

CODES DE BONNE CONDUITE : QUAND LES SOCIÉTÉS JOUENT À L'APPRENTI LÉGISLATEUR...

Marie Brac

Allocataire de recherche à l'Université Paris-X Nanterre

1. Actuellement, un nombre important d'entreprises¹ se dotent d'un *Code de conduite*, d'un *Code de bonne conduite*, d'un *Code d'éthique*, d'un *Code d'éthique des affaires*, d'un *Code de déontologie*, d'un *Code de principes de l'entreprise* ou bien encore d'un *Code général d'entreprise*². Selon une étude réalisée par le groupe de travail du Comité d'échange de l'OCDE, on peut définir ces codes comme l'énoncé par la société « *des normes et des principes régissant la manière de conduire son activité* »³. Ainsi le fait que de nombreuses entreprises élaborent de tels instruments peut paraître étonnant dans la mesure où ces initiatives laissent supposer qu'elles créent des règles originales afin d'encadrer leur conduite.

2. La production de ces codes semble être une des nombreuses manifestations du *droit mou*⁴. Par cette appellation nous désignerons les normes de portée générale qui ne sont ni obligatoires ni contraignantes juridiquement. Aujourd'hui, nous assistons à un phénomène de prolifération de ce *droit mou* qui brouille les frontières. Par exemple, on peut noter la rédaction de multiples principes, codes, chartes, recommandations, avis par des autorités publiques à caractère international, communautaire ou national, mais aussi par des acteurs privés comme des organisations professionnelles ou bien encore des entreprises⁵. Parmi les illustrations de ce phénomène, il paraît particulièrement intéressant de s'interroger sur les codes privés définis unilatéralement par les sociétés car le support employé donne à penser que les entreprises chercheraient à créer des normes, certes d'origine privée, mais équivalentes au *droit dur* et donc à se mettre en situation de concurrence avec le législateur.

3. Pourquoi ces acteurs privés que sont les sociétés ressentent-ils le besoin de créer de tels codes ? L'apparition de ce phénomène a principalement pour origine le mouvement accru de mondialisation du commerce qui contribue à mesurer les limites des droits nationaux⁶. En

¹ En 2003, plus de 700 sociétés s'étaient dotées d'un tel instrument. Voir : L. BELOT, Les multinationales reconnaissent une responsabilité morale, *Le Monde*, 26 septembre 2003.

² On peut citer comme Code de conduite des sociétés Nike, Hennes & Mauritz, Auchan, American express, Alcan, Total-Fina-Elf, Adidas, Mattel, Lafarge, Coca Cola, Ikea, Alain Manoukian, Adidas, Tupperware ; le Code de bonne conduite des sociétés Levi's, Alcatel ; le Code d'éthique des affaires de la société Accenture ; le Code d'éthique des groupes Valeo, Electrolux, des sociétés Thalès, Shell, Wavecom, Alstom, UBS ; le Code de déontologie des groupes Fiat et Renault ; le Code de principes de l'entreprise du groupe Unilever ou encore le Code général de principes de la société Phillips.

³ Voir : Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, Juin 2000, document n°TD/TC/WP(99)56/FINAL.

⁴ Voir par exemple C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, R.T.D. civ. 2003, p. 600 et s.; F.OSMAN, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc...* : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit. R.T.D. civ. 1995, p. 510; A.SOBZAK, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis*, *Droit social*, n°9-10, septembre-octobre 2002, p. 807.

⁵ F. OSMAN, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc...* : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *op. précité* p. 509 et s.

⁶ L'élaboration de codes de conduite est une technique assez ancienne. Ainsi, on peut remarquer la rédaction de codes par des organisations professionnelles dès le début du XXème siècle (par exemple : le Code d'éthique de l'Association of

raison de l'ouverture des marchés étrangers, de nombreuses entreprises, en quête de main d'œuvre à faible coût, ont délocalisé certaines de leurs activités dans des pays où les législations étaient peu protectrices des droits de l'Homme. Révoltées par certaines pratiques déplorables de grandes sociétés, par exemple l'emploi de très jeunes enfants par leurs fournisseurs, plusieurs organisations ont commencé, dans les années 90, à dénoncer au public ces agissements. Cette divulgation ayant entraîné une réaction de la part de certains consommateurs, qui boycottèrent les produits de ces groupes, les directions de ces entreprises durent élaborer des stratégies de communication afin de redorer leur image de marque. Certaines sociétés, comme Levi's, Nike, Reebok ou encore Gap choisirent alors d'adopter une stratégie originale en élaborant un *Code de bonne conduite*⁷. En rédigeant de tels documents, ces sociétés voulaient convaincre le public qu'elles s'engageaient volontairement à respecter, quelle que soit la législation applicable à leurs activités, des normes protectrices des droits de l'Homme. S'inspirant de ces initiatives, plusieurs autres grands groupes adoptèrent des codes afin de faire face à des scandales financiers ou environnementaux qui heurtèrent l'opinion publique. Ainsi, le groupe Fiat adopta un *Code d'éthique* en 1993 afin de reconstruire son image après l'inculpation de plusieurs de ses dirigeants pour violation de la loi sur le financement des partis et corruption⁸.

4. Face à l'impact positif sur le public de ces documents, de très nombreuses sociétés ont, par mimétisme, entrepris la même démarche. A l'origine outils de communication défensive des entreprises, ces codes privés se sont transformés en outil de marketing offensif. Progressivement, le contenu de ces instruments s'est étoffé. Alors que les premiers codes ne traitaient que des conditions de travail, la nouvelle génération de codes aborde de nombreux autres sujets comme par exemple la protection des actionnaires ou des consommateurs ou bien encore le respect de l'environnement⁹. L'enrichissement des matières traitées au sein de ces documents, le fait que de nombreux codes ne visent pas seulement à encadrer les activités des partenaires économiques des entreprises situés à l'étranger mais également les activités des sociétés auteurs nous permettent de considérer que ces codes ne cherchent apparemment pas seulement à pallier l'absence d'un droit commercial mondial. Ce phénomène d'élaboration de codes privés a pris une telle ampleur qu'il suscite de nombreuses interrogations sur la nature de ces instruments, leur rôle ou encore sur les conséquences de leur violation par leur auteur.

Consulting Management Engineers adopté en 1933) ou par des organisations internationales dans les années 70 comme l'OCDE ou l'OIT. Voir : A. SOBZAK, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis, op. précité, pp. 806-807 ; G. FARJAT, Réflexions sur les codes de conduite privés, op. précité, p. 47. L'élaboration de codes de conduite unilatéraux par les sociétés semble être un phénomène plus récent. On peut cependant noter que dès les années 70, certaines grandes sociétés américaines se sont dotées de codes de conduite. Ces documents relatifs principalement à la corruption avaient été élaborés à l'époque par des entreprises à la suite de scandales et sous la pression du gouvernement américain qui durcit le régime de responsabilité des sociétés en particulier par la Loi de 1977 « the Foreign Corrupt Practices Act ». Voir : B. Fauchère La responsabilité sociale des entreprises et les codes de conduite, nouveaux enjeux ou vieux débats ? document élaboré en collaboration avec le département des droits humains et normes internationales de la Confédération Mondiale du Travail : www.cmt-wcl.org. Ces codes semblent cependant se différencier de ceux que nous connaissons actuellement dans la mesure où ils étaient utilisés essentiellement pour rappeler les règles légales afin de protéger les entreprises vis à vis de la loi.

⁷ Par exemple, la société Levi's se dota d'un code de bonne conduite à la suite d'une plainte déposée par des associations humanitaires. Les sociétés Nike, Reebok, Gap firent de même à la suite de dénonciations par des organisations non gouvernementales. Voir : L. BELOT, Les multinationales reconnaissent une responsabilité morale, Le Monde 26 septembre 2003 ; Les entreprises face aux droits de l'homme, Le Monde, 12 décembre 1998.

⁸ M-C. DECAMPS, Un code éthique pour le numéro 1 de l'automobile italienne, Fiat fait son autocritique, Le Monde, 12 mai 1993.

⁹ Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE. Août 2001, document TD/TC/WP(2001)10/FINAL., spéc. p. 4.

