

L'ÉMERGENCE D'UN DROIT GLOBAL OU TRANSNATIONAL DE BONNES PRATIQUES COMMUNÉMENT ADMISES¹

Marie GORÉ

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Le Vocabulaire Capitant, d'ordinaire si précieux pour une introduction, n'est pas ici d'un grand secours. S'il existe un mot « Pratique », l'expression « bonnes pratiques » n'est évoquée qu'associée au terme Recommandations². On pressent alors une certaine résistance à la conceptualisation. Et il est vrai que si l'émergence de bonnes pratiques communément admises n'est pas nouvelle, elle n'en présente pas moins une physionomie particulière aujourd'hui. Le phénomène, connu depuis longtemps du droit interne, se généralise à l'ordre international, ce qui va de pair avec son hétérogénéité croissante : normes de comportement souhaitables, règles de conduite, prescriptions, normes ISO, recommandations, chartes, codes de conduite privés, guides, Livre vert ou blanc... À ces bonnes pratiques élaborées pour des professionnels, par des professionnels, les professions juridiques doivent s'adapter compte tenu des méthodes qu'elles impliquent, du pluralisme des sources qu'elles entraînent alors même que le souci d'une certaine sécurité juridique, priorité du droit continental oblige à encadrer ces pratiques spontanées et informelles³.

D'où une difficulté préalable consistant à déterminer les contours de ces bonnes pratiques, car toutes ne présentent pas les mêmes qualités de précision ou de transparence. Aussi bien faut-il souligner le caractère évolutif de ces bonnes pratiques : certaines deviendront des règles de droit, d'autres jamais, d'autres enfin sont purement et simplement des usages en germe. Sans doute les traits principaux des bonnes pratiques pourraient-ils se dessiner plus nettement par comparaison avec d'autres prescriptions du commerce international : usages, contrats-types⁴, conditions générales, Principes Unidroit des contrats du Commerce international, Principes de droit européen du contrat (...). Mais au regard du thème de cette journée, les enjeux du développement de ces bonnes pratiques communément admises sont autres. Trois paraissent décisifs. C'est d'abord l'occasion de mesurer la prise de conscience des considérations éthiques et morales par les opérateurs économiques, non seulement entre pays industrialisés mais aussi et surtout dans leurs rapports avec les pays en voie de développement. C'est ensuite le pluralisme des sources qui est au cœur du débat. Faut-il comme le laissait entendre Bruno Oppetit

¹ La forme orale de l'exposé a été conservée.

² Guide de bonne exécution ; ensemble d'indications à suivre dans l'accomplissement d'une mission, afin d'y satisfaire, qui émane d'organismes consultatifs autorisés.

³ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDciv.* 2003.599

⁴ P. Deumier, « Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, p.337 et s. ; « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », *Mélanges J. Foyer*, p. 305 et s.. Sur les raisons pour lesquelles les techniques classiques sont délaissées, G.Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Mélanges B. Goldman*, p. 47 et spéc.p. 54 et s.

procéder « à un renversement complet de la théorie des sources et l'on décide de partir, non pas du caractère abstrait et exclusif du principe de légalité, mais du pluralisme des sources en admettant l'idée qu'il existe sur un même plan divers modes de production des règles de droit qui sont tous originaires au même titre ⁵ ». Sans doute la réponse n'est-elle pas identique selon que les pratiques sont invoquées devant le juge ou devant l'arbitre. Ce pluralisme récuse-t-il pour autant la primauté du droit étatique ? Rien n'est moins sûr. C'est enfin l'enjeu de toute uniformisation : un risque de mimétisme sans aucune réflexion approfondie. Mêmes pratiques, mêmes modèles, mêmes concepts. Que l'on soit à Paris, à Londres, New-York ou Milan, l'hôtesse d'accueil aura les mêmes mots, le praticien les mêmes réflexes, les contrats auront une même architecture... en anglais. Précisément, en dépit de l'hétérogénéité du domaine et du contenu de ces bonnes pratiques, on assiste à une même convergence vers une certaine effectivité, peut-être une normativité dont il faudra nécessairement apprécier la consistance et les limites.

I. Que les bonnes pratiques soient placées sous le signe de la diversité, c'est une évidence : modes d'élaboration, destinataires, objectifs des bonnes pratiques en attestent. On ne saurait tout recenser. D'autant que le domaine spatial, celui de l'ordre interne et international, ne cesse de s'étendre du fait qu'à l'origine élaborées dans le cadre strictement interne à l'entreprise, ces bonnes pratiques sont étendues à tout le réseau de l'entreprise : fournisseurs ou sous-traitants par exemple ⁶. Et on ne s'étonnera pas que tant le droit privé que le droit public soient concernés ⁷. Mais ces bonnes pratiques présentent-elles toutes les mêmes qualités ? N'est-on pas en réalité en présence, comme cela a été si bien dit, d'« un paravent de bonne conscience, surtout occidentale, afin de permettre et de légitimer un développement des échanges » ⁸. S'agit-il d'un vœu pieux, de bonnes paroles ?

