



**Ministère des Affaires Etrangères et Européennes**

Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

***Ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises***

57, boulevard des Invalides – 75007 Paris – tel 01 53 69 31 85 – [michel.doucin@diplomatie.gouv.fr](mailto:michel.doucin@diplomatie.gouv.fr)

Conférence donnée le 29 octobre 2010 à l'Université Bordeaux IV par M. Michel Doucin dans le cadre du colloque « Les normes de RSE, mise en œuvre et sanctions ».

### ***« A petits pas et à reculons, les mutations en cours de la soft-law »***

Longtemps la France, qu'il s'agisse de l'université ou des pouvoirs publics, s'est désintéressée de la réflexion sur la « responsabilité sociale des entreprises » en laquelle elle voyait à la fois un phénomène ethno-sociologique propre au capitalisme anglo-saxon pétri d'éthique protestante, et un prolongement de la pensée juridique dite de « common law » où le juge et la pratique coutumière construisent le droit au même titre que le législateur à travers des sortes de nimbes juridiques appelées « soft law ». Deux hérésies pour le pays de la laïcité et du bon vieux droit romano-germanique.

Cette attitude a commencé de changer à la fin du siècle dernier lorsque la globalisation a amené un nombre croissant d'entreprises françaises à s'engager dans des codes de conduite invoquant leur « responsabilité sociale », puis lorsque le Secrétaire général des Nations Unies a lancé le « Pacte Mondial » résumant la RSE à 10 principes. Ces deux événements ont entraîné un changement d'attitude dont la manifestation la plus évidente a été la décision du président de la République de l'époque d'engager, via son éminent collaborateur Jérôme Monod, les entreprises de notre pays à adhérer à ce Pacte. Et le fait que ce dernier adosse la RSE à des textes relatifs au droit du travail, au droit des droits de l'Homme et à l'environnement élaborés par des organisations internationales a commencé de faire émerger l'idée que « soft law » et droit obligatoire n'étaient peut-être pas incompatibles.

J'ai personnellement eu la chance d'être invité à me pencher sur le sujet en 2004, dans le cadre d'une mission que m'a confiée le directeur des affaires économiques et financières du Ministère des Affaires étrangères et européennes. Le sujet ne m'a, depuis jamais quitté, la fonction ambassadeur chargé des droits de l'Homme, que j'ai exercée avant celle-ci, ayant été largement consacrée à l'accompagnement des travaux du Représentant Spécial que le Secrétaire Général des Nations Unies a nommé en 2005 pour réfléchir aux implications des droits de l'Homme pour « les entreprises transnationales et autres entreprises » ainsi qu'à la construction d'une pensée collective francophone sur le sujet, dans le cadre de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

C'est donc le fruit d'un travail de près de sept ans que je vais tenter de vous présenter rapidement, priant les éminents juristes, que vous êtes tous, d'excuser les imprécisions et raccourcis d'un discours qui sera d'abord celui d'un diplomate spécialisé dans les questions économiques.

## **I. La soft law, un état chimique instable susceptible de se solidifier et d'emporter des obligations pour les entreprises**

Je vais tout d'abord vous présenter l'état de ma réflexion sur ce concept de « soft law »

### **A) Définir la soft law à partir de ses rôles**

La soft law se définit comme un ensemble de recommandations assez généralement acceptées qui se construit par convergence d'initiatives privées et publiques. Dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), la soft law vise à orienter le secteur privé économique vers des comportements responsables aux plans économique, social, environnemental et des droits de l'Homme, en correction aux effets naturels des marchés et en réponse aux attentes des acteurs autres qu'économiques des sociétés contemporaines.

La soft law est souvent présentée comme l'opposé du droit obligatoire : les normes qui ont été élaborées sous ses auspices laisseraient donc les chefs d'entreprises, in fine libres d'appliquer ces recommandations dont le caractère serait principalement « volontaire ».

Cette vue doit être corrigée sévèrement, et tout d'abord à partir d'une réflexion sur les rôles que joue la soft-law aujourd'hui.

#### 1. La soft law comme première solution proposée lorsque le droit classique semble impuissant

Une des vertus de la soft Law est de « *se déployer là où la hard Law ne peut ou n'ose s'aventurer (...), d'explorer, de défricher les nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique* » nous dit G. Abid-Saab.

