

Quelle régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau ?

André Sobczak

► To cite this version:

André Sobczak. Quelle régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau ?. Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2003, (51), pp.1-37. <hal-00765194>

HAL Id: hal-00765194

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00765194>

Submitted on 6 Jun 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quelle régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau ? ¹

André SOBCZAK

Docteur en Droit

Audencia Nantes. Ecole de Management *

Largement dominant à l'époque de la production industrielle dans la grande entreprise, le contrat de travail, à durée indéterminée et à temps plein, comme mode de régulation des relations de travail² est à l'heure actuelle doublement concurrencé. D'un côté, l'entreprise privilégie d'autres formes juridiques de mobilisation du travail que le travail salarié et le remplace en partie par des contrats de droit civil et commercial, afin d'échapper aux contraintes imposées par le droit du travail étatique ; de l'autre côté, l'entreprise énonce elle-même des normes du travail, notamment dans le cadre de codes de conduite, destinées à régir les relations avec l'ensemble des travailleurs qui participent à ses activités, peu important la nature juridique du lien, qui existe entre ces derniers et l'entreprise.

La concomitance de ces deux tendances, apparemment contradictoires, n'est pas le fruit du hasard, mais s'inscrit dans un mouvement de fond beaucoup plus général de transformation de la *gouvernance*, qui touche à la fois la sphère économique et la sphère politique³. On pourrait tout d'abord tenter de rapprocher cette évolution de la « *crise de la standardisation* », telle qu'elle est mise en évidence par Jean De Munck et Jacques Lenoble⁴. On note en effet une certaine crise de la standardisation quant aux normes de production au sein de l'entreprise. Alors que l'entreprise hiérarchisée à l'époque du fordisme

1. Cet article est une version résumée et actualisée d'une thèse soutenue en décembre 2001 à l'Institut Universitaire Européen de Florence et publiée sous forme d'un livre : SOBCZAK (A.), *Réseaux de sociétés et codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit social, Paris, 2002

* Membre des laboratoires de recherche *TESEE .ortem* (Audencia) et *Droit et Changement Social* (CNRS 6028)

2. CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Fayard, Paris, 1995

3. COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc : Gouvernance européenne*, COM (2001) 428, Bruxelles, 25 juillet 2001

4. DE MUNCK (J.) et LENOBLE (J.), « Transformations in the Art of governance. A genealogical and historical examination of changes in the governance of democratic societies », in O. SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *Governance in the European Union*, EUR-OP, Luxembourg, 2001, p. 29

concentrait ses efforts sur la rationalisation de sa production, en organisant une division du travail, et en produisant des biens et des services standardisés pour un consommateur type, tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître que le renforcement de la concurrence à l'heure de la mondialisation implique la nécessité pour l'entreprise de mettre l'accent sur la relation avec ses clients, afin d'adapter les biens et les services à des attentes de plus en plus différenciées. Dès lors, les normes de production et l'ensemble de l'organisation du travail dans l'entreprise doivent devenir plus flexibles, ce qu'illustre le passage de l'entreprise hiérarchisée vers l'entreprise-réseau⁵.

La crise de la standardisation s'étend cependant aussi aux normes juridiques, qui régissent les relations de travail dans l'entreprise. Pendant les Trente Glorieuses, la régulation des relations de travail par un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein permettait d'établir un bon équilibre entre un haut niveau de subordination sous l'autorité de l'employeur et un haut niveau de protection sociale des travailleurs⁶, dans le cadre d'un statut salarial, dont les normes étaient, soit imposées par les pouvoirs publics, soit négociées par les partenaires sociaux, de préférence au niveau de la branche. Or, compte tenu de la plus grande flexibilité des normes de production, ce modèle d'une régulation standardisée se trouve aujourd'hui concurrencé, non seulement parce que l'entreprise tend à utiliser d'autres formes de mobilisation du travail, en remplaçant une partie des contrats de travail par des contrats civils ou commerciaux, mais aussi parce que l'entreprise adopte ses propres normes du travail, et notamment des codes de conduite.

Une analyse plus précise révèle cependant que le développement à la fois des nouvelles formes d'organisation de l'entreprise et des codes de conduite régissant les relations de travail au sein de celles-ci reflète moins une crise de la standardisation qu'une crise de la régulation étatique, au moins sous sa forme traditionnelle⁷. La recherche d'une flexibilité croissante par les entreprises ne constitue en effet pas un obstacle à la standardisation, et, dans une certaine mesure, peut même contribuer à la renforcer, comme le montre l'importance grandissante des normes de qualité du type ISO qui permettent à l'entreprise de choisir plus facilement et donc de changer plus souvent ses différents partenaires

5. TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, novembre-décembre 1993, p. 50 ; PROKOPENKO (J.), *Globalization, alliances and networking : A strategy for competitiveness and productivity*, Organisation Internationale du Travail, Enterprise and Management Development, Working Paper, EMD/21/E, Genève, 1997

6. SUPIOT (A.) (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, Paris, 1999

7. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002

économiques⁸. De même, les codes de conduite, s'ils ont été dans un premier temps un moyen de se distinguer des entreprises concurrentes par une reconnaissance de la responsabilité sociale pour l'ensemble des travailleurs de l'entreprise-réseau, tendent à l'heure actuelle sous la pression des ONG de plus en plus vers un modèle standardisé, en prenant pour référence des normes définies par des labels d'origine privée, comme SA8000⁹, ou plus rarement les droits fondamentaux au travail reconnus par l'Organisation Internationale du Travail¹⁰.

En revanche, cette double transformation de l'organisation de l'entreprise et de la régulation des relations de travail traduit une autonomisation par rapport au droit d'origine étatique. L'entreprise organise en effet son activité économique non pas avant tout en fonction des catégories juridiques définies par le droit étatique, mais en fonction des impératifs économiques et sociaux, notamment en établissant ses propres normes d'organisation, formelles ou informelles¹¹. La demande d'une plus grande flexibilité n'implique donc pas que l'entreprise refuse toute forme de régulation des relations de travail, mais seulement qu'elle souhaite que celles-ci soient régulées autrement¹².

L'autonomie par rapport aux catégories du droit étatique se manifeste tout d'abord par les transformations affectant l'organisation de l'entreprise dans le cadre des réseaux de sociétés. Certes, la mise en place des réseaux implique que l'entreprise recoure aux instruments juridiques fournis par le droit étatique, mais l'objectif consiste à créer une forme d'organisation de l'entreprise, qui permet d'exercer un certain contrôle économique sur les partenaires de l'entreprise, sans avoir à assumer la responsabilité juridique pour leurs activités. Or, cette forme d'organisation de l'entreprise ne peut être

8. NAPOLITANO (G.) et LAPEYRE (J.), *ISO 9000. La certification des services. De l'état d'esprit qualité au service gagnant*, 2^e éd., Éditions d'organisation, Paris, 1997 ; LAUDOYER (G.), *La certification ISO 9000. Un moteur pour la qualité*, 2^e éd., Éditions d'organisation, Paris, 1996

9. SOCIAL ACCOIJNTABILITY INTERNATIONAL, *Social Accountability 8000 (SA8000) ; pour une critique : LABOUR RIGHTS IN CHINA, No Illusions. Against the Global Cosmetic SA8000*, Asia Monitor Resource Center, Hong Kong, 199

10. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* ; TAPIOLA (K.), « The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up », in R. BLANPAIN (dir.), *Multinational Enterprises and the Social Challenges for the XXIst Century. The ILO Declaration on Fundamental Principles at Work. Public and Private Corporate Codes of Conduct*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 37, Kluwer, The Hague, 2000, p. 9

11. MAROY (C.), « Rapport à la norme et transformation des modes d'organisation de la production et du travail dans l'entreprise », in DE MUNCK (J.) et VERHOEVEN (M.) (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité*, De Boeck, Paris, 1997, p. 107

12. SUPIOT (A.), « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195

assimilée, ni à la hiérarchie d'une organisation, ni à la liberté contractuelle sur le marché, qui sont les catégories juridiques qualifiant traditionnellement, dans en droit les relations entre l'entreprise et ses partenaires. Même si l'on admet qu'il ne s'agit pas de l'objectif principal de l'entreprise, mais simplement d'un "*sous-produit utile*"¹³, le fonctionnement de cette forme d'organisation constitue un défi pour le droit du travail étatique, souvent incapable de compenser la subordination des travailleurs sous l'autorité de la société pivot du réseau par la sécurité juridique, qui caractérise le contrat de travail. Dans la mesure où elle permet de répondre aux contraintes économiques sans se heurter à des obstacles du droit étatique, l'entreprise pourrait se contenter de cette transformation de son organisation. En réalité, son autonomisation par rapport au droit d'origine étatique est, cependant, plus profonde, parce qu'il s'agit non seulement d'imposer de nouvelles relations de travail, mais également d'élaborer les normes, qui régissent ces relations. L'intérêt de l'entreprise ne consiste en effet pas à contourner le droit d'origine étatique pour exercer son activité économique selon la « *loi de la jungle* »¹⁴, mais de l'organiser dans le respect de normes, qu'elle adopte elle-même, en particulier sous la forme d'un code de conduite. Traduisant la reconnaissance de la responsabilité sociale de l'entreprise, ces codes témoignent également d'une transformation des missions de l'entreprise, qui ne se limitent pas à celles expressément prévues par le droit étatique.

L'objectif de cet article consiste d'une part à analyser le défi que constitue la transformation des relations de travail dans l'entreprise-réseau pour le droit du travail (§1), et, d'autre part, à vérifier si, dans quelle mesure, les codes de conduite peuvent constituer un instrument de régulation à la fois légitime et efficace pour les relations de travail dans cette nouvelle forme d'organisation de l'entreprise (§2).

§1 – Le défi des transformations des relations de travail dans l'entreprise-réseau

Face à la mondialisation de l'économie et au renforcement de la concurrence qui en résulte, l'entreprise, qui souhaite maintenir sa compétitivité, doit transformer son organisation et redéfinir ses frontières. Il semble surtout important qu'elle reconsidère la ligne de partage entre le *faire* et le *faire faire*, qui distingue entre ce qui doit être produit par l'entreprise elle-même et ce qu'elle doit acquérir auprès d'autres entreprises sur le marché. Certes, l'entreprise est depuis toujours confrontée à ce choix, et définit depuis toujours son propre équilibre entre ces deux solutions alternatives. On constate

13. PINTO (V.), « Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento? », *GDLRI*, 1999, p. 445

14. ENJEUX LES ÉCHOS, *Demain la jungle ? Un monde en quête de règles*, n° 160, juillet-août 2000

néanmoins, dans le contexte actuel, une double tendance, qui conduit la grande majorité des entreprises, soit à préférer un recours au marché, soit à vouloir échapper à ce choix en organisant des relations hybrides qui transcendent la distinction traditionnelle entre l'organisation et le marché¹⁵.

