Soft law et prise en considération -Quelques remarques à partir du droit social international

Etienne Pataut

▶ **To cite this version:**

Etienne Pataut. Soft law et prise en considération -Quelques remarques à partir du droit social international. P. Deumier et JM Sorel. Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international, LGDJ, pp.349-368, 2018, 978-2-275-05723-1. halshs-02266423

HAL Id: halshs-02266423
https://shs.hal.science/halshs-02266423

Submitted on 14 Aug 2019

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.

Soft law et prise en considération

- Quelques remarques à partir du droit social international -

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université de Paris 1) - IRJS

Version de travail

S'interroger sur la prise en considération du soft law devant les juridictions françaises et tout particulièrement devant la Cour de cassation pose deux problèmes préalables de définition, aussi essentiels qu'insolubles : définir le droit souple, d'une part, définir la prise en considération, d'autre part. Objet même du présent colloque, la définition du soft law sera laissée en des mains plus savantes et l'on se contentera ici de la vision classique, quoi qu'insatisfaisante, selon laquelle le soft law désigne l'ensemble des normes dépourvues de caractère impératif.

La prise en considération, pour sa part, est un concept mieux connu du droit international privé où elle a déjà fait l'objet d'études approfondies[1].

Cette notion est utilisée dans un nombre assez varié de situations, pour rendre compte d'hypothèses rétives aux grilles d'analyses traditionnelles permettant d'expliquer que l'on donne une force obligatoire dans le for à une norme étrangère. Traditionnellement et à très grands traits, l'efficacité de la norme étrangère est en effet justifiée par l'existence d'une règle de conflit de lois du for lui attribuant compétence (pour les lois), ou d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution (pour les jugements).

Il existe pourtant d'assez nombreuses situations où la norme étrangère est bien intégrée dans le raisonnement du juge français, sans pour autant être utilisée en tant que telle. Selon la formule abstraite qui est aujourd'hui assez couramment admise la prise en considération est la technique par laquelle « une norme étrangère est intégrée dans le présupposé de la règle substantielle applicable, qui en détermine seule les effets »[2]. En d'autres termes, un norme étrangère, sans être déclarée applicable, sera « prise en considération » pour obtenir l'effet recherché.

L'exemple le plus canonique est celui de l'article 19-1 al. 2 du code civil, aux termes duquel est Français :

« L'enfant né en France de parents étrangers pour lequel les lois étrangères de nationalité ne permettent en aucune façon qu'il se voie transmettre la nationalité de l'un ou l'autre de ses parents. »

La loi française, seule applicable, donne une solution précise — en l'espèce, l'attribution de la nationalité française — mais conditionnée à une règle de droit étranger — en l'espèce le fait que celui-ci ne transmette pas la nationalité du pays en cause à l'enfant.

---

[1] V. part. E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

[2] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit International Privé*, LGDJ, 11e éd., 2015, n° 144 ; la citation exacte est tirée de : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit International Privé*, 3e éd., PUF, 2014, T. 1, n° 436-1.

Dans les rapports de droit privé, la prise en considération peut être utilisée dans le cadre de la reconnaissance des jugements comme du conflit de lois[3] et, dans ce dernier cas, dans le cadre du fonctionnement normal des règles de conflit de lois[4] comme dans celui des mécanismes dérogatoires, au premier rang desquels les lois de police[5].

A cet égard, et plus spectaculairement encore, la notion de prise en considération a été utilisée récemment par la Cour de justice dans un important arrêt[6]. Etait en cause l'application impérative de la loi grecque dans une affaire de contrat de travail soumis au droit et au juge allemands. Refusant l'application de la loi grecque en tant que loi de police étrangère, car n'entrant pas dans les strictes conditions prévues par la Convention de Rome et le règlement Rome 1 qui l'a remplacée, la Cour de justice n'en a pas moins admis que cette loi soit « prise en compte » par le juge allemand dans son jugement[7].

Ces différentes hypothèses, très éloignées les unes des autres, ont ceci de commun que la norme étrangère sert de point d'appui au déroulé du raisonnement judiciaire sans pour autant être appliquée au sens propre. C'est ce qui explique qu'un jugement étranger puisse être utilisé sans avoir fait l'objet d'un contrôle de régularité[8] ou qu'une loi étrangère quoique non applicable, puisse être utilisée comme élément de fait par le juge français.

Les contours exacts, notamment théoriques, du recours à la prise en considération restent encore largement sujets à discussion, on y reviendra. Il reste que le mécanisme conceptuel de la prise en considération est sans aucun doute un véhicule pertinent pour intégrer des normes qui ne sont pas pourvues d'une force obligatoire en elles-mêmes. Comme l'affirment avec beaucoup de clarté H. Muir Watt et D. Bureau :

« La vraie spécificité de la prise en considération est qu'elle permet de donner un effet médiat à une norme qui (…) ne remplit pas les conditions d'efficacité posées par l'ordre juridique d'accueil, soit parce qu'elle est structurellement dépourvue des caractéristiques appropriées pour régir un rapport de droit privé, soit parce qu'elle est irrégulière (jugement étranger) ou inapplicable selon les critères de rattachement du for »[9].

Le rapprochement avec le soft law, dès lors, s'impose de lui-même. L'absence de juridicité explicite du soft law est en effet l'obstacle majeur à son application, au point que la tentation de le rejeter en dehors du monde du droit est encore aujourd'hui très fréquente. Un tel rejet, pourtant, semble faire fi des données récentes dans l'un des

[3] V. par ex. Com, 4 octobre 2005, *Rev. Crit*. 2006. 405, note H. Muir Watt, *Clunet* 2006. 601, note G. Cuniberti ; Civ. 1, 11 juillet 2006, *Rev. Crit*. 2007. 414, note H. Muir Watt, *Clunet* 2007. 554, note E. Fohrer-Dedeurwaeder.

[4] Ainsi de l'article 311-17 du Code civil selon lequel La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Sur cet exemple, v. P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.,* n° 145.

