

## Les entreprises ont-elles une âme ?<sup>1</sup>

1550, Valladolid. Alors que l'Espagne lance la première mondialisation en conquérant le Nouveau Monde, la Chrétienté s'interroge : les Indiens ont-ils une âme ? Réunis au collège San Gregorio, juristes et théologiens débattent du traitement à réserver aux Peuples premiers. Quinze ans auparavant, le Pape Paul III a fulminé la bulle *Sublimis Deus*, qui reconnaît textuellement que « *les Indiens sont véritablement des Hommes...capables de comprendre la Foi Catholique* ». La célèbre Controverse de Valladolid ne porte donc plus sur ce point mais sur la manière de leur apporter la Bonne Nouvelle : Les Indiens doivent-ils être évangélisés par la prédication et l'exemple ou, parce qu'il s'agit de sacrificateurs anthropophages, doivent-ils être convertis par la force ? Intense débat, qui opposa le dominicain Las Casas, défenseur des Indiens, au théologien Sepulveda, héraut du droit de conquête des colons.

Quatre siècles plus tard, alors que notre mondialisation - la troisième - prend son envol, c'est encore du Nouveau Monde, et plus généralement du Sud, que la question revient, déplacée mais intacte : les entreprises multinationales - qui, dans ces années 1950 et 60, imposent leur pouvoir global - ont-elles une âme ? Ce n'est certes plus l'Autre, le colonisé, mais l'Occident, le colonisateur, qui est en cause ; entretemps, il est vrai, Montesquieu s'est interrogé - « *Comment peut-on être persan ?* » - et notre mauvaise conscience est née. Ce ne sont plus les sacrifices de victimes propitiatoires ou le cannibalisme qui font douter du sens moral mais les exactions contre les travailleurs, les populations locales et la nature, dont les multinationales sont les auteurs ou les complices. Ce n'est plus le christianisme qu'il faut propager mais les droits de l'Homme, sociaux et environnementaux. Ainsi déplacée, la question demeure cependant intacte : est-ce par la conviction ou par la force - ou, dit autrement, par la morale ou par le droit - que le respect de ces nouvelles valeurs occidentales, une fois de plus conçues comme universelles, doit être garanti à travers le monde ?

\*

Très rapidement, les multinationales placent en effet elles-mêmes la question sur le plan de la morale. Elles adoptent des codes de conduite ou des chartes éthiques dans lesquelles elles proclament les valeurs et principes qui gouvernent l'exercice de leurs activités. Elles établissent des procédures internes pour en assurer la diffusion et le respect en leur sein, comme la dénonciation des comportements déviants par des lanceurs d'alerte ou le contrôle de la conformité des conduites par la fonction indépendante de *compliance*. Ces dispositifs se présentent comme autant de manifestations d'une « éthique des affaires », qui met l'accent sur le « leadership moral » des dirigeants, la conscience individuelle des travailleurs et la culture d'entreprise. Ces démarches individuelles d'entreprises sont bientôt relayées ou suscitées par des actions collectives, dont le but est d'arrêter des normes de comportement que les entreprises pourraient adopter comme modèles de référence pour leurs codes et chartes. Ces standards sont élaborés tantôt par le monde des affaires, tantôt par des organisations qui associent des représentants des entreprises et de la société civile.

Si ce mouvement, protéiforme, reçoit de nombreuses appellations, l'une d'entre elles se dégage, au départ d'une expression anglo-saxonne : les entreprises auraient une « responsabilité sociale », « *social responsibility* ». Populaire, le terme est, surtout, édifiant : « *responsibility* » dénote en effet une responsabilité autre que juridique, pour laquelle on emploie les mots « *duty* » ou « *liability* ». L'éthique des affaires se place ainsi expressément en-dehors du droit ou, plus précisément, en-dehors de la sanction de l'Etat. Non sanctionnées, les normes que les entreprises se donnent à elles-mêmes

---

<sup>1</sup> La présente contribution est inspirée de la leçon inaugurale donnée par l'auteur à l'Université de Liège le 14 octobre 2021 (*Rev. Dr. Liège*, 2021, pp. 491 et s.).

relèvent, selon l'opinion commune, de la *soft law* - droit « doux » ou « mou » - et non de la *hard law* administrée par les Etats.