Aujourd'hui, le recours au marché semble obéir à un principe de subsidiarité¹⁶, selon lequel l'entreprise ne produit en interne que ce qu'elle ne peut obtenir sur le marché à un meilleur prix ou dans une meilleure qualité¹⁷. Le contexte économique et juridique semble d'ailleurs favoriser le recours au marché. On doit tout d'abord constater que la mondialisation de l'économie incite les entreprises à renforcer leur présence sur tous les marchés géographiques, ce qui nécessite des investissements considérables et conduit donc à une spécialisation de l'entreprise sur un métier stratégique. D'une part, il paraît en effet difficile d'effectuer d'importants investissements dans plusieurs secteurs économiques à la fois, et, d'autre part, la cession des activités jugées non stratégiques peut contribuer à financer les opérations d'expansion dans le métier choisi. De manière concomitante, on centralise ainsi les stratégies et on décentralise les opérations¹⁸.

D'une manière paradoxale, le choix de l'entreprise en faveur du recours au marché est aussi favorisé par le droit positif dans les États de l'Union européenne. En effet, alors même qu'il met à disposition de l'entreprise des techniques juridiques lui permettant de s'organiser en réseau, il se révèle largement incapable de réguler d'une manière suffisante les relations de travail dans cette nouvelle forme d'organisation. Il suffit ainsi qu'une entreprise à la recherche de plus de flexibilité s'organise sous forme de réseau et se procure le travail dans un cadre autre que celui du contrat de travail pour « *échapper, partiellement ou globalement, au statut salarial* »¹⁹, et aux contraintes liées au droit du travail, la régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau étant laissée essentiellement au droit civil et commercial.

A première vue, on peut considérer que cette définition des champs d'application respectifs du droit du

15. DUPUY (Y.) et LARRÉ (F.), « Entre salariat et travail indépendant: Les formes hybrides de mobilisation du travail », *Travail et emploi*, n° 77, 1998, p. 1

16. FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 2^e éd., Litec, Paris, 2000, p. 211

17. COHEN (D.), « De la mondialisation à la troisième révolution industrielle », in M. GUILLOUD, A. SCHLUMBERGER et M. J. FIELD (dir.), *Les chances des Français*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 39

18. BUTERA (F.), *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni nell'Europa degli anni '90*, 10^e éd., Angeli, Milano, 1997, p. 57

19. AUBERT-MONPEYSEN (T.), « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 616

travail et du droit commercial est logique, dans la mesure où elle correspond à la ligne de partage entre le *faire* et le *faire faire*. Le droit du travail n'a en effet été créé que pour régir les rapports de travail, qui se caractérisent par la subordination juridique du salarié sous l'autorité de l'employeur, alors que la relation entre l'entreprise et ses partenaires commerciaux peut continuer à être régie par le droit des contrats, fondé sur le principe de l'égalité des parties, même si celui-ci connaît aujourd'hui des aménagements. En réalité, on doit cependant estimer que cette réponse de la part du droit ne se révèle plus suffisante face aux transformations, qui affectent l'entreprise à l'heure actuelle.

Si la mobilisation du travail dans le cadre de la sous-traitance ou de la franchise peut ressembler à un recours au marché et donc justifier l'application du droit civil et commercial, une analyse plus profonde de ces relations montre en effet qu'elles se rapprochent, à de multiples égards, de la subordination juridique, qui caractérise les contrats de travail, et qui accorde aujourd'hui une autonomie toujours plus grande aux salariés. Mais, plus précisément, il semble que la complexité des relations dans le réseau rend illusoire le maintien d'une approche binaire, qui distingue entre le contrat ou le marché inhérents au droit commercial et la hiérarchie ou l'organisation propres au droit du travail. On doit au contraire considérer que les réseaux constituent des « *arrangements hybrides* » pour reprendre le terme de Gunther Teubner²⁰, qui échappent aux catégories juridiques traditionnelles (A) et qui nécessitent des normes juridiques spécifiques qui font encore largement défaut dans les Etats de l'Union européenne (B).

A – L'inadaptation des catégories juridiques à l'entreprise-réseau

La notion de réseau pour désigner les « *nouvelles formes d'organisation de l'entreprise* »²¹ est contestée par certains auteurs qui, constatant la même transformation des relations de travail au sein de l'entreprise, préfèrent en rendre compte par les termes de « *structure polycellulaire* »²², d'« *entreprise virtuelle* »²³ ou d'« *entreprise transactionnelle* »²⁴. Si l'on décide néanmoins ici d'utiliser le terme de

20. TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *précité*

21. DESREUMAUX (A.), « Nouvelles formes d'organisation et évolution de l'entreprise », *Revue française de gestion*, janvier-février 1996, p. 86

22. LANDIER (H.), *L'entreprise polycellulaire. Pour penser l'entreprise de demain*, 2^e éd., Entreprise moderne d'édition, Paris, 1989

23. FRÉRY (F.), *Benetton ou l'entreprise virtuelle*, Vuibert, Paris, 1999

réseau de sociétés, c'est, en premier lieu, parce que cette notion est celle qui est le plus fréquemment utilisée aussi bien par la doctrine²⁵ que par les entreprises elles-mêmes²⁶. L'utilisation de la notion de réseau de sociétés dans le contexte actuel de l'organisation de l'entreprise se justifie en second lieu par des raisons de fond. On doit, en effet, estimer que la théorie des réseaux permet une meilleure compréhension du fonctionnement des relations entre l'entreprise et ses partenaires économiques.

1° - L'apport de la théorie du réseau

Étymologiquement, réseau provient du latin *retis*, diminutif de *reticulum* qui signifie filet à petites mailles. Jusqu'au XVII^e siècle, le réseau est toujours un maillage textile, mais à partir du XVIII^e siècle, la médecine s'empare métaphoriquement du réseau, d'abord pour décrire puis pour rendre compte du fonctionnement de l'organisme humain. Ainsi, Diderot et Descartes décrivent le système nerveux et le système circulatoire à l'aide du mot réseau. On note que, appliqué à l'analyse de l'organisme humain, le concept de réseau s'enrichit de la dimension circulatoire. Aujourd'hui, le modèle de réseau peut être appliqué à tout mouvement de circulation, qu'il s'agisse de personnes, de biens, de capitaux, d'idées, ou du savoir.

Le réseau se compose d'un ensemble de nœuds qui sont liés entre eux par des connexions, mais on doit considérer que ce sont les relations entre les nœuds qui sont premières par ordre d'importance, les caractéristiques ou attributs individuels des nœuds ne venant qu'en second lieu²⁷. Il est important de préciser que les liens entre les nœuds impliquent nécessairement une certaine fluidité et flexibilité. Si le réseau se distingue du chaos, dans la mesure où il est organisateur, il s'oppose donc aussi aux structures en forme d'arbre ou de pyramide qui se caractérisent au contraire par des relations hiérarchiques et

24 FRÉRY (F.), « La chaîne et le Réseau », in P. BESSON (dir.), *Dedans, dehors. Les nouvelles frontières de l'organisation*, Vuibert, Paris, 1997

25. PROKOPENKO (J.), *op. Cit.*

26. Ainsi, le code conduite du groupe Fiat précise que « *pour réaliser le modèle de l'entreprise réseau, (...) il se concentre sur les activités stratégiques, promeut l'externalisation des activités non stratégiques et développe des liens de partenariat avec les fournisseurs et détenteurs d'un savoir faire d'un intérêt fondamental* ». De son côté, la Lyonnaise des Eaux estime, dans son code de conduite, qu'elle forme avec « *ses partenaires, (et) l'ensemble de leurs filiales de par le monde, (...) un réseau d'entreprises, autonomes, solidaires, qui partagent les mêmes ambitions et les mêmes valeurs de base* ».

27. LAZEGA (E.), « Analyse de réseaux et sociologie des organisations », *Revue française de sociologie*, 1994, p. 293

figées.

Le concept du réseau connaît ensuite un certain succès dans les sciences sociales, car il permet de décrire les relations entre les différents acteurs dans un groupe social. Il s'oppose alors autant à l'individualisme qu'au modèle hiérarchique, car il se caractérise par la « *multiplicité quantitative et qualitative des liens entre ses différents composants* »²⁸. Cependant, même si le réseau ne comporte pas nécessairement un centre hiérarchique, on ne peut que constater que « *les individus centraux occupent une position privilégiée dans les échanges, notamment par rapport à ceux qui sont rejetés à la périphérie* »²⁹. Puisque l'entreprise est composée de différents acteurs sociaux, la sociologie du travail est tout naturellement amenée à recourir au modèle du réseau, afin de rendre compte de la transformation des relations de travail en son sein. Passant du *taylorisme* au *toyotisme*³⁰, celles-ci reflètent en effet une organisation en réseau qui est fondée sur des liens flexibles entre des nœuds constitués, soit par des groupes de travail, soit des cercles de qualité, soit par des salariés pris individuellement.

La notion de réseau est enfin utilisée, au sein de la théorie de l'organisation, pour caractériser les relations de l'entreprise non seulement avec ses travailleurs, mais également avec ses autres partenaires économiques³¹, chargés soit de la production, soit de la distribution. Tous les auteurs s'accordent pour estimer que l'accroissement de la taille de l'entreprise ainsi que son internationalisation rendent inefficace l'organisation hiérarchique et pyramidale de l'entreprise. Ils se prononcent au contraire en faveur d'un recentrage de l'entreprise sur un nombre limité d'activités et d'une externalisation de toutes les activités jugées non stratégiques³². Or, cette externalisation se traduit certes par un relâchement du

28. COLONOMOS (A.), *Sociologie des réseaux transnationaux. Communautés, entreprise et individus : lien social et système international*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 22

29. DEGENNE (A.) et FORSÉ (M.), *Les réseaux sociaux. Une analyse structurale en sociologie*, Armand Colin, Paris, 1994

30. SUPIOT (A.) (dir.), *op. cit.*

31. ASSENS (C.), « Réseau neuronal et réseaux d'entreprises », *Revue française de gestion*, mars-avril-mai 1997, p. 5 ; BÖTTCHER (R.), *Global Network Management. Context, Decision-making, Coordination*, Gabler, Wiesbaden, 1996 ; HAKANSSON (H.) et JOHANSON (J.), « The network as a governance structure. Interfirm cooperation beyond markets and hierarchies », in G. GRABHER (dir.), *The embedded firm. On the socioeconomics of industrial networks*, Routledge, London, 1993

32. BEAUJOLIN (R.), *Les vertiges de l'emploi. L'entreprise face aux réductions d'effectifs*, Grasset/ Le Monde, Paris, 1999, p. 53 ; PROKOPENKO (J.), *op. cit.* ; HENRIET (B.), « Entreprise éclatée et gestion du travail.

contrôle hiérarchique sur l'exécution des activités concernées³³, ce que le droit positif au sein des États de l'Union européenne reflète par le passage du droit du travail au droit civil et commercial, mais amène aussi les entreprises à « *adopter de nouveaux modes de coordination avec les entreprises extérieures avec lesquelles elles sont en relations suivies* »³⁴.