5. L'analyse des codes émis par quelques grandes sociétés¹⁰ montre qu'il est souvent fort difficile pour le lecteur, et donc pour les destinataires de ces codes, de discerner au sein de ces documents entre ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas, ou encore, entre ce qui relève de la création de la société c'est-à-dire de la nouveauté et ce qui n'est que la simple reproduction du droit positif en vigueur. L'étude de ces écrits met ainsi en évidence l'ambiguïté de la démarche des entreprises à l'égard de leurs destinataires (I). De la sorte, il semble que souvent ces codes d'entreprises sont plus des outils de communication que des supports de production normative. Pour autant, ces codes sont-ils dépourvus de tout lien avec le droit ? Nous ne le pensons pas et, même, il n'est pas exclu qu'ils puissent parfois inspirer le législateur voire entraîner des condamnations en cas de non-respect. C'est dire que leur élaboration peut être une source de danger pour leur auteur (II).

I : L'AMBIGUITE DES CODES A L'EGARD DE LEURS DESTINATAIRES

6. En émettant des codes, les entreprises cherchent-elles à se soumettre à des normes plus strictes que celles imposées par la loi ? On peut en douter car les sociétés poursuivent par nature une recherche de profit et elles ont donc tout intérêt à être régies par des législations les plus souples possible. Certes, la demande sociale d'une plus grande éthique ne cesse de croître et celle-ci est une donnée que sont obligées de prendre en considération les sociétés. Cependant cette exigence les oblige-t-elle à se doter de normes originales aussi contraignantes que les dispositions légales ? L'adoption d'une telle politique présente plusieurs inconvénients et en particulier un coût élevé pour son auteur. Face à ce constat, il faut s'interroger sur la démarche des entreprises. La rédaction des codes privés s'inscrit-elle dans une simple stratégie de communication ou les sociétés cherchent-elles véritablement à se mettre en situation de rivalité avec le législateur en s'imposant des normes équivalentes à des dispositions de droit *dur* ?

7. L'analyse de codes privés fait ressortir l'ambiguïté de la démarche de ces entreprises. En effet, l'apparence donnée à ces instruments donne à penser que les sociétés cherchent à se mettre en situation de concurrence avec le législateur (A) tandis que leur contenu montre qu'elles évitent généralement de créer des normes obligatoires et contraignantes (B).

¹⁰ Parmi les différentes études consacrées à l'analyse d'un échantillon de codes de conduite de sociétés, on peut citer : Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, étude précitée ; Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, étude précitée ; Ethique et admat : étude des codes de déontologie (II) Recherche collective réalisée par DESMA : www.esa.upmf-grenoble.fr ; Chartes éthiques et codes de conduite : états des lieux d'un nouvel enjeu social, synthèse de l'étude. Centre d'études économiques et sociales du groupe ALPHA : <http://www.cgt.fr>. Afin d'illustrer nos propos, nous citerons différents extraits de codes accessibles sur internet : le Code d'éthique des affaires de la société Accenture : <http://www.Accenture.com> ; le Code de bonne conduite de la société Alcatel : <http://www.alcatel.fr> ; le Code de conduite de la société Alain Manoukian : <http://www.groupe-alain-manoukian.com> ; le Code de conduite Colgate-Palmolive France : <http://www.colgate.fr> ; le Code éthique du groupe Electrolux : <http://www.electrolux.com> ; le Code de conduite de la société Hennes & Mauritz : <http://www.hm.com> ; le Code de conduite des affaires du groupe Lafarge : <http://www.lafarge.fr> ; le Code d'éthique de la société Thalès : <http://www.Thalesgroupnorthamerica.com> et le Code d'éthique du groupe Valeo : <http://www.valeo.com>.

A. L'APPARENCE D'UNE CONCURRENCE FAITE AU LEGISLATEUR

8. Cette apparence de création d'un ensemble de règles de droit *dur* d'origine privée est nourrie, d'une part, du support juridique employé (1) et, d'autre part, de l'apparence juridique du contenu de ces codes (2).

1. LE CONTENANT EMPRUNTE AU DROIT *DUR* :

9. Les dispositions tendant à promouvoir l'éthique au sein des entreprises sont réunies au sein d'un recueil appelé souvent «code» de la société. Parmi les appellations les plus courantes on peut retenir «code de conduite», «code de bonne conduite des affaires», «code d'éthique des affaires» ou bien encore «code d'éthique». L'utilisation du terme «code» ne semble pas anodine et il convient donc de s'interroger sur sa signification classique mais également sur celle que les sociétés paraissent lui conférer.

10. Traditionnellement un *code* se définit comme un « *corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs (...), soit d'une élaboration réglementaire (...), soit d'une codification formelle de textes préexistants (...) et reclassés selon leur origine (..)* »¹¹. Au regard de cette définition, on peut constater que ce terme a une connotation juridique très forte. Le mot *code* suggère l'existence d'un écrit solennel émanant d'une autorité titulaire d'un pouvoir normatif et consacrant solennellement des règles contraignantes. En employant de telles appellations, les sociétés privées créent une confusion dans l'esprit du public. Elles brouillent les frontières entre la codification publique et la liberté d'organisation appartenant au domaine privé. D'une certaine manière, l'emploi de ce support laisse à penser que les entreprises disposeraient du pouvoir de choisir les règles applicables au sein de leurs entités et qu'ainsi elles seraient dotées d'un pouvoir normatif concurrent à celui du législateur. Cette impression de proximité avec la codification publique est confirmée à plusieurs égards par la lecture de l'exposé des intentions des auteurs de ces documents.

11. D'abord ces codes éthiques sont présentés comme un recueil contenant des normes originales élaborées unilatéralement par la direction de la société. Une société indique par exemple qu'elle-même et ses filiales « *se sont assignées comme règle constante d'exercer et de développer leurs activités dans le respect : des lois et règlements applicables dans les pays où sont exercées ces activités, qu'ils soient de portée nationale ou transnationale; des prescriptions spécifiques établies par le Groupe (...) aux termes du présent Code d'Ethique (...)* »¹². Ainsi, il semble que les entreprises cherchent en utilisant cet instrument, de la même manière que le législateur, à réunir au sein d'un même écrit l'ensemble des normes applicables à une entité. De plus, et ceci est l'aspect le plus intéressant, il semble que les sociétés utilisent ces recueils pour consigner des règles qu'elles ont elles-mêmes créées. Ainsi les entreprises inventeraient des normes appelées à régir leur structure au même titre que la loi.

¹¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 2000, pp. 154-155.

¹² Extrait du Code éthique de la société Valéo. Voir également un extrait du Code éthique de la société Thalès : « dans la continuité des valeurs définies pour THALES par la Charte des valeurs, le présent Code d'Ethique vise à établir les règles de comportements applicables au sein du Groupe ».

12. Ensuite selon leurs rédacteurs, ces corps de règles ont vocation à régir les activités non seulement de la société mère, auteur du code, mais aussi des filiales, qui sont des sujets de droit distincts, voire parfois celles de leurs partenaires commerciaux (comme par exemple leurs sous-traitants)¹³. De la sorte, ces codes privés sont présentés, à l’instar de la loi *lato sensu*, comme dotés d’un certain degré de généralité¹⁴. En effet, elles sont censées régir la conduite de son auteur et du personnel de la société, mais aussi des tiers comme les fournisseurs de celle-ci, etc ... On peut citer, à titre d’illustration, un extrait du *Code d’éthique* d’un groupe. Selon les rédacteurs de celui-ci : « *Dans le prolongement des Principes d’Action, le code de conduite des affaires a pour objet de fixer certaines règles de conduite applicables à tous les collaborateurs du groupe (...) ainsi qu’aux représentants, mandataires, consultants et autres prestataires externes étant amenés à agir pour le compte du Groupe ou de ses différentes entités* »¹⁵.

13. Face à ce constat, nous pouvons estimer que l’utilisation par les sociétés de supports tels que des codes n’est en rien anodine¹⁶. En élaborant ces documents, il semble que les entreprises cherchent à se placer dans une démarche normative semblable à celle du législateur. Cette apparence de production de normes privées équivalentes à du droit *dur* se manifeste également dans le contenu de ces codes.

2. LE CONTENU : UN AMALGAME AVEC LE DROIT *DUR*.

14. En apparence, ces codes semblent contenir des normes originales équivalentes à des règles de droit *dur* en raison de deux éléments.

15. Premièrement on peut noter que ces codes portent sur des questions qui sont traditionnellement traitées par le droit *dur*. Ainsi ces instruments abordent des thèmes tels que « *les droits de l’Homme* », les « *discriminations* », « *la propriété* », « *la vie privée* », la « *dignité* », l’« *égalité* » ou encore la « *sécurité* »¹⁷. Le contenu de ces écrits se situe donc dans les registres habituels du droit *dur*. Cela renforce la croyance du lecteur en la création de normes privées de droit *dur*.