[5] V. les articles 9-3 du règlement Rome 1 et 17 du règlement Rome 2, souvent analysés comme une forme de prise en considération : D. Bureau et H. Muir Watt, op. cit., n° 914 et s. Pour une application en France, v. not. Com., 16 mars 2010, *JCP*. 2010. 530 , note D. Bureau et L. d'Avout, *RDC*. 2010. 1385, note P. Deumier et surtout, sur renvoi, Poitiers, 29 novembre 2011, *RDC*. 2012. 1335, obs. P. Deumier.

[6] CJUE, 18 octobre 2016, aff. C-135/15, *Nikiforidis*.

[7] Arrêt précité, §51 : « l'article 9 dudit règlement ne s'oppose pas à la prise en compte, en tant qu'éléments de fait, des lois de police d'un autre Etat […] dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat, en vertu des dispositions du même règlement, la prévoit ».

[8] *Contra*, v. toutefois l'analyse de Mme Fohrer-Dedeurwaerder, *op. cit.*, n° 674 et s.

[9] D. Bureau et H. Muir Watt, *ibid*, n° 436-1.

domaines d'application privilégiés des normes de soft law : la responsabilité sociale des entreprises, à laquelle les pages suivantes seront consacrées. Le développement considérable des principes, chartes, règles, engagements, accords et autres normes à l'efficacité discutée est en effet aujourd'hui si massif qu'il n'est guère possible de le traiter par le mépris[10]. Aussi le détour par la prise en considération peut-il être tenté pour voir s'il ne peut pas constituer l'une des voies d'accès à la juridicité des normes de soft law. Telle est l'hypothèse au cœur de la présente contribution, qui sera testée à partir des normes de droit social international et de responsabilité sociale des entreprises.

Ce test semble aboutir à des résultats mitigés. L'appréhension des normes de soft law, du fait de leur diversité même, se caractérise en effet par un syncrétisme méthodologique extrême, qui en fait à la fois la difficulté et l'intérêt. Mais si, au sein de ce bouillonnement de méthodes, la notion de prise en considération peut apparaître utile, c'est à condition de distinguer un peu au sein même du soft law. Face aux normes de soft law que l'on se permettra de qualifier « d'institutionnel », c'est-à-dire issue d'organisations internationales, l'utilisation de la notion de prise en considération semble conduire à sa dilution et apparaître finalement comme de faible intérêt (I). Peut-être pourrait-elle en revanche apparaître comme une voie plus féconde en présence des règles de soft law « d'entreprise », émanant directement des entreprises elles-mêmes, si caractéristiques de la RSE (II).

I. Soft law institutionnel et prise en considération

Dans le domaine du droit social international et de la RSE, diverses organisations internationales ont adopté d'importants textes et déclarations qui ont vocation à influencer les pratiques et les normes applicables aux entreprises.

Ces déclarations de principes mettent en place des mécanismes de contrôle visant à pallier leur absence d'impérativité (A) qui ne laissent qu'une place très marginale à la notion même de prise en considération (B).

A. Mises en œuvre des déclarations de principes

De nombreuses institutions internationales œuvrent sans relâche depuis les années 1970 à l'élaboration de normes contraignantes pour les entreprises multinationales, dans le but de desserrer l'étau du double cloisonnement des personnalités morales et des ordres juridiques. Plusieurs exemples sont très célèbres, qui visent à encadrer les activités des firmes multinationales par l'élaboration de normes particulières de respect des droits fondamentaux. On se contentera ici de citer les trois plus importantes : les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales »[11], la « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique

[10] Pour une synthèse récente en langue française, v. K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016.
[11] Disponible à : http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf (dernière visite le 1er juin 2017).

sociale » de l'OIT[12] et enfin les «Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » dits Principes Ruggie, des Nations Unies[13].

Ces différents textes, au-delà des solutions de fond qu'ils préconisent, s'interrogent sur leur propre applicabilité. A cet égard, les textes prévoient plusieurs voies par lesquelles les règles prévues peuvent progressivement accéder à la juridicité. Tous considèrent que cette applicabilité passera par le double truchement des Etats et des acteurs eux-mêmes, qui sont ainsi incités à modifier leurs lois (pour les premiers) et leurs pratiques (pour les seconds)[14], tout en insistant sur le nécessaire respect par les entreprises du respect des législations de l'Etat d'accueil[15].

Ces textes et déclarations, dès lors, prévoient une forme très indirecte de normativité, puisqu'il s'agit d'abord d'influencer législations et pratiques. Ces textes nient donc eux-mêmes leur propre impérativité, dont ils affirment explicitement être dépourvus[16]. L'histoire des principes Ruggie montre bien d'ailleurs combien il s'agit là d'un aspect essentiel de ces principes, puisque si tous s'accordaient à vouloir un instrument efficace, il n'en demeure pas moins que la première version des principes a précisément été rejetée parce qu'elle semblait véhiculer de véritables obligations. Ce n'est qu'en réaffirmant la volonté d'une auto-régulation laissée à l'appréciation des entreprises elles-mêmes qu'ont pu être adoptés ces principes[17].

La faible normativité se traduit dès lors par de faibles sanctions. Les mécanismes de mises en œuvre des normes de soft law et particulièrement des grandes déclarations dont il est ici question passent par les mécanismes habituels à ce genre de normes en droit international public. Ce sont donc des rapports, compte rendus, procédures de contrôle, dont l'OIT, tout particulièrement, est coutumière[18], qui sont les vecteurs privilégiés de la mise en œuvre concrète des normes de soft law en droit international du travail.

D'autres mécanismes, plus proches d'action judiciaires, émergent aussi progressivement. Ces actions, le plus souvent qualifiées de para-juridictionnelles[19], permettent parfois à des acteurs de la société civile, notamment des syndicats, d'exercer des plaintes à l'encontre des Etats. A nouveau, le modèle est celui de l'OIT, suivi de près

---

[12] http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf (dernière visite le 1er juin 2017)

[13] Disponible à : http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf (dernière visite le 1er juin2017).

[14] v. par exemple, déclaration tripartite, § 3 : « Cet objectif sera favorisé par la législation, les politiques, les mesures et les décisions appropriées qu'adopteront les gouvernements, y compris dans les domaines de l'administration du travail et de l'inspection publique du travail, ainsi que par la coopération entre les gouvernements et les organisations d'employeurs et de travailleurs de tous les pays. » . Les principes directeurs de l'OCDE, pour leur part, se présentent plutôt comme des recommandations à destinations des entreprises, v. par ex. l'article I. 1.