S'il n'y a pas de réel centralisation des pouvoirs au sein du réseau³⁵, ses membres travaillent « *ensemble à un but ou à un objet commun et (...), pour l'atteindre ou le réaliser, sont prêts à confier à l'un d'entre eux un rôle de leader ou de catalyseur au service des intérêts du réseau* »³⁶. Ce rôle de coordination des intérêts des sociétés membres du réseau, qui remplace ou accompagne le contrôle financier, caractéristique des groupes de sociétés, constitue un pouvoir qu'il convient de ne pas sous-estimer. Même si l'on observe en effet que, d'une part, la prise des décisions économiques à l'intérieur des groupes fondés sur une participation au capital est en fait de plus en plus décentralisée, et, que d'autre part, ces groupes de sociétés sont souvent remplacés par des réseaux fondés sur des liens purement contractuels, la société pivot conserve dans les deux cas une influence importante sur ses partenaires, ne serait-ce que pour garantir le respect d'une stratégie et d'une culture d'entreprise commune³⁷. Il faut donc considérer que les relations au sein du réseau de sociétés ne peuvent être assimilées ni à la hiérarchie dans une organisation, ni au chaos du marché, mais qu'elles se situent au-delà de cette classification binaire, et non pas en tant que forme intermédiaire, mais comme une configuration à part entière, dont la traduction par des concepts juridiques classiques se révèle difficile.

2° - La difficile traduction juridique des relations dans l'entreprise-réseau

Formellement, les réseaux de sociétés sont fondés soit sur la participation au capital, soit des liens purement contractuels. Certes, dans les deux cas, les parties concluent un ou plusieurs contrats de droit

Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines », in A. SUPLOT (dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1998, p. 199;

33. BATSCH (L.), « La diversité des activités des groupes industriels. Une approche empirique du recentrage », *Revue d'économie industrielle*, 1993, p. 33

34. BERNOUX (P.) et LIVIAN (Y.-F.), « L'entreprise est-elle toujours une institution ? », *Sociologie du travail*, 1999, p. 179

35. AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, LGDJ, Paris, 1995, n° 3, p. 12

36. DESREUMAUX (A.), *op. cit.* ; on peut parler d'un « *affectio cooperandi* » : AMIEL-COSME (L.), *op. cit.*, n° 367, p. 364

37. THÉVENET (M.), *La culture d'entreprise*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1993

commercial, mais la nature juridique de ces contrats se distingue nettement. Alors que, dans le cas des groupes, les différentes sociétés créent des liens capitalistiques stables qui correspondent à une structure de pouvoir régie par le droit des sociétés et permettant à la société mère de conduire la politique des filiales, les sociétés dans un réseau de sous-traitance ou de franchise ne s'engagent en principe que pour un projet déterminé, conservant une relative liberté à la fois pour leurs autres activités économiques et surtout pour la période après la fin du contrat. Par conséquent, selon sa forme juridique, le réseau de sociétés possède ou mobilise les compétences nécessaires à son activité économique.

Dans les faits, cependant, ces deux formes du réseau ont tendance à se rapprocher, ce qui justifie leur traitement commun dans cette recherche. D'une part, les groupes de sociétés adoptent une organisation plus décentralisée et laissent une plus grande autonomie aux filiales pour créer des initiatives nouvelles³⁸, et, d'autre part, les réseaux de sous-traitance ou de franchise renforcent le contrôle sur leurs membres par la voie contractuelle, en leur imposant le respect de normes techniques plus précises³⁹ et par une organisation économique qui associe les partenaires dans une collaboration plus étroite et plus stable. On constate en effet que l'économie actuelle est fondée sur un savoir-faire qui nécessite des investissements considérables dans la technologie, mais aussi la formation professionnelle, et qui ne peut donc être rentable que dans le contexte d'une collaboration durable. Le succès actuel des réseaux de sociétés peut, par conséquent, être analysé comme « *le résultat de deux échecs simultanés : celui du marché pour transférer la connaissance et celui de l'organisation interne pour accumuler celle-ci* »⁴⁰. Ainsi, les groupes de sociétés, passant de la hiérarchie à une organisation plus décentralisée, et les réseaux de sous-traitance ou de franchise, passant du chaos du marché à une organisation plus hiérarchique, se rapprochent pour caractériser une nouvelle forme d'organisation de l'entreprise, qui est

38. VARDARO (G.), Before and Beyond the Legal Person: Group Enterprises, Trade Unions and Industrial Relations", in D. SUGARMAN et G. TEUBNER (dir.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 217 ; TEUBNER (G.), « Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen », ZGR, 1991, p. 189 ; WENDELING-SCHRÖDER (U.), *Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag. Zur Möglichkeit der Mitbestimmungssicherung in divisionalisierten Unternehmen und Konzernen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1984, p. 9 et s. ; GHERTMAN (M.), *La prise de décision*, PUF, coll. de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Paris, 1981

39. GENSCHEL (P.) et WERLE (R.), Koordination durch Standards", in P. KENIS et V. SCHNEIDER (dir.), *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik*, Europäisches Zentrum Wien, Campus, Frankfurt am Main, 1996, p. 387

40. MUCCHIELLI (J.-L.), *Multinationales et mondialisation*, Seuil, Paris, 1998, p. 235

fondée sur la coopération et la « *coordination* »⁴¹ des activités économiques.

Dans un premier temps, on a pu penser que cette forme d'organisation de l'entreprise se situait quelque part entre le contrat et l'organisation, entre le marché et la hiérarchie sur une échelle entre deux points extrêmes⁴². Cette thèse est défendue par les économistes de l'école néo-libérale, qui considèrent le succès du réseau comme la preuve de la supériorité du contrat sur l'organisation. Selon eux, le réseau remplace la société intégrée et hiérarchisée et est l'exemple d'une gestion flexible de l'entreprise, vu comme un simple nœud de contrats⁴³. On note que cette théorie est confirmée par le droit positif dans les États membres de l'Union européenne, qui continue à maintenir un principe de l'indépendance juridique des sociétés membres du réseau.

Or, la réalité des relations au sein de l'entreprise-réseau, décrite comme « *un monde social de cultures contractuelles semi-autonomes, régi par des relations de solidarité organique coopérative et de domination hiérarchique invasive et omniprésente* »⁴⁴, ne saurait être traduite par aucune de ces deux catégories juridiques. Les liens entre les membres du réseau de sociétés sont en effet « *plus durables que les liens du marché, (mais) moins contraignants que les liens hiérarchiques existant entre une maison mère et une filiale* »⁴⁵. Autrement dit, l'entreprise-réseau met en place des « *formes souples de coopération, ne correspondant plus à de simples interactions transitoires, mais ne présentant pas encore la densité de la coopération propre à l'organisation formelle* »⁴⁶. Certains auteurs tentent de tenir compte de ce caractère hybride du réseau en l'analysant comme un « *contrat-cadre* »⁴⁷ mis en œuvre

41. SCIARRA (S.), « A Labour Law Perspective on Group Enterprises in Italy : Network versus Hierarchies », in D. SUGARMAN et G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, p. 413 ; TEUBNER (G.), « Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen », *précité*

42. WILLIAMSON (O. E.), *The economic institutions of capitalism*, *précité*

43. AOKI (M.), GUSTAFSSON (B.) et WILLIAMSON (O. E.), *The Firm as a Nexus of Treaties*, Sage, London, 1990

44. GORDON (R.), « Macaulay, Macneil and the Discovery of Power in Contract Law », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 565

45. MUCCHIELLI (J.-L.), *op. cit.*, p. 108

46. TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994, p. 271 ; voir aussi, plus spécifiquement sur la franchise : JOERGES (C.), « Contract and Status in Franchising Law », in C. JOERGES (dir.), *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 11

47. ROHE (M.), *Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 492

par des contrats d'application ou, comme un « *contrat relationnel* » au sens de Macneil⁴⁸.

Or, si ces théories permettent de ne plus considérer les contrats conclus au sein des réseaux comme des échanges instantanés, mais, au contraire, de les inscrire dans la durée et de leur reconnaître une dimension relationnelle, elles supposent néanmoins la conclusion d'un contrat qui sert de support à la relation que ces théories établissent entre les partenaires. Certes, le plus souvent, il est en effet possible de trouver un tel support contractuel à l'intérieur du réseau; cependant, tous les membres du réseau ne sont pas nécessairement liés à tous les autres par un contrat. Ainsi, dans le cadre de la sous-traitance, les acteurs construisent souvent des chaînes de contrats, le sous-traitant de premier niveau devenant à son tour maître d'œuvre qui externalise une partie du travail à un sous-traitant de deuxième niveau, et ainsi de suite. Dans ce cas, il n'existe aucun lien contractuel direct, ni souvent aucune relation directe, entre le dernier sous-traitant et le premier maître d'œuvre qui ignore même probablement son identité.

Les réseaux correspondent donc à un nouveau concept juridique « *non pas 'entre' le contrat et l'organisation, mais 'au-delà' d'eux* »⁴⁹, qui nécessite l'élaboration d'un régime juridique adapté à cette forme d'organisation de l'entreprise. On doit, en effet, rappeler que, si les sociétés membres d'un réseau ne perdent pas toute autonomie, elles ne peuvent poursuivre leur intérêt social que tant que celui-ci respecte également l'intérêt du réseau⁵⁰. Les décisions dans les sociétés du réseau ne sont donc prises, ni dans son seul intérêt, ni dans le seul intérêt d'une société dominante ou dans le seul intérêt du réseau; elles sont prises en tenant compte de tous ces intérêts et en vue de la poursuite d'une politique commune. Par conséquent, plutôt que d'analyser les liens à l'intérieur du réseau comme des relations de dépendance, il convient de développer un modèle du réseau fondé sur l'interdépendance ou la coordination.

La réglementation de cette nouvelle catégorie juridique que constituent les réseaux doit tenir compte de l'ensemble de leurs caractéristiques. A cet égard, on doit mentionner la proposition de Gunther Teubner d'élaborer un droit des réseaux faisant la synthèse des régimes juridiques de trois concepts doctrinaux: les contrats de longue durée, les contrats liés et les accords mixtes⁵¹. Ainsi, le régime des contrats de longue durée garantit des obligations fiduciaires importantes et la protection contre la résiliation abusive

48. MACNEIL (I. R.), *The New Social Contract*, Yale University Press, New Haven, 1980

49. TEUBNER (G.), « Die vielköpfige Hydra : Netzwerke als kollektive Akteure höherer Ordnung », in P. KENIS et V. SCHNEIDER (dir.), *op. Cit.*, p. 535 ; POWELL (W. W.), « Weder Markt noch Hierarchie: Netzwerkartige Organisationsformen », in P. KENIS et V. SCHNEIDER (dir.), *op. cit.*, p. 213

50. PETTITI (P.), « Il gruppo di imprese o società », *Riv. dir. comm.*, 1992, p. 827

51. TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité*, *op. cit.*

du contrat; le régime des contrats liés permet de créer un lien juridique entre les différents contrats conclus à l'intérieur du réseau; et le régime des accords mixtes rend possible la représentation du réseau ainsi que le partage des pertes et profits⁵². Cette proposition permet d'envisager sérieusement l'émergence d'un droit adapté au phénomène des réseaux de sociétés. Cependant, elle se heurte encore à deux obstacles. D'une part, le réseau de sociétés se caractérise par sa flexibilité, l'entreprise devenant un environnement organisationnel et technologique changeant⁵³, qui rend difficile la définition du « *dedans* » et du « *dehors* »⁵⁴, et, d'autre part, il dispose d'un champ d'action international dont une régulation par le droit étatique, et même communautaire, semble insuffisante. On peut donc craindre que le droit étatique reste encore pendant longtemps inadapté à l'entreprise-réseau.