16. Deuxièmement, on peut relever au sein de ces codes l’engagement des sociétés de respecter les lois en vigueur. Généralement, on peut observer l’indication que la société s’engage à respecter de manière générale les réglementations. Par exemple, une entreprise indique que « *(la société) et tous ses salariés s’engagent à respecter toutes les lois en vigueur dans le monde entier* »¹⁸, d’autres précisent qu’elles se sont assignées « *comme règle constante*

¹³ Selon une étude de l’OCDE, on peut définir ces codes privés comme l’énoncé par la société « des normes et des principes régissant la manière de conduire son activité ». Voir : Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique. Groupe de travail du comité des échanges de l’OCDE, étude précitée.

¹⁴ Sur la spécificité de la règle de droit voir : J.L. AUBERT, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin, 9^{ème} éd. 2002, p. 8.

¹⁵ Extrait du Code de conduite des affaires du groupe Lafarge. Voir également, par exemple, un extrait du Code éthique de la société Thalès : « Les règles figurant dans ce code (...) n’ont pas de caractère contractuel mais elles doivent être connues et appliquées par tous les collaborateurs permanents et occasionnels du Groupe ».

¹⁶ « Le parallélisme avec les réglementations étatiques est volontaire ». Voir : F. OSMAN, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc..., op. précité p. 514.

¹⁷ On peut citer à titre d’exemple quelques extraits du Code de conduite de la société Colgate-Palmolive France : « Colgate est engagée en faveur du respect des droits de l’homme », « Colgate est engagée à protéger la vie et la propriété » ou du Code d’éthique du groupe Electrolux : « Toutes les activités du Groupe Electrolux doivent être réalisées avec le respect des droits de l’homme, de la santé et de la sécurité des employés, et le bien-être des communautés locales dans lesquelles le Groupe opère ». Voir sur les formalisations éthiques : Chartes éthiques et codes de conduite : états des lieux d’un nouvel enjeu social, synthèse de l’étude. Centre d’études économiques et sociales du groupe ALPHA : [http:// www.cgt.fr](http://www.cgt.fr).

¹⁸ Extrait du Code d’éthique des affaires de la société Accenture.

d'exercer et de développer leurs activités dans le respect des lois et règlements applicables dans les pays où sont exercées ces activités, qu'ils soient de portée nationale ou transnationale »¹⁹. De plus, on remarque fréquemment, au sein des développements, l'indication par la société qu'elle s'engage à respecter plus précisément certaines législations, comme par exemple certaines dispositions issues du droit de la concurrence, du droit du travail ou encore du droit de la consommation²⁰. Or le mélange au sein des codes de normes légales et de dispositions privées tend à accréditer l'idée que ces règles seraient de valeur équivalente. Ces références à des textes de lois ne peut manquer d'étonner. En effet, ces recueils étant privés, ils ne devraient contenir *a priori* que des règles issues de la production normative des entreprises. L'explication souvent fournie par les auteurs est que ces codes remplissent en fait deux fonctions. D'une part, ils servent de support pour les règles originales créées par les entreprises, d'autre part, ils permettent un rappel des dispositions légales applicables à leurs activités. Quelles que soient les raisons invoquées, force est de constater que ce mélange nourrit une confusion dans l'esprit du lecteur dans la mesure où il brouille les frontières. En effet, dans la mesure où les entreprises réunissent au sein d'un même instrument des dispositions légales et des dispositions originales créées par elles, elles prennent le risque de faire croire au lecteur que ces règles ont une valeur égale.

17. Au regard de ces développements, nous pouvons dire qu'en apparence les entreprises cherchent à se mettre en situation de concurrence avec le législateur. L'utilisation de code, la reproduction de lois *lato sensu* etc... sont autant d'indices qui permettent d'affirmer que les auteurs de ces écrits veulent convaincre le public qu'ils essaient de pallier les insuffisances de la législation ou au moins de l'enrichir. Nous allons constater qu'il existe un contraste entre cette apparence et la réalité.

B. LA REALITE : L'ABSENCE DE CONCURRENCE FAITE AU LEGISLATEUR

18. Les codes privés sont plus un outil de promotion commerciale qu'un support de production normative. En effet, on peut constater au sein de nombreux documents l'absence de règle originale car les normes inscrites ne sont souvent que la transcription des dispositions légales (1). De plus, même lorsque ces recueils contiennent des dispositions originales, force est de constater que celles-ci se veulent non contraignantes dans la mesure où il est rare que les codes prévoient un mécanisme de contrôle et de sanction efficace (2).

1. L'ABSENCE FREQUENTE DE TOUTE REGLE ORIGINALE :

19. En élaborant des codes privés, les sociétés semblent se doter de normes originales. Or en lisant le contenu de ces documents, nous pouvons constater la fréquente absence de

¹⁹ Extrait du Code d'éthique du groupe Valeo. Voir également, par exemple, un extrait du Code d'éthique du groupe Electrolux : « Tous les employés, responsables et membres du conseil du Groupe Electrolux respecteront toutes les lois, codes et réglementations applicables à toutes leurs activités commerciales » et un extrait du Code de conduite de la société Hennes & Mauritz : « La règle générale est que nos fournisseurs doivent, dans toutes leurs activités, se conformer à la législation nationale en vigueur dans le pays dans lequel ils opèrent ».

²⁰ Par exemple voici quelques extraits du Code de conduite du groupe Colgate-Palmolive France : « Nous observons le droit de la concurrence », « Nous nous conformons au droit boursier », « Nous observons le droit des États-Unis régissant le commerce et les transactions internationales ».

telles règles. En effet, souvent les dispositions inscrites dans ces documents ne sont pas issues de l'œuvre normative des sociétés mais de celle du législateur. Comme plusieurs auteurs le font remarquer, il est très fréquent de relever au sein des codes une reprise des dispositions de droit *dur* pour le compte de la normalisation privée de la société. Monsieur Sobczak indique ainsi que les « codes vont rarement plus loin que la législation sociale en vigueur dans le pays. C'est plus souvent une réaffirmation joliment exprimée par l'entreprise du cadre légal en vigueur »²¹. De même, Monsieur Aonzo considère que le contenu de ces codes « n'est le plus souvent que la récupération du droit existant sous la forme d'affirmations très générales »²².

20. Cette appropriation des textes de lois se caractérise essentiellement par une formulation ambiguë des codes. Pour illustrer nos propos, nous pouvons citer deux illustrations de formulations pouvant susciter des doutes quant à l'origine légale ou privée de la disposition. Ainsi, un code de société prévoit que : « De même, conformément à la politique de la Société et aux dispositions légales, les registres, les dossiers et la comptabilité doivent être tenus à jour et donner une image exacte et suffisamment détaillée des opérations commerciales et de la cession d'éléments d'actif de la Société » ou encore « S'il s'agit d'une information précise, confidentielle, d'importance de nature à influencer sur le cours de la valeur et déterminante des opérations réalisées, alors, conformément au droit boursier et à la politique de la Société : Vous ne devez pas effectuer d'opérations sur les actions, obligations, ou autres valeurs de la société (nom de la société et autre) à laquelle se rapportent ces informations. Vous ne devez pas profiter de ces informations non publiques pour essayer de réaliser ou réaliser des gains personnels ou en faire réaliser à d'autres (...) »²³. En indiquant que ces obligations proviennent à la fois de l'œuvre normative de la société et de celle du législateur, ce code peut laisser penser que l'entreprise a créé de nouvelles dispositions, or celles-ci découlent uniquement de la loi. D'autres formulations ajoutent à la confusion. Ainsi un code prévoit que « (la société) interdit la distribution, la vente, l'achat, la cession, la possession ou la consommation des drogues illégales sur les lieux du travail » et que « (la société) interdit en particulier toute conduite illicite constitutive de harcèlement sexuel ou moral, y compris en l'absence de lien hiérarchique ou de subordination (...) »²⁴. Un autre code indique que « (la société) interdit toute destruction ou altération illégale de documents pouvant être utilisés ou exploitables à l'occasion d'une enquête ou d'un litige de ce type »²⁵. Par l'emploi de telles expressions, on peut considérer en quelque sorte que l'entreprise s'approprie certaines dispositions légales mais ne crée aucune disposition originale.