Comme l'illustre le droit des affaires ces pratiques développent « une éthique autonome en marge du droit (...) afin de faire assurer par les opérateurs économiques le respect de leurs partenaires ou même le bien commun » ⁹ : responsabilité sociale ou sociétale (RSE), facteurs environnement, social et gouvernance (ESG), les finalités éthiques pouvant conduire à la « fièvre » de la gouvernance d'entreprise ¹⁰.

De son côté le droit du travail offre une autre illustration. Si l'on excepte le contexte de l'Union européenne, l'émergence des codes de conduite présente surtout un intérêt pour les salariés d'une entreprise qui travaillent dans des pays qui n'ont pas posé un minimum de principes fondamentaux, comme par exemple l'interdiction du travail des enfants. En d'autres cas, des obligations sont imposées aux salariés pour dénoncer des agissements critiquables ¹¹. Or, l'alerte éthique peut constituer un risque pour le salarié : atteinte à la vie privée, atteinte aux libertés individuelles du salarié par une incitation aux dénonciations anonymes sans que les salariés aient pu bénéficier des droits de la défense. Ces bonnes pratiques sont également établies

⁵ B. Oppetit, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil.dr.* 1982 T. 27, 43 et s.

⁶ J-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, n° 716 p. 535 Dalloz 2^e éd. 2010.

⁷ Guide de décryptage du Code des marchés publics paru le 31 décembre 2009.

⁸ D. Cohen, « Droit du commerce international et modernité », *Études à la mémoire de B. Oppetit*, Litec, 2009 p. 109 et s. spéc.p. 143

⁹ D. Cohen, *op.cit.* p. 141 et les exemples donnés en matière de commerce international

¹⁰ D. Cohen, Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? *Mélanges Ph. Malaurie*, p. 159, spéc.n° 1.

¹¹ J-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, n° 716 p. 536 Dalloz 2^e éd. 2010.

pour afficher l'image de marque de l'entreprise¹² ou simplement pour prévenir un éventuel risque juridique¹³.

Ces illustrations montrent à elles-seules que le contenu de ces bonnes pratiques est une question de degré. Les modes d'élaboration influent inévitablement sur le contenu. Certes les professions réglementées et l'État imposent, le plus souvent, une déontologie. Mais les « bonnes pratiques » émanent principalement d'une profession qui se prend en charge. Prenons l'exemple de la profession notariale. Celle-ci privilégie aujourd'hui une démarche d'organisation que l'on pouvait croire à tort réservé à l'industrie. Ainsi le Conseil supérieur du notariat a-t-il proposé aux études la Démarche Qualité Notariale destinée à offrir un service de qualité au public, et notamment la réalisation de trois étapes conduisant à la certification Iso 2001. L'objectif est alors fixé avec minutie même s'il ne s'agit que de recommander. Dans d'autres cas, le ton est encore plus affirmatif comme dans le Cadre de Normes SAFE de l'OMD¹⁴ qui prévoit dans l'intérêt de la sécurité de la chaîne logistique et de la chaîne du contrôle douanier toute une série de mesures aussi précises que, par exemple, un programme d'intégrité des scellements.

Conçues par des professionnels pour des professionnels ces bonnes pratiques suscitent, à juste titre, une certaine méfiance qui se trouve accrue par l'incertitude qui pèse sur leur teneur exacte et précise. Pourtant, on ne saurait parler de bonnes pratiques communément admises que si elles revêtent certains caractères, en particulier requis lorsqu'on s'interroge sur la possibilité pour les parties de les choisir comme droit applicable à leur contrat¹⁵.

L'impartialité en premier lieu. Ce qui suppose de pouvoir mesurer « le degré d'indépendance et de neutralité des instances internationales ou des associations professionnelles qui président à l'élaboration de ces règles »¹⁶. Les intérêts d'une catégorie ne doivent pas mettre en cause les intérêts généraux, et la neutralité postule une relative égalité entre les personnes concernées¹⁷. Ainsi, aujourd'hui, les conditions FIDIC sont-elles, semble-t-il, contestées en raison de la place laissée à l'ingénieur conseil laquelle ne correspondrait pas à la réalité¹⁸. Le second caractère qu'il faudrait exiger est celui de l'accessibilité. Laquelle assure une prévisibilité et une sécurité juridique nécessaires dans un contexte international. Or, par définition nous sommes en présence d'une pratique évolutive et informelle, en principe si elle est « bonne », fruit de l'expérience. Et le respect de cette bonne pratique dépendra de l'autorité qui en est à l'origine et qui doit être suffisamment reconnue par la communauté internationale, ce qui revient à la question de l'impartialité.