B – L'inadaptation des normes juridiques à l'entreprise-réseau

Alors qu'il met à disposition des entreprises les instruments juridiques permettant de se constituer en réseau, le droit positif dans les Etats de l'Union européenne se révèle largement incapable de réguler de manière satisfaisante les relations de travail dans cette nouvelle forme d'organisation de l'entreprise. En maintenant un principe d'indépendance juridique de chaque société membre du réseau, et donc en ignorant les liens économiques d'interdépendance qui existent entre elles, le droit introduit en effet une rupture entre la maîtrise économique d'une activité et la responsabilité juridique pour ses conséquences sociales⁵⁵.

1° - Le principe d'indépendance juridique des sociétés dans le réseau

Selon le droit positif dans les Etats européens, toutes les sociétés commerciales disposent de la personnalité morale ainsi que des droits et obligations qui y sont attachés, même si elles sont intégrées dans un réseau. Ce principe vaut même pour les sociétés membres d'un groupe de sociétés, et dont la totalité du capital social est détenue par la société mère. Pour comprendre les raisons de cet état du

52. TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *précité*

53. SCIARRA (S.), « A Labour Law Perspective on Groupe Enterprises in Italy : Network versus Hierarchies », in D. SUGARMAN et G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, p. 413

54. BESSON (P.) (dir.), *op. cit.*

55. DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 1997

droit positif, il semble nécessaire de revenir sur la théorie de la personnalité morale⁵⁶.

Développée dès la fin du XIX^e siècle, la théorie de la personnalité morale confère la qualité de sujets de droits ou de centres d'imputation des effets juridiques à différentes organisations⁵⁷. Elle permet notamment à un entrepreneur de se constituer des patrimoines distincts, l'objectif étant de favoriser l'initiative économique. Grâce au principe de l'indépendance juridique des patrimoines, l'entrepreneur peut en effet investir dans l'activité économique, tout en ayant la garantie que son patrimoine personnel ne sera pas affecté par d'éventuelles pertes financières de l'entreprise. Réciproquement, le principe de l'indépendance de la personne morale empêche l'entrepreneur d'utiliser les fonds de son entreprise à des fins personnels, ce fait constituant un abus de biens sociaux, sanctionné afin de protéger les intérêts des créanciers et des salariés.

Justifiant le maintien du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise⁵⁸, la théorie de la personnalité morale peut cependant se révéler un obstacle à la protection des intérêts des salariés, lorsqu'un entrepreneur crée ou contrôle plusieurs sociétés distinctes, ce qui est le cas des réseaux de sociétés. Dans la mesure en effet où chacune de ces sociétés dispose de la personnalité morale, elle a un patrimoine qui lui est propre et séparé de celui des autres sociétés appartenant au réseau. Or, cette séparation des patrimoines empêche les salariés d'une société du réseau d'engager la responsabilité d'une autre société du réseau, voire du réseau lui-même, alors que la gestion de leur société est déterminée par l'appartenance à ce réseau.

Certes, la jurisprudence décide de percer le voile de la personnalité morale pour déroger au principe de séparation des patrimoines, lorsqu'on est en présence d'un abus, la création de la personne morale étant seulement utilisée afin d'éluder ou de contourner des dispositions légales et des devoirs contractuels ou afin de léser les intérêts des tiers. Ainsi, dans le cadre des groupes de sociétés, la jurisprudence estime que la responsabilité de la société mère peut être engagée, lorsque le salarié d'une de ses filiales prouve le caractère frauduleux de la création de cette filiale, ou sa fictivité, notamment lorsqu'il y a une identité de dirigeants et du siège social ainsi que des liens étroits entre ces deux sociétés. Les juges suivent le même raisonnement, lorsque la société mère prend des engagements,

56. PAILLUSSEAU (J.), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTDCiv*, 1993, p. 705 ; TEUBNER (G.), « Enterprise Corporatism : New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988, p. 132

57. COUTINHO DE ABREU (J.-M.), « L'eupéanisation du concept d'entreprise », *RIDE*, 1995, p. 9

58. *La transmisión de empresas en Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale, Caducci Editore, Bari, 1999

formels ou informels, ou s'immisce dans la gestion des filiales, de manière à ce que les créanciers peuvent légitimement croire qu'ils traitent avec la société mère et non pas avec une filiale⁵⁹.

Cependant, cette jurisprudence ne permet de rétablir l'unité patrimoniale et juridique du réseau de sociétés que s'il se caractérise par un contrôle hiérarchique étroit et fondé sur la participation au capital. L'analyse du contrôle dans l'entreprise-réseau montre, en revanche, que le contrôle n'est pas nécessairement fondé sur des liens capitalistiques et ne s'exerce pas forcément d'une manière hiérarchique⁶⁰. Au contraire, l'entreprise-réseau se caractérise par une organisation hybride, qui se situe entre la hiérarchie et le marché, et qui ne saurait être assimilée ni à l'une, ni à l'autre de ces formes d'organisation. Dès lors, la jurisprudence sur l'abus de la personnalité morale ne peut sanctionner que les « *faux* » réseaux de sociétés, alors que les sociétés membres des réseaux *authentiques* continuent à être considérées par les juges comme indépendantes⁶¹.

Cette classification binaire semble trouver l'approbation d'une partie de la doctrine italienne qui récuse l'idée d'un divorce entre le droit et le fait dans le cadre des groupes de sociétés. Ainsi, pour Francesco Galgano⁶² ou Maria Giovanna Mattarolo⁶³, soit les membres du groupe suivent toutes les directives de la société holding, mais le droit sanctionne alors la fraude, soit les membres disposent d'une certaine autonomie et leur indépendance juridique est alors justifiée. Il convient de considérer qu'une telle analyse ignore le caractère hybride des groupes et surtout des réseaux de sociétés⁶⁴. Ceux-ci exercent en effet un contrôle sur la gestion des sociétés membres, qui n'est pas aussi étroit qu'il justifie la reconnaissance du caractère fictif de la personnalité morale des membres, mais qui est néanmoins suffisamment important pour rendre illusoire et dangereux le principe de leur indépendance juridique.

En maintenant le principe d'indépendance juridique des sociétés membres du réseau, le droit attache trop d'importance à la forme juridique sans prendre assez en considération la substance du réseau, qui se caractérise, au contraire, par des relations d'interdépendance. On doit dénoncer le fait que le droit d'origine étatique ait tendance à rester cantonné dans les catégories juridiques traditionnelles, en

59. Com., 4 mars 1997, *JCP*, éd. Entr., 1997, n° 676

60. VARDARO (G.), « Before and Beyond the Legal Person : Group Enterprises, Trade Unions and Industrial Relations », in D. SUGARMAN et G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, p. 217

61. SCIARRA (S.), « A Labour Law Perspective on Groupe Enterprises in Italy: Network versus Hierarchies », in D. SUGARMAN et G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, p. 413

62. GALGANO (F.), « Unità e pluralità di imprese nei gruppi di società », CENTRO NAZIONALE STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO, *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 3

63. MATTAROLO (M. G.), « Gruppi di imprese e diritto del lavoro », *Riv. giuridica del lavoro*, 1990, p. 495

64. TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *précité*

essayant d'assimiler le réseau de sociétés soit à une organisation hiérarchique, soit à un contrat, alors qu'en tant qu'hybride, il se situe précisément, et par définition, entre ces deux catégories. Or, cette faiblesse du droit des États de l'Union européenne ne constitue pas seulement une incohérence théorique, mais elle représente un danger concret pour les créanciers des sociétés membres du réseau, dont les salariés, car elle introduit une rupture entre la maîtrise et la responsabilité.

2° - La rupture entre la maîtrise économique et la responsabilité juridique

L'autonomie de la personnalité morale des sociétés membres d'un réseau se manifeste en premier lieu dans le domaine financier, car « *qui dit personnalité morale, dit patrimoine distinct* »⁶⁵. Les salariés travaillant dans une société membre d'un réseau ne peuvent en effet se retourner contre une autre société du réseau pour exiger d'elle le paiement de leurs salaires ou indemnités, même si cette société exerce le contrôle dans le réseau. Or, dans la mesure où les décisions économiques et sociales les plus importantes sont prises non pas dans l'intérêt de chaque société du réseau, mais dans celui du réseau dans son ensemble, on doit s'attendre à ce que, pour satisfaire soit le réseau, soit certains de ses sociétés membres, « *d'autres sociétés membres seront sacrifiées* »⁶⁶. Ainsi, comme dans le cadre des groupes de sociétés, « *le cloisonnement patrimonial (...), instrument de la protection des intérêts catégoriels dans le cadre des sociétés isolées, peut (...) conduire paradoxalement à leur spoliation dans celui des (réseaux)* »⁶⁷, les droits des créanciers des sociétés d'un réseau, et ceux des salariés pouvant être « *vidés de leur contenu et ne plus avoir de sens* »⁶⁸.

Le danger du principe de l'indépendance juridique des sociétés membres d'un réseau se vérifie, en second lieu, lorsqu'il s'agit de déterminer l'employeur « *réel* »⁶⁹ des salariés travaillant au sein des sociétés membres d'un réseau, étant entendu que cette détermination doit concerner les deux faces de l'employeur, celui-ci ayant à la fois une dimension individuelle et une dimension collective⁷⁰.

L'employeur est tout d'abord le cocontractant du salarié et, à ce titre, créancier et débiteur de certains

65. COZIAN (M.) et VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, 10^e éd., Litec, 1997, n° 240

66. SCHMIDT (D.), « La responsabilité civile dans les relations de groupe de société », *RDS*, 1981, p. 725

67. CONTIN (R.) et HOVASSE (H.), « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.*, 1971, p. 38

68. PAILLUSSEAU (J.), « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », *JCP, éd. Entr.*, 1971, p. 237

69. BOULMIER (D.), « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », *Dr. soc.*, 1988, p. 44

70. VACARIE (I.), *L'employeur*, Sirey, Paris, 1976

d'obligations de nature contractuelle. Or, malgré une mobilité renforcée des salariés au sein du réseau, le droit du travail considère que seule la société qui conclut un contrat de travail avec le salarié peut être désignée comme son employeur, peu important qu'elle fasse partie d'un réseau et que ses décisions économiques et sociales sont donc contrôlées. Certes, le juge ne se tient pas au critère formel de la signature d'un contrat, mais vérifie laquelle des sociétés du réseau exerce effectivement le pouvoir de direction, caractéristique du contrat de travail, sur le salarié⁷¹. On constate cependant que le droit continue à ignorer la réalité économique en estimant, comme l'indique Isabelle Vacarie, que « *d'une part, le pouvoir de décision économique ne peut suppléer le pouvoir de direction du personnel, et, d'autre part, ce dernier n'exige pas un pouvoir de décision économique autonome* »⁷².

