

# ENTREPRISES TRANSNATIONALES ET DROITS DE L'HOMME

## A LA RECHERCHE DES COMBINAISONS NORMATIVES ADAPTEES

Yann Queinnec \*  
William Bourdon \*\*

////

*L'implication des entreprises pour respecter et mettre en œuvre les droits de l'homme alimente une vague irrésistible, celle d'une Responsabilité Sociétale des Entreprises qui irrigue les discours et stratégies de l'ensemble des entreprises transnationales. Même si l'on peut créditer plusieurs institutions publiques et privées d'avancées, le besoin de régulation qui l'accompagne trouve aujourd'hui des réponses plus remarquables par leur hétérogénéité que par leur efficacité.*

*Si les plus récentes n'ont pas eu le temps de se déployer, force est de constater que le corpus existant connaît des hésitations et ambiguïtés dont une seule certitude émerge : l'état d'insécurité juridique dans lequel les entreprises et les victimes de violation de droits fondamentaux évoluent.*

*A la lumière des dernières évolutions, l'article tente d'identifier les obstacles et leviers de régulation les plus remarquables et de dresser les contours de combinaisons adaptées aux enjeux des droits de l'homme et de l'entreprise. Il en résulte que la frontière aujourd'hui poreuse entre les outils de soft et de hard law est la source la plus prometteuse de co-production normative.*

////

Article à paraître dans le premier numéro du Journal européen des droits de l'homme  
Lancement le 26 avril 2013

\* Directeur associé d'Orientation Durable, Membre du FORDE, Enseignant chercheur au CDA-PR Rennes 1 et l'HEAD, Ancien directeur de Sherpa  
\*\* Avocat, Président de l'association Sherpa, Ancien secrétaire général de la FIDH

## Introduction

Si l'implication des entreprises pour respecter et mettre en œuvre les droits de l'homme est encore contestée tant au plan économique que juridique,<sup>1</sup> cette aspiration alimente une vague irrésistible, celle d'une Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE)<sup>2</sup>. La RSE irrigue les discours et stratégies de l'ensemble des entreprises transnationales et inspire les producteurs de normes publiques et privées<sup>3</sup> à la recherche d'une régulation adaptée aux enjeux de la globalisation des échanges et ses acteurs principaux, les entreprises transnationales (ETN).

Ces initiatives résultent du croisement de plusieurs phénomènes. La montée en puissance d'acteurs économiques mondiaux dont l'influence de certains dépasse celle d'Etats souverains, sans

pour autant être liés par les conventions internationales.<sup>4</sup> Une externalisation grandissante de la production des biens et services qui a marqué ces dernières décennies et complexifié la protection et le respect tout au long de la chaîne de valeur des droits civils, politiques, économiques et sociaux. Ajoutons l'attention croissante des acheteurs, consommateurs, financeurs et autres parties prenantes des entreprises telles que les ONG portée sur leurs performances sociétales et tous les ingrédients se trouvent réunis pour une quête légitime de régulation.

Or ce besoin de régulation induit par l'affirmation répétée du rôle clef des entreprises dans l'atteinte de ces objectifs d'intérêt général trouve aujourd'hui des réponses plus remarquables par leur hétérogénéité que par leur efficacité. Le début des années 10 a ainsi été marqué par l'adoption et la révision d'outils normatifs dédiés ou mettant l'accent sur la responsabilité des entreprises transnationales à l'égard des droits de l'homme. En particulier la publication de la norme ISO 26000 en novembre 2010, la mise à jour des principes directeurs de l'OCDE en mai 2011 et ceux dédiés aux droits de l'homme adoptés par le conseil des droits de l'homme de l'ONU en juin 2011 ainsi que la Communication de la Commission européenne du 25 octobre 2011.<sup>5</sup>

Mais si l'on peut créditer plusieurs institutions publiques et privées d'avancées, leur force normative<sup>6</sup> est variable et dépend largement de la qualité de l'émetteur (les sources), des modalités de mise en œuvre (les moyens) et de l'accueil qui leur est réservé par les acteurs (leur appropriation). Si les plus récentes n'ont pas eu le temps de se déployer, force est de constater que le corpus existant connaît des hésitations et ambiguïtés dont une seule certitude émerge : l'état d'insécurité juridique dans lequel les entreprises et les victimes de violation de droits fondamentaux évoluent. Les premières ressentant, à tort, la promotion de normes contraignantes comme une menace, alors qu'elles contribueront à garantir les avantages compétitifs nés de démarches de RSE. Les secondes ne disposant d'aucune garantie d'accès à la justice, a fortiori lorsque la défaillance de leur juridiction nationale les contraint de remonter au niveau des juridictions des sociétés mères.