C'est que ceux-ci, dans la mondialisation, n'ont plus la capacité ou la volonté d'imposer leur droit aux multinationales. Les Etats d'accueil, défaillants, ne protègent pas ou peu les droits de l'Homme, sociaux et environnementaux. Leur droit peut ne comporter aucune disposition à cet égard - ce qui a pu constituer, d'ailleurs, l'avantage comparatif qui, dans la concurrence globale, leur a permis d'attirer les entreprises sur leur territoire. Même s'ils se sont dotés de normes protectrices, les pays en voie de développement ne disposent généralement pas des moyens humains ou financiers pour appliquer leur droit - en conséquence, par exemple, de leur « attractivité » fiscale ou, ce qui n'est pas peu fréquent, d'une guerre civile. Il arrive enfin que ceux qui sont censés y faire obéir (juges, policiers ou fonctionnaires) proposent ou acceptent de ne pas les appliquer parce qu'ils se sont laissés intimider ou corrompre. Les Etats d'origine des multinationales, pays certes développés mais également affaiblis par la mondialisation, n'ont pas, eux non plus, la volonté d'appliquer leur droit aux activités que leurs entreprises mènent à l'étranger : quand ce ne sont pas leurs lois qu'ils déclarent inapplicables ou leurs juridictions incompétentes, ils utilisent d'autres expédients techniques pour organiser leur impuissance - comme la personnalité juridique distincte de leurs champions nationaux par rapport à celle des filiales ou sous-traitants étrangers de ceux-ci. Il s'agit là, j'y insiste, d'un choix délibéré, d'une *politique*, des pays développés : aucun obstacle technique n'existe en effet à l'application extraterritoriale de leur droit. Cela fait ainsi vingt ans maintenant que, de scandales boursiers en actes terroristes, les Etats-Unis d'Amérique ont pris le parti - au grand dam de leurs alliés, notamment européens - d'imposer au monde entier, toutes les fois que l'intérêt national leur paraît le commander, le respect de nombreuses dispositions de leur droit financier. Cela n'a jamais été le cas pour leurs droits de l'Homme, sociaux ou environnementaux. Des évolutions notables sont cependant en cours dans d'autres Etats d'origine de multinationales, comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas, la France ou le Canada, qui font tomber - trop progressivement, trop prudemment - les barrières placées sur le chemin, tortueux, que leur droit doit emprunter pour toucher les activités de leurs entreprises à l'étranger.

A l'abri du droit des Etats d'accueil comme de celui des Etats d'origine, les multinationales opèrent ainsi dans ce qui se révèle, au sens propre, des zones de non-droit. Le droit international, très dense en matière de protection des droits de l'Homme, sociaux et environnementaux, n'y change strictement rien : c'est que la plupart de ces normes internationales, même lorsqu'elles se présentent comme obligatoires, ne sont pas sanctionnées et dépendent, ultimement, de la volonté discrétionnaire de chaque Etat d'en faire application. Tigres de papier, sans griffes ni crocs, elles n'ont rien de commun avec le droit des Etats et n'ont, au fond, d'obligatoires que le nom. J'ose le propos sacrilège qu'une toute grande part du « droit international » ne doit cette qualification qu'au fait que le juriste, bien souvent, se paie de mots. L'observation vaut, à plus forte raison, pour toutes ces dispositions du droit international qui sont conçues comme de la *soft law* - expression qui est née, d'ailleurs, dans cette discipline. La *soft law* est, précisément, très présente en matière de responsabilité sociale des entreprises : dès les années 1970, c'est au sein d'organisations internationales comme l'ONU, l'OCDE et l'OIT qu'ont été élaborés les standards de l'éthique des affaires qui servent de modèles de référence aux codes et chartes des multinationales. Même dans ces instruments de *soft law*, pourtant non obligatoires selon le droit international, l'absence totale d'obligation juridique pour les entreprises est souligné : les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme n'ont ainsi pu être adoptés, après quarante d'opposition farouche des Etats-Unis d'Amérique, qu'au prix de la distinction catégorique entre l'obligation juridique (« *duty* ») des Etats de protéger les droits de l'Homme et la simple responsabilité non juridique (« *responsibility* ») des entreprises de respecter ces droits. Ceci confirme, s'il le fallait encore, que les multinationales n'ont pu placer le respect des droits de l'Homme, sociaux et environnementaux sur le plan de la morale que parce que les Etats ont délibérément consenti à soustraire ceux-ci à l'empire du droit.

