquelles elle se réfère, elle manifeste, semble-t-il, sa volonté de se placer sur un terrain différent du droit commun. Par sa propre action tendant à élever le niveau d'exigence qu'elle revendique, il est possible de constater avec le professeur François Guy TREBULLE, l'effet bénéfique que celle-ci engendre en termes d'accroissement des « conditions

¹¹⁸ On peut rencontrer des chartes ou codes d'éthique participant formellement de la logique sous-entendue par un engagement susceptible d'être intégré dans le droit, mais ne reproduisant en réalité qu'un « discours creux à portée publicitaire » (G. FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privé », préc, p. 65). Il va de soi que dans un tel cas de figure, il serait vain d'essayer d'y voir autre chose qu'un outil de promotion ; pour autant tout effet n'est pas exclu et il faudra précisément, l'assimiler purement et simplement à un document publicitaire.

¹¹⁹ Ils pourraient s'exprimer de deux manières : soit en fournissant des éléments d'appréciation de la responsabilité, soit en permettant de consacrer de nouvelles obligations civiles.

¹²⁰ Cf. G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, v° Standard.

d'analyse de la normalité de son comportement »¹²¹. Ce faisant, on en déduit que les juges sont en droit de « se servir des déclarations volontaires du type de celles comprises dans des codes de conduite comme éléments d'interprétation ou de constructions des solutions juridiques »¹²².

34 Dans le cadre contractuel ou délictuel, il n'est pas nécessairement besoin de viser directement lesdits engagements pour observer que l'appréciation de la bonne foi impose de tenir compte des déclarations faites par celui dont il s'agit d'apprécier le comportement. De la même façon, celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser¹²³.

S'en tenant à cette perception des codes d'éthique invoqués à titre de standard, il apparaît que la faute de l'entreprise manquant à ses engagements pourra être sanctionnée. Il n'est en effet pas nécessaire qu'une disposition légale soit violée pour caractériser une faute. La sanction, par la jurisprudence, de la violation de règles purement privées ou d'engagements contractuels spécifiques va clairement dans ce sens. Pour la doctrine, le fondement de cette solution doit être recherché, semble-t-il, dans « l'inobservation d'un principe général du droit, d'une coutume impérative ou même d'un simple usage, d'une réglementation d'origine purement privée, ou encore des directives imposées par un syndicat, une association ou un ordre professionnel à leurs membres, notamment sur le plan déontologique »¹²⁴. Les engagements souscrits dans le cadre de l'adhésion à un code éthique peuvent parfaitement prendre place dans cette énumération.

35 Le fait que la faute puisse résulter de la violation des règles volontairement acceptées dans le cadre des codes d'éthique permettra de sanctionner toute discordance entre le discours et la réalité. En ce sens, l'adhésion à une telle démarche peut être regardée comme aggravant systématiquement l'obligation de l'entreprise.

Un manquement à des règles déontologiques ou aux prescriptions contenues dans un code éthique ne doit pas nécessairement être regardé comme fautif¹²⁵. C'est l'entreprise elle-même qui

¹²¹ In « Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale », op. cit., n° 37, p. 10.

¹²² Cf. G. FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privé », préc., p. 66.

¹²³ Cf. F. OSMAN, art. préc., p. 524 ; J.-L. BERGEL, (dir.), art. préc., p. 13.

¹²⁴ Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., 1998, LGDJ, n° 461, p. 346.

¹²⁵ Cf. sur cette question, obs. de Y. SERRA, D. 1997, p. 459 et de G. VINEY, JCP 1997, I, 4068, n° 1, sous Cass. com. 29 avril 1997, retenant trop largement que la « méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert comptable [...] suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale » ; cf. la position

s'engage à changer le modèle de référence auquel son comportement devrait être comparé pour apprécier l'existence de la faute¹²⁶. Et pour que sa responsabilité soit véritablement engagée, la faute invoquée doit avoir causé un dommage aux éventuels tiers concernés¹²⁷.

36 La profession dispose elle-même de ses propres moyens de persuasion, de pression et de sanctions. L'objectif recherché est d'empêcher la survenance des infractions à la discipline professionnelle. En ce sens, les codes d'éthique peuvent s'accompagner d'une publicité plus efficace que la publication de la loi. Les consommateurs, les partenaires professionnels, des tiers intéressés peuvent connaître les normes qui sont jugées bonnes par la profession et être portés à refuser tout contrat ou tout rapport avec ceux qui ne les respectent pas. On ne saurait sous-estimer les boycotts des milieux professionnels. Enfin, des sanctions disciplinaires peuvent être prévues par les organisations auxquelles appartiennent les contrevenants¹²⁸. Ces sanctions peuvent être extrêmement rigoureuses¹²⁹.