[15] v. par exemple les principes directeurs de l'OCDE, article I. 3 ; déclaration de l'OIT, §8.

[16] *Principes directeurs* de l'OCDE, Introduction, §2; *Déclaration tripartite* de l'OIT, §7

[17] E. Decaux, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales », in : E. Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, 2010. 469 ; Pour un historique d'ensemble, v. encore K. Martin-Chenut, « La rencontre entre la RSE et les différentes branches du droit – Panorama en droit international des droits de l'homme », *in* : K. Martin-Chenut et R. de Quénaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, précité, p. 25.

[18] JM. Servais, *Normes internationales du travail,* LGDJ, 2004, pp. 257 et s.

[19] Sur cette question, v. part. I. Daugareilh, « Les modes de règlement para-juridictionnels des différends relatifs aux droits sociaux dans les organisations internationales », in : M.A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, 2010, p. 235. P

par celui du Comité européen des droits sociaux chargé de la mise en œuvre de la charte sociale européenne[20]. Plus proches encore d'une action judiciaire privées : celles qui permettent d'agir contre les entreprises elles-mêmes, le modèle étant ici celui des procédures particulières mises en place par l'OCDE pour la mise en œuvre de sa déclaration de principes [21] . Ces actions restent toutefois très loin de la juridictionnalisation. Elles reposent sur une base purement volontaire, donnent lieu à des rapports ou des recommandations non contraignantes et ressemblent bien plus à des procédures de médiation, à des instances de dialogue, qu'à une véritable procédure. Aussi leur efficacité, voire même leur caractère contreproductif, sont-ils parfois questionnés, en raison du risque de régression sociale que comportent ces normes[22] et de la concurrence que font subir ces procédures aux voies juridictionnelles plus classiques qui, elles, sont dotées d'une réelle impérativité[23].

B. Quelle place pour la prise en considération ?

A les considérer dans leur singularité, ces mécanismes ne laissent qu'une place très limitée à la prise en considération et qui, en réalité, dépend de la vision que l'on se fait de celle-ci.

C'est ici que l'on se heurte à une difficulté théorique d'importance, dont dépend la notion même de la notion de prise en considération. C'est qu'il en existe en effet au moins deux conceptions tout à fait différentes.

La première, la plus stricte, impose que la prise en considération soit faite dans le cadre de la règle de droit substantiel elle même. C'est l'hypothèse de l'article 19-1 du Code civil : la règle française impose, pour son fonctionnement même, que soit prise en considération la norme étrangère. Une telle définition, très restrictive, ne s'applique toutefois que très malaisément aux normes de soft law institutionnelles. Dépourvues d'impérativité propre, celles-ci ne peuvent en effet jamais, par hypothèse, conditionner l'application d'une norme du for, que cette dernière soit conflictuelle ou substantielle. Les déclarations, de l'ONU, de l'OCDE ou de l'OIT l'affirment à l'envi, qui répètent inlassablement qu'elles constituent avant tout des règles de conduite propres à influencer comportements et normes étatiques, mais dont l'application n'est jamais intrinsèquement nécessaire au fonctionnement de la règle applicable à la question de droit posée. Dès lors, la prise en considération non seulement n'est pas nécessaire, mais elle est même exclue. A nouveau, aucune norme nationale ne conditionne son application à celle d'une norme de soft law.

Il est donc nécessaire d'élargir la notion même de prise en considération par une seconde définition, plus ambitieuse, mais aussi plus floue. Prenant acte de la grande diversité des hypothèses de prise en considération, elle vise à rassembler sous ce nom

---

[20] Pour une comparaison de ces actions, v., outre I. Daugareilh, *ibid*.: MA. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, pp. 213 et s. Les conventions internationales de l'OIT non plus que la charte sociale européenne ne sont bien évidemment pas du soft law en tant que tel, mais bien des normes internationales impératives. La procédure brièvement décrite ici l'est simplement à titre d'exemple.

[21] K. Martin-Chenut, R. de Quénaudon et L. Varison, « Les points de contact nationaux : un forum de résolution des conflits complémentaire ou concurrent du juge ? », in : K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit*, précité, p. 607.

[22] A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », Mélanges Pelissier, Dalloz, 2004, p. 541.

[23] K. Martin-Chenut et al., *op. cit*., p. 619.

toutes les hypothèses dans lesquelles la norme étrangère (ou, ici, la norme de soft law) est intégrée d'une façon ou d'une autre au raisonnement juridictionnel. Dans ce contexte, les termes de « prise en considération » seraient à prendre au pied de la lettre et seraient concernés tous les cas dans lesquels l'autorité s'est explicitement appuyée sur une norme étrangère inapplicable pour mener son raisonnement. En d'autres termes, la prise en considération, dans ce second cas, n'est pas une norme, comme dans le premier, mais simplement une technique d'interprétation soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge.

Dans ce cas second cas, recourir à la prise en considération permet donc bien de donner un certain effet à la norme inapplicable, mais sans que cet effet soit explicitement prévu et donc *a fortiori* rendu impératif par la norme applicable elle-même. Dans ce cadre, la prise en considération est donc bien un mécanisme par lequel il est permis de tenir compte de la norme étrangère et qui permet de combiner la règle applicable avec une autre règle qui ne l'est pas. Une telle application correspond cette fois beaucoup mieux aux normes de soft law. Il est en effet parfaitement envisageable de prendre en considération une norme de soft law pour l'application d'une norme qui est seule applicable. La démarche est, par exemple, très fréquente en matière de droits fondamentaux, qui influencent le contenu des normes de droit étatique au point d'en modifier progressivement le contenu[24].

Il n'en reste pas moins que, en soi, cette combinaison n'est pas intrinsèquement nécessaire au fonctionnement normal de la règle applicable.

