



Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

Compte-rendu
Séance inaugurale 15.09.2010

« Mais bon sang, qui est responsable ? »

Exposé de Benoît Frydman

Directeur du centre Perelman de Philosophie du droit (ULB – www.philodroit.be)
Co-auteur de « Responsabilité sociétale des entreprises » (Bruylant)





Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

Je remercie Laurent Ledoux et Roland Vaxelaire d'avoir pris nos travaux comme base du programme de cette année de Philosophie & Management. Ces travaux sont le fruit d'une entreprise collective de recherches au sein du Centre Perelman de Philosophie du droit de l'ULB. Ce centre a été fondé en 1967 et il compte aujourd'hui 17 chercheurs à temps plein qui travaillent principalement sur un programme lancé il y a une dizaine d'année sur le droit global.

Ce programme vérifie (ou, dans certains cas, falsifie) l'hypothèse de base suivante : la phase de mondialisation en cours n'entraîne pas – comme on le pense souvent – un changement d'échelle de la régulation des comportements par le moyen duquel nous passerions progressivement d'un droit national à un droit européen puis mondial. Au contraire, la période en cours induit un changement profond de la nature même des dispositifs de régulation et la prolifération de nouveaux instruments que les managers (et d'autres acteurs privés ou publics) gagneraient à mieux connaître et maîtriser. Parmi ces outils, nous trouvons la responsabilité sociale des entreprises.

Notre méthode est pragmatique au sens où nous ne sommes pas partis d'une théorie clé en main ou de concepts abstraits mais bien d'études de cas et de terrain dans le cadre d'un certain nombre de chantiers que nous avons successivement explorés et que vous découvrirez tout au long du cycle de séminaires de cette année. Nous avons, par exemple, beaucoup travaillé sur le droit dans Internet et la régulation des univers virtuels. Nous nous sommes aussi intéressés aux nouveaux instruments financiers et juridiques de la lutte contre le réchauffement climatique. Nous voyons l'énorme concurrence que les normes techniques livrent aujourd'hui aux règles juridiques. Nous n'oublions pas, bien sûr, la responsabilité sociale des entreprises.

La question que je voudrais aborder est la suivante : qu'est-ce qui explique la montée en puissance de la responsabilité sociale des entreprises et pourquoi de plus en plus d'entreprises engagent leurs équipes dans ce mouvement ? Pourquoi les entreprises dont la principale responsabilité – sinon la seule selon Milton Friedman – est de faire du profit, souscrivent, de manière apparemment volontaire ou non contrainte immédiatement, des engagements plus larges vis-à-vis des salariés, des autres parties prenantes, voire vis-à-vis de l'humanité entière avec les domaines environnementaux, sociaux, des Droits de l'Homme ou même de la démocratie ?

Notre réponse est que la responsabilité sociale des entreprises n'est pas spécifique mais constitue un cas d'application et une illustration remarquable des transformations en cours des modes de régulation à l'échelon global. Résumons-les en quelques mots.

Depuis la modernité, le droit a été considéré comme le principal mode de régulation des comportements au détriment de la morale et de la religion. Le droit a été progressivement conçu comme étant la chose des États. Ainsi, Hans Kelsen, théoricien du droit, n'hésitait pas à affirmer que « État » et « droit » sont, en réalité, des synonymes et qu'il n'existe d'autre droit que créé et garanti par les États. Il s'agit, d'une part, les ordres juridiques nationaux et, d'autre part, le droit international créé par l'accorde des États.



Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

Ce modèle est qualifié par Ulrich Beck de nationalisme méthodologique¹ (ou de « statocentrisme »), lequel s'applique bien à la pensée de Kelsen mais qui est non seulement dépassé mais déconstruit par l'évolution des contextes et des pratiques. En effet, si l'on se place d'un point de vue micro juridique en observant un acteur global comme l'entreprise, celle-ci évolue à l'échelon global dans un univers fragmenté, une mosaïque d'ordres juridiques nationaux (cela correspond à la carte politique du monde). Elle se trouve désormais en situation de « forum shopping », c'est-à-dire en situation de faire son marché entre les différentes règles et paquets normatifs que proposent les États. Elle est donc dans une position où elle peut choisir (et pas forcément de faire un choix unique mais selon la nature de l'opération ou de l'activité) le paquet normatif le plus favorable ou le moins coûteux sur le plan des obligations.