On ne saurait trop insister sur les avantages que présente la « normalisation » pour le monde des affaires, dans toutes les hypothèses. Si le milieu est dominé par des tendances corporatistes ou « solidaristes », les codes d'éthique sont évidemment bien venus. S'il s'agit au contraire d'un climat concurrentiel, le code d'éthique assurera les conditions d'une certaine concurrence, car celle-ci n'est jamais spontanée et sans règle¹³⁰.

Lorsque l'adoption d'un standard est insuffisante à favoriser la prise en compte juridique des codes d'éthique, il convient de scruter d'autres horizons. En ce sens, l'assimilation des codes d'éthique aux usages offre d'intéressantes perspectives.

2- L'assimilation des codes d'éthique aux usages

37 Deux situations sont susceptibles d'attirer l'attention ici.

plus mesurée de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation française : Cass. 1^{re} civ. 18 mars 1997, JCP 1997, II, 22829, rapp. P. SARGOS.

¹²⁶ Sur l'utilité de ce changement du modèle de référence, cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., n° 579.

¹²⁷ Le préjudice éprouvé peut même être moral. Il sera caractérisé à chaque fois que l'entreprise a fait naître une attente, déterminé par ses affirmations un comportement d'achat ou d'investissement. L'entreprise doit répondre des désillusions que ses manquements provoquent. L'éventualité d'une condamnation symbolique peut avoir, en termes d'image, des conséquences extrêmement sérieuses.

¹²⁸ Sur le respect des usages par les adhérents d'un syndicat, cf. M. PEDAMON, obs. sous Com., 8 oct. 1956, et Paris, 1er juil. 1970 : *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 3.

¹²⁹ A titre d'exemple, le code élaboré par l'Association suisse des banques prévoit des amendes pouvant aller jusqu'à quatre millions de dollars. L'adhésion au code est libre mais l'Association a prévu qu'elle tirerait les conclusions qui s'imposent d'une non adhésion.

¹³⁰ « La normativité permet de réaliser entre capitalistes cette « égalité dans l'exploitation de la force du travail » qui est le premier droit du capital » : Karl MARX, cité par G. FARJAT, in « Réflexions sur les codes de conduite privés », préc., p. 59.

Tout d'abord, rien ne montre mieux la force des codes d'éthique que leur qualification sous formes d'usages. Qu'il s'agisse des usages professionnels ou des usages conventionnels, ceux-ci ont un caractère éthique avéré en raison de leur objet. Malgré ce trait distinctif susceptible de les priver de portée juridique en tant que telle, ils ne cessent d'acquérir une force juridique grâce à la qualification d'usage d'entreprise¹³¹.

L'entreprise qui adopte une pareille démarche accepte nécessairement de placer l'ensemble de son activité, de manière implicite ou explicite, sous l'empire des règles ainsi dégagées. Le caractère facultatif de ces usages n'a aucune influence sur la portée de la sanction. Le domaine des relations de travail entre employeurs et employés offre d'intéressantes illustrations. A cet effet notamment, les engagements pris par ceux-là à l'égard de ceux-ci dans un code éthique sont à l'évidence de nature à les engager vis-à-vis de leurs salariés.

Le caractère facultatif des usages a certainement une influence sur la sanction juridique de ces normes éthiques. Parce qu'en la matière, il faut le vouloir pour y être soumis, il n'est pas exclu que les entreprises refusent a priori la sanction juridique à prononcer. Au vrai, la portée d'une telle prérogative est sans enjeux majeurs. Comme l'a pertinemment relevé le professeur François Guy TREBULLE à ce propos, ce qui est déterminant, c'est la conscience du caractère obligatoire des normes éthiques assimilées aux usages d'entreprises¹³². Mieux, dès lors que les entreprises adhèrent à la démarche de formulation des codes d'éthique, elles s'engagent à conformer leur attitude à un certain nombre de règles immédiatement opposables dans l'exercice de leurs activités quotidiennes¹³³.

38 Ensuite, parce que le consensus est loin d'être fait autour de la force des usages, il est possible que la controverse soit définitivement tranchée si on décidait d'abandonner cet objet de comparaison reposant essentiellement sur le volontariat au profit d'un autre jugé obligatoire et impératif. Dans cette veine, la coutume peut être utilement invoquée, en certaines circonstances, comme référent juridique des codes d'éthique¹³⁴. L'affirmation tire sa justification, semble-t-il, des analyses développées par un éminent auteur qui, à propos des accords de Grenelle, a démontré le processus d'accélération de l'histoire dans la formation de la coutume¹³⁵. Partant du postulat selon

¹³¹ Cf. I. DESBARATS, art. préc., n° 8.

¹³² In « Responsabilité sociale des entreprises - Entreprise et éthique environnementale », préc., n° 39, p. 11.

¹³³ En cas de différends, il faudra se référer à la lettre des engagements souscrits ou des propos tenus pour identifier celles des pratiques socialement responsables qui sont effectivement susceptibles d'être considérées comme retenues par l'entreprise au titre de l'usage conventionnel auquel elle se soumet.