Rien ne le montre avec plus de clarté que la réaction à la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Nikiforidis*[25]. Si en effet les juridictions allemandes sont incitées à prendre en considération la norme grecque lors de leur décision finale, celle-ci n'en est pas moins, au bout du compte, écartée[26]. Les juridictions allemandes considèrent en effet que la norme grecque, prévoyant la suppression d'une partie de la rémunération du travailleur concerné, ne peut nullement être intégré au raisonnement judiciaire. En application de la règle de conflit de lois, la loi applicable est celle du lieu d'exécution du travail, soit la loi allemande. Or, celle-ci ne prévoit nullement d'hypothèse dans lesquelles il serait possible de modifier la rémunération d'un salarié sans l'accord de celui-ci ou sans le respect d'un certain formalisme, absent en l'espèce. Aucune possibilité, pour la Cour fédérale du travail, ne semble dès lors être ouverte pour que cette prise en considération à laquelle incite la Cour de justice, puisse être mise en œuvre. La loi allemande est donc seule applicable, et la loi grecque totalement exclue du raisonnement judiciaire.

En d'autres termes, si le principe même de la prise en considération n'est nullement exclu, il n'en reste pas moins que celle-ci reste fondamentalement facultative et inutile pour le raisonnement judiciaire.

En réalité, cette seconde version de la notion même de prise en considération nous semble assez problématique, en ce qu'elle dilue la notion au point de la rendre finalement assez peu distinguable de l'interprétation elle-même. Il s'agit en effet bien

---

[24] Sur cette question, v. part. L. He, *Droits sociaux fondamentaux et droit de l'Union européenne*, Thèse dact., Paris 1, 2017.
[25] CJUE, 18 octobre 2016, aff. C-135/15, *Nikiforidis*, précité.
[26] Cour Fédérale du travail, 26 avril 2017, v. le résumé en anglais ici : http://conflictoflaws.net/2017/pay-day-the-german-federal-labour-court-gives-its-final-ruling-on-foreign-mandatory-rules-in-the-nikiforidis-case/ (dernière visite le 1er juin 2017).

plus désormais d'interpréter une norme à la lumière d'une autre, lorsque cela est possible que de faire dépendre le contenu d'une norme applicable du contenu d'une autre norme qui serait, elle, non applicable.

Dès lors, bien plus que la prise en considération, c'est face à un autre modèle que l'on semble se trouver : celui de la circulation des normes par influence mutuelle. Ce phénomène, qui conduit à l'interpénétration de normes entre elles, est bien connu et documenté, notamment en droit social international[27].

Ce type de raisonnement trouve bien évidemment un point d'application qui peut sembler particulièrement fécond en matière de soft law, comme il l'a été en matière de droits fondamentaux. Il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit que d'une version très fortement amoindrie de l'idée de prise en considération. La notion, dès lors, n'est pas inutile pour décrire le raisonnement du juge, mais au prix d'un affadissement conceptuel tel qu'il ne s'agit plus que d'utiliser ces termes en leur sens le plus vague, perdant au passage la spécificité méthodologique de la prise en considération.

Dès lors, recourir à la prise en considération pour intégrer dans le raisonnement judiciaire les normes de soft law contenues dans ces diverses déclarations ne semble guère que constituer un détour finalement inutile ou en tout cas insusceptible de porter une méthode propre à expliquer et justifier la mise en œuvre de ces normes de soft law international.

Peut-être, en revanche, que ce détour serait plus utile s'agissant des normes d'entreprises elles-mêmes.

II. Soft law d'entreprise et prise en considération

Les normes de RSE au développement le plus spectaculaire sont très certainement les normes directement adoptées par les entreprises, ou bien par la voies de proclamations unilatérales (codes de conduite, chartes éthiques) ou bien par la voie de véritables accords internationaux (accords cadres internationaux).

La multiplication de ces accords et leur contenu, qui concerne directement les rapports de droit privé, notamment les rapports de travail, pose de façon la plus directe la question de leur mécanisme d'applicabilité. Le principal est bien évidemment la volonté, on y reviendra. Il reste que de nombreuses techniques peuvent ici être utilisées pour intégrer d'une façon ou d'une autre la norme de soft law dans le rapport juridique, notamment le rapport de travail, considéré. A cet égard, la distinction cardinale semble passer entre les règles purement unilatérales, type codes de conduites ou chartes éthiques (A) et les véritables accords, types accords cadres internationaux (B).

A. Codes de conduite, chartes éthiques et prise en considération

La prolifération des actes unilatéraux d'entreprise pose incontestablement de grandes difficultés. Difficultés juridiques, tant il est délicat de classer ces nouvelles normes au

[27] En droit social international, v. part. S. Robin-Olivier, « les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit Social* 2016. 219 et « Questions posées par la multiplication des normes internationales, européennes et nationales et les rapports entre juridictions », *Droit Social*, 2017. 419.

sein des sources du droit[28] difficultés politiques, aussi, tant ces codes peuvent apparaître comme des techniques de remise en cause souterraine des droits des salariés[29]. Ils n'en sont pas moins fortement encouragés en Europe, notamment par la Commission européenne[30] et désormais le gouvernement français[31].

L'attribution d'une force autre que morale à ces codes passe par le juge français. A cet égard, les solutions sont assez différentes les unes des autres, mais, pour l'essentiel, consiste en une intégration des normes de soft law dans le raisonnement judiciaire habituel par assimilation à des normes préalablement identifiées[32]. Le Code de conduite pourra ainsi être qualifié par le juge d'avenant au contrat de travail, pour garantir la compétence du Conseil de Prud'hommes[33], d'engagement unilatéral de l'employeur[34] ou encore assimilé au règlement intérieur, pour imposer le respect des dispositions particulières applicables à celui-ci[35].

Aux Etats-Unis, la célèbre affaire Nike a aussi montré que d'autres ressources que celles du droit du travail pouvaient être utilisées. C'est en effet par le détour du droit de la consommation que s'est développée une stratégie judiciaire visant à modifier les pratiques de sous-traitance de Nike, jugées non conformes à son code de conduite et, partant, source de tromperie pour le consommateur[36].

Tous ces exemples montrent que la norme de soft law n'est pas impuissante à trouver une voie d'accès à la juridicité, à condition de procéder à une opération préalable de qualification permettant de ramener l'inconnu au connu et le souple au dur.