Cette situation de marché des normes ne conduit certes pas à l'instauration d'un droit global mais bien à l'instauration d'un marché global des droits nationaux. Ces droits, en raison des très grandes disparités existantes entre les différents ordres juridiques de par le monde mais aussi des pratiques de dérégulation compétitive (agressives ou défensives), créent une situation de guerre des prix et une baisse tendancielle du niveau de la régulation. C'est une situation qualifiée de « course vers le bas » (« race to the bottom »). Elle menace tout particulièrement les ordres juridiques les plus structurés comme le modèle européen.

Cette déconstruction des ordres juridiques nationaux n'est pas actuellement compensée par le développement du droit international. Pour quelles raisons ? Par l'absence de consensus entre les États (importants conflits d'intérêts) mais, selon mon point de vue, surtout en raison des insuffisances qui tiennent à la structure même du droit international. Il est, en fait, beaucoup plus un droit entre les États qu'un objet à vocation de droit de la société mondiale. Il n'y aura donc pas d'ordre juridique global ni d'État mondial.

D'ailleurs, il faut peut-être s'en réjouir si l'on pense au grand philosophe Emmanuel Kant qui démontrait déjà de manière assez convaincante il y a deux siècles qu'un tel État prendrait nécessairement la forme d'une dictature. Ces effets destructeurs de la mondialisation sur la régulation des comportements sont réels et connus.

Mais ils laissent dans l'ombre l'émergence et le développement simultanés de nouveaux modes de régulation, c'est-à-dire d'autres instruments de coordination et de contrôle plus difficiles à saisir car ils ne correspondent pas à nos conceptions du droit. Si bien que les juristes ne les voient pas car, avec les instruments qui sont les leurs, ils ne voient qu'une sorte de magma de soft laws. Ceci est traduit par « droit flou » ou « droit mou », des adjectifs qui ne sonnent pas de manière positive. Il n'y a pas que les juristes qui sont affectés par cela car ce sont tous les acteurs, y compris les managers, habitués qu'ils sont d'une conception classique du droit les empêchant d'identifier les nouveaux mécanismes comme étant du droit.

¹ Sociologue allemand, considéré comme le plus important de notre époque, auteur, entre autres, de *La Société du risque - Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, coll. Champs, Paris, 2003 ainsi que de *Pouvoir et contre-pouvoirs à l'ère de la mondialisation*, éd. Flammarion, coll. Champs, Paris, 2005



Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

On débattrait pendant des dizaines d'années sur le fait de savoir si telle ou telle norme est du droit ou pas. Mais c'est un débat nominaliste qui ne représente pas, d'un point de vue pragmatique, un grand intérêt puisque l'essentiel est de savoir si ces nouveaux instruments remplacent, concurrencent ou complètent les outils généralement dévolus aux règles juridiques classiques. Ces nouveaux instruments, s'illustrant remarquablement dans le domaine dans la RSE, impliquent de nouveaux savoirs encore peu répandus (notamment dans les entreprises) et de nouvelles stratégies d'action qui doivent être beaucoup plus proactives que le traditionnel respect de la loi ou l'évitement des obligations réglementaires.

Pour accéder à cette nouvelle culture normative, il nous faut d'abord nous débarrasser du concept d'ordre que nous associons depuis le XVII^e siècle au droit et à l'État. Il est difficile de penser le droit sans le voir sur la forme d'un ordre garanti par l'État. Le droit global n'est pas un ordre juridique global mais un point de vue global sur le droit et ce point de vue nous révèle immédiatement qu'il n'existe pas d'ordre juridique global ni d'État mondial.