¹³⁴ Cf. B. OPPETIT, « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, n° 3, 1986, p. 39.

¹³⁵ Cf. B. STARCK, « A propos des "accords de Grenelle", Réflexions sur une source informelle de droit », *JCP* 1970, I, 2363 ; égal. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, 1995, LGDJ, p. 538-539.

lequel la « pression sociologique »¹³⁶ interagit énormément en termes de création de règles de droit objectif, la répétition d'une pratique dans le temps n'est plus nécessairement indispensable à la formation d'une coutume. De là, on en déduit que « ce qui est déterminant c'est la généralisation d'un comportement dans une catégorie donnée de personnes, et l'*opinio necessitatis*, le sentiment du caractère obligatoire de la règle »¹³⁷.

39 L'expression d'un tel phénomène est-elle vraiment suffisante pour conclure à l'existence d'une coutume en matière de codes d'éthique ? La réponse doit être nuancée. En effet, seules certaines entreprises recourent effectivement à de telles pratiques et rappellent assez qu'elles n'entendent pas être tenues juridiquement. Cependant, le parallèle relevé avec les accords de Grenelle est susceptible de prétendre à une certaine généralisation de la qualification des codes d'éthique en coutume. La magistrale étude de Boris STARCK ne faisait-elle pas déjà valoir que ces accords n'avaient qu'une nature politique et non juridique mais que « leur application pratiquement unanime dans un laps de temps très bref en a transformé la nature : de politique elle est devenue juridique »¹³⁸ ! Surtout, il est acquis que les codes d'éthique comportent un aspect « social » essentiel, source de facilitation du rapprochement avec la coutume¹³⁹. Il en sera ainsi des codes d'éthique adoptés par un groupement inter-patronal et imposés à ses membres. Dès lors, on pourra retenir qu'au-delà de l'usage conventionnel de ces documents, c'est bien une coutume qui en résulte¹⁴⁰.

¹³⁶ L'expression est empruntée à B. STARCK, in art. préc., p. 2363.

¹³⁷ Cf. B. STARCK, art. préc., p. 2363, n° 10. De son côté, B. BEIGNIER, préc., p. 539, relève que le constant usage n'est que la preuve du sentiment du caractère obligatoire.

¹³⁸ Cf. B. STARCK, art. préc., p. 2373, n° 24.

¹³⁹ En droit social français par exemple, il a été admis que des usages soient consacrés alors même qu'ils n'avaient fait l'objet que d'une répétition extrêmement limitée (cf. E. DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Soc.* 1994, p.230 ; Ph. LANGLOIS, « Les usages », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, 1989, Dalloz, p. 285, qui relève que « l'usage résulte donc bien de l'engagement de l'employeur à destination de salariés. Il s'agit donc non seulement des décisions unilatérales traditionnelles mais aussi de celles d'appliquer dans l'entreprise tout ou partie de conventions collectives qui ne s'y imposent pas ».

¹⁴⁰ Cf. en sens, G. FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privé », préc., p. 62.

On le voit, l'action des entreprises dans la prise en compte juridique des codes d'éthique peut s'opérer soit à travers la modification des standards d'appréciation d'un comportement donné ou dans le cadre de la consécration d'usages, quoiqu'en disent ceux qui veulent les maintenir en dehors du champ d'intervention du droit. Cette démarche est loin d'être complète. Pour l'être effectivement, on peut envisager la pénétration des codes d'éthique dans le système juridique de l'Etat.

B – L'indispensable « pénétration » des codes d'éthique dans le système juridique de l'Etat

40 Au-delà de l'éclectisme qui caractérise les instruments d'édition du « droit mou », on observe que celui-ci a été, pendant longtemps, ignoré par le système juridique de l'Etat dans les rapports de « relevance juridique » entretenus par ce dernier avec les ordres juridiques a-étatiques¹⁴¹. Actuellement, il n'y a plus d'obstacle à la « pénétration » des dispositions des codes de conduite et plus précisément des codes d'éthique dans notre système juridique. On les considère toutefois comme des autorités de fait.

Une interrogation surgit ainsi quant aux techniques susceptibles d'être utilisées par le juge étatique pour accueillir et sanctionner leur violation par les opérateurs privés. La question est d'autant utile que cette réception ne peut se faire que si, dépassant l'affirmation de l'autonomie des ordres juridiques étatiques et privés (1), le juge accepte d'être considéré également comme le gardien des ordres a-étatiques. Ce n'est qu'au terme de l'admission d'une telle « relevance juridique » que le juge étatique s'efforcera de recevoir lesdites normes et d'en sanctionner, par voie de conséquence, la violation (2).

1 - L'affirmation de l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés : la négation des rapports de relevance juridique

41 Les codes de conduite des entreprises constituent indiscutablement une pratique en expansion. La légitimité de ces normes privées au regard de la réglementation publique, nationale ou internationale, est particulièrement discutée¹⁴².