En effet, c'est une première évidence, lorsque le droit classique semble impuissant, la soft law devient la solution de premier ordre.

Elle répond ainsi au besoin de réagir à des événements imprévus tels que des désastres écologiques (catastrophes pétrolières par exemple) ou des crises économiques et financières. Dans ces cas, les industries considérées proposent souvent des évolutions des codes éthiques de leur branche, aiguillonnées par la menace de nouvelles régulations intergouvernementales dont chacun sait que le temps de prise de décision est long.

La soft law tend également à s'imposer dans le cas de scandales qui soulignent l'impuissance des organisations internationales, comme ce fut, par exemple, le cas lors de la participation politique d'International Telephone & Telegraph (ITT) Corporation dans le coup d'Etat du Général Pinochet au Chili. L'affaire conduira les Nations Unies (NU) à tenter vainement de définir un Code de conduite des entreprises multinationales, puis, par la suite, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) et l'Organisation Internationale du Travail (OIT) à reprendre le flambeau pour arrêter les premiers principes de soft law en matière de RSE, respectivement en 1976 et 1977.

Les normes de soft law interviennent, enfin, lorsque surgissent des conflits politiques mettant dans l'embarras les gouvernements, tels celui qu'ont connu les Etats-Unis dans les années 1980, qui ont opposé la quasi-totalité des campus américains regroupés dans l'organisation étudiante « United Students Against Sweatshops » à leurs doyens à propos de la sous-

traitances à des industriels faisant appel à la « sueur des pauvres » dans les « sweat-shops » et maquiladoras. La « Fair Labour Association » (FLA), système de cogestion pour l'attribution de labels attestant de conditions de travail décentes dans l'industrie textile est né de ce conflit arbitré discrètement par l'administration Clinton.

La soft law apparaît ainsi, à travers ces exemples, comme un moyen de construire de la norme là où la « hard law » semble politiquement prématurée. C'est du droit « mou », c'est-à-dire facultatif, sauf que l'on constate que, souvent, la pression de l'opinion publique ou/et des gouvernements tend à lui donner certains effets obligatoires. Ainsi des labels sur le bois, désormais indispensables pour les importations européennes.

## 2. La soft-law, tête chercheuse du droit « dur »

Dans les exemples précités, la soft law constitue un bon compromis dans une situation durablement immature pour que s'instaurent des réglementations obligatoires. Mais aussi, parfois, elle n'est qu'une étape préparatoire à l'apparition de telles réglementations. Elle apparaît alors comme une étape de préfiguration, propice aux expérimentations et essais, une manière de chercher de nouvelles règles.

Les domaines privilégiés de la soft law sont, en effet, souvent ceux où les problèmes posés sont complexes. Par exemple : le défi de la « transnationalité » des groupes économiques ; le non assujettissement d'entités privées au droit international public (des droits de l'Homme) ; la surpuissance de certains acteurs « illégitimes » (entreprises transnationales, ONG) par rapport aux acteurs légitimes issus du droit ; les lacunes des instruments juridiques internationaux contraignants en particulier parce qu'ils ne sont pas dotés de mécanismes de mise en œuvre.

La campagne des ONG pour l'interdiction des bombes à sous-munitions a, par exemple, poussé des entreprises à adopter des « bonnes pratiques » respectées avant qu'un traité international ne soit finalisé sur le sujet. L'Initiative pour la Transparence des Industries Extractives, autre exemple, lancée en 2003 et à laquelle plusieurs « majors » pétrolières américaines ont adhéré, a préfiguré la loi Dodd-Frank récemment adopté par le Congrès américain qui impose aux entreprises minières cotées aux USA de rendre publics leurs versements aux gouvernements des pays où elles extraient. Par ses effets extraterritoriaux, cette loi se situe dans la même dimension, internationale, que l'ITIE.

Si l'on observe donc la soft law sous l'angle de ses fonctions, qui sont de combler les lacunes de la « hard law » dans le cadre d'une dynamique qui prépare l'arrivée de celle-ci, l'idée qu'il s'agit d'un système de production de normes purement facultatives me semble très contestable.

### **B) Un état chimique instable : des instruments de soft-law qui se font de plus en plus contraignants...**

Cette dynamique entraîne aussi une transformation interne progressive des normes de soft law.