A quoi correspond l'État du monde actuel ? Nous sommes dans un État de société civile mondiale et elle évolue, pour l'instant, dans un état de nature². Cet état de nature ne signifie pas un environnement sans État mais un environnement sans souverain capable d'imposer son ordre.

Cet état de nature n'est pas – comme le croyait Hobbes – un État de non droits. John Locke et les empiristes comme David Hume et Adam Smith ont montré qu'il existait déjà un droit et des normes dans l'état de nature. C'est, notamment, la fameuse loi du marché imaginée par Adam Smith³ et d'autres normes qui se répandent par l'empathie et la contrainte sociale. Hegel (que l'on réduit trop exclusivement à être un philosophe de l'État) enseigne qu'il existe, de manière logiquement antérieure à l'État, un droit de la société civile qui est fondé sur la reconnaissance de la personne, sur les règles de l'échange et sur la structuration des groupes d'intérêt. Au fond, comme disaient déjà les Romains : *ubi societas ibi jus* (« Là où il y a une société, il y a du droit. ») et l'on pourrait ajouter, même s'il n'y a pas forcément d'État.

Comment s'établissent le droit et les règles dans un environnement sans État ? Comme il n'y a pas de fonction centralisée reconnue légitime ou qui a la force de s'imposer pour édicter les règles, l'état de nature est le théâtre d'une lutte pour le droit. Hobbes voyait l'état de nature essentiellement comme une guerre de tous contre tous (un état de lutte pour la survie) tandis que les économistes y voient la lutte pour l'appropriation des biens et des richesses. Il faut compléter cette lutte pour les richesses par une lutte pour le droit. Nous sommes victimes d'une pauvreté conceptuelle dans le sens où nous n'avons que deux modèles de régulation : l'État et le marché.

² L'état de nature est une fiction heuristique imaginée par le philosophe Thomas Hobbes (XVII^e siècle). Il essaie de savoir ce que serait l'homme dans une situation dénuée de lois et de corps social. De là est née l'expression « L'homme est un loup pour l'homme ». S'il en est ainsi, l'homme, pour éviter d'être dans un constant état d'insécurité (vitale et de propriété), décide de remettre une partie de son pouvoir à un souverain (représentée, pour simuler la force acquise, par la figure mythique du Léviathan).

³ Je vous rappelle qu'Adam Smith était un philosophe moral qui enseignait la philosophie du droit.



Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

Bien sûr, il n'est pas si simple d'en inventer un troisième. On emploie, dès lors, des notions plus ou moins claires de gouvernance mais si l'on n'a pas d'État, on pense que l'on est forcément dans le domaine de la pure loi du marché. Cette hypothèse est manifestement falsifiée dans la réalité. Dans les différents chantiers que j'ai cités, on voit que les acteurs demandent et promeuvent des normes. Ils font pression sur d'autres acteurs pour assurer le respect de celles-ci.

Ce qui donne cette impression quelque peu anarchique de l'état de nature mondial, c'est le fait que, dans cet environnement peu institutionnalisé par définition et où il n'existe pas de législateur central, chaque acteur est obligé, avec les moyens limités dont il dispose (donc forcément inégaux selon les acteurs) d'infléchir et d'influencer les normes dans le sens de ce qu'il croit juste, utile, conforme à ses intérêts ou tout simplement dans le sens de ce qu'il estime possible.

Le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises illustre à merveille le fait que tout le monde - ou presque - dans l'environnement global sent des velléités à l'idée de devoir légiférer. On a évoqué tout à l'heure la prolifération des codes de conduite à partir des années 90.

En regardant leur histoire, on voit que ces normes destinées à réguler le comportement des entreprises ont d'abord été édictées par des organisations internationales (OCDE ou OIT) et, progressivement, des acteurs privés se sont emparés de ce nouvel outil mis à disposition et se sont mis à édicter leurs propres normes de conduites. Ce fut donc le cas des entreprises (dès 1984 avec Levi's) et des ONG. Dans cet environnement, tout le monde devient législateur.

