



## **ARTIGOS**

**LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES: LA CULTURE DE LA COMPLIANCE AU BRÉSIL**Anderson Orestes Cavalcante Lobato<sup>1</sup>Luciano Vaz Ferreira<sup>2</sup>Daniel Lena Marchiori Neto<sup>3</sup>**Résumé**

Le thème de la responsabilité sociale des entreprises a commencé à être reconnu par la littérature juridique brésilienne ces dernières années, bien qu'il ne soit pas encore systématiquement présent dans les programmes des cours de droit. Au sein de ce thème, la notion de *compliance* a été considérée comme un des éléments pour évaluer la performance des entreprises dans l'ensemble de leurs engagements envers la société. La *compliance* implique la création de mécanismes, au sein de l'entreprise, pour assurer la conformité préalable aux règles juridiques de l'État, afin de réduire le risque de sanctions futures. L'objectif de cet article est d'évaluer les éléments historiques et politiques qui ont inspiré le développement d'une culture de la *compliance* dans les entreprises brésiliennes.

**Mots-clés:** Responsabilité sociale de l'entreprise; compliance; gouvernance.

**Abstract**

Corporate social responsibility has begun to be recognized in Brazilian legal literature in recent years, although it has not yet been systematically present in law school curricula. Within this theme, the concept of compliance has been considered as one of the elements to evaluate performance of companies in all their commitments to society. Compliance involves the creation of mechanisms within the company to ensure prior compliance with the state's legal rules in order to reduce the risk of future sanctions. This work aims to evaluate historical and political elements that inspired the development of a compliance culture in Brazilian companies.

**Keywords:** Corporate social responsibility; compliance; governance.

**1. INTRODUCTION**

L'idée d'entreprise en tant qu'une organisation sociale dont le but d'entreprendre afin de produire de la richesse est présente dès l'antiquité par les contrats des partages des responsabilités et des tâches entre les partenaires y compris le rôle d'investisseur (KAMMINGA; ZIA-ZARIF, 2000). Le droit romain introduit la notion juridique de

---

1 Professeur à l'Université Fédérale du Rio Grande, FURG - Aoclobato@hotmail.com

2 Professeur à l'Université Fédérale du Rio Grande, FURG - lvazferreira@gmail.com

3 Professeur à l'Université Fédérale du Rio Grande, FURG - danielmarchiorineto@gmail.com

personnalité sociale afin de séparer la responsabilité de l'entreprise de la responsabilité de celles de partenaires. Aux Moyen Âge l'idée d'une organisation sociale, abstraite et autonome a permis également de promouvoir la sécurité juridique, par la transmission des savoir et le sentiment d'appartenance. La régulation des conflits dans le commerce a été organisée par la *Lex Mercatoria* et institution de l'arbitrage.

Le Brésil a connu le commerce par l'arrivée des portugais et les européens à partir du XVème siècle par les Grandes Navigations et l'émergence d'entreprises coloniales, sous soutien de royaume portugais dont le seul but été bien l'exploitation des richesses naturels, la domination des peuples et du territoire. Il n'y avait aucune idée de la responsabilité liée aux actions prises par ces entreprises autres que l'obligation de rémunérer leurs investisseurs et de distribuer les gains avec les monarchies qui ont autorisé son fonctionnement.

En Grande-Bretagne au XVIIème siècle, une succession d'échecs de certaines de ces entreprises, créées sans aucune viabilité financière et dans le seul but d'enrichir leurs idéalisateurs de manière frauduleuse, ont conduit à la ruine économique de plusieurs investisseurs. Les principales critiques étaient le manque de responsabilité de ces structures commerciales, vis-à-vis des investisseurs ou la société en général. La crise était si importante qu'il a fallu près d'un siècle pour que de nouvelles entreprises soient créées au Royaume-Uni.