La difficulté de déterminer l'employeur dans le réseau concerne aussi son rôle d'interlocuteur de la collectivité de travail. Ainsi la représentation des salariés, si elle doit avoir un sens, doit être assurée là où se prennent les décisions importantes pour la vie économique et sociale de l'entreprise. Or, les institutions représentatives des travailleurs sont en principe conçues pour une entreprise isolée, et ce n'est que lentement que certaines adaptations commencent à intervenir dans le domaine des groupes de sociétés, aucune mesure n'étant prise concernant les réseaux qui ne sont pas fondés sur une participation au capital. La situation est similaire dans le domaine de la participation des travailleurs aux organes de direction. En effet, la présence des représentants des salariés au conseil de surveillance est sans grand intérêt, si elle n'a lieu qu'au niveau des différentes sociétés composant le réseau, mais pas au niveau du centre de décision. Enfin, la négociation collective doit être adaptée aux réseaux de sociétés, la question étant notamment de savoir si, et dans quelles conditions, il est possible d'appliquer la convention collective de la société qui exerce le contrôle aux salariés des sociétés contrôlées.

Certes, le droit du travail dans les Etats de l'Union européenne a commencé à prendre en compte les spécificités de l'entreprise-réseau pour adapter certaines de ses dispositions. On peut ainsi mentionner l'importante jurisprudence française qui a décidé que les possibilités de reclassement en cas de licenciement pour motif économique devaient être appréciées « *à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel* »⁷³. De la même manière, le juge allemand a décidé que le calcul des retraites d'entreprise devait prendre pour référence les résultats économiques

71. Soc., 13 mai 1969, *Dr. soc.*, 1969 ; Soc., 31 octobre 1989, *RJS*, 1989, p. 553

72. VACARIE (I.), « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. Soc.*, 1975, p. 23

73. Soc., 5 avril 1995, *Vidéocolor*, *Dr. Soc.*, 1995, p. 503

de l'ensemble du groupe⁷⁴. Par ailleurs, aussi bien les droits nationaux en France⁷⁵ et en Allemagne⁷⁶ que le droit communautaire⁷⁷ prévoient une représentation collective des salariés au niveau du groupe.

Toutes ces dispositions restent cependant doublement insuffisantes dans la mesure où, d'une part, elles ne concernent que des domaines très particuliers du droit du travail, tout en laissant de côté des champs au moins aussi importants, et où d'autre part, elles ne s'appliquent qu'à certains types de réseaux, ceux qui se caractérisent par des liens capitalistiques et par une hiérarchie prononcée, ce qui en exclut les réseaux de sous-traitance ou de franchise.

On peut ainsi mesurer la nécessité d'une transformation de la régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau et l'intérêt que peuvent représenter à cet égard les normes s'inscrivant dans le concept de la responsabilité sociale de l'entreprise et en particulier les codes de conduite.

§2 – Les nécessaires transformations de la régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau

Il peut paraître paradoxal de considérer que la reconnaissance par l'entreprise de sa responsabilité sociale pour les travailleurs de ses fournisseurs et sous-traitants pourra contribuer à relever le défi que constitue la mise en place de l'entreprise-réseau pour le droit du travail. Dans la mesure où il s'agit dans les deux cas d'une volonté des entreprises de prendre leur autonomie par rapport aux normes juridiques étatiques, on pourrait même estimer que le concept de la responsabilité sociale de l'entreprise renforce encore la fragilisation du droit du travail. Compte tenu de l'absence, dans un futur proche, d'une perspective de régulation des relations de travail par les normes juridiques traditionnelles, il semble cependant dangereux de se cantonner dans une attitude défensive vis-à-vis des instruments de la responsabilité sociale de l'entreprise, comme les codes de conduite ou les labels sociaux, qui peuvent constituer une opportunité intéressant pour modifier la régulation des relations de travail dans le contexte actuel.

Comme les transformations de l'organisation du travail dans l'entreprise, sa décision d'énoncer des normes sociales s'appliquant à l'ensemble des travailleurs du réseau, et notamment ceux des sous-

74. BAG, 14 février 1989, *DB*, 1989, p. 1471

75. Article L. 439-1 c. trav.

76. §§ 54 – 59 BetrVG

77. Directive 94/45 du 22 septembre 1994

traitants, s'explique tout d'abord par des raisons d'ordre économique⁷⁸. En complétant les normes étatiques dans ce domaine par des codes de conduite, la direction de la société amirale du réseau remplit en effet deux missions essentielles dans cette forme d'organisation de l'entreprise. D'une part, elle assure la coordination entre les différents membres du réseau, les *stakeholders* internes, par une sorte de « *contrat social* »⁷⁹, et, d'autre part, elle protège l'image de marque de l'entreprise vis-à-vis des *stakeholders* externes, et en particulier vis-à-vis de ses clients, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, privées ou publiques.

Mais si les motivations animant l'entreprise peuvent être d'abord économiques, les conséquences de l'adoption d'un code de conduite qui régit les relations de travail au sein de l'entreprise-réseau dépassent la sphère économique. On assiste à un bouleversement de la conception juridique, mais aussi éthique, de l'entreprise qui n'est plus uniquement dirigée en fonction de l'intérêt de ses seuls propriétaires, mais en prenant en compte les intérêts de l'ensemble des parties concernées par les activités du réseau. Par ailleurs, les normes de responsabilité sociale semblent modifier la nature de la régulation dans le domaine des relations de travail, en mettant l'accent non plus sur le respect formel des normes, mais sur l'obtention d'améliorations sociales concrètes.

Malgré les multiples apports d'une régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau (A), il convient cependant de considérer que cette nouvelle catégorie de normes ne saurait remplacer les normes du droit du travail, qu'elles soient imposées par les pouvoirs publics ou négociées par les pouvoirs publics. Une attention particulière doit donc être attachée à l'articulation de ces deux types de normes (B).

A – Les apports d'une régulation par les normes de responsabilité sociale

Si les codes de conduite et d'autres normes de responsabilité sociale peuvent parfois imposer de nouvelles obligations aux travailleurs, notamment l'interdiction d'accepter des cadeaux de la part des

78. WEISER (J.) et ZADEK (S.), *Conversations with Disbelievers. Persuading Companies to Address Social Challenges*, The Ford Foundation, 2000

79. SACCONI (L.), *Economia, etica, organizzazione. Il contratto sociale dell'impresa*, Laterza, Roma, 1997 ; DONALDSON (T.) et DUFEE (T.), *Ties that bind: A Social Contract Approach to Business Ethics*, Harvard Business School Press, Cambridge, 2000 ; PALMER (E.), « Multinational Corporations and the Social Contract », *JOBE*, 2001, p. 245

partenaires économiques afin de lutter contre la corruption⁸⁰, ces textes prévoient dans la très grande majorité des cas une amélioration de la situation des travailleurs dans l'entreprise-réseau. Certes, souvent le contenu des codes de conduite fait référence aux lois et conventions locales ou alors aux droits fondamentaux au travail définis par l'Organisation Internationale du Travail, dont le respect devrait en principe être assuré par les pouvoirs publics nationaux, mais même dans ces cas, il s'agit d'un progrès important, dès lors que c'est le code de conduite de la société amirale du réseau qui reconnaît sa responsabilité sociale pour garantir la bonne application de ces normes à l'égard de l'ensemble des travailleurs dans l'entreprise-réseau.

Définie comme des engagements volontaires qui vont au-delà de la loi⁸¹, la responsabilité sociale ne se traduit donc pas nécessairement par la reconnaissance de droits nouveaux, mais aussi par un élargissement du champ d'application des normes du travail existantes. Parmi les apports de cette nouvelle forme de régulation, on peut cependant aussi mentionner une redéfinition des missions de l'entreprise fondée sur la prise en compte des *stakeholders*⁸² ainsi qu'un rééquilibrage entre les dimensions procédurale et substantielle de la régulation des relations de travail.

1° - Le passage de la shareholder value à la stakeholder value

L'adoption d'un code de conduite qui régit les relations avec les travailleurs dans l'ensemble de l'entreprise-réseau confirme la transformation des missions et de la conception de l'entreprise. Si

80. Voir par exemple les codes de conduite des entreprises Accor, Bayer, Ciba, DaimlerChrysler, Eni, Montedison, Motorola, Nestlé, Nortel, Rio Tinto, Shell et Siemens.

81. COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert: Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale*, COM (2001) 366 final, Bruxelles, 18 juillet 2001

82. Le terme anglais de « *stakeholder* » s'oppose à celui de « *shareholder* » qui se traduit par l'actionnaire. Son apparition correspond à l'idée d'un élargissement des personnes dont les intérêts devraient être pris en compte dans la gestion économique des entreprises. Au lieu de définir la politique de l'entreprise dans le seul intérêt des actionnaires, les défenseurs de la théorie des *stakeholders* se prononcent pour la prise en compte des intérêts de l'ensemble des personnes qui peuvent affecter ou qui sont affectées par les activités de l'entreprise. En France, la notion de *stakeholder* est le plus souvent traduit par le terme de « *partie prenante* », mais il semble que cette traduction reflète mal l'esprit du terme anglais. En effet, alors que la notion de *shareholder* vise celui qui détient une action de l'entreprise, le terme de *stakeholder* vise littéralement celui qui a un intérêt dans l'entreprise. Dans une perspective juridique, il semble donc mieux parler d'une personne intéressée par les activités de l'entreprise, au sens de l'intérêt juridique à agir.

l'entreprise demeure la propriété des seuls actionnaires, sa gestion ne peut en effet plus uniquement répondre aux exigences financières de ceux-ci, mais doit aussi respecter les intérêts des autres personnes concernées par les activités de l'entreprise, et tout particulièrement ceux des travailleurs. Certes, l'idée que le droit de propriété a comme corollaire une responsabilité sociale est largement acceptée dans les États membres de l'Union européenne, voire inscrite dans la Constitution, comme en Allemagne⁸³, qui organise une économie sociale de marché⁸⁴. Mais les codes de conduite qui régissent les relations de travail dans l'entreprise permettent de donner une illustration concrète de ce principe théorique.

Ainsi, selon Kofi Annan, le secrétaire général de l'ONU, « *les entreprises considérées comme de 'bons citoyens' non seulement procèdent à des consultations avec les groupes de partenaires mais, à l'instar d'autres bons citoyens, elles respectent les préoccupations de ces partenaires et y répondent à des degrés divers. La prise en compte de ces préoccupations peut donc faire l'objet d'un contrat social entre l'entreprise et la société dans laquelle elle exerce ses activités. Un code de conduite de l'entreprise rendrait un tel contrat explicite et mesurable* »⁸⁵.