21. Ainsi malgré l'utilisation d'un support appelé *code*, il semble que nombreuses sont les sociétés n'élaborant pas de nouvelles règles de conduite. Il existe cependant des exceptions. Par exemple, on peut remarquer que certains codes prévoient l'interdiction pour la société et ses partenaires économiques de faire travailler des enfants en dessous d'un certain âge défini ou de ne pas pratiquer de discrimination à l'embauche et ceci même si la législation locale l'autorise²⁶. Afin de savoir si ces entreprises cherchent véritablement à imiter l'action

²¹ A. SOBCZAK, « Les entreprises sous-estiment la portée des codes de conduite », interview réalisé par FARGUES : <http://www.novethic.fr>, mis en ligne le 12/12/2001.

²² P. AONZO, Point de vue sur l'éthique de l'entreprise, Petites Affiches, 14 Septembre 2001, n°184, p. 4 et s. Egalement : « S'il est vrai que beaucoup de codes de conduite se contentent d'énoncer, sous forme de « credo » les valeurs fondamentales de l'entreprise, ou bien se bornent à rappeler le respect de certaines normes obligatoires (...) : I. DESBARATS, Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, JCP 2003. I. 112, p. 337 et s.

²³ Extrait du Code d'éthique du groupe Colgate-Palmolive France. C'est nous qui soulignons.

²⁴ Extrait du Code d'éthique du groupe Valeo (2004). C'est nous qui soulignons.

²⁵ Extrait du Code d'éthique des affaires de la société Accenture. C'est nous qui soulignons.

²⁶ Le Code de conduite de la société Alain Manoukian prévoit ainsi que « Les fabricants, fournisseurs, intervenants, et prestataires n'utiliseront pas le travail infantile. "Infantile" fait référence à toute personne de moins de 15 ans (ou 14 ans là où les lois le permettent) ou, si plus, à l'âge minimum légal d'embauche ou à l'âge d'achèvement de la scolarité obligatoire ». Le Code de conduite de la société Hennes & Mauritz indique que « Aucun travailleur ne doit subir de discrimination du fait de sa race, de son sexe, de sa religion ou de son appartenance ethnique ».

du législateur et donc à créer des normes équivalentes au droit *dur*, il paraît nécessaire de s'interroger sur le caractère contraignant de ces prescriptions.

2. L'ABSENCE TRES FREQUENTE DE REEL MECANISME DE CONTROLE OU DE SANCTION

22. L'étude des codes montre la faiblesse des mécanismes de contrôle et de sanction mis en place par ces codes. Cette faiblesse confirme l'idée soutenue selon laquelle les auteurs de ces codes n'entendent guère, en réalité, enrichir le droit *dur* et sont donc loin de faire concurrence au législateur.

23. Concernant les mécanismes de contrôle, on peut observer que généralement les entreprises prennent soin d'indiquer au sein des documents qu'elles ont prévu différents mécanismes permettant d'assurer le suivi des règles inscrites dans les codes éthiques. Ainsi, selon une étude réalisée par le Comité d'échange de l'OCDE sur un échantillon de 118 codes d'entreprises 71% d'entre eux prévoyaient un système de surveillance²⁷. Cependant ce contrôle est quasiment exclusivement interne²⁸ et souvent attribué à la direction des sociétés²⁹. Or en l'absence de contrôle indépendant, il semble que l'efficacité des dispositions des codes de conduite soit réduite.

24. Concernant la question des sanctions, on peut noter que celle-ci est abordée de manière très disparate dans les codes éthiques. Une majorité ne traite absolument pas de la question comme le montre l'étude précitée. Sur un échantillon de 118 codes d'entreprises 58% d'entre eux ne prévoyaient pas de sanction ou autre conséquence en cas de non-respect des codes³⁰. Une minorité traite de cet aspect contraignant mais d'une manière généralement très imprécise³¹. En effet, on peut remarquer que souvent dans ces codes il est seulement indiqué que « *la violation des règles entraîne des sanctions* » ou « *peut en entraîner* »³². Plusieurs remarques peuvent être faites. Premièrement, l'utilisation courante du verbe « *pouvoir* »

²⁷ Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE. Juin 2000, étude précitée, p. 33.

²⁸ Selon la même étude sur 84 codes de sociétés prévoyant un mécanisme de surveillance, 80 n'avaient instauré qu'un contrôle interne. Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE. Juin 2000, étude précitée, p. 39.

²⁹ « Pour bon nombre des codes d'entreprises, la surveillance interne est considérée comme faisant partie du processus régulier de gestion, des cadres supérieurs étant chargés de faire respecter les normes, dans le cadre de leurs tâches quotidiennes ». Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE. Juin 2000, étude précitée, p. 33. Un certain nombre de codes confie la surveillance à l'ensemble des salariés de la société or, on ne peut manquer de s'étonner que, selon cette étude, seulement 46 % des codes prévoient une procédure de communication interne du document.

³⁰ Les codes de conduite des entreprises : étude approfondie sur leur contenu. Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE. Juin 2000, étude précitée, p. 39 et s. Voir également : L'étude élaborée par l'ESA sur un échantillon de code éthique qui a conduit ses auteurs à conclure à une quasi-inexistence des sanctions au sein de ces documents. Sur un nombre de 33 codes, seul 4, 5% prévoyaient des sanctions. Ethique et achat : étude des codes de déontologie (II) Recherche collective réalisée par DESMA, étude précitée.

³¹ Concernant les codes prévoyant des sanctions précises, on peut relever principalement l'indication par certaines sociétés qu'elles rompent les relations d'affaires qu'elles ont avec leurs partenaires économiques en cas de non respect de certaines dispositions privées (comme par exemple, l'interdiction de faire travailler des enfants de moins de quinze ans).

³² Ainsi le Code d'éthique du groupe Electrolux prévoit que : « Le non-respect des dispositions de ce Code d'éthique pourra entraîner des mesures disciplinaires ». Le Code d'éthique des affaires de la société Accenture indique que : « Le non-respect des dispositions de ce Code d'éthique pourra entraîner des mesures disciplinaires ». Le Code de conduite des affaires du groupe Lafarge est lui plus clair car il indique que : « Le non-respect des règles du Code sera considéré comme un manquement susceptible d'être sanctionné, dans le respect des règles de chaque pays », ce qui laisse sous-entendre qu'il n'existe pas de sanction en cas de violation des dispositions d'origine privée.

atténué considérablement le caractère contraignant des règles. Deuxièmement, comme il n'est pas précisé quelles sont ces « *sanctions* » et qu'il existe au sein de ces instruments des règles de droit émanant du législateur, il est possible de considérer que certains auteurs de codes opèrent en fait un simple renvoi aux sanctions légales. Ainsi très fréquemment, il n'est pas prévu de sanction particulière en cas de non-respect des normes originales.

25. Au regard du contenu réel des codes privés, il nous faut constater que les auteurs de ces documents, dans leur très grande majorité, ne cherchent pas à se placer en situation de concurrence par rapport à la loi dans la mesure où, d'une part, il n'existe que rarement de véritables normes originales et que, d'autre part, ces dernières ne sont que rarement assorties d'un mécanisme de contrôle et de sanction efficace. Ces constats n'empêchent pas que, parfois ces instruments puissent en définitive se révéler dangereux pour leurs auteurs (II).

II : LA DANGEROUSITE DES CODES A L'EGARD DE LEURS AUTEURS :

26. Nous venons de constater qu'il est rare que les codes prévoient des mécanismes de contrôle et de sanction efficace. Il convient donc de se tourner vers le *droit dur* afin de déterminer dans quelle mesure il peut recevoir les codes privés. A titre préalable, il va de soi que si les dispositions d'un code de conduite sont intégrées dans un règlement intérieur à destination des salariés ou dans un contrat, ces dispositions rejoignent le giron du *droit dur*³³. Cependant, cette intégration fait souvent défaut, et certains codes contiennent même la précision selon laquelle ils n'ont pas de caractère contractuel³⁴. Pour autant ces codes ne sont pas dénués d'utilité. Ainsi, certains auteurs émettent l'idée que les sociétés chercheraient parfois, en établissant de tels codes, à éviter que le législateur n'intervienne et à conserver ainsi une marge de manœuvre³⁵. Pourtant on peut se demander si ces instruments ne pourraient pas constituer une source d'inspiration pour le législateur et donc pour le *droit dur* (A) et même s'ils ne pourraient pas constituer une source de sanction de la part du *droit dur* (B).

A. LES CODES PRIVES : SOURCE D'INSPIRATION POUR LE DROIT DUR

27. L'élaboration des codes privés semble être une réponse apportée par les entreprises à la demande de la société civile d'une plus grande éthique au sein du monde des affaires. Ces

³³ I. DESBARATS, De la normalisation en matière sociale, Petites affiches, 15 juillet 2003, n°140, p. 4 et s.