Alors qu'au Royaume-Uni la réputation des entreprises a été critiquée, favorisant les petits commerçant, aux États-Unis, désormais indépendants, ont connus les conditions idéales pour que les entreprises prospèrent. Pour mener à bien son projet de développement, le pays réalisait d'importants travaux d'infrastructure (tels que les chemins de fer et les ponts), ce qui nécessitait des grandes entreprises. Une série de précédents de la Cour suprême a définitivement établie la protection juridique de ces entités privées d'une éventuelle intervention arbitraire de l'État, garantissant aux personnes morales les mêmes droits que les personnes physiques. La concurrence interne entre les jeunes États américains qui cherchaient à attirer des initiatives entrepreneuriales pour le développement local a également contribué à une diminution du contrôle des activités privées, que n'auront plus la nécessité d'autorisation gouvernementale ou législative pour leurs fonctionnements, il suffirait désormais d'un simple registre commercial.

## **2. LE SURGISSEMENT DE LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES ENTREPRISES**

La formation des États nationaux a conduit à la codification de la pratique et coutumes des commerçants en droit interne, mais l'étendue de la responsabilité de l'entreprise moderne reste encore incertaine (JUENGER, 2000). Si par l'existence d'une garantie contractuelle les actionnaires ont leurs intérêts économiques protégés, la question de la responsabilité pour les dommages faits aux tiers, tels les créanciers ou même les clients, était encore à son début. Les législations nationales du XVIIIème et début du XIXème siècles prévoient que tout investisseur était personnellement responsable des dettes des entreprises, sans restriction; alors, tous vos actifs était compromise en cas de faillite. Le scénario va changer à la seconde moitié du XIXème siècle, au fur et à mesure que les chefs d'entreprise et les dirigeants politiques américains et européens ont commencé à réclamer des changements législatifs qui permettraient une plus large participation de la population au marché boursier afin d'augmenter le potentiel d'attraction des ressources financières. L'alternative était de limiter la responsabilité des actionnaires au montant investi dans la société, en consolidant l'idée de responsabilité limitée, comme cela s'est d'abord produit aux États-Unis, en France et au Royaume-Uni.

Ce type d'entreprise était en effet compatible à la grande révolution silencieuse de l'industrialisation. Les nouvelles technologies ont augmenté la production et la consommation de manière sans précédent; les entreprises ont proliféré aux États-Unis et en Europe, apportant de nouvelles interactions économiques et sociales. Les frontières souveraines des États nationaux ne sont pas restées intactes à la suite de l'internationalisation et à l'émergence des « sociétés transnationales », entreprises qui ont leur siège dans un pays et opèrent, au moins, un pays étranger. La montée des corporations entrepreneuriales ne s'est pas faite dans le calme. Alors que le principe de la libre entreprise a été proclamé comme l'instrument ultime de la justice sociale, on a observé une concentration intense du pouvoir économique et de l'exploitation de la classe ouvrière.

## **3. UNE EXPECTATIVE DE RÉGULATION DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES**

Aux États-Unis, avec la libéralisation des fusions et acquisitions des entreprises, des milliers d'entreprises vont bien disparaître pour faire apparaître des grandes entreprises transnationales. Le gouvernement fédéral nord-américain a été obligé d'intervenir pour

empêcher la formation de monopoles et de cartels qui menaçait l'économie, le marché et toute la société (ORBACH; REBLING, 2012). En Europe, face aux conditions inhumaines imposées par le modèle exploitation du travail par l'industrie, plusieurs mouvements sociaux ont été créés pour exiger une régulation du monde du travail. Le résultat de ce processus a été la formation d'une masse critique autour des abus des industriels et les premières expériences en matière de législation de protection social, sur la santé et la sécurité des travailleurs sont apparues au Royaume-Uni et rapidement répandues dans toute l'Europe.