C'est ici que la notion de prise en considération pourrait peut-être être utilement convoquée. Toutes ces analyses ont en effet un élément commun : pour pouvoir ramener

---

[28] V. not. P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires : Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *Mélanges P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337 ; B. Frydman et Gregory Lewkowicz, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in I. Hachez et al., (dir.), *Normativités concurrentes*, Anthemis, Limal (Belgique), 2012, p. 179 .

[29] V. not. I. Meyrat, « La référence à l' « éthique » dans le champ des relations de travail : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ? », in : E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Dalloz, 2007. Du même auteur : « Le droit du travail à l'épreuve de l'éthique des affaires », *RDT*. 2010. 572.

[30] V. les Communications de la Commission « concernant la responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable », COM (2002) 347 Final du 2 juillet 2002 et « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie pour l'UE pour la période 2011-2014 », COM 2011 681 Final du 25 octobre 2011.

[31] Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 « relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur », sur laquelle v. P. Deumier, *RTDCIv*. 2009. 77.

[32] Sur les exemples qui suivent v., dans le présent volume, F. Laronze, « Le règlement des conflits de soft law en droit interne », *SUPRA/INFRA*, p. **XXX**.

[33] Cass. soc., 30 nov. 2011, *Rev. Lamy Dr. Aff.* 2012, n° 68, p. 48.

[34] Cass. soc., 16 février 2011, n° 09-41401. Cette analyse peut conduire à remettre en cause l'engagement au nom de la protection des salariés, comme l'a montré la célèbre affaire Dassault : Soc, 8 décembre 2009, *Bull. Civ.* 2009, V, n° 276

[35] Circ. DGT n° 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, précité. TGI Nanterre, 19 octobre 2007, *JCP* S. 2008, 1071, note A. TEISSIER ; P. WAQUET, « Règlement intérieur, charte d'éthique et système d'alerte », *Sem. soc. Lamy* 12 novembre 2007, n° 1328, p. 8. V. également, Cass. soc. 9 mai 2012, n° 11-13687 ; Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744, *Bull. civ.* V., n° 120 ; *Sem. soc. Lamy* 1er septembre 2008, n° 1364, p. 13, note A. TEISSIER ; *Rev. Lamy Dr. aff.* 2008, n° 32, p. 68, note I. DESBARATS ; *JCP* S. 2008, 1506, note A. BAREGE et B. BOSSU

[36] Pour plus de détails sur Nike, H. Muir Watt, « Les normes internationales et le marché global du travail : comment sortir de la spirale vers le bas », in : A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, 2008, p. 9 ; N. Gasmi et G. Grolleau, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants. », *Revue française de gestion*, 2005, n°4 , pp. 115-136.

l'inconnu (la charte éthique ou le code de conduite) au connu (l'engagement unilatéral, le contrat de travail ou le règlement intérieur), il faut en effet impérativement interpréter la norme nationale à la lueur de la norme d'entreprise.

On peut y voir une forme de prise en considération, dans sa version la plus souple, celle dont il a été vu qu'elle ne se distinguait guère du processus d'interprétation lui-même. Mais il n'en demeure pas moins que rien n'interdit ici de franchir une étape supplémentaire. Le processus de prise en considération pourrait en effet être à la fois systématisé et affiné, pour passer de la conception large, un peu vague et peu rigoureuse à une conception plus stricte et impérative. Rien n'interdit en effet d'intégrer dans le droit français lui-même (qui fournirait dès lors l'élément impératif de la règle) une obligation d'appliquer les règles contenues dans les chartes éthiques ou les codes de conduite. Plus précisément, il serait envisageable d'ajouter des dispositions spécifiques relatives aux normes de soft law d'entreprise dans le code du travail pour imposer un recours plus systématique à celles-ci.

Un tel recours n'impliquerait bien évidemment aucun recul de la norme étatique, en ce sens qu'une éventuelle contradiction trop flagrante ou même un simple recul de la protection assurée par la norme étatique (ou issue d'une convention collective, peu importe ici) pourrait être refusé. Ce qui serait imposé serait simplement que la norme soit-elle même intégrée dans le raisonnement judiciaire.

Une telle règle — qui reste à écrire — s'apparenterait à une règle de conflit de lois d'un genre particulier, en ce qu'elle prévoirait dans sa formulation même l'obligation de tenir compte d'une norme qui lui est extérieure, ici la norme de soft law contenue dans la charte éthique ou le code de conduite.

Il est certain que le détour par la prise en considération n'est nullement une nécessité logique. Les exemples tirés de la jurisprudence française montrent que d'autres analyses sont envisageables et, en droit international privé, il a été montré avec beaucoup de clarté que, très fréquemment, « la norme prise en considération aurait pu déployer ses effets selon une méthode standard »[37].

Il reste que la diversité des solutions est ici source de confusion, d'insécurité, et peut-être d'une inutile complexité. Dès lors, la règle de prise en considération, à condition d'être clairement formulée, pourrait peut-être ici constituer un vecteur important et relativement clair d'efficacité de la norme d'entreprise, et, peut-être, au passage, participer au renouvellement d'un principe de faveur dont on sait combien il est aujourd'hui profondément remis en cause.

B. Accords collectifs d'entreprise et prise en considération : les accords-cadres internationaux

1. Les accords cadres

L'un des phénomènes marquants de ces dernières années du droit international des entreprises, désormais largement étudié [38], est l'émergence d'accords cadres

[37] D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 436-1, où les auteurs parlent de « versatilité » de la prise en considération.

[38] V. part. les études d'ensemble de : A. LAMINE, *Accords d'entreprise transnationaux en quête d'effectivité, Etude juridique et prospective d'une norme collective du travail*, thèse dact., Louvain, 2015 et M. FRAPARD, *La protection négociée des droits sociaux fondamentaux des travailleurs - Contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, thèse dact., Strasbourg, 2016.

transnationaux. Phénomène saisissant par lequel l'autonomie de la volonté se développe de la façon la plus large, ces accords sont définis par la Commission européenne de la façon suivante :

« un accord d'entreprise transnational est un accord comportant des engagements réciproques, dont le champ d'application s'étend au territoire de plusieurs États, conclu entre un ou plusieurs représentants d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs d'autre part, portant sur des conditions de travail et d'emploi et/ou les relations entre les employeurs et les travailleurs ou leurs représentants »[39]. A ces considérations propres au droit du travail, il faut ajouter aujourd'hui que ces accords portent fréquemment non seulement sur les droits des travailleurs, mais encore, sur le droit de l'environnement ou, plus largement, sur la responsabilité sociale des entreprises.