L'adoption d'un tel code de conduite par l'entreprise-réseau peut ainsi traduire le passage de la *shareholder value* à la *stakeholder value*, et implique un changement de la nature du lien entre les personnes concernées par l'entreprise. Dans la mesure où la mise en place d'un code de conduite nécessite un investissement financier non négligeable, elle semble difficilement compatible avec l'idéologie de la *shareholder value* fondée sur la rentabilité financière à court terme au bénéfice des seuls actionnaires⁸⁶.

Au-delà des considérations éthiques, la théorie de la *shareholder value* doit être critiquée du point de vue strictement juridique. Il convient en effet de rappeler que, dans la logique de la théorie de la personnalité morale, les actionnaires ne sont propriétaires ni de la société, ni de ses biens, mais uniquement de ses actions. Or, ni l'école économique néo-classique, ni le droit positif dans les États de l'Union européenne ne tirent les conséquences de cette distinction pourtant primordiale. A l'origine, le

83. Article 14 (2) GG : « *Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.* »

84. BERTELSMANN STIFTUNG, HEINZ NIXDORF STIFTUNG et LUDWIG-ERHARD-STIFTUNG, *Markt mit Moral. Das ethische Fundament der Sozialen Marktwirtschaft*, Verlag Bertelsmann-Stiftung, Gütersloh, 1996

85. ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Élaboration de principes directeurs concernant le rôle et les responsabilités sociales du secteur privé*, Rapport du Secrétaire Général, New York, 2000

86. GORDON (J. N.), *Pathways to Corporate Convergence? Two Steps on the Road to Shareholder Capitalism in Germany : Deutsche Telekom and DaimlerChrysler*, Columbia University, School of Law, Center for Law and Economic Studies, Working Paper, n° 161, New York, 2000

contrat de société se distinguait nettement du contrat de prêt, d'autant plus que, historiquement, son instauration a pour objectif de contourner l'interdiction du prêt à l'usure⁸⁷. Ainsi, contrairement au financier, l'associé se caractérise par son esprit de collaboration avec ses partenaires, le fameux *affectio societatis*, et par la prise de risque. Mais l'apparition de la société par actions au début du XIX^e siècle atténue la distinction entre l'actionnaire et le financier. A l'heure actuelle⁸⁸, les personnes qui décident d'investir leurs capitaux dans une société cotée en bourse, non seulement n'ont aucune volonté de collaborer avec les autres actionnaires, mais ne se considèrent pas comme propriétaires de la société dont ils n'hésitent pas à vendre les actions en cas de difficultés économiques. Bref, ils ressemblent, de plus en plus, à des créanciers⁸⁹. Le droit contribue d'ailleurs à cette confusion dans la mesure où, d'une part, il développe la protection des actionnaires contre la mauvaise gestion par les dirigeants de la société, et, d'autre part, il affaiblit les droits des actionnaires sur les biens de la société en contrepartie d'un droit à un dividende⁹⁰.

Malgré ce rapprochement entre l'actionnaire et le financier, le droit dans les États membres de l'Union européenne confie l'élection des dirigeants de la société, et, par conséquent, le choix sur l'orientation générale de sa gestion aux seuls actionnaires, en excluant toutes les autres parties, qui contribuent au fonctionnement de l'entreprise, ou qui en sont affectées. Certes, dans les faits, on peut constater un certain déclin des pouvoirs des actionnaires au profit des dirigeants, surtout au sein des sociétés cotées en bourses dont les actions sont très dispersées, car la majorité des petits actionnaires ne se déplacent pas lors des assemblées générales et confient leur droit de vote aux dirigeants. Mais une distinction entre la propriété et le contrôle de la société n'a jamais été confirmée par le droit et est depuis les années quatre-vingt-dix combattue par le mouvement de la *corporate governance*⁹¹, qui souhaite redonner le pouvoir aux actionnaires.

Profitant de ce débat sur la répartition des pouvoirs au sein de l'entreprise, les défenseurs de la théorie des *stakeholders* souhaitent non pas nier les droits des actionnaires, mais faire reconnaître à côté de ceux-ci les droits des autres parties intéressées par les activités de l'entreprise. On peut néanmoins

87. IRELAND (P.), « Company Law and the Myth of Shareholder Ownership », *The Modern Law Review*, 1999, p. 32

88. Le phénomène tend encore à se renforcer grâce à la bourse sur internet.

89. HUMMELS (H.), « Organizing Ethics : A Stakeholder Debate », *JOBE*, 1998, p. 1403

90. IRELAND (P.), *op. cit.*

91. HOPT (K.), KANDA (H.), ROE (M.), WYMEERSCH (E.) et PRIGGE (S.) (dir.), *Comparative Corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research*, Clarendon Press, Oxford, 1998

reprocher à cette théorie son caractère imprécis, en ce qui concerne la définition du terme même de *stakeholders*, mais surtout en ce qui concerne les modalités de leur intervention.

En général, on définit les *stakeholders* d'une organisation donnée comme les groupes affectés par cette organisation et/ou qui affectent cette organisation par leurs propres actions⁹². Une définition aussi large rend cependant difficile l'établissement d'une liste exhaustive des groupes concernés *a priori*, et implique leur détermination concrète dans le cadre d'un dialogue sur la légitimité des intérêts de chaque partie⁹³. La majorité des auteurs semble néanmoins s'accorder sur le fait que la notion de *stakeholders* comprend à côté des actionnaires, les salariés de la société, ses dirigeants, ses clients et ses fournisseurs, mais également la société dans laquelle elle exerce ses activités, cette dernière pouvant être représentée, soit par l'État ou les collectivités locales, soit par des organisations non gouvernementales. Il est important, à cet égard, de préciser que l'entreprise ne peut choisir ses *stakeholders*, mais que ce sont au contraire les *stakeholders* qui choisissent l'entreprise dans laquelle ils souhaitent intervenir.

Les modalités d'une telle intervention restent, cependant, aussi souvent imprécis dans la théorie des *stakeholders*. Fred Block propose concrètement que les dirigeants de l'entreprise soient élus pour 35 % par les actionnaires, pour 35 % par les travailleurs et pour les 30 % restants par les autres *stakeholders*⁹⁴. La majorité des auteurs se limitent en revanche à prôner un simple dialogue entre les *stakeholders*⁹⁵, sans donner beaucoup de précisions sur l'organisation et le déroulement de ce dialogue. On doit alors se demander qui peut représenter les différents *stakeholders* lors de ce dialogue, car si le droit organise la représentation des actionnaires par les assemblées générales et celle des salariés par les syndicats et les représentants élus, aucune règle n'existe pour la représentation ni des intérêts de la société au sein de l'entreprise, ni de ceux de ses fournisseurs, des clients et des autres partenaires économiques. Certes, dans les faits, ces différentes parties disposent de divers moyens d'action, afin d'influencer la gestion de l'entreprise⁹⁶, mais on peut s'interroger sur la légitimité de cette représentation et sur la valeur juridique

92. PRUZAN (P.), « From control to values-based management and accountability », *JOBE*, 1998, p. 1379

93. ULRICH (P.), *Wofür sind Unternehmen verantwortlich ?*, Institut für Wirtschaftsethik, Beiträge und Berichte, n° 80, St. Gallen, 1998

94. BLOCK (F. L.), *The Vampire State. And other Myths and Fallacies about the U. S. Economy*, New York Press, New York, 1996

95. WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Corporate Social Responsibility, Making good business sense*, WBCSD, Genève, 2000 ; ERNST & YOUNG, KPMG, PRICEWATERHOUSE-COOPERS et HOUSE OF MANDAG MORGEN, *The Copenhagen Charter. A management guide to stakeholder reporting*, Copenhagen, 1999 ; OECD, *Principles of Corporate Governance*, OCDE, Paris, 1999

96. FROOMAN (J.), « Stakeholder Influence Strategies », *Academy of Management Review*, vol. 24, 1999, p. 191

des engagements pris au cours de ce dialogue. Dans cette perspective, il convient de se demander avec Alan Hyde, si l'assimilation des salariés aux autres *stakeholders* ne constitue pas un affaiblissement de leur situation juridique⁹⁷, puisqu'un code de conduite adopté dans le cadre d'un dialogue avec tous les *stakeholders*, dont les travailleurs, risque d'avoir une valeur juridique moins importante qu'un accord collectif conclu dans le cadre d'une négociation collective.

Malgré ses faiblesses⁹⁸, le poids de la théorie des *stakeholders* est aujourd'hui considérable. Pour l'*Institute of social and ethical Accountability*, « nous ne pouvons choisir de vivre ou non dans une économie des *stakeholders* car toutes les économies sont composées de *stakeholders* »⁹⁹. Les principes de la théorie des *stakeholders* commencent d'ailleurs à être reconnus par le droit positif de certains États membres de l'Union européenne¹⁰⁰, et ils constituent donc l'un des apports de la responsabilité sociale et des codes de conduite qui sont de plus en plus souvent élaborés dans le cadre d'un dialogue avec les *stakeholders* de l'entreprise-réseau.

2° - Le passage du respect de la lettre de la norme au respect de l'esprit de la norme

La responsabilité sociale de l'entreprise peut aussi être l'occasion de repenser l'équilibre entre les normes procédurales et les normes substantielles dans le domaine des relations de travail. Le droit positif dans les États de l'Union européenne a aujourd'hui tendance à privilégier les premières au détriment des secondes pour permettre une flexibilité plus importante¹⁰¹. Si elle semble concerner

97. HYDE (A.), « Proprietà, contratto e strategie nella protezione dei lavoratori contro i rischi », *GDLRI*, 1995, p. 369

98. STERNBERG (E.), *The stakeholder concept : a mistaken doctrine*, Foundation for Business Responsibilities, London, 1999

99. INSTITUTE OF SOCIAL AND ETHICAL ACCOUNTABILITY, « Working with stakeholders », *AccountAbility*, n° 3, 1997

100. Ainsi, le droit des sociétés britannique prévoit que « *the matter to which the directors of a company are to have regard in the performance of their function shall include the interests of the company's employees in general as well as the interests of its members* » : § 46 (1) Companies Act 1980, section 309

101. LUHMANN (N.), *Legitimation durch Verfahren*, 2e éd., Luchterhand, 1975 ; LADEUR (K.-H.), « Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewissheitsbedingungen », *Kritische Justiz*, 1994, p. 42 ; HOFFMANN (R.), *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1992

l'ensemble des branches du droit, cette procéduralisation du droit est particulièrement développée dans le domaine des restructurations et des licenciements pour motif économique.