Le discours récurrent du début du XXème siècle était d'affirmer que la seule responsabilité d'une entreprise était d'augmenter son bénéfice et de protéger les intérêts de ses actionnaires. Cette idée a été confirmée par la Cours Suprême des États-Unis lorsque Henry Ford, en 1916, alors directeur et principal actionnaire de l'entreprise, a annoncé qu'au lieu de distribuer des dividendes aux actionnaires, il utiliserait les bénéfices pour embaucher plus d'employés afin d'élargir l'offre d'emplois dans la société américaine. Les frères Dodge, actionnaires minoritaires de l'entreprise, intentèrent une action en justice contre Ford dont la conclusion a été d'affirmer la responsabilité d'une entreprise avec les bénéfices de ses actionnaires et non point avec la communauté ou ses employés.

Avec la chute de la Bourse de New York en 1929 et la grave crise financière qui s'ensuivit, les modèles économiques a été revue afin de surmonter les effets maléfiques à la société et aux travailleurs dont l'activité industriel a été tenue pour responsable. Associé à la fin de deuxième grande guerre, il été possible d'affirmer enfin la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE). Le droit ne doit point se limiter à assurer l'existence d'une entreprise rentable pour les actionnaires, en détriment des risques sociaux dont le modèle industriel a négliger au point de perpétrer des graves violations aux droits de l'homme.

Les décennies des années 1960 et 1970 ont connus l'émergence de mouvements socialement. Les promesses de la paix, la démocratie, le développement économique et social de l'après-guerre n'ont pas été respectées. Les minorités étaient encore exclues du processus politique et le système économique basé sur la consommation n'a fait qu'augmenter l'abîme des inégalités. La critique de ces mouvements a également été dirigé aux entreprises. Les mouvements consuméristes et écologistes qui se joignent aux organisations syndicales traditionnelles pour dénoncer les dommages sociaux produits par le monde de l'entreprise surgissent. La discussion était encore plus sensible aux pays en développement comme le Brésil. Le cas d'intervention militaire dans la vie politique associé aux violations des droits de l'homme a été souvent soutenue par les entreprises nationales et transnationales.

#### 4. LA CULTURE DE LA COMPLIANCE EN DROIT BRÉSILIEN

Dans ce scénario, Joseph identifié au cours des années 1970, la formation de « quatre vagues » d'activisme social envers les entreprises industriels : la première concernant la sécurité des produits vendus aux consommateurs ; le deuxième, les aspects environnementaux des entreprises extractives ; la troisième, l'exploitation du travail dans les pays en développement ; et le quatrième, l'abus des industries pharmaceutiques. Une cinquième vague peut être ajoutée, en ce qui concerne la transparence des activités des entreprises et l'utilisation de pratiques de corruption, y compris dans le marché public (JOSEPH, 2003).

Deux constructions théoriques plus récentes confirment l'inclusion de la RSE dans la culture de l'entreprise et dans les attentes de la société. La première théorie est celles des parties prenantes. Le terme est apparu en 1963, dans une note interne du *Stanford Research Institute*, mais a été développé par Freeman en 1984. Selon l'auteur, les entreprises devraient être concernés non seulement par leurs relations avec les actionnaires, mais également avec les parties prenantes : « tout groupe ou individu susceptible d'affecter ou d'être affecté par la réalisation des objectifs de l'entreprise ». En plus des investisseurs, le concept d'acteur englobe un certain nombre d'agents liés à l'entreprise, tels que les gouvernements, les consommateurs, les fournisseurs, les employés, les médias, les concurrents et la société civile organisée. La bonne relation avec les parties prenantes implique le respect des préceptes de la RSE (FREEMAN, 1984).

La deuxième construction théorique est l'idée de « bonne gouvernance » de l'entreprise. Dans un sens général, la « gouvernance » est le « système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées » afin de répartir les droits et obligations entre les différents acteurs de cette structure (*Committee on the financial aspects of corporate governance*, 1992, p 14). L'objectif principal de la « bonne gouvernance de l'entreprise » est l'importance de la transparence et de l'éthique dans les relations entre les entrepreneurs afin de créer des « entreprises durables ». Bien qu'il existe un souci évident de réduire l'insécurité des actionnaires, en leur garantissant un traitement équitable et l'accès à l'information, la culture de la *compliance* est en effet présente.