Ces accords cadres permettent donc à des entreprises transnationales de lier les différentes sociétés entre elles par des accords. Ceux-ci reprennent en général quelques engagements en matière de droits fondamentaux des travailleurs, notamment à travers les droits garantis par la déclaration de l'OIT de 1998, et, parfois, quelques engagements en matière environnementale ou plus généralement sociétale. Ces accords permettent, par la seule grâce de la volonté des parties, de recréer des règles uniques applicables au groupe, là où les règles de conflit de lois classiques sont impuissantes à assurer une certaine unité.

Il reste que la valeur juridique de ces contrats est fortement atténué par la volonté des acteurs d'en faire, la plupart du temps, de simples obligations de moyens, engagements non contraignants relevant plus nettement du soft law que de l'obligation contractuelle pure et simple. Le plus souvent, ces accords portent sur un objet relativement précis : le respect des droits sociaux (et parfois environnementaux) fondamentaux et l'engagement de mettre en œuvre des procédures de dialogue social. Le caractère très général du contenu de ces accords conduit à estimer qu'il restera rare, en tout cas du point de vue du droit français, que ceux-ci puissent aboutir à des solutions fortement dérogatoires au droit national. L'impérativité particulière du droit des relations collectives conduira à faire prévaloir celui-ci sur l'engagement de l'entreprise si, d'aventure, cette dernière entendait s'appuyer sur un accord cadre pour échapper aux obligations qui lui incombent en application de la loi nationale applicable. En d'autres termes, tant que ces accords se contentent – ce qui est le cas dans leur grande majorité[40] – de rappeler quelques engagements vagues de protection des droits sociaux fondamentaux et de faire des efforts en matière d'environnement, la difficulté juridique n'est pas cruciale. Elle le devient, en revanche, lorsque leurs stipulations se précisent pour en faire un peu plus qu'un simple échange de (bonnes) volontés. Dans ce cas, en effet, il reste extrêmement difficile de savoir si un tel accord pourrait supplanter la loi nationale applicable, par exemple celle du contrat de travail.

Or, par nature internationaux, ces accords posent d'importantes difficultés de droit international privé et les questions sont bien plus nombreuses aujourd'hui que les

[39] Commission européenne, *Le rôle des accords d'entreprises transnationaux dans le contexte d'une intégration internationale croissante*, SEC (2008) 2155, 2 juillet 2008, p. 3, note 2.

[40] V. les remarques parfois sceptiques d'I. Daugareilh, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », *in* I. Daugareilh (dir.), *Mondialisation, Travail et Droits Fondamentaux*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 349.

réponses [41]. La loi applicable à ces accords, le caractère obligatoire de leurs prescriptions, les liens entres les règles nationales où se trouvent les sociétés ou les établissements de celles-ci et les règles posées par les accords : autant de questions encore largement non résolues par le droit, national, européen ou international, qui peine à se saisir de façon efficace de ces accords. C'est là sans doute l'un des enjeux majeurs du droit international privé et, au delà du droit social international dans son ensemble, que de résoudre les multiples conflits de normes qu'ils peuvent engendrer.

D'autant que la question de la compatibilité des dispositions de l'accord avec les dispositions européennes ou nationales en la matière reste entièrement ouverte, et il ne fait guère de doute que le droit international privé devra être sollicité pour résoudre la question de la détermination de la norme finalement applicable. Il est dès lors probable que l'intervention de la règle de conflit de lois réintroduira de la diversité, celle des diverses lois étatiques, là où l'accord cherche l'unité. Un accord sur le temps de travail qui contredirait une norme nationale, par exemple, serait probablement contesté dans le pays à l'origine de cette norme.

Un travail d'importance reste donc à faire pour combiner les règles privées et les règles étatiques ou supra étatiques et un certain degré de diversité restera plus que probablement inévitable[42].

La prise en considération pourrait-elle dans ce cadre servir de vecteur d'applicabilité et d'unité ?

2. Syncrétisme méthodologique et prise en considération : un détour par le Comité d'entreprise européen

a. Quelle prise en considération ?

La prise en considération pourrait-elle jouer un rôle dans ce cadre ? Le caractère international de la difficulté rend ici les choses plus complexes. Pour que ces accords franchissent le cap de l'obligatoriété, il faudra en effet nécessairement passer par le truchement d'une règle de conflit de lois classique, qui déterminera une loi applicable étatique applicable.

Dès lors, la prise en considération pourrait être envisagée à deux niveaux : celui de la désignation de la loi applicable, celui de l'application de la loi désignée.

Cette seconde hypothèse ne se distingue pas du cas de la charte éthique ou du code de bonne conduite. De la même façon qu'une règle de droit interne français pourrait imposer la prise en considération d'une norme unilatérale d'entreprise, celle-ci pourrait en effet imposer celle de l'accord. Mais l'applicabilité même de cette norme suppose que le droit français soit, d'une façon ou d'une autre, désigné.

Dès lors, pour être réellement opératoire, la prise en considération devrait agir au stade de la désignation elle-même du droit. Une telle règle, pourtant, ne paraît guère aisée à imaginer.

A cet égard, beaucoup reste à apprendre de l'intéressante combinaison entre action publique et accord volontaire qui est l'apanage du Comité d'entreprise européen. Il y a là

[41] Sur ce point, tout ou presque a été dit dans l'important rapport remis à la Commission européenne en 2009 : A. Van Hoek et F. Hendrickx, « *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements* », 20 octobre 2009, disponible sur : ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4815&langId=en (dernière visite le 1er juin 2017).
[42] V. sur ce point les remarques de A. LAMINE, *op. cit.*, pp. 481 et suiv.

en effet un type d'accord transnational à la fois plus directement opérationnel et juridiquement audacieux.

b. Le comité d'entreprise européen

Créé par une importante directive de 1994, remaniée en 2009[43], le Comité d'entreprise européen est l'une des plus intéressantes tentatives de mettre en œuvre une institution qui ne soit bornée ni par les personnalités morales ni par les ordres juridiques. Pour ce faire, le texte a eu recours à un étonnant et stimulant syncrétisme méthodologique.