C'est à l'occasion des sanctions disciplinaires que le problème de l'indépendance des ordres juridiques étatiques et privés que sont les codes d'éthique pourra se poser avec acuité. Toute

¹⁴¹Cf. F. OSMAN, art. préc., p.517. La notion de relevance a été développée par SANTI ROMANO pour qui, « se proposer l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres ». Celle-ci ne saurait être confondue « avec l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre ». Pour qu'il y ait une relevance juridique, « il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier », (SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 106).

¹⁴²Cf. I. DESBARATS, art. préc., p. 337.

sanction infligée par un groupement privé mérite-t-elle de faire l'objet d'un recours devant les tribunaux étatiques? Cette question est bien celle de la relevance juridique¹⁴³. On la retrouve à propos des ordres juridiques privés en général, investis d'une mission de service public, et dotés de prérogatives de puissance publique. Celles-ci leur permettent d'édicter des actes administratifs, individuels ou réglementaires, susceptibles d'être déférés à la censure du juge administratif par le biais du recours pour excès de pouvoir. En France par exemple et en l'absence d'identification des références jurisprudentielles camerounaises relatives à cette préoccupation, le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une partie de ces actes, bien que se rattachant à l'exercice d'une mission de service public par une association, échappe à la relation de relevance juridique. Ils ne produisent effet que dans la seule sphère interne à cette personne morale de droit privé¹⁴⁴.

42 Cette solution n'est pas propre à la juridiction administrative. Ce sont les mêmes considérations théoriques qui ont conduit la Cour de cassation, dans le cadre d'une jurisprudence constante¹⁴⁵, à juger que « les règles déontologiques, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leur disposition »¹⁴⁶. C'est pour des motifs identiques que la Cour d'appel de Paris s'est refusée à annuler une convention, à laquelle un architecte était partie, et qui n'avait pas été constatée par écrit, alors que l'article 11 du code des devoirs professionnels des architectes exigeait l'écrit sous peine de nullité¹⁴⁷. A travers la consécration de l'autonomie du droit disciplinaire à l'égard du droit civil, le juge entend, bel et bien, cantonner la sphère de l'ordre juridique a-étatique à son champ de régulation. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que la règle violée est contenue formellement dans un acte édicté par l'ordre juridique étatique.

43 A l'analyse, l'affirmation par le juge de l'indépendance de l'ordre juridique étatique, dont il est seul gardien, et des ordres juridiques privés peut prendre des formes variées.

¹⁴³Cf. en ce sens, N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie : contribution à l'étude des modes de régulation », in *Les usages sociaux du droit*, Travaux du CURRAP, Paris, PUF, 1989, p. 88 et 93.

¹⁴⁴Cf. CE 19 déc. 1988, Mme Pascau c/Fédération française d'aérobic et de stretching, *AJDA* 1989, p. 271, obs. J. MOREAU : « L'exercice par une fédération du pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres est en lui-même inhérent à l'organisation de toute association ».

¹⁴⁵Le premier arrêt a été rendu en France par Soc. le 24 mai 1960 (*Bull. Civ. IV*, n°562, p.435; *D.* 1961. Somm. 3) contient, en germe, une telle solution. Celui rendu, en revanche, par Civ. 1ère, 18 avr. 1961, (*JCP* 1961.II.12184, note J. SAVATIER) est plus explicite.

¹⁴⁶Cf. Civ. 1ère, 5 nov. 1991, *Conta c/SARL Le Blanc distribution et autres*, *Bull. Civ. I*, n°297, p.195; *RJDA* 1992, n°11, p.15. Il convient de souligner que tous les arrêts de cassation rendus depuis le 24 mai 1960 comportent, à la suite du visa, un chapeau identique à celui cité in extenso dans le texte.

¹⁴⁷Cf. Paris, 28 juin 1985, *D.* 1987.16, note A. GOURIO. Il en est de même de l'art. 77 code de déontologie médicale exigeant que les conventions conclues entre les cliniques et les médecins soient écrites, et dont la portée est strictement disciplinaire: Civ. 1ère, 17 nov. 1987, *Lexilaser*, arrêt n°1. 224.

Elle peut résulter, comme mentionné, de la volonté de cantonner la production normative de l'ordre a-étatique à sa seule sphère interne. Il en est ainsi en France toujours lorsque le juge étatique condamne sur le fondement de l'article 1382 du Code civil les membres d'un ordre professionnel à l'origine de poursuites disciplinaires déclenchées contre certains de leurs confrères. Dès lors que les auteurs de la plainte ont agi avec « une légèreté blâmable et une imprudence manifeste », d'où il en est résulté un préjudice, la particularité de la procédure ne saurait constituer une cause exonératoire¹⁴⁸. Rien n'exclut d'ailleurs qu'une recommandation émanant de l'ordre privé soit directement en conflit avec le droit étatique¹⁴⁹. Le conflit peut aussi concerner un droit supra étatique¹⁵⁰.