#### 1. A partir de la désillusion des Codes de conduite

Les Codes de conduite, individuels ou de branche, ont longtemps été considérés comme l'outil principal de construction de la RSE. Par leur nature d'engagements volontaires, ils étaient chacun une des briques construisant l'édifice général de la soft law organisant la responsabilité sociale des entreprises.

Il est apparu progressivement toutefois que les engagements pris par de très nombreuses entreprises à travers ces Codes de conduite ( la totalité des 500 plus grandes entreprises mondiales, selon une étude de 2006), librement décidés par leurs instances dirigeantes au titre de la politique de « gouvernement d'entreprise », se traduisaient le plus souvent par la pratique du « *pick and choose* » : elles évitaient de s'engager sur les sujets qui les gênaient parce qu'elles n'y étaient pas très performantes, voire ne souhaitaient pas s'y aventurer. Ainsi, une étude de 2007, réalisée à la demande du Représentant Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies pour les droits de l'Homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, sur les 100 plus grandes entreprises mondiales, a révélé que si 97 avaient des codes de conduite touchant la santé et la sécurité au travail et 95 l'environnement, seuls 82 de ces codes traitaient des relations du travail et 43 la corruption.

Censés s'appliquer aussi aux fournisseurs et sous-traitants, leurs effets étaient en outre assez théoriques et leur application la plupart du temps mal contrôlée, faute d'appel à des audits externes. Ils étaient, en outre, peu connus des employés et demeuraient bien souvent des déclarations peu suivies d'effet.

Ces révélations, combinées avec l'analyse faite par de nombreux observateurs - consommateurs, ONG, syndicats, etc.- ont mis en grande suspicion cette soft law des codes de conduite accusés de faire partie de politiques green et social washing. Les Etats ont fini par réagir : la directive européenne de 2006 sur la publicité indique qu'un code de conduite qui serait en contradiction avec les pratiques de l'entreprise pourrait justifier des poursuites judiciaires. D'où l'on peut déduire que d'une part tels comportements ne sont pas rares et d'autre part que la soft law biaisée peut déboucher sur de la « hard law ».

La déception générale qui s'exprime à l'égard des codes éthiques se traduit, d'une façon générale, par un surprenant contre cour : la montée d'un besoin de régulation et la transformation de pratiques « volontaristes » en engagements fermes et soumis à vérification.

## 2. L'évolution significative du Pacte mondial vers la « hard law »

Il en est ainsi aussi de certaines démarches collectives. Prenons l'exemple du Pacte Mondial. Lancée en 1999 par le Secrétaire général des NU, Kofi Annan, cette initiative internationale demande aux grandes entreprises de respecter dix principes de droit international et d'attester de ce respect dans des « communication de progrès » annuelles. En matière de Droits de l'homme, d'abord, les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence ainsi qu'à veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations de ces droits. S'agissant des normes du travail, il est demandé aux entreprises de respecter la liberté d'association et de reconnaître le droit de négociation collective, d'éliminer toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, d'abolir de manière effective le travail des enfants et d'éliminer la discrimination en matière d'emploi et de profession. Dans le domaine de l'environnement, les entreprises sont priées d'appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement, d'entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement et de favoriser la mise au point et la

diffusion de technologies respectueuses de l'environnement. Sur le plan de la lutte contre la corruption (principe difficilement ajouté en 2000), enfin, les entreprises sont priées d'agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.

Les exigences de « communication de progrès » ne portaient initialement que sur deux des dix principes et couvrent aujourd'hui la totalité du Pacte Mondial. Des méthodologies de mise en œuvre ont été définies, élaborées par exemple avec l'OIT pour les principes relatifs au travail et avec différentes institutions spécialisées dont la Business Leaders Initiative on Human Rights de l'ancienne Haute Commissaire aux droits de l'Homme, Mary Robinson, pour les droits de l'Homme. En juin 2004, le Pacte mondial a adhéré à la « Global Reporting Initiative », organisme qui a normalisé les méthodes de présentation des rapports de développement durable et qui a conçu une méthodologie applicable aux « communications de progrès ».

Surtout, à partir de 2007, on a observé des vagues successives d'exclusion des entreprises qui ne faisaient pas de « communication de progrès » satisfaisantes : au total près de 1400 jusqu'à ce jour, les entreprises qui ont survécu étant encore au nombre de 5000. Des mécanismes de surveillance de la sincérité des déclarations se mettent également en place, tels le PCN allemand qui a décidé d'instruire les plaintes relatives à d'éventuelles déclarations abusives d'entreprises allemandes sur le site Internet du Pacte Mondial. Un projet d'un pacte « à deux vitesses » qui demanderait plus aux « premiers de la classe » est actuellement en cours d'étude.