³⁴ Voir par exemple l'indication au sein du Code d'éthique du groupe Thalès que les règles figurant dans ce code « n'ont pas de caractère contractuel mais elles doivent être connues et appliquées par tous les collaborateurs permanents et occasionnels du Groupe » ou la précision dans le Code d'éthique des Affaires de la société Accenture : « Veuillez noter qu'aucun élément du présent Code ne constitue un contrat de travail avec un membre d'Accenture, quel qu'il soit ».

³⁵ Ainsi, selon M. Sobczak : « L'analyse des raisons d'être des codes de conduite adoptés par les entreprises met encore une fois en évidence une volonté de leur part, de réguler une situation de fait, que le droit social ne régule que d'une manière insuffisante, mais également un souci d'éviter l'émergence de normes contraignantes étatiques ou internationales », A. SOBCZAK, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis, Droit social, n°9-10, septembre-octobre 2002, p. 807 ; selon Madame Delmas-Marty : « L'objectif inavoué de faire obstacle à une intervention du législateur devenue prétendument inutile aboutit en réalité à privatiser la règle de droit et à transformer le chef d'entreprise, directement concerné comme justiciable potentiel, en législateur, policier et juge, au mépris de la plus élémentaire séparation des pouvoirs », opinion citée in F. AIZICOVICI, Quand les « bonnes intentions »...inspirent les juges, Le Monde, 27 novembre 2001 ; selon M. Trébulle : « Dans les marchés dont la volatilité est avérée, les sociétés doivent rechercher des arguments d'attraction et de fidélisation. C'est là un aspect essentiel de la communication aux parties intéressées. Mais il faut également désamorcer des crises (notamment liées à des incidents de pollution) voire dissuader les pouvoirs publics d'interventions qui peuvent paraître contre-productives à l'entreprise », F-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), Encyclopédie Dalloz, Rép. Sociétés. Mars 2003, spéc. n°6.

documents dits éthiques peuvent inspirer le législateur dans la mesure où ils sont, d'une part, un instrument de révélation des exigences sociales (1) et, d'autre part, un instrument de modèle de normes (2).

1. LES CODES PRIVÉS : INSTRUMENT DE REVELATION DES EXIGENCES SOCIALES.

28. Les thèmes traités dans les codes privés comme par exemple la lutte contre la corruption ou la défense de l'environnement ne sont pas choisis au hasard. Des professionnels du marketing, travaillant pour le compte des sociétés auteurs de ces codes, cherchent, à travers des études et des sondages, à connaître les préoccupations du public. Le but de l'élaboration de ces codes étant de bâtir ou reconstruire une image positive des entreprises, il est indispensable que ces écrits répondent aux attentes des consommateurs ou des investisseurs. L'élaboration de ces codes privés est donc lourde de sens. En effet, en déclarant vouloir créer des normes originales afin de répondre à une exigence sociale d'une plus grande éthique au sein des entreprises, les auteurs de ces écrits révèlent, peut-être involontairement, qu'une partie de la société civile désire un encadrement renforcé des activités économiques et également que le législateur ne répond pas ou insuffisamment à cette attente.

29. Si la rédaction de codes privés était restée un fait marginal, il aurait été possible de considérer que ces documents n'étaient pas véritablement révélateurs d'une exigence sociale. Mais actuellement nous assistons à un phénomène de généralisation de ces écrits ne pouvant laisser indifférent le législateur³⁶. Déjà nous pourrions être tentés de voir l'influence des codes privés dans certaines lois récentes. La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 et celle sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003, témoignent, par exemple, du souci du législateur de renforcer l'encadrement légal des entreprises afin d'assurer le respect d'une plus grande éthique de leurs activités. Actuellement un mouvement de réflexion lancé par une partie de la doctrine sur le phénomène que constitue l'apparition de ces codes conduit plusieurs auteurs à s'interroger sur l'opportunité de *durcir* certaines normes éthiques, comme par exemple en matière de gouvernement d'entreprise ou de responsabilité sociale des entreprises³⁷. Ce mouvement pourrait préparer l'adoption de futurs textes de lois inspirés des codes privés.

30. Nous pouvons remarquer que ce phénomène dépasse nos frontières. Ainsi de nombreux pays étrangers semblent, eux aussi, prendre en considération l'élaboration de ces codes privés. Par exemple, le Danemark, le Royaume Uni ou encore les Pays-Bas se sont engagés dans des politiques tendant à promouvoir un comportement plus responsable des entreprises³⁸. Nous pouvons également constater l'influence de ces codes éthiques sur le législateur communautaire comme par exemple l'écriture d'un livre vert en 2001 s'intitulant

³⁶ F-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), op. précité, p. 8 et s.

³⁷ Voir par exemple : Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise, colloque organisé par le D.E.S.S de droit des affaires de l'université de Picardie-Jules Vernes et le CEPRISCA, Petites affiches, 12 février 2004, n° 31. Voir en particulier les interventions de Messieurs D. KLING, p. 16 et s, P. BEZARD, p. 45 et s et A. COURET, p. 51 et s; La responsabilité sociale des entreprises, les dossiers de l'Europe, Petites Affiches, 26 février 2004, n°41. Voir en particulier les articles de Madame DIAMANTOPOULOU, p. 4 et s et Messieurs MINGASSON, p. 7 et s et SAINCY, p. 15 et s.

³⁸ J.-P. MINGASSON, La responsabilité sociale des entreprises concept et place dans l'agenda européen, Petites Affiches, 26 février 2004, n° 41, p. 7.

« promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » ou encore la création d'un forum européen plurilatéral sur la responsabilité sociale des entreprises³⁹.

31. Mesurer l'influence précise de ces codes éthiques sur les textes de lois semble difficile. Cependant, on ne peut nier que l'adoption sans cesse croissante de tels instruments par de très nombreuses sociétés ne laisse pas indifférents les législateurs. Ces codes les inspirent comme nous venons de le voir, car ils révèlent l'exigence sociale d'un meilleur encadrement légal des activités commerciales. Mais ils les inspirent également en tant que modèle de normes.

2. LES CODES PRIVÉS : INSTRUMENT DE MODELE DE NORMES.

32. Le droit *mou* inventé par certaines entreprises peut être source d'inspiration pour le pouvoir législatif en tant que modèle. En effet, en créant des normes originales, les auteurs de ces codes éthiques exposent divers moyens permettant de répondre aux attentes de la communauté.

33. Afin d'illustrer ce propos, on peut prendre l'exemple de l'article L. 225-10-1 du Code du commerce⁴⁰. Pour promouvoir leur politique environnementale, certaines sociétés s'étaient imposées volontairement l'obligation de communiquer différentes informations sur leurs activités à leurs actionnaires ou au public. S'inspirant de ces initiatives, le législateur a, dans la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001, consacré légalement cette obligation. Ainsi selon le nouvel article L. 225-102-1 du Code de commerce, les sociétés cotées doivent au sein de leur rapport de gestion communiquer différentes informations sur les conséquences sociales et environnementales de leurs activités. De la sorte un phénomène de durcissement des codes privés peut être observé. Celui-ci n'est pas encore d'une grande ampleur cependant, face à la prolifération actuelle de ces documents, on peut prédire que ce phénomène s'accroîtra.

34. L'élaboration des codes privés peut ainsi s'avérer dangereuse pour les entreprises qui ne désiraient pas réellement adopter une stratégie de gestion éthique. En indiquant au public qu'elles sont « responsables socialement » ou qu'elles souhaitent avoir « une conduite plus éthique », les sociétés prennent le risque d'être prises à leur propre jeu. En produisant des normes originales pourtant dépourvues de caractère contraignant, leurs auteurs n'ont pas imaginé que le législateur pût s'en inspirer pour créer des véritables règles de droit *dur*. La rédaction de ces codes privés peut donc s'avérer périlleuse pour les entreprises dans la mesure où cette initiative peut servir de préparation à l'élaboration d'un encadrement plus rigide par la loi de leurs activités. Or actuellement, et contrairement à la volonté de beaucoup d'entreprises, différents indices permettent de penser que ces codes privés ne sont « qu'un premier pas »⁴¹ et qu'ils constituent des moteurs de production législative.

³⁹ J.-P. MINGASSON, La responsabilité sociale des entreprises concept et place dans l'agenda européen, *op. précité*, pp. 10-11.

⁴⁰ F.-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), *op. précité* p. 8 et s ; A. SOBCHAK, L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application, JCP éd. E, n°14, 3 avril 2003, I, 542.