C'est également le principe d'indépendance des ordres juridiques étatiques et privés qui conduit le juge à affirmer le principe de l'effet relatif de la production normative de l'ordre privé, qu'elle que fût par ailleurs son degré de juridicité. Le professeur RIPERT avait déjà pressenti la difficulté il y a de cela un demi-siècle¹⁵¹. Or, ce problème a donné lieu à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française le 29 juin 1993¹⁵². Mais parce qu'il traduit une vision contractualiste de l'ordre juridique privé, cet arrêt est critiquable. Il l'est d'autant plus que le demandeur invoquait la violation de l'article 1382 du code civil, supputant que le code traduisait un standard de comportement. En d'autres temps, d'autres juridictions ont accepté de sanctionner la violation de tels codes sur le terrain de l'article 1382 en y voyant des standards de comportement et quelquefois des usages-règles. Ce sont, en réalité, les « standards » qui peuvent permettre la juridicisation de dispositions des codes d'éthique.

¹⁴⁸Cf. Civ. 1ère, 29 nov. 1989, *Bull. civ.* I, n° 374, p.250 : ainsi que le relève la Cour, ce n'est pas la règle privée qui est mise en cause, mais la manière dont elle a été mise en œuvre par les membres de l'ordre.

¹⁴⁹Cf. Paris, 31 mai 1991, *Quot. Jur.* 7 sept. 1991, p. 5; *RTDCiv.* 1991, p. 733, obs. J. MESTRE. La Cour de Paris estime qu'une telle clause est « de nature à restreindre la consultation elle-même puisque le client peut souhaiter que son initiative ne soit pas connue de l'administrateur de biens qu'il met en cause ». Aussi est-elle contraire à l'ordonnance française du 1er décembre 1986 relative à la concurrence commerciale.

¹⁵⁰ C'est ce que révèle un arrêt rendu par la CJCE à propos de l'incidence sur le droit communautaire de la concurrence d'une règle déontologique établie par une chambre professionnelle allemande du Land Baden-Württemberg, qui interdit aux pharmaciens de faire de la publicité en dehors de l'officine pour les produits parapharmaceutiques. La Cour a accepté de contrôler la compatibilité desdites règles avec les articles 30 et 36 du Traité CEE prohibant toute entrave au commerce intra-communautaire : CJCE Plén. 15 déc. 1993, aff. C-292/92, *RJDA* 1994, n° 243, p.198.

¹⁵¹C'est ainsi que l'auteur, tout en reconnaissant la nécessité d'associer les professionnels à une activité normative dans le cadre des tâches de mission de service public qui leur seraient conférées, soulignait que « l'organisation professionnelle pose en tout cas des problèmes juridiques qu'on ne peut se dispenser de résoudre », comme celui ayant trait à la force obligatoire de ses décisions. En effet, s'interroge-t-il, « la décision prise par l'organisation professionnelle... a-t-elle force obligatoire pour les tiers? Faut-il maintenir l'effet relatif du principe contractuel, faut-il admettre l'effet général de la loi? », in *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., pp. 240-241.

¹⁵²Cf. Com. 29 juin 1993, *Quot. Jur.* 4 janv. 1994, p. 4 : D'après cet important arrêt, l'adhésion au code est volontaire. Par voie de conséquence, la force obligatoire de celui-ci ne peut être que celle d'une convention, avec l'effet relatif qui s'y attache en vertu de l'article 1165 du code civil.

44 Dans quelles conditions et à quel titre les codes d'éthique peuvent-ils « nourrir » les standards juridiques? Les juges peuvent utiliser des dispositions émanant de codes d'éthique comme « éléments d'interprétation » ou de « construction » de solutions juridiques sans même faire référence à leur source d'inspiration. Qui pourra par exemple, pour le passé, mesurer l'influence des pratiques professionnelles et du « discours » des professions sur elles-mêmes dans la détermination des responsabilités contractuelles ou délictuelles des professionnels? La réponse à l'interrogation n'est pas évidente¹⁵³.

Ces différentes solutions n'ont pu être forgées qu'au prix de tempéraments apportés au principe de l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés.

2 - Les tempéraments apportés à l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés : l'admission des rapports de relevance juridique

45 Nombre de codes d'éthique apparaissent sur le plan formel comme des documents à caractère exclusivement incitatif¹⁵⁴, et ce, en raison de leur contenu recommandatoire et/ou de la subordination de leur obligatorité à l'adhésion des destinataires concernés. De manière progressive, ils acquièrent un caractère obligatoire.