\*

Faut-il en conclure qu'aujourd'hui, c'est par la conviction et non par la force que serait garanti, à travers le monde, le respect des valeurs occidentales par les multinationales, parce que ces entreprises auraient une âme ? Je le conteste radicalement. Ce serait en effet donner dans l'illusion créée par ces grandiloquentes déclarations de valeurs et principes que d'y voir les pompes de la morale, là où il n'y a que les œuvres de l'argent.

La véritable Question indienne n'a jamais été l'évangélisation mais l'esclavage dans les *encomiendas* des Conquistadors, vastes domaines exploités, ou plutôt mis à sac, par une main-d'œuvre asservie. La Controverse de Valladolid n'y changea rien, les *encomiendas* ne furent formellement abrogées que trois siècles plus tard, en 1791 - et pour laisser la place aux *haciendas*, qui perpétuent, aujourd'hui encore, l'inégalité fondamentale entre le colon et l'Indien, que les réformes agraires n'ont jamais pu réduire.

Pareillement, la « responsabilité sociale des entreprises » n'est pas un problème moral mais avant tout économique. Depuis des années, les institutions internationales défendent le *Business Case for Corporate Social Responsibility* et professent que les entreprises devraient respecter les droits de l'Homme, sociaux et environnementaux non par sens moral mais par intérêt bien compris. A la page du Premier Principe du Pacte mondial, consacré aux droits de l'Homme, le site de l'ONU énonce ainsi : « *Respect for human rights is the right thing to do, but it is also a business issue* ». Dès l'école de commerce, les dirigeants d'entreprise sont instruits des avantages économiques à se comporter moralement et des risques financiers de la déviance - l'antienne, fameuse, le ramasse en cinq mots : « *Doing well by doing good* ». L'essentiel du *Business case* est toutefois ailleurs : les entreprises doivent veiller à leur capital moral si elles veulent conserver et développer leurs relations d'affaires avec des acteurs économiques qui y sont sensibles. Les entreprises n'ont pas d'âme ; elles ont une réputation.

C'est sous la pression de la consommation éthique et de l'investissement socialement responsable que les multinationales se plient à des valeurs. La moralité ne doit pas être recherchée dans l'entreprise mais chez ces consommateurs et investisseurs qui décident d'orienter leur action sur le marché à la boussole de leur conscience, maintenue en éveil par le travail des ONG. Les consommateurs peuvent ainsi faire le choix de « consommer éthique », aiguillés par les labels et certifications qui fleurissent dans les rayons. Ils peuvent, inversement, boycotter une entreprise pour désavouer ses pratiques : Qui ne se souvient de la dénonciation de Nike dans les années 1990, qui dut fermer ses *sweatshops* sud-asiatiques pour éviter que l'aile de la déesse de la Victoire Nike - que figure son logo - ne brûle comme les ailes d'Icare ? Un même mouvement s'empare des investisseurs. Les principales places financières du monde disposent aujourd'hui d'indices éthiques, aux côtés des indices financiers. Des investisseurs choisissent de soutenir des entreprises vertueuses. D'autres désinvestissent d'entreprises moralement condamnables : ces campagnes de désinvestissement eurent un impact majeur dans la lutte contre l'Apartheid sud-africain ; aujourd'hui, elles ébranlent les géants pétroliers, depuis que le Fonds souverain norvégien, qui représente pas moins d'1,3% de la capitalisation boursière mondiale, a désinvesti de l'industrie extractive - ce qui ne manque pas de sel, lorsque l'on sait que ce Fonds a été doté par les recettes des hydrocarbures du pays.