⁴¹ Voir : P. LANNOYE, « Les codes de conduite ne sont qu'un premier pas », Petites A fiches, 30 mai 2000, p. 6 et s.

En outre, cette pratique peut s'avérer dangereuse pour les entreprises dans la mesure où différents mécanismes de droit *dur* d'ores et déjà existants pourraient être utilisés pour sanctionner un mauvais usage de ces codes.

B. LES CODES PRIVÉS : SOURCE DE SANCTION DE LA PART DU DROIT *DUR*

35. Bien que ces codes privés puissent être qualifiés de *droit mou*, il n'est pas sûr que ces instruments soient ignorés du *droit dur*. En divulguant l'existence de ces instruments privés à des tiers, en diffusant tout ou partie de ces documents, certaines sociétés pourraient se trouver liées juridiquement. Il convient d'explorer les possibilités offertes par le droit *dur* pour sanctionner le mauvais usage d'un code émanant d'une entreprise privée. On étudiera ainsi le délit de publicité trompeuse (1), la « *création d'illusion* »⁴², nouveau quasi-contrat dégagé par la Cour de cassation⁽²⁾ et enfin l'éventualité d'un engagement unilatéral (3).

1. LA PUBLICITE TROMPEUSE :

36. La publicité trompeuse régie par les articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation participe à la défense d'un discours sincère des entreprises. Selon l'article L. 121-1, est interdite « *toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, condition de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de vente ou de la présentation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualité ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* ».

37. Cette incrimination pourrait être particulièrement appropriée aux caractéristiques des codes éthiques des sociétés. En effet, le champ d'application de ce délit permet à la fois de sanctionner la publicité reposant sur des allégations fausses et celle qui, en raison de son message équivoque peut induire en erreur le public⁴³. Afin de mieux comprendre l'application qui pourrait être faite de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, il nous faut expliquer les différents messages diffusés par les entreprises. Premièrement, il est très fréquent que les sociétés ne diffusent pas leurs codes mais fassent connaître au public son existence en faisant des déclarations publiques, en insérant un message sur leur site internet⁴⁴ ou, plus rarement,

⁴² « La création d'illusion (ou la fausse promesse) » : appellation utilisée par Monsieur BÉNABENT pour désigner le quasi-contrat créé par la Cour de cassation, dans son arrêt en date du 6 septembre 2002. Voir : A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Domat droit privé, Montchrestien, 9^{ème} éd, 2003, p. 339 et s.

⁴³ Voir sur la réforme opérée par la loi du 27 décembre 1973: S. GUINCHARD, *Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère*, in *Mélanges dédiés à A. CHAVANNE*. Litec, 1990, p. 11 et s.

⁴⁴ On peut par exemple lire sur le site internet du groupe Pinault-Printemps-Redoute : « *La question de l'éthique est l'une des préoccupations de Pinault-Printemps-Redoute. Une des actions majeures entreprises par le Groupe en 2002 a été la rédaction d'un Code de Conduite des Affaires*. Fruit d'une réflexion collective associant les différentes enseignes du Groupe, ce document prolonge et complète la Charte Ethique adoptée par Pinault-Printemps-Redoute en 1996. Il

dans leur catalogue de vente⁴⁵. Dans cette hypothèse, même si l'entreprise n'adopte pas une conduite plus éthique, nous ne pouvons pas pour autant considérer que son message repose sur des allégations fausses dans la mesure où la société s'est réellement dotée d'un code. Cependant, il semble possible de soutenir que ce message constituerait une publicité de nature à induire en erreur dans la mesure où le public peut croire que la société s'est engagée à se soumettre, dans certains domaines, à des normes plus strictes que la loi. Deuxièmement, il arrive également que des entreprises diffusent leurs codes ou certains de leurs extraits⁴⁶. Dans ce cas, si une société annonce s'engager à respecter des règles privées précises et qu'en réalité elle ne le fait pas alors on pourrait qualifier son message de publicité mensongère car il repose sur des allégations fausses et trompeuses. Si, par contre, une entreprise indique dans son code qu'elle s'engage seulement à suivre des principes de direction ou des objectifs vagues, alors ces allégations ne pourront constituer qu'un message de nature à induire en erreur.

38. Une fois ces hypothèses évoquées, il convient de s'interroger sur les conditions d'application de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et plus particulièrement sur l'exigence d'un message *publicitaire* et sur l'exigence d'un message portant sur un des éléments de la liste du texte de loi.

39. A première vue les codes de conduite ne constituent pas des messages publicitaires au sens courant, c'est-à-dire des messages « *incitatifs* », car ils se présentent plus comme des documents d'information sur les activités des sociétés. Cependant il est indéniable qu'en réalité ils servent d'argument commercial car ils ont une influence sur le comportement des consommateurs. Le public étant sensible aux préoccupations éthiques, un discours émanant d'une société indiquant qu'elle s'est dotée d'un code et qu'elle s'engage à respecter certaines normes, par exemple en matière environnementale, constitue, selon nous, un message publicitaire. Afin de savoir si les codes privés pourraient être sanctionnés sur le fondement de la publicité trompeuse, nous devons nous interroger sur la notion juridique de publicité. En l'absence de définition légale, la jurisprudence a progressivement construit la notion de message publicitaire. On peut constater que la Cour de cassation retient une conception particulièrement extensive du concept⁴⁷. Ainsi, selon elle constitue une publicité « *tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés* »⁴⁸. Au regard de cette

fixe les engagements et principes d'action du Groupe envers ses collaborateurs, ses clients, ses actionnaires et ses partenaires commerciaux, ainsi qu'envers l'environnement et la société civile. La diffusion dans les enseignes du Code de Conduite des Affaires sera accompagnée d'un programme de formation», <http://www.pprgroup.com> ou sur le site du groupe Renault : « La prospérité et le développement d'une entreprise sont largement fondés sur la confiance qu'elle inspire à ses clients et à ses fournisseurs, confiance qui doit exister aussi bien dans les rapports entre l'entreprise et les membres du personnel qu'entre les membres du personnel eux-mêmes. L'existence et le maintien de cette confiance supposent le respect à tous les échelons d'un certain nombre de règles de conduite. Le Code de déontologie du groupe Renault a donc pour objet de permettre aux acteurs de l'entreprise de déterminer leur comportement en présence de situations concrètes, parfois complexes, par référence à quelques principes clairs et précis (...)», <http://www.renault.com>. Concernant le support de publicité que constitue un site internet : CA Rennes, 31 mars 2000, Expertises n°243, décembre 2000, p. 392, *Légipresse* n° 172-III, juin 2000, pages 97 et s, note A. HAZAN, *Revue de droit bancaire*, n°3, mai-juin 2000, p. 164 note E. CAPRIOLI ; CCE, 2000, jur. n° 66 note J.-C. GALLOUX ; D. 2000, A.J., 358, note C. MANARA.

⁴⁵ Ainsi, la société Ikea indique à la page 11 de son catalogue de vente 2005 qu'elle est dotée d'un Code de conduite : « Ces derniers (ces fournisseurs) appliquent tous le code de conduite Ikea qui définit les exigences minimum que les fournisseurs doivent respecter en matière d'éthique, de conditions de travail et de respect de l'environnement ».

⁴⁶ Voir les nombreux exemples de codes de conduite accessibles sur internet cités à la note n°11.

⁴⁷ Voir : F. STEINMETZ et J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 6^{ème} éd., 2003, spéc. n°129 ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 10^{ème} éd., 2001, n°170.