¹² Sur cette idée, voir J. Farjat, *op.cit.* spéc.p. 52. ; J-M. Jacquet , Ph. Delebecque et S. Corneloup, *op.cit.* n° 716 qui citent les codes de conduite d'Ikea ou de Levis Strauss.

¹³ P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », p. 139 in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

¹⁴ Cadre de Normes Safe de l'Organisation Mondiale des Douanes, élaboré en juin 2007 visant à sécuriser et à faciliter le commerce mondial.

¹⁵ Sur les débats et les analyses de droit comparé, Léna Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé*, Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Bruylant, 2007, p. 275, spéc. p. 293 et s.

¹⁶ Léna Gannagé, *op.cit.* in *Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruylant, 2007, p. 275, spéc. n° 35 p. 296.

¹⁷ Sur l'égalité des armes, M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », p. 1 spéc. p. 22 n° 34 in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

¹⁸ J-M.Jacquet, Ph.Delebecque et S.Corneloup, *Droit du commerce international*, n° 646, Dalloz 2^e éd. 2010.

Si le paysage est ainsi pour le moins contrasté, on observe néanmoins qu'est constante la préoccupation de rechercher, de voir consacrer une certaine normativité laquelle ne pourrait être que « relative »¹⁹. Au sens où les bonnes pratiques peuvent être dotées d'une effectivité sans que soit pour autant observée une véritable normativité juridique.

II. S'interroger sur l'effectivité des bonnes pratiques communément admises c'est rechercher d'abord s'il existe un contrôle exercé sur celles-ci, puis vérifier s'il existe des sanctions spécifiques²⁰.

Dans un contexte international, le contrôle sera le plus souvent celui de l'arbitre, plus rarement celui du juge étatique. Devant l'arbitre, la réception des bonnes pratiques sera plus aisée, éventuellement de l'initiative propre des arbitres. Elle pourra s'inspirer de l'expérience de la *lex mercatoria* dont on sait qu'en dépit des débats qu'elle a suscités, il s'agit d'un droit qui puise ses règles dans diverses sources d'origine privée, instruments du commerce international, usages, principes. On peut ainsi voir reconnaître des bonnes pratiques à l'extérieur du milieu qui les a vu naître, largement assurée par la consécration par la Cour de cassation des sentences arbitrales ayant appliqué la *lex mercatoria*²¹.

La violation de bonnes pratiques peut-elle constituer un moyen d'ouverture à cassation, un visa de cassation à l'instar de ce qu'il en est parfois lorsque sont visés les principes ou les principes généraux du droit²². En attendant une telle évolution, on pourrait intégrer certains des principes ou des recommandations figurant dans ces bonnes pratiques à la notion de bonnes mœurs des articles 6 ou 1133 du code civil. À leur manière, les « bonnes pratiques communément admises » fixent les bonnes mœurs du secteur d'activité concerné. La responsabilité sociale de l'entreprise suppose l'intégration des questions sociales et écologiques des entreprises à leurs activités²³ : autant de bonnes mœurs environnementales, sociales ou économiques. Pareille extension d'une notion est déjà connue : on sait que l'intuitu personae peut s'entendre également d'un *intuitu firmae*²⁴. D'autres orientations sont proposées par assimilation des bonnes pratiques à des usages dont on sait que la Cour de cassation se réserve le pouvoir de contrôler l'application par les juges du fond lorsque la loi exige cette application²⁵. On peut également raisonner par analogie avec les engagements d'honneur dont la jurisprudence admet qu'ils puissent être sanctionnés juridiquement, compte tenu de certaines circonstances de la cause. C'est là d'ailleurs une particularité du droit continental par opposition au droit anglo-américain qui quant à lui entend respecter la volonté des parties de se placer en dehors du droit. Les bonnes pratiques ne pourraient-elles pas jouir d'un traitement comparable et accéder ainsi à une certaine effectivité.

¹⁹ Sur cette idée, v. la synthèse de C.Thibierge, in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass.Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009 spéc. p. 149.

²⁰ Plus généralement, sur la réception des bonnes pratiques v. P.Deumier, *op.cit.* in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass.Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

²¹ Arbitre qui s'est référé à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales avait statué en droit.