Ce n'est donc pas par la conviction mais par la force que les multinationales développent une éthique des affaires. Dupé par une rhétorique saturée de moraline, le juriste perd de vue que si le droit s'est effacé, la sanction de l'Etat a été remplacée par la sanction du marché, qui, pour être autrement administrée, se révèle d'une grande efficacité. À quitter l'ordre du discours pour celui des faits, la *soft law* n'a, en vérité, rien de *soft*. Sanctionnée par le marché, elle est tout aussi *hard* que le droit étatique. Elle mérite bien plus le terme de « droit », en ce qu'elle est une norme sanctionnée, que le soi-disant « droit » international lorsqu'il n'égrène que de bonnes intentions. Si l'on reconnaît la pluralité des ordres juridiques, que les Professeurs François, puis Thirion, ont popularisée au sein de notre Faculté

auprès de générations d'étudiants, il faut préférer, au binôme fallacieux de la *soft law* et de la *hard law*, la reconnaissance de deux ordres juridiques distincts qui s'imposent aux multinationales : le droit étatique, marqué par le reflux de l'Etat, et le droit non étatique, administré par les forces du marché.

Ces deux ordres juridiques, loin d'être indifférents l'un à l'autre, entretiennent d'intenses relations, souvent de saine collaboration, parfois de rude opposition.

L'Etat peut ainsi se mettre au service du marché, lorsqu'il impose aux multinationales la transparence sur leurs pratiques en matière de droits de l'Homme, sociaux et environnementaux. Ce faisant, il ne leur impose aucune obligation de respecter ces droits dans leurs activités à l'étranger mais, plus modestement, de rendre publics leurs comportements, que les consommateurs et les investisseurs pourront soutenir ou désavouer par leurs voies propres. L'Etat peut, à l'inverse, faire pièce aux dispositifs sur lesquels repose l'efficacité du marché, comme lorsqu'il condamne pénalement les lanceurs d'alerte des *LuxLeaks*, qui avaient révélé les pratiques d'optimisation fiscale de multinationales.

Le marché peut, lui aussi, se mettre au service de l'Etat. Lorsque les multinationales doivent, pour répondre aux attentes de leurs consommateurs et investisseurs, imposer contractuellement à leurs filiales ou sous-traitants étrangers le respect de standards sociaux ou environnementaux en vigueur dans les pays développés, alors que les pays en développement où elles opèrent ne les connaissent pas ou ne les appliquent pas, ces entreprises confèrent au droit de leur Etat d'origine une portée extraterritoriale que celui-ci, moins armé que le marché, a renoncé à lui donner. Dans le même sens, nombre de dispositions de droit international, présentées comme obligatoires mais qui ne sont que des chiffons de papier, acquièrent une réelle valeur juridique lorsqu'elles sont intégrées dans des modèles de référence qui, pour être faussement conçus comme de la *soft law*, vont être imposés aux entreprises par le marché. Celui-ci peut d'ailleurs, sur le chemin de la vertu, entrer en conflit avec le droit d'un Etat qui n'est pas conforme aux valeurs occidentales : les multinationales sont alors incitées, jusque dans les guides de conduite publiés par l'ONU, à contourner les discriminations ethniques, religieuses, sexuelles ou les restrictions à la liberté syndicale, imposées par des « Etats voyous ».

\*

La vraie question n'est pas de savoir si les entreprises ont une âme ou s'il faut user de conviction ou de force pour les faire agir moralement. L'enjeu *juridique* fondamental de la responsabilité sociale des entreprises est de déterminer si, dans notre mondialisation, l'élaboration et l'application de la norme sont du ressort de l'Etat ou du marché.

Roman AYDOGDU  
*Professeur ULiège*  
*Maître de conférences ULB*  
*Avocat*