L'ambition de ce texte est extrêmement grande, puisqu'il s'agit de créer une instance fédérative des différents établissements d'un groupe disséminé en plusieurs parties du territoire de l'Union. Comme l'affirme le 11e considérant, les procédures nationales « ne sont souvent pas adaptées à la structure transnationale de l'entité qui prend la décision affectant ces travailleurs ». Permettre la création d'une telle structure supposait donc une intervention de niveau européen.

Aux organes nationaux de dialogue social vient donc s'ajouter un Comité d'entreprise européen, nouvelle instance d'information et de consultation qui a vocation à jouer, au niveau européen, le même rôle que celui que jouent ses homologues de droit interne. La très grande brièveté du texte européen, composé de 19 articles, ne peut manquer pourtant de frapper le lecteur, face à la profusion des dispositions du code du travail français consacrées aux différents comités d'entreprises.

Une telle brièveté s'explique par un choix politique fondamental fait par le législateur européen : celui de ne pas mettre en place de structure fixe et aux prérogatives définitivement déterminées, mais, bien au contraire, de laisser presque complètement ouvertes les questions fondamentales relatives au fonctionnement et aux pouvoirs de ce comité. Ce choix s'explique par plusieurs raisons. L'une des plus profondes est sans aucun doute politique. Les divergences très fortes entre législations nationales sur ces questions expliquent que seul un texte très peu contraignant était susceptible d'être adopté.

Mais il reste que cette difficulté à s'entendre sur des textes aussi fondamentaux explique aussi le recours accru à l'autonomie des parties, désormais érigée en principe par le droit de l'Union[44].

Partant, comme on le voit, la quasi-totalité du contenu effectif de l'institution nouvellement créée est laissé ouverte à la négociation, sauf à exiger dans certaines hypothèses, essentiellement de résistance de l'employeur, l'application de dispositions minimales, appelées « prescriptions subsidiaires ».

Une telle approche explique que le texte de la directive soit assez court, et, en réalité, de nature essentiellement procédurale : son objet n'est en effet pas de décrire le comité

[43] Directive 94/45 du 22 septembre 1994 *concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*, *JOCE* L 254 du 30 septembre 1994, p. 64, complété et refondu par la Directive 2009/38 du 6 mai 2009 *concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JOUE* L 122 du 16 mai 2009, p. 28.

[44] V. particulièrement le 19ème considération : [C]onformément au principe de l'autonomie des parties, il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise ou de l'entreprise qui exerce le contrôle d'un groupe, de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions, les modalités de fonctionnement, les procédures et les ressources financières du comité d'entreprise européen […]

d'entreprise européen, il est d'en prévoir les modalités de création. A cet effet, un long travail de délimitation est nécessaire, pour définir par exemple ce qu'est une entreprise de dimension européenne, les seuils de création du comité ou la notion de direction centrale. Ces règles matérielles sont ensuite complétées par d'autres dispositions, visant à encadrer le déroulement de la négociation et l'objet de celle-ci (création d'un groupe spécial de négociation, liste des questions qui doivent faire l'objet d'un accord…). Le contenu de l'accord, la possibilité même de ne pas parvenir à un accord sont, en revanche, entièrement laissés à l'appréciation des négociateurs.

La mise en place du Comité d'entreprise européen semble ainsi mobiliser un mélange de règles matérielles, désignant de façon très générale un objectif et les moyens d'y parvenir, et d'autonomie de la volonté, puisqu'il revient à la négociation et au contrat le soin de préciser le contenu précis de l'accord futur.

A ces deux pôles, droit matériel de l'Union et autonomie de la volonté, il faut pourtant en ajouter un troisième, celui des règles étatiques. La directive, en effet, fait un usage intensif et étonnant de règles que l'on n'ose qualifier de règles de conflit, mais qui sont pourtant bien des règles de détermination d'un droit national déclaré applicable. Il ne s'agit plus ici de la traditionnelle marge d'appréciation nationale qui existe en matière de transposition des directives en général et des directives en matière sociale en particulier. Il s'agit bien de règles de droit international privé, qui renvoient au droit national pour régler des difficultés particulières qui ne peuvent être résolues ni par la directive elle-même, ni par l'accord des parties[45]. Le rôle des règles de conflit de lois et, à travers elles, des lois nationales, reste donc encore déterminant.

Une telle observation est très frappante. Du fait de ses limites intrinsèques – désigner une loi nationale – la règle de conflit de lois est en effet par nature impuissante à organiser les rapports collectifs au sein d'une entreprise multinationale[46]. Pourtant, elle vient ici se voir confier un rôle déterminant dans la mise en œuvre d'une institution majeure du droit dérivé.

La différence, pourtant, avec la règle de conflit de lois classique est importante. Alors, en effet, que, traditionnellement, le conflit de lois sert à déterminer la loi nationale qui prendra entièrement en charge la solution à la question de droit posée, les directives en cause font au contraire preuve d'une étonnante combinaison de méthodes.

Des règles matérielles de droit international viennent obliger à la création d'une procédure d'information et de consultation ; ces règles matérielles sont complétées par un appel à l'autonomie de la volonté, à qui est laissée une très large place ; la règle de conflit de lois enfin, va organiser une manière de coordination entre la règle matérielle européenne et l'autonomie de la volonté, pour encadrer l'exercice de cette volonté dans le but de parvenir à l'objectif visé, qui est celui de la création d'un organe nouveau.

Du point de vue du droit international privé, il faut reconnaître que la méthode est très innovante et dessine un rôle très différent pour la règle de conflit de lois. Il ne s'agit plus du tout, ici, de désigner simplement la loi applicable à une question de droit. Il s'agit de s'appuyer simultanément sur plusieurs lois nationales pour organiser une négociation,

[45] V. déjà sur ce point les profondes remarques de J. Meeusen, « Directive 94/45 concernant les comités d'entreprise européens : aspects de droit international privé », *in* M. Rigaux et F. Dorssemont (dir.), *Comités d'entreprise européens*, Intersentia, 1999, p. 239.