Il en est ainsi lorsque de telles normes assument la fonction de standards permettant au juge étatique d'apprécier le comportement des opérateurs privés. Beaucoup de ces normes définissent abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé. Il s'agit de standards au même titre que la « bonne foi »¹⁵⁵ ou les « soins d'un bon père de famille » qui sont des concepts familiers aux juristes. Ils postulent, sur le plan des ordres juridiques privés, le respect de normes de prudence et de diligence plus rigoureuses, fondé sur une présomption de compétence de la communauté qui compose cet ordre juridique.

Or, comme l'admet le professeur Philippe JESTAZ, « le standard emprunte à la règle de droit son effectivité »¹⁵⁶. Sa différence avec la règle de droit classique repose sur d'autres critères¹⁵⁷. Cela signifie que le standard acquiert ainsi son caractère juridique¹⁵⁸.

¹⁵³C'est un des points qui rend si difficile la mesure de l'effectivité des codes d'éthique. Quant aux mérites respectifs des usages et des codes d'éthique, on observera que les usages n'ont aucune raison de l'emporter sur les codes. Ce sont des autorités de fait. Les codes ont fréquemment pour objet de condamner des pratiques relativement usuelles et d'imposer aux professionnels une diligence plus grande.

¹⁵⁴Cf. F. OSMAN, art. préc., p. 523.

¹⁵⁵Sur cette notion, cf. *La bonne foi*, Trav. de l'Association H. CAPITANT, Journées Louisianaises, t. XLIII, 1992.

¹⁵⁶« Une règle est effective lorsque les décisions des autorités publiques et/ou des particuliers se conforment au modèle qu'elle édicte » : Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz* 1986, chr.. p. 199.

¹⁵⁷Cf. en ce sens, A. A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueils d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, Paris, Sirey, t.II, p. 147.

46 Ce constat s'impose, tant pour les codes déontologiques dotés d'une juridicité grâce, notamment, aux modalités de leur publication, que pour ceux qui ne revêtent qu'un caractère incitatif. C'est ainsi que le code de pratiques loyales en matière de publicité, rédigé sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, avec l'aide d'organismes professionnels nationaux intéressés, constitue un élément de référence à la prise de mesures disciplinaires de la part d'organismes nationaux chargés d'un tel pouvoir¹⁵⁹. Or, ce code constitue également un instrument de référence pour les juges saisis de litige en matière de publicité. A titre d'exemple, les textes nationaux qui répriment les pratiques déloyales en matière de publicité apparaissent comme trop généraux pour pouvoir être mis en œuvre efficacement¹⁶⁰. Les tribunaux ont donc été amenés à se référer à ces réglementations corporatives définissant le comportement de l'homme diligent et avisé dans la publicité pour apprécier librement l'illicéité de certains agissements¹⁶¹.

C'est la raison pour laquelle on peut se demander si le droit mou n'est pas à « la croisée de la fiction juridique et de la réalité normative »¹⁶². La nature juridique du droit mou ne saurait être perçue de façon statique. Comme l'observe Monsieur BETTATI à propos des codes de conduite en général, la réflexion étant extensible à l'ensemble du droit mou, ce type d'instruments de régulation sociale est soumis à des tensions permanentes et son contenu est sujet à une évolution constante¹⁶³.

47 Le droit mou n'est donc pas condamné à une ineffectivité en raison de son caractère non contraignant. Sa juridicité doit être dissociée de son effectivité. L'ordre juridique étatique participe à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un ordre juridique privé. De là, on y voit, notamment, un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute¹⁶⁴. Le juge étatique, en contribuant à son effectivité par le biais d'une relevance juridique, a conscience de cette

¹⁵⁸Cette vision du standard est confortée par une étude de M. RIALS qui écrit que cet instrument de technique juridique doit être analysé comme « un type de disposition indéterminée, plutôt utilisé par le juge, dont le caractère normatif est l'objet de contestations et qui met en jeu certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité », in *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p.3, n°2.

¹⁵⁹En France, le Bureau de vérification de la publicité avait été justement créé aux fins de s'inspirer de ce code ainsi que de tous usages et règles de déontologie pour « mener, dans l'intérêt et le respect du public, une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine, [...] ».

¹⁶⁰Cf. en ce sens l'art. 44-I de la loi française du 27 déc. 1973 (loi Royer); quant au Cameroun, cf. les articles 22-a de la loi du 10 août 1990 relative à l'orientation de l'activité commerciale et 12 de la loi du 16 décembre 2006 régissant la publicité.

¹⁶¹Pour quelques exemples jurisprudentiels en droit français, cf. Crim. 25 juin 1984, *D.* 1985. 80, note FOURGOUX; Paris, 2 nov. 1977, *JCP, G*, 1978, II. 18683; Crim. 22 juin 1982, *D.* 1983. 215, note MAYER; Crim. 21 mai 1984, *D.* 1985. 105.

¹⁶²La formule est empruntée à M. BETTATI, « Réflexions sur la portée du code international de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambiguïté », in *Etudes offertes à C.-A. COLLIARD*, Pédone, 1984, p.p. 102-104.