La législation brésilienne sur les entreprises a reçue une forte influence du droit commercial européen, notamment la France des la fin du XIXème siècle lors de l'adoption du Code de Commerce brésilien de 1850. Actuellement, le droit de l'entreprise est réglementé par le nouveau Code Civil de 2002 et deux lois spéciales sur les Sociétés (Loi n. 6.404/1976)

sur l'influence du droit nord-américain; et la Loi sur la récupération de l'entreprise (Loi n. 11.101/2005) sur influence directe du droit français.

Au début des années 2000 la législation brésilienne sur les entreprises a pu connaître une ouverture envers les instruments de la bonne gouvernance, spécialement en ce qui concerne les Sociétés cotés en bourse et pour faire place aux actionnaires minoritaires et pour assurer une indépendance et du Conseil fiscal. Le marché de la Bourse a également adopté des nouvelles règles à caractère volontaire et qui sont plus rigoureuses que la législation brésilienne visant à promouvoir la culture de la bonne gouvernance.

Le phénomène de la corruption, compris comme abus de fonction publique pour obtenir des avantages privés, est un sujet sensible à la réalité brésilienne. Le Brésil a été perçu internement et par la communauté internationale comme un pays de prolifération de la corruption systémique, ce qui justifierait le positionnement du pays dans l'une des pires qualifications des études menées par *Transparency International*. En outre, il existe des scandales de corruption récurrents qui ont marqué l'histoire des gouvernements brésiliens, une situation qui a provoqué la récente instabilité politique du pays.

Le Brésil est signataire d'importants traités internationaux sur la corruption et dispose d'une législation riche en sanctions. En ce qui concerne la responsabilité des entreprises, cependant, la question est récente et a été introduite par la Loi fédérale 12.846/2013, sous la pression de la communauté internationale. Dans ce contexte, la loi a créé la responsabilité administrative des entreprises pour la pratique d'actes qui porte préjudice à l'administration publique, ce qui inclut la corruption. À titre de sanction, la législation prévoit de lourdes amendes en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise (entre 0,1 et 20%); le gel et la saisie des actifs; la suspension partielle des activités; ainsi que la dissolution obligatoire de l'entreprise. La grande contribution de la nouvelle législation est la consolidation de l'idée de gouvernance de l'entreprise par admission d'une atténuation des peines prévue par la loi lors du maintien d'une politique de *compliance* adopté par l'entreprise. Jusqu'à la loi de 2013, le concept de *compliance* était encore méconnu au Brésil. Selon la législation brésilienne, le programme de bonne gouvernance anticorruption devrait inclure, entre autres éléments, un code d'éthique et de conduite des affaires; la création d'une réseau internes et externes pour signaler les irrégularités; la formation périodique des personnes interne sur la culture de la *compliance*; la surveillance du comportement des administrateurs, des employés et des partenaires; et finalement, l'application de mesures disciplinaires en cas de violation des codes d'éthique et de conduite. La nouvelle loi garde une forte influence de l'expérience des américaines et des britanniques.

Il est possible de noter une nette différence entre la réalité du début du XX<sup>ème</sup> siècle, quand la seule préoccupation des sociétés concernées les aspects économiques et la protection des investisseurs, et l'heure actuelle, dans laquelle les définitions de la RSE, la théorie des parties prenantes et la gouvernance d'entreprise sont ancrés dans les pratiques commerciales. Aujourd'hui, la société impose une évaluation des projets industriels et commerciaux afin de prévenir les dommages potentiels qu'ils peuvent causer aux relations sociales et à l'environnement.