J'en reviens à la question que je posais au départ. On comprend bien que des organisations internationales essayant de retrouver un peu d'emprise sur les choses veuillent assigner, même de manière souple, des obligations aux entreprises ; on comprend que les ONG cherchent à influencer le comportement des entreprises mais qu'est-ce qui pousse les entreprises elles-mêmes à promulguer des codes de conduites qu'ils s'imposent à eux-mêmes et qui comportent des obligations plus larges que celles que le droit effectif fait peser sur elles ?

Plusieurs explications sont données. On peut avoir une vision cynique où les entreprises veulent faire illusion pour se protéger d'intervention de règles plus dures (les règles légales classiques). On peut développer une vision angélique avançant l'émergence d'un sursaut éthique de la part des entreprises et des managers. Cette notion de bonne volonté est importante lorsque l'on étudiera la RSE dans la perspective du participant. Mais dans la perspective de l'observateur que je suis, les vertus explicatives de ce modèle sont assez faibles.

Il semblerait que les entreprises se convertissent à la RSE parce qu'elles sont identifiées dans le contexte actuel comme étant un point de contrôle potentiel, des gardes-barrière (comme l'énonce Jeremy Rifkin) de la mondialisation, des points de passage permettant de peser sur le comportement d'autres acteurs.



Philosophie & Management asbl

Compte-rendu de la séance inaugurale
« *Mais bon sang, qui est responsable ?* »
Benoît Frydman

On l'a vu sur Internet où les territoires et les règles étatiques ont peu de pertinence ou d'effectivité. On a vu que tous les acteurs privés ou publics ont déplacé la pression vers certaines entreprises considérées comme des intermédiaires nécessaires et en mesure de réguler les contenus d'Internet.

On s'est ainsi adressé aux fournisseurs d'hébergement puis aux moteurs de recherche et maintenant on se focalise sur les fournisseurs d'accès. Autre exemple : les organismes financiers, de crédits, les banques, les fonds de placements sont identifiés également comme des points de contrôle intéressants dans la mesure où les investissements demandent à passer par l'intermédiaire des organismes de crédits. Il est alors plus facile pour ceux qui s'improvisent comme les « chiens de garde » (« watch dogs ») des entreprises de mettre la pression sur les organismes de crédits afin d'influencer le comportement de ceux qui s'adressent à eux.

C'est ce que l'on a vu avec l'exigence de plus de critères éthiques à la Banque Mondiale ou à la Banque Européenne de Développement. C'est ce que l'on voit aussi avec les organismes d'assurance crédits et des banques privées.

A cette occasion, je me souviens d'une discussion à la Chambre avec un ancien dirigeant de cette maison expliquant que sous la pression du public ou de certains actionnaires, on découvrait des participations indirectes ne correspondant pas aux exigences éthiques. Elles devaient être supprimées du portefeuille. C'est ce que l'on voit avec les fonds de placement qui sont de plus en plus sous pression pour adopter des critères éthiques.

Dans ces deux univers (virtuel et financier), un transfert des responsabilités qui sont classiquement dévolues ou assumées par la puissance publique vers les entreprises est opéré. On peut, peut-être à juste titre, s'indigner de ce transfert et même en interroger la légitimité en se disant que ce n'est pas le rôle des entreprises. Ce ne serait pas le rôle des entreprises d'endosser ces obligations de surveillance d'autres acteurs.

Mais plutôt que de s'indigner du phénomène il vaut mieux en mesurer la force et voir ce qu'il en coûte à l'entreprise d'essayer de se soustraire à ces obligations que les autres acteurs et le marché lui-même lui imposent. Ne pouvant échapper à ces obligations, elles trouvent le moyen d'en exprimer elles-mêmes ne fut-ce que pour pouvoir ensuite justifier qu'elles ont bien justifié les normes qui lui ont été imposées.

Si elles ne le font pas (comme ce fut le cas au début de la RSE qui était un mouvement essentiellement déclaratif), elles méconnaissent quelque chose de simple : les mêmes forces qui les ont conduites à prendre des engagements peuvent aussi les contraindre à les respecter. A défaut de les respecter, elles en paieront le prix en termes de réputation.