⁴⁸ Cass. Crim 14 octobre 1998, n°98-80.527, Bull. inf. cass. 1^{er} février. 1999, p. 34, D. aff. 1999, p. 203, JCP éd. E 1999, n°11, p. 462, note PH. CONTE, D. 2000. Somm.130, obs. GOZZI, D. 2000. Somm. 281, obs. O. TOURNAFOND. Voir également un arrêt ayant considéré que constituait une publicité : « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé », Cass. crim. 12 novembre 1986, n° 85-95.538 ou un arrêt ayant considéré que constituait une publicité : « tout moyen d'information permettant de se faire une opinion sur le bien ou le service offert par l'annonceur, qu'il n'importe que la publicité ne soit pas diffusée à des

définition, on peut soutenir que les codes de conduite pourraient être sanctionnés sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En effet, ces documents mettent en valeur l'image de la société et donc ses produits et services. Ils permettent donc aux consommateurs potentiels de se forger une opinion. A cet égard, on peut s'inspirer de la position prise dans l'affaire « *Nike versus Kasky* ». Dans ce litige Monsieur Kasky, consommateur américain, assigna en justice en 1998 la société Nike estimant que ses déclarations publiques relatives aux conditions de travail de ses sous-traitants constituaient des faits qualifiables de publicité mensongère. La société Nike construisit sa défense en soutenant que ses discours ne relevaient pas de la publicité commerciale mais de la liberté d'information et donc de la liberté d'expression, elle-même protégée par le premier amendement. Il a été jugé, dans un arrêt de 2002 de la Cour suprême de Californie, que ces déclarations constituaient une communication publicitaire susceptible d'inciter à l'achat des produits de la société et donc soumis à la réglementation de la publicité mensongère⁴⁹. Si il en résulte qu'un message d'une entreprise relative aux droits de l'Homme constitue une forme de publicité incitative, nous pouvons penser qu'il en serait de même pour bon nombre de messages relatifs aux codes privés. Actuellement, nous ne savons pas si les juges français retiendraient une telle interprétation. Cependant, on peut remarquer que la jurisprudence française retient une conception encore plus large de la publicité que les juges américains dans la mesure où elle n'exige pas la démonstration d'un caractère incitatif, nous pouvons donc penser que les codes privés pourraient entrer dans le champ d'application de ce délit.

40. Une objection à cette qualification pourrait être émise en raison de la formulation de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Selon le texte de loi, les allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur doivent porter sur un ou plusieurs des éléments cités (comme par exemple sur « *l'existence, la nature, la composition, les qualités substantielles...de biens ou de services* »). Or, les publicités relatives aux conditions de travail des salariés de la société ou encore, au respect de l'environnement ne semblent apparemment pas être prévues expressément dans la liste. Cependant, différents indices permettent de penser que la formulation de l'article L. 121- 1 du Code de la consommation n'empêcherait pas certains codes privés d'être qualifiés de publicité trompeuse. En effet, la jurisprudence retient une conception large des éléments de la liste or certains éléments comme par exemple « *les qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* »⁵⁰ pourraient, en étant interprétés de manière extensive, permettre de sanctionner les codes privés.

41. Si la jurisprudence qualifiait les codes éthiques de publicité trompeuse au sens de l'article L 121-1 du Code de la consommation, de nombreux moyens permettraient de sanctionner efficacement les auteurs de codes de conduite trompeurs. Parmi eux, nous noterons en particulier deux mesures. D'une part, il serait possible pour les juges de condamner les sociétés à payer une amende d'un montant pouvant s'élever jusqu'à 50 % du

fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial », Cass. crim. 6 mai 1998, n°97-83. 023, Bull. Actu. Lamy Droit Economique 1998, Juillet, n° 108, p. 11, R.1999. 115 obs. GIUDICELLI.

⁴⁹ En 2003, la Cour suprême des Etats-Unis, saisie du litige, se déclara incompétente et renvoya l'affaire devant les juridictions californiennes pour qu'elles statuent sur le fond. Le 12 septembre 2003, La société Nike conclut un accord avec M. Kasky dans lequel la société s'engageait « à verser 1,5 million de dollars pour aider à la mise en place de programmes d'audits ainsi qu'à financer des programmes d'éducation et de crédits pour un minimum de 500 000 dollars, sur les deux prochaines années ». Voir : A. CHAUVEAU, « Nike : plus de rapport de responsabilité sociale ? », mis en ligne le 16/12/2002 ; A.-C.HUSSON, « Epilogue dans l'affaire Kasky contre Nike », mis en ligne le 16/09/2003, P.-M. COUPRY, « Kasky contre Nike : avantage Kasky » : <http://www.novethic.fr>. Voir également : F.-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt Nike V/ Kasky, Rev. soc avril-juin 2004, n°2, p. 261 et s.

⁵⁰ Pour monsieur SOBCZAK, il serait possible de faire entrer les codes privés dans la définition communautaire de la publicité trompeuse en se référant au « mode de production ». A. SOBCZAK, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis, op. précité, p. 811.

montant des dépenses de la publicité constituant le délit⁵¹. D'autre part, et bien que cette sanction soit rarement utilisée, les juges auraient le pouvoir d'ordonner à la société, auteur de la publicité, de publier une annonce rectificative (selon les mêmes modalités de diffusion que la publicité litigieuse) dénonçant le caractère trompeur du message incriminé⁵².

42. Au regard de ces développements, nous pouvons estimer, avec plusieurs auteurs⁵³, qu'il est assez probable que certains codes de bonne conduite puissent être sanctionnés sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. La faute constituée peut, bien entendu, être aussi prise en compte sur le terrain de la responsabilité civile tant à l'égard d'un consommateur, à supposer qu'il démontre un préjudice, qu'à l'égard d'un concurrent⁵⁴. Ces mécanismes de droit ne sont pas les seuls à pouvoir s'appliquer aux codes trompeurs, ainsi, il paraît opportun de s'interroger sur le champ d'application du nouveau quasi-contrat dégagé par la Cour de cassation.

2. LA « CREATION D'ILLUSION »⁵⁵ :

43. Saisie d'une affaire relative à des loteries publicitaires, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a, par un arrêt en date du 6 septembre 2002, dégagé un nouveau quasi-contrat sur le fondement de l'article 1371 du Code civil⁵⁶. Cette nouvelle catégorie juridique nous intéresse car elle semble avoir été imaginée afin de sanctionner les messages publicitaires de société qui en raison de leur formulation équivoque créaient une illusion d'engagement dans l'esprit du destinataire.

44. Afin d'opérer un rapprochement entre ce quasi-contrat et les codes privés, il nous semble nécessaire d'opérer un bref rappel des faits. En l'espèce, une société avait envoyé un courrier publicitaire ambigu à l'un de ses consommateurs. La savante rédaction du document permettait de faire croire au destinataire qu'il était attributaire d'un gain important sans que la société ne fût pour autant engagée réellement dans la mesure où il était précisé discrètement que la remise de ce lot était subordonnée au résultat d'un tirage au sort. Jusqu'en 2002, la qualification juridique de ces documents s'était avérée particulièrement épineuse. En effet, théoriquement, le consommateur ne pouvait agir que sur le fondement de la responsabilité civile car il n'existait pas d'engagement de la société annonceuse. Or la difficulté de démontrer soit l'existence d'un préjudice soit l'importance de celui-ci privait souvent l'action de toute utilité⁵⁷. Afin de ne pas laisser sans sanction les agissements trompeurs des sociétés instigatrices de ces loteries, la Cour de cassation avait alors quelque peu « *forcé* » certains

⁵¹ Article L. 121-6 du Code de la consommation.

⁵² Article L. 121-4 du Code de la consommation.

⁵³ F-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), op. précité, spéc. p. 12, n° 45 ; A. SOBCZAK, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis, op. précité, p. 810 et s.

⁵⁴ L'action en concurrence déloyale pourrait compléter ce dispositif. Dans la mesure où l'on considère que les codes privés ainsi que les déclarations y faisant référence peuvent être qualifiées de publicité trompeuse, il serait possible pour les concurrents de la société mise en cause d'intenter contre elle une action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil. Afin d'obtenir gain de cause, il leur faudrait démontrer l'existence d'un préjudice lié à la publicité litigieuse. Vr : R. BOUT, La publicité trompeuse, étude précitée, n°3090.

⁵⁵ « La création d'illusion (ou la fausse promesse) » : appellation utilisée par Monsieur BÉNABENT pour désigner le quasi-contrat dégagé par la Cour de cassation, dans son arrêt en date du 6 septembre 2002. Voir : A. BÉNABENT, Droit civil. Les obligations, Domat droit privé, Montchrestien, 9^{ème} éd, 2003, p. 339 et s.

⁵⁶ Cass. Ch. mixte, 6 septembre 2002, Bull. civ. n°4; R., p. 448 ; BICC 15 octobre 2002, cond. R. DE GOUTTES, rapp. J.-P. GRIDEL ; D. 2002. 2963, note D. MAZEAUD ; D. 2002, AJ.2531, obs. A. LIENHARD ; Defréncis 2002.1608, obs. E. SAVAUX ; J.C.P. 2002. II.10173, note S. REIFEGERSTE ; Petites Affiches, 24 octobre 2002, n° 213, p. 16 et s, note D. HOUTCIEFF.

⁵⁷ D. HOUTCIEFF, note sous Cass. Ch. mixte 6 septembre 2002, Petites Affiches, 24 octobre 2002, n° 213, p. 16 et s.

concepts juridiques afin qu'ils pussent s'appliquer à ces situations⁵⁸. Retenant la qualification de contrat ou d'engagement unilatéral, la Haute Cour avait ainsi permis la condamnation de plusieurs sociétés à payer des sommes importantes.