[46] L'observation avisée en avait été faite il y a déjà quelque temps par M.-A. Moreau dans son important ouvrage : *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, op. cit.*, spéc. pp. 289 et suiv.

puis le fonctionnement d'un organe, dont seuls le principe et quelques grandes lignes sont définis par des règles de l'Union.

Le mécanisme est audacieux, et fait sortir la règle de conflit de lois de son rôle habituel. C'est bien un rôle original de coordination qui lui est ici confié, en la combinant à la règle matérielle communautaire et à l'autonomie de la volonté pour permettre de vaincre sans harmonisation substantielle une diversité législative qui paraissait irréductible.

Une telle combinaison est méthodologiquement très proche de la prise en considération. Pour être mise en œuvre, la règle matérielle qui impose la création du comité d'entreprise européen impose en effet le détour par des règles nationales pour déterminer la façon dont, concrètement, va être atteint l'objectif fixé. Traduite en termes de prise en considération, on pourrait analyser cette règle matérielle comme forçant à prendre en considération les règles nationales, de fonctionnement des comités d'entreprises ou de désignation des représentants à ces comités.

c. Prendre la norme étatique en considération ?

Seul ce syncrétisme méthodologique a permis de passer d'une démarche purement volontaire à un mécanisme traditionnel de droit dur, permettant la création d'une institution juridique nouvelle.

Cette diversité caractérisera sans aucun doute les techniques de mise en œuvre des accords cadres internationaux. Ceux-ci, certes, ne sont nullement obligatoires. Il reste que les méthodes employées devront nécessairement, d'une façon ou d'une autre, s'appuyer sur les règles nationales. A nouveau, la désignation des représentants des salariés, les méthodes de négociation, le résultat de ces négociations puis enfin l'application des normes prévues par l'accord cadre international devront être articulées avec les règles nationales régissant les différentes sociétés qui composent l'entreprise et les rapports de travail en son sein.

Cette articulation peut prendre la forme de la prise en considération. La norme volontaire peut en effet imposer une telle prise en considération, en prévoyant ses propres conditions d'articulation avec le droit national. C'est ainsi que les règles contenues dans les accords cadres internationaux prévoient fréquemment le respect des droits nationaux du lieu de travail ou du siège de l'entreprise.

Ainsi par exemple de l'accord transnational du groupe Accor, de 1995, qui énonce que ses dispositions s'appliquent « conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur », de l'accord Arcelor de 2005, aux termes duquel « Les filiales du groupe sur lesquelles Arcelor exerce une influence dominante assurent l'application des dispositions du présent accord tout en tenant compte des réalités locales (règles et pratiques) » ou encore de l'accord Carrefour dans lequel le groupe « se réserve le droit d'en apprécier leur application et, le cas échéant, de les adapter si une réglementation locale (lois, règlements, jurisprudence) impose des dispositions contraires » [47].

Toutes ces règles sont proches du mécanisme de la prise en considération en ce qu'elles subordonnent leur fonctionnement à d'autres règles étatiques. Il s'agit toutefois d'une prise en considération exactement inverse de celle qui a été envisagée à propos des codes de conduite. Alors en effet que dans ce dernier cas, la prise en considération

[47] Ces exemples sont tirés de : M. Frapard, *thèse précitée*, n° 496.

servait à imposer que la règle nationale s'appuie sur la norme d'entreprise, elle sert ici à exiger que la norme d'entreprise s'appuie (ou, en tout cas, ne contredise pas), la norme nationale. Prise en considération volontaire, donc, qui en réalité pourrait aussi être analysée comme une simple clause de prudence, tant il est probable qu'une norme négociée allant directement à l'encontre d'une norme nationale qui se voudrait applicable risquerait d'être invalidée ou, en tout cas, écartée.

Le recours à la prise en considération est donc ici très différent et repose en toute hypothèse sur l'engagement négocié et donc la volonté des parties et non sur un mécanisme obligatoire. Il reste que parler ici de prise en considération permet de mettre le doigt sur la difficulté méthodologique propre aux accords cadres internationaux : l'articulation de la norme négociée et de la norme étatique. A nouveau, on est dans un mécanisme de conflit de lois, même si c'est un conflit de lois bien différent de celui que connaissent traditionnellement les spécialistes de droit international privé.

* *
*

La confrontation entre prise en considération et soft law semble donc bien aboutir à des résultats nuancés, peut-être un peu décevant au regard de l'intuition initiale qui a présidé à cette contribution.

La prise en considération, en effet, semble à la fois impuissante à véhiculer les normes de soft law directement produites par les institutions internationales et insuffisantes pour saisir à elle seule le phénomène complexe des accords cadres internationaux. Il n'en reste pas moins qu'elle ne doit pas être totalement écartée. Confrontée aux normes unilatérales d'entreprises, il apparaît en effet envisageable de réfléchir à une norme interne de prise en considération, qui intégrerait directement la norme de soft law dans la présupposé de la norme française applicable. Une telle solution permettrait peut-être d'imposer relativement clairement et simplement l'application du soft law, tout en échappant au double écueil de la régression sociale et de la confusion technique. Confrontée aux accords, le détour par la prise en considération est moins directement opératoire, mais illustre peut-être la nécessité d'articuler norme négociée et norme nationale de façon relativement claire et imagée.

Mais la principale conclusion de cette brève exploration est peut-être ailleurs. S'il est en effet une marque frappante des mécanisme d'intégration des normes de soft law dans le droit dur, c'est bien celle de la diversité. Diversité matérielle et institutionnelle, qui conduit à inventer de nouvelles formes d'action en justice, de raisonnement juridiques et judiciaires et à convoquer un foisonnement méthodologique permanent.

Rien de surprenant à cela : voilà beau temps que le soft law fait parler de lui précisément parce qu'il remet en cause les classifications juridiques traditionnelles. En cela, il participe aussi d'un renouvellement profond des sources du droit qui sans aucun doute est le tout premier programme de travail complexe, mais enthousiasmant, des juristes du siècle.