Les respects des entreprises aux préceptes de la « bonne gouvernance » ne se produisent pas souvent pour des raisons altruistes, mais par crainte des conséquences économiques, que ce soit par des sanctions volontaires des consommateurs eux-mêmes; ou encore par le contrôle juridique. L'exemple brésilien du code des consommateurs et la régulation des actions collectives en justice a suscité une nouvelle vague de régulation législative de la protection de l'environnement et la réforme de la législation du travail. Certes, le but poursuivi par le législateur vise souvent une adaptation des pratiques commerciales à la troisième révolution industrielle des nouvelles technologies issue du monde digital, de l'intelligence artificielle et de la robotique.

On observe que les systèmes juridiques nationaux, pour promouvoir les réformes dans la législation commerciale (avec la prévalence de la transparence) et à l'amélioration de la législation sur la protection des consommateurs et de l'environnement tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, éventuellement absorber certains préceptes de la RSE, qui finit également par produire des imputations pour le secteur des entreprises afin de les adopter. Ainsi, on peut dire que le droit joue un rôle important dans ce processus.

Le débat actuel sur la RSE concerne la mise en œuvre d'une régulation juridique moins sanctionnatrice (*hard law*) inefficace et complexe, par adoption des méthodes alternatives comme la médiation et la conciliation (*soft law*). Le but de la norme serait de « suggérer » ou « guider » la meilleure conduite afin d'éviter les dommages sociaux. Les entreprises doivent volontairement adopter par incorporation interne des nouvelles méthodes sans intervention de l'État, ce qui représente sans aucun doute un nouveau paradigme pour le phénomène juridique.

Au niveau international, certaines expériences d'autorégulation peuvent être mentionnées. Le premier est la nouvelle *Lex mercatoria*, représentée par l'ensemble des normes créées indépendamment par les entreprises pour la pratique du commerce international dans le monde contemporain, basée sur les pratiques commerciales et les coutumes reconnues dans le monde entier. Il se manifeste par l'élaboration et la diffusion de «



contrats types », idéalisés et mis à jour par la Chambre de Commerce Internationale, organisation internationale, non gouvernementale, reconnue et soutenue par l'entrepreneuriat. L'autre exemple est celui du droit international du sport (*Lex sportiva internationalis*), organisé par des entités sportives internationales privées, comme la loi appliquée aux manifestations sportives administrées par la Fédération internationale de football (FIFA) ou par le Comité international olympique.

La réglementation privée dans le domaine des affaires est généralement représentée par des normes créées par des associations professionnelles et des codes de conduite et d'éthique élaborés et appliqués par certaines entreprises, généralement de grande taille ou de dimension internationale. En 1977, General Motors était la plus grande compagnie transnationale opérant en Afrique du Sud pendant le régime d'apartheid. À l'époque, il y avait un fort mouvement de désinvestissement dans le pays pour faire pression en faveur d'une réforme politique dans la région. Le révérend Leon Sullivan, membre du conseil d'administration de l'entreprise, a proposé une alternative: la création d'un code de conduite interne qui empêcherait les pratiques racistes. L'ensemble de principes, connu sous le nom de principes de Sullivan, a été bien reçu par le monde des affaires et a été reproduit dans divers codes de conduite. Les Principes MacBride, qui visent à respecter les droits des travailleurs en Irlande du Nord (1984), constituent une autre initiative similaire.

L'une des premières sociétés à avoir son propre code de conduite était *British Royal Dutch Shell* (EINHORN, 2007). Aujourd'hui, plusieurs entreprises conservent leurs codes. Ces normes sont également communément reproduites dans les contrats avec leurs partenaires commerciaux, afin de réglementer leur comportement. Ces codes et leurs mécanismes de contrôle sont légaux, puisqu'ils décrivent des comportements à observer, devenant une sorte de « loi interne », de conformité obligatoire au sein de l'entreprise. La sanction possible pour non-respect de cette règle réside dans une mesure disciplinaire (comme un avertissement, une suspension ou un licenciement) appliquée par l'entreprise à son employé ou à une rupture de contrat dans le cas d'un partenaire commercial.