¹⁶³*Ibid.*

¹⁶⁴Cf. F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international privé, RCADI 1989, t. 213, vol. I, p. 362.

soumission des opérateurs économiques privés à des règles qui échappent à l'emprise des ordres juridiques étatiques.

Le droit mou émanant des ordres juridiques a-étatiques constitue ainsi une manifestation du pluralisme juridique. Aussi est-ce tout logiquement que le juge étatique n'hésite pas à se référer à des codes d'éthique édictés par des personnes privées pour apprécier le comportement d'opérateurs privés ayant une activité nationale ou transfrontière¹⁶⁵. De ce point de vue, il est particulièrement symptomatique de lire, sous la plume d'un avocat général à la Cour de Cassation française¹⁶⁶ qu'un code d'éthique « s'analyse comme un acte juridique de droit privé » et d'observer qu'il en déduit que « le juge judiciaire est compétent pour apprécier sa validité ».

¹⁶⁵ Deux illustrations, notamment, sont significatives à cet égard.

Tout d'abord, en matière de relations salariales. Dans un arrêt en date du 4 juin 2009, la Cour d'appel de Paris, en réponse au grief de l'employeur estimant que le salarié avait fait preuve d'une inadaptation récurrente à la culture managériale de l'entreprise, a jugé : « La culture managériale de l'entreprise est exprimée dans la charte éthique [...] qui pose pour règles de conduite le respect de la personne, l'honnêteté et la loyauté et préconise la pratique constante de la délégation, la transparence, l'écoute et la reconnaissance du droit à l'erreur ». Or, constate le juge : l'employeur dont les appréciations annuelles ont été favorables au salarié n'a pas démontré que le comportement du salarié ne respectait pas les règles de conduite rappelées dans la charte éthique : CA Paris, Pôle 6, ch. 11, 4 juin 2009.

A l'inverse, le juge peut se fonder sur le code d'éthique pour justifier une décision de licenciement de l'employeur. Ainsi, un salarié est licencié à la suite de divulgations d'informations jugées confidentielles par l'employeur et conteste le licenciement. Le juge relève : « Monsieur X (le salarié), responsable des achats de la société X depuis 5 ans connaissait parfaitement les exigences impératives de l'employeur en ce qui concerne les règles de confidentialité qui sont édictées dans une charte éthique très détaillée et dans des directives spécifiques communiquées à l'ensemble des salariés et devait, en conséquence, faire preuve d'une grande rigueur en la matière » : CA Bordeaux, 13 mars 2008, n° RG :06/3223. De même, une prise d'acte de rupture du contrat de travail du salarié fondée sur son refus de suivre des instructions de son employeur en violation manifeste des engagements éthiques est vraisemblable : CA Versailles, 29 juin 2011, RG n° 10/04466.

Ensuite, à l'égard des autres parties prenantes de l'entreprise et en particulier des fournisseurs et clients, il est probable que des pratiques résolument contraires aux engagements éthiques pourraient certainement nourrir le grief, soit d'une formation, soit d'une exécution du contrat de mauvaise foi, telle que sanctionnée respectivement par les articles 1116 et 1134 du Code civil de 1804. Dans le premier cas, des déclarations éthiques portant sur le respect de l'environnement ou le refus de toute discrimination pourraient constituer l'élément déterminant de dol ayant poussé une partie, et notamment un client à contracter, au regard de la jurisprudence qui donne une valeur contractuelle aux offres publicitaires suffisamment précises : Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461, *Juris Data* n° 2010-005504. Dans le second cas, la jurisprudence pourra se fonder sur l'obligation de loyauté ou sur le devoir de cohérence des parties, soit l'obligation d'avoir une attitude cohérente et de ne pas se contredire au détriment d'autrui : Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Juris Data* n° 2005-027478 ; Bull. civ. 5005, IV, n° 44 ; et pour une application de cette jurisprudence, T. com. Roubaix-Tourcoing, 26 nov. 1998, n° 98-1451. Dans cette décision de premier degré, le tribunal ne juge pas expressément la brutalité de la rupture à l'aune des déclarations éthiques de son auteur, mais il n'est pas indifférent que le code d'éthique soit positivement cité par le juge.

¹⁶⁶ Cf. B. ALDIGE, « La licéité du dispositif d'alerte contenu dans un code de conduite des affaires », (Deuxième partie), *Semaine Sociale Lamy*, 2009, n° 1426/1427, 21-12-2009, cité par F. G. TREBULE, in « Quel droit pour la RSE ? », art. préc., p. 27.

48 Que conclure à l'issue de cette étude consacrée à l'analyse de l'effectivité des codes d'éthique et traduisant la reconnaissance spontanée de nouveaux devoirs plus étendus par les entreprises¹⁶⁷?