²² C. Jubault, Les « codes de conduite privés », p. 28 et s. spéc. p. 36 in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

²³ Sur ces préoccupations et les nouvelles responsabilités des opérateurs à cet égard, v. D. Cohen, *Droit du commerce international et modernité, Études à la mémoire de B. Oppetit*, p. 109, spéc.p. 142

²⁴ Sur le Livre vert et le livre Blanc, P. Deumier, *op.cit.* p. 117 in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

²⁵ Sur ces possibilités voir les différentes contributions in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass.Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009.

La normativité « relative » des bonnes pratiques n'appelle-t-elle pas des sanctions spécifiques ? Certes l'existence de ces bonnes pratiques assemblées dans un code de bonne conduite ou dans une charte peut servir au juge de standard de comportement pour apprécier l'existence ou non d'une faute : faute justifiant le licenciement du salarié qui a méconnu son obligation de loyauté imposée par une note d'éthique professionnelle de l'employeur, faute pénale par référence à des recommandations professionnelles... Bien plus, est qualifiée de pratique commerciale trompeuse celle qui implique le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de bonne conduite par lequel il s'est engagé à être lié ou le fait de la part du professionnel de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas²⁶. Toutes ces sanctions sont loin d'être négligeables. Mais l'essentiel est peut-être ailleurs. Dans l'atteinte à la réputation de l'entreprise. Comme dans le boycott des produits par les consommateurs lorsque les engagements pris dans les bonnes pratiques n'ont pas été respectés. On retrouve là certaines sanctions du droit italien à l'encontre des marchands en banqueroute du Moyen-âge comme les sanctions que le droit chinois applique aujourd'hui²⁷.

Reste que l'efficacité des bonnes pratiques connaît deux limites, l'une externe, l'autre interne. Ce sont celles qui résultent de la primauté du droit étatique²⁸ d'une part, du contenu même des bonnes pratiques d'autre part. Les bonnes pratiques ne peuvent se situer au dessus des lois. Droit souple, « il doit rester dans son rôle de relais ou de substitut. En ce sens, une certaine hiérarchie doit être maintenue entre les différentes textures du droit »²⁹. Dans le cas contraire, s'agirait-il encore de bonnes pratiques communément admises ? Il faut donc procéder à « un tri sélectif »³⁰. Mais il est principalement des limites qui tiennent au contenu et à l'objectif affiché de ces bonnes pratiques. Si l'intérêt général est mis au premier plan, il coïncide judicieusement avec l'intérêt de la profession. L'approximation est de mise : « quelques généralités sans précision » qui s'imposent aux destinataires³¹. Par exemple, le Code international de la franchise³² stipule que chaque société membre en adhérant à l'IFA prend un certain nombre d'engagements dont ceux « de se conformer aux clauses et à l'esprit du contrat, de vendre aux franchisés des produits répondant aux normes en usage dans la profession, de respecter les contrats et maintenir les taux de crédits prévus ». Autant pourrait on dire de bavardages vagues, de discours sans fin... Sans doute ne faut-il pas négliger le pouvoir des mots : concertation, assistance, information, confiance réciproque... autant de formules qui laissent penser qu'à des intérêts antagonistes se substituerait une solidarité entre partenaires³³. Est-ce vraiment réaliste ?

²⁶ Art. 121 Code de la consommation.

²⁷ Sur lesquelles, v. notamment, B.L. Liebman & C.J. Milhaupt, "Reputational Sanctions in China's Securities Market", 108 *Colum.L.Rev.* 929.

²⁸ Sur cette question, Léna Gannagé, *op.cit in Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruylant, 2007, p. 275, spéc. p. 302 et s.

²⁹ M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple » , in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 23

³⁰ Voir les nombreuses illustrations données dans l'article très riche de P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 128.

³¹ Sur ce point C. Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », p. 93 et s. in *Le droit souple*, Coll. Thèmes et commentaires, Ass. Henri Capitant, T.XIII/Boulogne-Sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 128.

³² Code of Ethics de l'International Franchise Association

³³ V. les remarques pertinentes de C. Pérès, *op .cit.*

Avec les bonnes pratiques communément admises se profile on le voit un « modèle » de comportement, politiquement correct, une référence qui prétend s'autoriser d'une expérience commune que légitimerait Montaigne : « les plus belles vies sont à mon gré celles qui se rangent au modèle commun et humain avec ordre mais sans miracle et sans extravagance³⁴ ». Méfions nous cependant d'un monde sans passion, sans lien avec la culture juridique nationale, détaché des racines et de l'histoire.

³⁴ Montaigne, Les Essais, Livre III Ch.XIII, De l'expérience