Cette évolution du Pacte Mondial illustre clairement une évolution générale du pur « volontarisme » facultatif vers des engagements contraignants et sans retour : car il est clair que, même si le Pacte « délisse » ses membres passifs avec une certaine discrétion et sans qu'il y ait de conséquences directes pour eux, nombreux sont les observateurs, notamment les institutions financières de l'Investissement Socialement Responsable et les ONG, qui décryptent avec attention ces évictions et en tirent des conclusions redoutées par les entreprises concernées.

### 3. Multiplication des démarches collectives du monde patronal

Le monde patronal a entrepris lui-même différents types de démarches collectives qui transforment la nature de la soft law.

Certains **codes de conduite adoptés au niveau des branches industrielles** formalisent un certain nombre de principes d'actions et de normes « minimales » dont le respect fait l'objet d'une surveillance mutuelle : International Council of Toy Industries (1995), International Council on Mining and Metals (2003), Electronic Industry Code of Conduct (2004), Kimberley Principles pour le diamant (2002), Principes d'Equateur pour les grands financeurs de projets (2003 révisés en 2006), Global Social Compliance Programme (créé en 2005). Ce dernier regroupe 29 des plus grandes entreprises de distribution autour de la volonté de standardiser leurs audits sur le droit du travail, élargie depuis peu à l'environnement.

Ces codes de conduite adoptés entre entreprises concurrentes produisent une transformation de ces instruments de soft law.

Des **forums de réflexions méthodologiques** conçus pour échanger et approfondir des pratiques créent aussi une dynamique vertueuse : en France, l'Observatoire sur la

Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE), créé en 2000, aux Pays Bas la « Global Reporting Initiative » regroupant 1000 entreprises au niveau mondial et, en Grande Bretagne, la « Business Leader's Initiative on Human Rights », créé en 2000 et disparue en 2009, aux multiples descendances (Entreprises et Droits de l'Homme, Business & Human Rights Resource Center, Institute for Business and Human Rights, etc.).

#### 4. Accords-Cadres Internationaux ou la RSE contractuelle

Les Accords Cadres Internationaux (ACI) sont des accords sur la politiques RSE d'une entreprise négociés entre de grands groupes industriels et les fédérations syndicales internationales de leur branche. Ils sont développés par les entreprises qui souhaitent donner un cadre de RSE à la globalisation de leurs activités. Plus de 80 ACI sont aujourd'hui recensés, principalement européens. Les deux premiers ont été l'initiative des entreprises Danone, en 1988, et Accor, en 1995. Le dialogue patronat-syndicats assure un suivi des engagements pris, notamment par la mise en place de mécanismes de contrôle et d'évaluation à partir d'indicateurs. Les ACI se réfèrent en général aux 8 conventions de la Déclaration de l'OIT de 1998, auxquels peuvent s'ajouter les droits de l'Homme au travers d'une référence générale à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH).

Certains ACI étendent leurs thématiques à l'environnement et aux questions de délocalisation, leur champ d'application aux fournisseurs et sous-traitants de l'entreprise multinationale concernée. Ils poussent à l'universalisation des normes et constituent des exercices pratiques de réponse au défi des divergences entre législations nationales et normes internationales.

Organisant la contractualisation des engagements pris par l'entreprise en matière de RSE, ils donnent à ces derniers une nature quasi-obligatoire.

#### 5. Apparition de formes mixtes, à cheval sur la soft-law et la hard-law

La frontière soft-law/hard-law apparaît de plus en plus poreuse, tant au plan national qu'international en ce qui concerne les initiatives gouvernementales.

En France, la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) du 15 mai 2001 impose aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, de rendre compte, dans leur rapport de gestion, de la manière dont elles appréhendent les conséquences environnementales et sociales de leur activité... mais sans autre sanction que via le droit des actionnaires et des consommateurs. Une « hard law » plutôt molle...

Aux Pays Bas et au Danemark, le principe du « rapporte ou explique pourquoi il ne le fait pas » est inscrit dans les lois sur le reporting RSE obligatoire . Idem

Cette forme de régulation intermédiaire entre soft law et hard law se manifeste également à travers le rôle croissant des normes imposées par les autorités boursières (souvent privées) et les fonds d'investissement « socialement responsables ».