On note en effet dans ce domaine non seulement une multiplication des législations qui prévoient des procédures d'information et de consultation des représentants des travailleurs de plus en plus précises¹⁰², mais surtout une tendance de la jurisprudence à concentrer ses efforts sur un contrôle minutieux du respect de ces procédures plutôt que sur l'évaluation de résultats concrets en termes de reclassements et donc de réduction du nombre des licenciements¹⁰³. Une telle évolution doit bien entendu être critiquée, dans la mesure où les procédures ne sont prévues qu'au service d'une intention concrète du législateur. On ne saurait ainsi se satisfaire d'une application minimaliste de la lettre de la loi qui sera privilégiée au détriment d'une application conforme à l'esprit de la loi.

Or, le développement des normes de responsabilité sociale et notamment des codes de conduite et le débat sur le contrôle de ces normes repose aujourd'hui la question de la nature des normes de travail. La régulation des relations de travail par des normes d'origine privée doit en effet tirer sa légitimité d'une amélioration concrète et vérifiable de la situation des travailleurs. Si les premiers codes de conduite adoptés au début des années quatre-vingt-dix¹⁰⁴ par les entreprises américaines pouvaient se contenter d'énoncer des droits sociaux sans se soucier de leur application pratique, la méfiance croissante des *stakeholders* mieux informés impose aujourd'hui aux entreprises non seulement d'attacher plus d'importance à la mise en œuvre de leurs engagements, mais également de prouver les résultats obtenus. Les nombreuses promesses non tenues ayant largement entamée la crédibilité des démarches des entreprises, on note ainsi une multiplication des rapports sociaux et environnementaux¹⁰⁵, dont le

102. L'un des exemples les plus récentes est la loi française de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui a multiplié les dispositions sur les procédures en cas de licenciement pour motif économique : DROIT SOCIAL, *La loi de modernisation sociale et le droit du travail*, numéro spécial, mars 2002

103. Ainsi, les juges français considèrent qu'une erreur dans la procédure implique la nullité du licenciement lui-même : Soc., 13 février 1997, Samaritaine, *Dr. Soc.*, 1997, p. 249

104. Certes, les codes de conduite existent depuis plus longtemps, mais on peut parler au début des années quatre-vingt-dix d'une nouvelle génération des codes de conduite : SOBCZAK (A.), *op. cit.*, Introduction

105. HESS (D.), « Regulating Corporate Social Performance : A New Look at Social Accounting, Auditing, and Reporting », *Business Ethics Quarterly*, 2001, p. 307 ; COLUCCI (M.), « Implementation and monitoring of codes of conduct. How to make codes of conduct effective ? », in R. BLANPAIN (dir.), *op. cit.*, p. 277

contenu devient toujours plus précis et dont les informations font de plus en plus l'objet d'une certification par des organismes indépendants¹⁰⁶.

Certes, on peut s'interroger sur la pertinence des rapports sociaux et environnementaux ainsi que sur l'indépendance des auditeurs¹⁰⁷ ; certes, on peut souhaiter une meilleure articulation avec les inspecteurs du travail, représentants de l'autorité publique et chargés de contrôler l'application des normes du travail dans les entreprises. On doit cependant admettre que, malgré ces problèmes de mise en œuvre, le principe même de cette transformation dans le domaine de l'application des normes du travail représente un intérêt important¹⁰⁸. Dans ce modèle de régulation, l'entreprise ne peut plus se cantonner à une attitude passive à l'égard de l'application des normes du travail ; elle est au contraire responsable de cette application et doit démontrer les efforts qu'elle a fournis pour la favoriser dans l'ensemble de l'entreprise-réseau.

Ce nouveau rôle de l'entreprise renforce encore son poids dans cette nouvelle forme de régulation des relations de travail, puisque ce n'est pas seulement elle qui adopte les normes, mais aussi elle qui joue un rôle primordial dans leur application. Même si elle est spontanément contrôlée par ses *stakeholders*, il semble donc nécessaire que l'entreprise soit également encadrée par les pouvoirs publics dans ces activités de régulation. Il convient en effet de rappeler que, dans le domaine des relations de travail, la suppression des normes étatiques risque de se traduire mécaniquement par un élargissement de la réglementation patronale¹⁰⁹, alors que l'objectif du droit du travail consiste à encadrer le pouvoir de direction de l'employeur. Elle ne saurait donc être acceptable que si elle réussit en même temps à garantir la légitimité et l'efficacité des normes de responsabilité sociale, ce qui implique la création d'un cadre juridique qui permet la participation des travailleurs et des autres *stakeholders* à la fois dans l'élaboration et l'application de ces normes.

B – Le besoin d'une articulation avec les normes du droit du travail

106. CLEAN CLOTHES CAMPAIGN, *Almost everything you always wanted to know about independent monitoring*, CCC, Amsterdam, 1999

107. D. DOANE, *Corporate Spin. The troubled teenage years of social reporting*, New Economics Foundation, London, 2000

108. SEGAL (J.-P.), TRIOMPHE (C.-E.) et SOBCZAK (A.), *Corporate social responsibility and working conditions*, Rapport pour la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, www.eurofound.eu.int/working/csr.htm, Dublin, 2003

109. SUPLOT (A.), « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *précité*

L'élaboration des codes de conduite pour régir les relations de travail dans l'entreprise-réseau traduit la transformation de la régulation des relations de travail dans l'entreprise et implique une redéfinition du rôle de l'État. De manière générale, il convient de distinguer trois rôles possibles de l'État en matière de régulation des relations de travail, qui correspondent à trois formes de gouvernance¹¹⁰, à savoir la régulation *par* l'État, la régulation *avec* l'État et la régulation *sans* l'État, mais ces trois rôles ne s'excluent nullement et se complètent au contraire la plupart du temps. En effet, si la congruence entre l'espace économique et l'espace politique jusqu'à la fin du XIX^e siècle justifie, dans de nombreux domaines, une prédominance de la régulation *par* l'État, les relations de travail font depuis toujours parallèlement l'objet d'une régulation *sans* l'État, qui est élaborée entre les partenaires sociaux. La rupture de la congruence entre l'espace politique, qui reste pour l'essentiel national, et l'espace économique, qui devient aujourd'hui mondial, nécessite ensuite le recours à une régulation dans le cadre des organisations internationales élaborée *avec* les États, sans pour autant rendre inutile les deux autres formes de régulation.

Les codes de conduite régissant les relations de travail dans l'entreprise-réseau sont une nouvelle source juridique dans le droit du travail, qui est adaptée aux transformations de l'entreprise dans le contexte de la mondialisation. Dans la mesure où ils mettent en place leur propre système de contrôle et de sanctions, ils constituent incontestablement un nouvel ordre juridique au sens de Santi Romano¹¹¹. Ils ne doivent cependant pas se substituer aux autres sources du droit du travail, notamment à celles qui sont élaborées par l'État¹¹². L'État doit, au contraire, continuer à réguler les relations de travail, mais son rôle doit certainement évoluer à l'occasion du développement de la responsabilité sociale et des codes de conduite¹¹³.

1° - Le passage de l'Etat-tuteur à l'Etat-partenaire

110. ZÜRN (M.), *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, p. 169

111. ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975

112. « Les codes de conduite ne sauraient remplacer ou rendre caduques les règles (inter) nationales et la responsabilité propre des gouvernements (et) ne sauraient servir d'instrument permettant de soustraire les entreprises multinationales au contrôle des pouvoirs publics et de la justice » : PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement: vers un code de conduite*, Rapporteur Richard HOWITT, A4-0508/98, Strasbourg, 1998

113. SNYDER (F.), *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism*, IUE, Working Paper, n° 99/6, Firenze, 1999, p. 7

La mondialisation entraîne une complexification de la société, qui ne permet plus à l'Etat de conserver un monopole dans la régulation des rapports sociaux. Il doit donc passer d'un rôle de tuteur à celui de partenaire, en coordonnant les initiatives des autres acteurs sociaux. On doit estimer qu'une « *telle évolution n'est pas tant dictée par une volonté d'approfondissement de la démocratie que par les nécessités mêmes de l'action publique* »¹¹⁴. Celle-ci ne peut en effet plus être menée de manière efficace sans prendre en compte les attentes de l'ensemble des acteurs concernés, ce que le parti travailliste britannique résume sous le terme de la société des *stakeholders*¹¹⁵.

Alain Supiot prévient cependant que « *c'est seulement lorsque l'État prend en charge les aspects incalculables de la vie humaine que le marché peut être conçu comme un mécanisme d'auto-régulation* »¹¹⁶. Il est donc primordial que la production des normes juridiques traditionnelles continue¹¹⁷, que ce soit au niveau de l'État ou au niveau de l'Union européenne, mais elle peut être utilement complétée par d'autres régulations, qui sont élaborées par ou avec d'autres acteurs, et qui s'adaptent mieux au contexte nouveau de la mondialisation. A vrai dire, l'existence de régulations, qui ne sont pas élaborées par l'État, ne constitue d'ailleurs pas une nouveauté, notamment dans le domaine des relations de travail, où les normes d'origine étatique cohabitent depuis longtemps avec les normes internationales et surtout communautaires, mais aussi avec les conventions collectives signées par les partenaires sociaux. En revanche, ce qui est nouveau, c'est la décentralisation de la régulation au niveau de l'entreprise et l'apparition de nouveaux acteurs, comme les organisations non gouvernementales, qui risquent toutes les deux de marginaliser les autorités étatiques.

Alors que les autorités publiques peuvent jouer un rôle déterminant dans la négociation collective interprofessionnelle ou de branche, leur influence est beaucoup plus faible sur la négociation d'entreprise. Au niveau national, on peut même observer une redécouverte de la négociation collective

114. DURAN (P.), « Les difficultés de la négociation institutionnalisée, le parc national des Pyrénées occidentales ou la coopération contrariée » in P. KNÖPFEL, (dir.), *Solution de conflits environnementaux par la négociation*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1995, p. 127

115. ACKERMAN (B.) et ALSTOTT (A.), *The Stakeholder Society*, Yale University Press, New Haven, 1999

116. SUPIOT (A.), « Vers un nouvel ordre social international ? Observations liminaires sur les 'nouvelles régulations' du travail, de l'emploi et de la protection sociale », in *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. De nouvelles sécurités pour un monde incertain*, Conférence internationale organisée conjointement par le BIT et le ministère français de l'Emploi et de la Solidarité, Annecy, 18 et 19 janvier 2001, p. 5

117. ARNAUD (A.-J.), « Introduction », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, p. 75

tripartite, lors de la préparation des États membres de l'Union européenne à la mise en place de la monnaie unique qui s'est en effet souvent traduite par l'adoption de pactes sociaux entre les partenaires sociaux et l'État¹¹⁸. Mais, en dehors même de ces cas, l'impact économique et social des accords collectifs interprofessionnels ou sectoriels explique que les États, mais aussi les institutions communautaires s'y intéressent de très près. D'une manière générale, il faut donc considérer que l'appareil étatique garde « *un rôle prédominant dans la conduite des négociations entre acteurs sociaux, qui n'ont que rarement lieu en absence, sinon de son intervention, du moins de son regard attentif: 'à l'ombre de la hiérarchie'* »¹¹⁹. Mais il est évident que l'État ne peut jouer le même rôle au niveau des accords d'entreprise, ne serait-ce que pour des raisons pratiques.