La valeur juridique limitée de l'éthique, au sens où on l'a entendu dans cette réflexion, est somme toute compréhensible. On devrait se poser la question de savoir quelle légitimité permettrait à des acteurs sociaux, un ensemble d'entreprises par exemple, de définir des principes qu'elles transcriraient ensuite en des règles qui s'imposeraient à toutes les entreprises, c'est-à-dire à des personnes qui n'ont pas participé à leur élaboration ou y ont adhéré volontairement? Dans une conception classique de la démocratie, ce sont normalement les élus de la nation qui ont la légitimité pour créer des règles s'imposant aux acteurs sociaux et dont la méconnaissance sera sanctionnée.

49 Qu'on veuille y voir uniquement « une affaire de moment et de contexte »¹⁶⁸, ou la preuve de ce que le droit subit « progressivement l'attraction et le joug des faits économiques qui le dominent et dont il est devenu tributaire »¹⁶⁹, un tel phénomène ne peut que susciter de l'intérêt pour le juriste à qui l'on a enseigné que la sanction fait partie de la caractéristique décisive de la règle de droit. Aussi est-ce tout naturellement qu'il est tenté de la rechercher partout, y compris dans le droit « mou ». Et si le critère de la sanction « comme caractéristique de la règle de droit est un faux critère »¹⁷⁰, et ce, en dépit des tentatives doctrinales pour le renouveler¹⁷¹, c'est sans doute que l'effectivité des règles de conduite sociale, qu'elles « règlent ou régulent »¹⁷², ne réside pas nécessairement dans la juridicité originelle de celles-ci, mais bien plutôt dans l'adhésion dont elles sont l'objet par le corps social destinataire.

On retiendra toutefois que cette démarche est caractéristique d'un changement de perspective dans la détermination des sources créatrices du droit. En s'émancipant à la fois des autorités

¹⁶⁷ Et pour une étude des autres devoirs de l'entreprise, notamment sur le plan pénal, cf. P. NGUIHE KANTE, *Entreprises commerciales et droits fondamentaux : Essai de systématisation à l'étude des particularismes au regard des droits français et camerounais*, Préf. M. STORCK, Avant-propos A. MINKOA SHE, Coll. Horizons Juridiques Africains, vol. III, PUAM, 1^{er} trim. 2012, p. 187 à 221.

¹⁶⁸ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{re} éd. « Quadrige », oct. 2004, n° 11, p. 26.

¹⁶⁹ Cf. G. RIPERT, « Un ordre juridique nouveau », *D. H.*, 1937, chron. 41.

¹⁷⁰ Cf. P. FORIERS, « Règles de droit : essai d'une problématique », in *La règle de droit*, Etudes publiées par C. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1971, n° 26, p. 18.

¹⁷¹ Cf. Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », préc., p. 202 pour qui la sanction requiert la double condition tenant d'une part, à ce que la règle à laquelle elle est assortie soit suffisamment précise pour « qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement ... et, (d'autre part) qu'il existe virtuellement un juge pour faire droit à cette prétention, fût-ce d'une manière... symbolique », p. 204 ; adde la réponse de A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *Dalloz* 1990, chr., n° 11, p. 38.

¹⁷² Cf. J. CARBONNIER, *ouvr. préc.*, n° 11, p. 26.

publiques nationales et de la logique capitaliste de ses maîtres, l'entreprise, qui devient un acteur à part entière de la vie de la cité, assume une fonction importante dans la définition du droit.

50 L'évolution révèle une fonction majeure du droit qui est d'assurer la sécurité juridique, c'est-à-dire la prévisibilité, la certitude et la stabilité des situations juridiques, qualités qui permettent d'établir la confiance des acteurs de la vie sociale et, notamment de l'activité économique. Cela dit, le constat permet de déclarer qu'à l'heure actuelle, il existe à côté du droit exigeant classique dit « dur » un autre droit qualifié de « mou » ou « souple », éventuellement dépourvu de sanction, et qui serait constitué par tout un ensemble d'avis, recommandations, directives et autres déclarations dont on constate de plus en plus la multiplication. On en déduit avec les professeurs Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX que « l'organisation de la vie en société n'exige pas toujours des règles obligatoires ; des incitations, des modèles, des guides suffisent souvent, notamment lorsque la sécurité des relations sociales – la sécurité juridique – n'impose pas une plus grande fermeté... réserve étant faite, toutefois, de la question de savoir si l'on peut encore parler de ‘règles’ dans ce cas »¹⁷³.

Quoi qu'il en soit, le contenu des règles issu des codes d'éthique que s'imposent les entreprises n'ont pas la même portée juridique que celui issu du droit « dur ». On doit tout simplement relever que le droit peut avoir un contenu plus large. En ce sens, le rôle des codes d'éthique intégrés dans une certaine forme de régulation est peut-être de permettre une évolution de la réglementation.

¹⁷³Cf. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ouvr. préc.*, n° 3, p. 3.