En 1977, les *Sullivan Principles*, initiative privée d'un pasteur, avaient fixé des règles enjoignant aux entreprises qui travaillaient en Afrique du Sud de refuser toute discrimination raciale. Promus par les Nations Unies dans le cadre de la condamnation de l'Apartheid, ils étaient devenus une norme sui-generis assortie d'une force contraignante pour les entreprises. Ce modèle a fait florès depuis. Les *Kimberley Principle* ont déjà été cités. En 2000, les

*Principes Volontaires pour la Sécurité et les Droits de l'Homme* ont été lancés par quelques gouvernements (Etats-Unis, Grande Bretagne, puis Norvège et Pays-Bas), des ONG et des entreprises, assortis de mécanismes de surveillance. Ils concernaient initialement uniquement les secteurs minier et énergétique, et sont devenus une référence générale.

En 2000, l'OCDE a révisé ses *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, réaffirmant leur caractère volontaire. Mais un nouveau chapitre a été ajouté qui prévoit que chaque Etat adhérent crée un Point de Contact National ayant vocation à recevoir des plaintes concernant d'éventuelles violations des Principes directeurs. Comment peut-on violer une norme volontaire ? Chaque PCN se démène avec cette ambiguïté révélatrice de l'évolution de la soft law. Environ 150 plaintes, appelées avec euphémisme « circonstances spécifiques » ont été adressées aux quelques 42 PCN depuis cette réforme.

En Juin 2003, le G8 d'Evian a lancé l'*Initiative sur la Transparence des Paiements des Industries Extractives* qui vise à clarifier les relations financières entre entreprises et Etats dans les pays en développement. Elle repose sur un système tripartite semi-contractuel entre Etats, entreprises et ONG, assorti d'un mécanisme d'examen des rapports parallèlement fournis par les entreprises et les Etats et débouchant sur une « validation » collective. En 2010, plusieurs des validations ont été différées au motif que les Etats et entreprises avaient accompli des progrès insuffisants et avec la menace d'une exclusion du processus si la situation ne changeait pas dans les prochains mois.

Les cahiers des charges des appels d'offre internationaux de banques et agences internationales prescrivent aussi de plus en plus le respect de critères de RSE puisant à l'ensemble des « principes directeurs » et « volontaires » existants. La Société financière internationale, filiale de la Banque Mondiale, a, ainsi, adopté des *Performance Standards*, dont la révision en cours annonce un relèvement du degré d'exigence. Au niveau national, aussi bien les conditionnalités dans les investissements des organismes publics - assurance crédit, sociétés d'investissement, fonds de retraite, etc. – que la politique de labels et de certifications qui se développe participent de ce passage du volontarisme à l'obligatoire.

Est-on toujours, dans les exemples cités, dans le « volontarisme » et vraiment hors du champ du « droit dur » ? La soft law présente donc les caractéristiques d'un état chimique gazeux instable ayant tendance souvent à se solidifier et à emporter des obligations pour les entreprises.

## **II. La soft law, passerelle entre bonnes pratiques et nouveaux éléments du Droit international**

Cette évolution potentielle de la soft law en droit contraignant connaît actuellement au niveau international une sorte de « momentum », ainsi qu'en atteste une multiplicité de négociations dont c'est l'un des enjeux principaux.

### **A) La soft law, subterfuge pour créer de la hard law ?**

Il est frappant que plusieurs organisations internationales (Secrétariat Général des Nations-Unies pour le Global Compact, PNUE pour la GRI, etc.) se soient associées à des groupes d'entreprises pour élaborer des normes de soft law, dans l'espoir qu'elles deviennent des standards internationaux respectés.

Certains gouvernements semblent également avoir envisagé la soft law avec le même appétit. Ainsi des USA et de la Grande Bretagne, initiateurs des *Principes Volontaires sur la Sécurité et les Droits de l'Homme*, standard qui tend à s'imposer, pratiquant l'exclusion infamante vis-à-vis des entreprises de certains pays. La *Fair Labor Association (FLA)*, déjà citée, est le fruit d'un arbitrage du gouvernement américain entre entreprises et ONG qui a créé un standard dominant dans le secteur du sportswear.