Les pouvoirs publics risquent certainement encore plus d'être marginalisés par la multiplication des codes de conduite, qui prennent la forme d'un accord atypique ou d'un acte unilatéral, et qui excluent donc souvent les syndicats. Il en va de même des codes de conduite, adoptés par des organisations non gouvernementales, qui ont une culture très différente des États et se créent même souvent pour protester contre l'attitude de ces derniers. On peut néanmoins observer que les pouvoirs publics peuvent jouer un rôle essentiel dans l'adoption de certains codes de conduite, qui régissent les relations de travail dans les réseaux, que ce soit de manière indirecte ou directe. Si l'entreprise peut tenter par l'adoption d'un code de conduite de ralentir ou d'empêcher la mise en place d'une régulation contraignante par les pouvoirs publics¹²⁰, l'Etat, en menaçant d'adopter une législation peut aussi exercer une influence sur les entreprises et les amener à reconnaître leur responsabilité sociale par l'ensemble du réseau dans un code de conduite.

L'influence des pouvoirs publics peut cependant être plus directe. Aux Etats-Unis, l'élaboration d'un code de conduite pour les principales entreprises du secteur de l'habillement en 1997 résulte ainsi d'une initiative de Robert Reich, le ministre du Travail américain dans le gouvernement de Bill Clinton¹²¹. Dans

118. FREYSSINET (J.), « Pactes sociaux et construction européenne », in A. FOUQUET, U. REHFELDT et S. LE ROUX (dir.), *Le syndicalisme dans la mondialisation*, Éditions de l'atelier, Paris, 2000, p. 125 ; CROUCH (C.), « Non amato ma inevitabile : il ritorno al neo-corporatismo », *GDLRI*, 1998, p. 55

119. PAPADOPOULOS (Y.), *Gouvernance, coordination et légitimité dans les politiques publiques*, Institut Universitaire Européen, Working paper, RSC 99/20, Firenze, 1999, p. 13

120. WEBB (K.), *Voluntary Approaches, the Environment and the Law : A Canadian Perspective*, A paper presented at the International Conference organised by the Fondazione ENI Enrico Mattei and CERN, Venezia, 18 et 19 novembre 1996

121. APPAREL INDUSTRY PARTNERSHIP, *Workplace Code of Conduct*, White House, Washington, 14 avril 1997

l'Union européenne, il faut mentionner le travail de la Direction Générale de l'Emploi et des Affaires sociales au sein de la Commission, qui entend favoriser l'adoption des codes de conduite dans le cadre du dialogue social sectoriel¹²². Une telle participation des pouvoirs publics dans le processus d'élaboration des codes de conduite présente l'avantage d'une participation systématique des représentants des travailleurs et d'une référence aux droits sociaux fondamentaux au travail, alors que d'autres codes de conduite se caractérisent souvent par une certaine sélectivité des droits reconnus¹²³.

Il serait cependant dangereux si le rôle des pouvoirs publics se réduisait à ces simples actions qui ont un caractère purement informel. Le développement des codes de conduite et l'intérêt potentiel qu'ils représentent pour la régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau imposent au contraire l'adoption de normes formelles par les pouvoirs publics afin de créer un cadre juridique visant à la fois à inciter à l'adoption de normes de responsabilité sociale et à assurer leur respect par les entreprises qui les ont adoptées.

2° - L'établissement d'un cadre juridique de la responsabilité sociale

La multiplication des normes de responsabilité sociale adoptées a depuis quelques années conduit plusieurs Etats de l'Union européenne à développer des législations destinées à promouvoir sinon des pratiques responsables, au moins une transparence sur les politiques des entreprises dans ce domaine que ce soit d'une manière indirecte ou directe.

Une première catégorie de législations nationales agit de manière indirecte en imposant aux fonds d'investissement de préciser à leurs clients s'ils tiennent compte dans le choix de leurs investissements de critères sociaux et environnementaux. Or, puisqu'on note un intérêt croissant des épargnants pour une gestion socialement responsable de leur argent¹²⁴, on peut penser que cette obligation de transparence conduira les fonds à modifier leur politique d'investissement et, par ricochet, les

122. Ainsi de plus en plus de codes de conduite sont négociés entre les partenaires sociaux dans le cadre du dialogue social européen avec le soutien de la Commission européenne : voir les codes de conduite dans le secteur du textile, du commerce, des coiffeurs et du sucre.

123. Selon une enquête conduite par la Commission européenne, plus de 90% des codes de conduite adoptés par les entreprises en Europe contiennent des dispositions relatives au travail des enfants, contre moins de 80% qui traitent des droits syndicaux : COMMISSION EUROPÉENNE, *Les codes de conduite et les labels sociaux. Consommation et production éthiques*, Dialogue social européen, EUR-OP, Luxembourg, 1999

124. CSR Europe, *The European Survey on Socially Responsible Investment and the Financial Community*, CSR Europe, Brussels, 2001

entreprises à adopter une stratégie de responsabilité sociale.

Parmi ces législations, on peut tout d'abord citer celle de la Grande-Bretagne qui impose aux fonds de pension de rendre public « *dans quelle mesure des critères sociaux, environnementaux ou éthiques sont pris en considération dans la sélection, la conservation et la liquidation des investissements* »¹²⁵. En 2001, lors de la réforme des retraites, le législateur allemand s'est largement inspiré de l'exemple britannique pour imposer à son tour aux fonds d'investissement de préciser aux épargnants si, et dans quelle mesure, ils tiennent compte des critères éthiques, sociaux et environnementaux¹²⁶. En France, où le législateur refuse pour l'instant l'introduction de fonds de pension, on observe une évolution similaire dans la législation sur le fonds de réserve pour les retraites¹²⁷ qui impose au directoire du fonds de réserve de rendre compte au conseil de surveillance de « *la manière dont les orientations générales de la politique de placement du fonds ont pris en compte des considérations sociales, environnementales et éthiques* »¹²⁸. Dans le même esprit, la loi de 2001 sur l'épargne salariale¹²⁹ prévoit que le règlement des fonds communs de placement précise les considérations sociales, environnementales et éthiques que doit respecter le gestionnaire du fonds¹³⁰.

D'autres législations se développent dans les Etats de l'Union européenne pour imposer directement aux entreprises une obligation de transparence sur leurs pratiques dans le domaine environnemental ou social. Ainsi des législations au Danemark¹³¹, en Suède¹³² et aux Pays-Bas¹³³ imposent aux entreprises qui représentent un risque dans ce domaine de publier des rapports sur les aspects environnementaux de leurs activités. En mai 2001, la Commission européenne s'est inspirée de ces exemples pour adopter une recommandation à destination des Etats membres de l'Union leur demandant de développer des législations imposant aux entreprises d'inclure des informations environnementales dans leur rapport

125. *The Occupational Pension Schemes*, Amendment Regulation 1999, Statutory Instrument 1999 n° 1849

126. Article 7 Altersvermögensgesetz du 26 juin 2001: §1 (9) Altersvorsorge-Verträgezertifizierungsgesetz

127. Loi du 28 juin 2001

128. Article L. 135-8 du code de la sécurité sociale

129. Loi du 19 février 2001

130. Article L. 214-39 du code monétaire et financier

131. Décret-loi n° 975-1995

132. Code de l'environnement

133. Chapitre 12, §2 de la loi sur la gestion de l'environnement de 1997 et son décret d'application de 1998

annuel¹³⁴.

Mais pour être conformes à la triple dimension de la responsabilité sociale et du développement durable¹³⁵, les rapports financiers doivent également contenir des informations sur les aspects sociaux de l'activité de l'entreprise. En Norvège, une telle obligation de publier à la fois des informations environnementales et sociales dans le rapport annuel de gestion, qui a en principe une vocation économique, existe depuis la loi sur la comptabilité annuelle des sociétés adoptée en 1999¹³⁶. Dans l'article 116 de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, le législateur français introduit la même obligation à la charge des sociétés cotées¹³⁷.

Le rôle des pouvoirs publics ne se limite cependant pas à l'incitation des entreprises à adopter des normes de responsabilité sociale, comme notamment les codes de conduite. Les pouvoirs publics peuvent également jouer un rôle dans le renforcement du respect de ces normes. L'exemple de la décision de la Cour suprême de Californie dans l'affaire *Nike*¹³⁸ a en effet montré qu'il était tout à fait possible pour les juridictions étatiques de sanctionner le non respect par une entreprise de ses engagements en matière de responsabilité sociale. Le fondement d'une telle sanction trouvée dans la théorie de l'engagement unilatéral¹³⁹, et notamment la publicité mensongère, n'est cependant pas sans risque pour la régulation des relations de travail, dans la mesure où il traduit un passage du droit du

134. COMMISSION EUROPEENNE, *Recommandation concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés*, Bruxelles, 30 mai 2001, JOCE, L 156/33 du 13 juin 2001

135. Selon Anne-Marie Ducroux, la nouvelle présidente du Conseil national du développement durable, le principe du développement durable consiste à « prendre des décisions, trouver des pratiques, pour l'ensemble des acteurs, intégrant à parts égales trois objectifs, performances ou responsabilités dans les domaines économique, social et environnemental » : DUCROUX (A.-M.) (dir.), *Les nouveaux utopistes du développement durable*, Autrement, coll. Mutations, Paris, 2002

136. Chapitre 3 de la loi n° 56 sur la comptabilité annuelle des sociétés

137. SOBCZAK (A.), « 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 », *Semaine Juridique Entreprise*, 2003, n° 542, p. 598

138. SUPREME COURT OF CALIFORNIA, 2 mai 2002, *Mark Kasky c/ Nike*, SO87859

139. IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995 ; JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, Paris, 1999

travail au droit civil et commercial qui ne saurait être sans conséquences¹⁴⁰. D'abord, il faut admettre que les intérêts des travailleurs et des consommateurs peuvent être divergents et qu'en cas de conflit, ces derniers risquent alors de poursuivre leurs propres intérêts plutôt que ceux des travailleurs. Ensuite, on peut craindre qu'une réglementation qui confie la défense des droits fondamentaux au travail aux consommateurs conduit à une certaine sélectivité de ces normes du travail, en ce qui concerne à la fois les entreprises concernées et le contenu des normes.

Si les codes de conduite et la responsabilité sociale peuvent ainsi être un instrument intéressant pour réguler les relations de travail dans l'entreprise-réseau, ils ne continuent pas moins de poser d'importantes questions au système juridique, et en particulier au rôle des pouvoirs publics dans ce nouveau modèle de régulation.

140. SOBCZAK (A.), « La responsabilité sociale de l'entreprise, menace ou opportunité pour le droit du travail. Les conséquences du passage du droit du travail au droit de la consommation », *Symposium international Équité, Efficience ou Ethique ? Les codes de conduite et la régulation sociale de l'entreprise mondialisée*, Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, HEC Montréal, 2 mai 2003