## 5. CONCLUSION

De l'interaction entre la réglementation de l'État, par une loi non contraignante et la réglementation privée, est apparue l'idée de la *compliance*, considérée comme centrale dans le scénario de la responsabilité sociale des entreprises. L'intention est de créer des

mécanismes, au sein de l'entreprise, pour assurer la « conformité préalable » des règles juridiques de l'État, afin de réduire le risque d'être puni à l'avenir dans certaines juridictions. La culture de conformité est mis en œuvre au moyen d'un « programme », un ensemble d'actions prévues par une organisation pour assurer, par la création de structures et mécanismes, ce qui suit d'une certaine conduite. L'organe de contrôle de la responsabilité des entreprises (comme dans l'environnement, le niveau d'imposition, lutte contre la corruption) de différents pays seront alors affaibli par l'existence des programmes interne de conformité (*compliance*), plus efficace.

Il ne faut cependant pas dissocier l'autorégulation des entreprises du système juridique et la possibilité des sanctions par intervention de l'État. Il est essentiel que les États prévoient officiellement les normes minimales pour l'autorégulation; un système de contrôle administratif du degré d'adhésion des entreprises à leurs codes de conduite pour permettre d'accorder des avantages à ceux qui démontrent le respect aux normes (*compliance*) afin d'éviter que les codes de « bonne gouvernance » ne deviennent un instrument de simple rhétorique.

Malgré les techniques avancées de la culture de *compliance* introduites dans la législation anti-corruption des entreprises, sa mise en œuvre au Brésil est devenue un grand défi. Premièrement, il y a une discussion sur l'application de la législation par les organes compétents. Alors que les initiatives étrangères tendent à centraliser la décision dans agence anticorruption, le Brésil a choisi d'adopter le modèle fédératif par lequel n'importe quelle entité fédérative peut faire appliquer la législation. Au niveau fédéral, les efforts sont concentrés dans le Bureau du contrôleur général fédéral (*Controladoria Geral da União*), mais avec les récentes réformes menées par le nouveau gouvernement, l'organisme a perdu l'autonomie relative dont il jouissait jusqu'alors. L'évaluation des programmes de bonne gouvernance anticorruption est entravée par l'absence d'une structure gouvernementale indépendante des pressions politiques. Deuxièmement, la tradition juridique brésilienne est étrangère à la culture de la *compliance* aux seins des entreprises, ce qui nuit également à son application à long terme. Le contenu de la loi anticorruption, qui combine des éléments de droit commercial, administratif et pénal, ne fait pas partie du programme de cours de droit et est totalement inconnu de la plupart des avocats, habitués aux approches traditionnelles du contentieux judiciaire et qui n'incluent pas la prévention des conflits.

## 6. RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

EINHORN, Aaron. The Evolution and Endpoint of Responsibility: The FCPA, SOX, Socialist-Oriented Governments, Gratuitous Promises, and a Novel CSR Code. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, v. 35, p. 509-545, 2007.

FREEMAN, R. Edward. *Strategic Management*. Massachusetts: Pitman Publishing, 1984.

JOSEPH, Sarah. Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: “The Fourth Wave” of Corporate Human Rights Scrutiny. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 25, p. 425-452, 2003.

JUENGER, Friedrich K. The Lex Mercatoria and Private International Law. *Luisiana Law Review*, vol. 60, n. 4, p. 1130-1150, 2000.

KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIF, Saman. Introduction . In : KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIF, Saman (Org). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Haia : Kluwer Law International, 2000, p. 01-16.

ORBACH, Barack; REBLING, Grace Campbell. The Antitrust Curse of Bigness. *Southern California Law Review*, v. 85, p. 605-656, 2012.