## **B) Un continuum « Soft-law, coutume des affaires, droit obligatoire » ?**

L'association Sherpa a suggéré dans un article de 2007 que les Principes directeurs de l'OCDE pour les multinationales étaient en passe d'acquérir un caractère contraignant en tant **qu'élément de la coutume internationale** : ils jouaient un rôle fondateur dans la progressive fusion des deux sphères juridiques (soft/hard law). L'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ) définit la coutume comme une « pratique avérée généralisée et reconnue comme la loi ». Les Principes directeurs, présentant ces caractéristiques, lui semblaient entrés dans la sphère d'application du **droit international coutumier**, « réunissant, **d'une part, une pratique généralisée**, à travers de nombreuses initiatives étatiques et d'institutions internationales de régulation de la RSE, les chartes et codes éthiques directement inspirés par les Principes directeurs, l'émergence d'une citoyenneté internationale qui revendique devant la justice le respect de droits fondamentaux inclus dans ces Principes directeurs, et **d'autre part, une opinio juris à l'échelon mondial de la RSE**, fondée à la fois sur le risque de déficit d'image et les décisions des juridictions régionales et nationales qui s'ouvrent de plus en plus à des procédures prenant en compte les caractéristiques fondamentales des infractions commises par les multinationales. »

## **C) Une dynamique de concurrence entre institutions internationales qui pousse à la transformation de la soft-law en droit dur**

Un élément essentiel explique le « momentum » actuel : la crise de légitimité de la plupart des organisations intergouvernementales issues de la Seconde guerre mondiale qui les pousse à s'aventurer sur de nouveaux sujets tout en ayant conscience de l'impossibilité de construire des normes classiques de droit international pour les réguler.

### **1) Une compétition entre OI pour la définition de normes de soft law...**

Frappées d'un sentiment d'illégitimité, ces organisations internationales se livrent une concurrence sourde pour regagner de la notoriété et le thème de la responsabilité sociale des entreprises figure parmi ceux qui mobilisent un bon nombre d'entre elles : Nations Unies dans plusieurs de ses composantes : Conseil des droits de l'Homme (Principes directeurs pour la mise en place du cadre de référence "Protect, Respect and Remedy", qui seront présentés en Juin 2011), Secrétariat Général (nouvelles orientations du Pacte Mondial définies en juin 2010),; Organisation Internationale de Standardisation (ISO 26000, adoptée le 13 septembre 2010) ; Banque-Mondiale (projet de lignes directrices sur les acquisitions de terres agricoles), SFI (Performance Standards en cours de révision); OCDE (révision des Principes directeurs pour les multinationales) ; Organisation Internationale de la Francophonie (Déclaration de Québec en 2008), etc. sans compter la CNUCED, le PNUE, l'OIT, la FAO, l'OMS les organisations régionales, dont l'Union Européenne (communication sur la RSE prévue pour l'été 2011) et l'ASEAN.



Ces organisations élaborent des normes de soft law qui se chevauchent souvent, contribuant à alimenter une dynamique mondiale inclinant à la « solidification » de celle-là. Au risque de la confusion et de rivalités explicites ...Ainsi, le RSSG pour les Droits de l'Homme, les entreprises transnationales et des autres entreprises a-t-il exigé d'ISO un alignement sur le « cadre des NU » qu'il avait élaboré et fait adopter par le Conseil des droits de l'Homme en 2008.

Certains s'inquiètent de cette compétition. Dans la déclaration « Croissance et responsabilité dans l'économie mondiale » qui a fait suite au Sommet du G8 de *Heiligendamm* en 2007, était significativement adressée une demande de cohérence à l'ensemble de ces organisations : *« Nous demandons aux économies émergentes d'adopter la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales ; (...) Nous demandons à l'OCDE, en coopération avec le Pacte mondial et l'OIT, de compiler les normes les plus pertinentes en matière de RSE afin d'accroître la visibilité et la clarté des divers principes et normes ».*

## **2) ...poussant au durcissement de la soft law**

Cette dynamique a pour toile de fond la question du respect des normes internationales déjà existantes, y compris lorsqu'elles n'ont pas explicitement été conçues pour répondre aux nouveaux problèmes que fait apparaître la globalisation libérale.