45. Ce nouveau quasi-contrat a permis de résorber cette difficulté de qualification⁵⁹. Fondée sur l'article 1371 du Code civil, la « *création d'illusion* » fait peser une nouvelle obligation sur les sociétés. Selon l'arrêt du 6 septembre 2002, une entreprise qui envoie un message publicitaire équivoque pouvant laisser croire qu'elle s'engage à faire quelque chose, est tenue d'exécuter cette « *illusion d'engagement* ». Plusieurs conditions sont nécessaires pour que le message soit qualifié de quasi-contrat. Selon Monsieur Bénabent⁶⁰, il faut que le discours d'une part, crée une illusion d'engagement dans l'esprit du destinataire mais que, d'autre part, il soustraie juridiquement l'entreprise de toute obligation. De plus, il faut que le destinataire soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait réellement cru à l'illusion.

46. Afin de savoir si les codes privés ou les messages publicitaires y faisant référence pourraient être qualifiés de *création d'illusion*, il convient de vérifier si les conditions d'application de ce quasi-contrat sont remplies. Lorsqu'une entreprise déclare s'être dotée d'un code éthique, il sera parfois possible de considérer qu'elle crée une illusion d'engagement. En effet, le mot *code* peut faire croire au public que la société a créé de véritables règles privées et qu'elle est obligée de les respecter. Cependant il n'y a qu'une illusion car ce code ne présente pas de caractère contraignant juridiquement.

47. L'application de ce quasi-contrat aux codes privés suscite de nombreuses interrogations. Premièrement, pourrait-on considérer qu'un consommateur serait de bonne foi lorsqu'il expliquerait qu'il a cru que la société s'était obligée à respecter des normes plus strictes que la loi car elle s'était dotée d'un code ? Deuxièmement, peut-on faire un parallèle entre la promesse illusoire de donner un gain et celle de respecter certaines règles en matière d'éthique ? Dans le cas des codes de bonne conduite, l'engagement de la société ne concerne pas directement le destinataire, cela empêcherait-il la qualification ? Enfin troisièmement, les codes privés ne sont jamais diffusés personnellement au public, nous ne sommes donc pas en présence d'un message adressé à une personne déterminée. Le caractère personnel de la publicité serait-il une des conditions de la création d'illusion ?

Ce quasi-contrat n'en est qu'à ses balbutiements aussi est-il difficile de trancher ces questions. Cependant, nous pouvons remarquer que ce fondement semble avoir, de manière surprenante, pour vocation de sanctionner les discours commerciaux trompeurs des sociétés. Or certains codes peuvent présenter un caractère trompeur semblable. Ainsi, nous pouvons penser comme Monsieur Trébulle⁶¹ que la *création d'illusion* pourrait trouver à s'appliquer lorsqu'une société élabore et diffuse un code de bonne conduite sans pour autant respecter des normes originales assurant l'éthique de ses activités.

48. Comme nous venons de le voir plusieurs mécanismes de droit *dur* pourraient être des fondements juridiques appropriés pour sanctionner le caractère trompeur de certains codes privés. En marge de ceux-ci, il semble intéressant de s'interroger sur la notion d'engagement

⁵⁸ Sur la qualification de contrat : Cass. Civ. 2^{ème}, 11 février 1998, Bull. civ. II, n°55 ; Défréncis 1998. 1044, n°108, obs. D. MAZEAUD ; D. 1999, somm 109, obs. R. LIBCHABER ; J.C.P. 1998. II. 1156, note G. GARDUCCI ; J.C.P 1998. I. 155, obs. M. FAVRE-MAGNAN ; J.C.P 1998. I. 185, note G.VINEY ; J.C.P. 1999. II. 10156. Sur la qualification d'engagement unilatéral : Cass. Civ. 1^{ère} 28 mars 1995, Bull. civ I, n°150 ; D. 1995, somm 227 note DELEBECQUE ; D. 1996, jur. 180, note MOURALIS ; D. 1997, somm 168, obs. D. MAZEAUD ; R.T.D. civ. 1996. 397, obs. J.MESTRE.

⁵⁹ Il subsiste cependant des incertitudes quant au champ d'application de la responsabilité délictuelle.

⁶⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, op. précité, spéc. n° 512.

⁶¹ F.-G. TREBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale)*, op. précité, spéc. n° 47.

unilatéral. Par le biais de ces codes, l'entreprise s'engage parfois à respecter des normes originales, le droit *dur* ne permettrait-il pas de sanctionner l'inexécution de ces engagements ?

3. LA NOTION D'ENGAGEMENT UNILATERAL :

49. Malgré l'absence quasi-générale de sanctions au sein des codes privés, il semble que des sociétés pourraient être obligées de respecter certaines des normes qu'elles ont créées. En effet, lorsqu'une entreprise élabore des dispositions originales précises, nous pouvons considérer qu'elle manifeste sa volonté de s'engager unilatéralement à leur égard.

50. La notion d'engagement unilatéral est peu reconnue en droit français⁶². Cependant en droit du travail, il semble que la jurisprudence admette de plus en plus souvent une telle qualification⁶³. Par exemple, dans un arrêt du 25 novembre 2003⁶⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié d'engagement unilatéral les déclarations de la direction d'une société. En l'espèce, les dirigeants n'avaient pas respecté la promesse qu'ils avaient faite, lors d'une réunion du comité d'entreprise, de limiter à un certain nombre les licenciements qui devaient être effectués. En reconnaissant que ces déclarations constituaient un engagement unilatéral de l'employeur, la Cour de cassation a admis que pouvait être sanctionnée l'inexécution par la direction de telles promesses.

51. Pour qu'il y ait un engagement unilatéral de l'employeur, il faut que celui-ci manifeste sa volonté de vouloir s'imposer une obligation⁶⁵. Au regard des caractéristiques des codes de conduite des entreprises, on peut remarquer que ce n'est pas toujours le cas. En effet, au sein de ces instruments nous pouvons observer la présence de dispositions plus ou moins vagues, or la reconnaissance d'un engagement unilatéral suppose que l'employeur se soit engagé fermement à faire quelque chose de relativement précis. Cet obstacle limite partiellement l'application de ce mécanisme, cependant si une telle qualification était retenue par la jurisprudence pour certaines dispositions de *droit mou*, alors certaines sociétés pourraient être condamnées pour ne pas avoir respecté pour partie les codes qu'elles ont élaborés.



52. Au regard de ces développements nous pouvons estimer que l'élaboration d'un code privé par des entreprises présente généralement un caractère ambigu à l'égard de ses destinataires : l'utilisation d'un support habituellement utilisé par le pouvoir législatif,

⁶² A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, op. précité p. 7 et s.

⁶³ Voir par exemple : Cass. soc. 20 mai 1992, R.J.S. 7/92, n°858 ; Cass. soc. 28 octobre 1997, *Droit social* 1998. 77, obs. G. COUTURIER; Cass. soc. 16 décembre 1998, *Droit social*, février 1999, note F. GAUDU; Cass. soc. 1^{er} juin 1999, n°96-44.500, Bull. civ. V, n°251, p. 182; Cass. soc. 2 mai 2001, *Droit social* 2001. 1003, obs. B. GAURIAU; Cass. Soc. 5 juin 2001, n° 98-46.422, Bull. civ. V, n°208. Voir également : E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, *Droit social* 1994. 227; P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, *Petites Affiches*, 9 mars 2000, n° 49, p. 14 et s.

⁶⁴ Cass. soc. 25 novembre 2003, D.2004, J 2395, note I. OMARJEE

⁶⁵ P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, *Petites Affiches*, 9 mars 2000, n° 49, p. 18.

l'appropriation de certains textes de lois peuvent laisser penser au public que les sociétés, s'improvisant *apprenti législateur* cherchent à améliorer les législations. Or, contrairement à cette apparence, il semble que ces codes contiennent peu de *droit mou* et surtout que ce dernier n'est que très rarement assorti de mécanismes assurant son efficacité. Malgré cela, il semble que ce *droit mou* n'est pas ignoré par le *droit dur*. En effet, d'une part, les codes de conduite peuvent inspirer le législateur et d'autre part, le mauvais usage de ces codes pourrait être sanctionné par le pouvoir judiciaire. Ainsi, la rédaction de codes privés pourrait s'avérer être un exercice dangereux pour ses auteurs.