L'exemple de la construction rampante du rôle normatif des Points de Contact Nationaux (PCN) de l'OCDE est, à ce titre, révélateur du processus à l'œuvre. Les PCN de l'OCDE sont, nous l'avons déjà remarqué, une institution ambiguë. Ils ont vocation à promouvoir et organiser le respect des Principes directeurs de l'OCDE. Ils n'obéissent pas à un modèle unique. Certains sont des organes purement administratifs, d'autres ont une structure tripartite – syndicats, entreprises et administrations - et d'autres ont les traits d'une autorité indépendante. Tous oscillent encore entre une approche basée sur la conciliation et une démarche consistant à « dire le droit », constater et sanctionner.

Le contenu des Déclarations finales émises par les PCN révèle, par ailleurs, une tendance à encourager une application extraterritoriale des standards appliqués dans les pays les plus développés et mentionnés dans les différents chapitres des Principes directeurs.

Par exemple, le PCN canadien, dans le cas *Ascendant Copper/Mine Alerte Canada, Ami(e)s de la Terre Canada et DECOIN* traitant d'un litige avec les habitants d'Intag en Equateur (2006), a déclaré « ...conformément aux attentes du gouvernement du Canada selon lesquelles les entreprises canadiennes doivent respecter les Principes directeurs lorsqu'elles exercent des activités à l'étranger et doivent agir de façon transparente, en consultant le gouvernement hôte et la collectivité locale, (et...) son intention de se tenir au courant des activités d'Ascendant en Équateur, par l'intermédiaire de l'ambassade du Canada à Quito. ». Pour lui, les entreprises canadiennes « doivent » donc respecter les Principes directeurs quelle que soit la législation en vigueur dans le pays où elles exercent leurs activités. Après des changements gouvernementaux, ce PCN a pris, depuis, une attitude beaucoup plus modeste.

Autre exemple, dans le cadre du projet de barrage hydroélectrique d'EDF, dit « Nam Theun 2 » au Laos, la déclaration finale du PCN français conclut que, s'il n'y a pas eu de violation des chapitres invoqués, il recommande que l'entreprise conformément aux « bonnes pratiques internationalement reconnues », aux « normes fondamentales de l'OIT », notamment au

regard de la liberté syndicale, prête attention aux critiques des ONG. Enfin, dans l'affaire « Kongsberg Automotive », la déclaration du PCN norvégien se réfère aux conventions de l'OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et n° 98 sur le droit de négociation et d'organisation collective.

Par ce type de références, certains PCN lèvent le voile de la « soft-law » pour faire apparaître d'autres fondements juridiques, les instruments de droit international contraignant ayant inspiré la rédaction de ce chapitre des Principes directeurs. Au cœur de la révision actuelle des Principes directeurs est posée la question : faut-il aller dans cette direction ? La réponse sera sans doute positive... à petits pas.

## **Conclusion**

La soft law est de nature instable et chacune de ses composantes peut verser d'un côté ou de l'autre, devenir plus gazeuse ou plus solide. Mais elle est utilisée par un certain nombre d'acteurs institutionnels comme le laboratoire de l'élaboration de normes qui cherchent à s'imposer comme dominantes, qu'elles soient ensuite formalisées de façon classique par du droit international, ou pas. Aussi, la concurrence entre OI, mue par l'ambition de leurs technostructures ou de leurs Etats-membres, tend à remettre régulièrement sur le métier des normes de soft-law pour leur donner un contenu au moins partiellement contraignant.

La soft law demeure néanmoins en concurrence avec les approches réglementaires nouvelles fournies par de nouveaux organes de gouvernance tels que le G 20.

Je terminerai en vous invitant à une réflexion historique : les organisations patronales ont de tous temps utilisé la soft law comme bouclier face aux avancées réglementaires. Le concept de RSE est formalisé dans les années 30 puis au début des années 1950, au moment où de nombreux gouvernements sont tentés de prendre des règlements dans le domaine économique, tels le New Deal. Les avancées de la soft law sont donc éminemment liées aux aléas économiques et politiques. La série des crises économiques que connaît le monde depuis la fin des années 1990 a renforcé le doute qui pèse sur les vertus de la soft-law. Par ailleurs l'énormité des questions soulevées par la globalisation révèle l'impuissance du droit international classique. La solution est, dans ces conditions, un « mix ».

Et, comme la plupart des gouvernements dans le monde est d'obédience politique libérale, « A hue et à dia, on y va, à petits pas... »