Le travail du Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie,<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Il ressort de travaux empiriques menés dans le cadre du projet de recherche ESTER, *Social regulation of European transnational companies*, EU's Sixth Framework Programme, 2004-2007 portant sur des scénarios de régulation internationale de la RSE que si « Tous les interlocuteurs entrepreneuriaux ont exclu radicalement l'application d'une régulation qui serait nationale et contraignante et, de manière largement majoritaire, ont rejeté aussi toute régulation qui serait contraignante. (...) Les interlocuteurs représentant des ONG ont majoritairement pris position en faveur d'une régulation contraignante et de niveau international, (de même) et de manière très majoritaire, (que) les organisations syndicales. » M. Dispersyn, *La régulation juridique internationale de la RSE : un scénario possible ?*, in Daugareilh I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, 2011, Bruylant, pp. 535 et 536.

<sup>2</sup> Nous utiliserons autant que faire ce peut le terme « sociétal » qui est plus inclusif que « social », dont la transposition de l'anglais au français se révèle inadaptée, car elle renvoie essentiellement au droit du travail. Le terme « sociétal » permet ainsi d'inclure la sphère des droits fondamentaux. À ce titre, l'article 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui décrit les conditions minimales auxquelles chaque citoyen devrait pouvoir prétendre, donne une idée de la substance que l'on peut attacher au terme « sociétal » : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. ».

<sup>3</sup> Voir notamment J.-P. Dom, *Responsabilité sociale des entreprises – Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises*, Parlement Européen, Direction générale des politiques internes, juin 2012 ; F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, Etudes Juridiques, Economica, 2011 ; O. Maurel, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme – II Etat des lieux et perspectives d'action publique*, La Documentation française, Paris, 2008.

---

<sup>4</sup> Ce qui explique l'attention institutionnelle depuis les années 70, de la part de l'ONU (1974), de l'OCDE (1976) et de l'OIT (1977). S'agissant des Nations Unies rappelons que le Conseil économique et social, dès 1974, avait mis en place une commission des sociétés transnationales chargée de faire des propositions pour réglementer leurs activités au niveau international. Faute de consensus politique ce projet fût abandonné en 1992. Notons aussi en 2003 la tentative avortée de la sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies de créer des obligations pesant sur les entreprises transnationales et un régime de sanction adapté.

<sup>5</sup> COM(2011) 261 du 25 octobre 2011.

<sup>6</sup> C. Thibierge et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., 2009.

<sup>7</sup> Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie – Principes directeurs relatifs

résume bien l'enjeu de la cohabitation normative à l'œuvre en encourageant les normes privées et bonnes pratiques, d'une part, tout en enjoignant les Etats à se doter des moyens juridiques, humains et financiers pour rendre effectives leurs dispositions légales en la matière.

La présente contribution s'inscrit dans le prolongement d'une série de propositions formulées en décembre 2010.<sup>8</sup> En recourant autant aux mécanismes de *soft-law* que de *hard law*, elles avaient vocation à mettre l'accent sur deux vertus fondamentales du droit : la faculté d'abstraction et la capacité à organiser.<sup>9</sup> Questionner ce qu'est fondamentalement une entreprise, qui plus est transnationale, organiser une obligation de reporting social et environnemental ou imposer des normes d'étiquetage, le tout assorti d'incitations (fiscales, d'accès aux marchés financiers, aux marchés publics, aux aides à l'exportation, etc.), de sanctions (civiles, pénales ou administratives) ou non, sont autant d'exemples de ce que les législateurs nationaux peuvent envisager. La difficulté réside dans l'articulation de ces dispositifs avec la profusion d'outils issus de l'autorégulation, qu'ils soient individuels, collectifs, qu'ils répondent à une logique de filière ou transversale.

C'est sans doute cette frontière aujourd'hui poreuse entre les outils de *soft* et de *hard law* qui est la source la plus prometteuse de co-production normative,<sup>10</sup> de réponses aux enjeux d'une mondialisation qui, à la fois, aggrave les violations des droits de l'homme tout en les réduisant, de façon fragmentée, à la faveur d'initiatives volontaires. Dans cet espace notre conviction est que les juristes en mobilisant les « forces imaginantes » du droit peuvent apporter des solutions utiles à la prise de décisions,<sup>11</sup> tout en offrant une sécurité juridique qui en l'état actuel fait défaut.

A la lumière des dernières évolutions, nous tenterons d'identifier les obstacles et leviers de régulation qui nous paraissent les plus remarquables (I.) et de dresser les contours de combinaisons normatives adaptées aux enjeux des droits de l'homme et de l'entreprise (II.).

---

aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies (21 mars 2011)(A/HRC/17/31).

<sup>8</sup> Y. Queindec, W. Bourdon, « Réguler les entreprises multinationales, 46 propositions », Série cahiers de propositions, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale, 2010.

<sup>9</sup> J. Paillusseau, *Le droit est aussi un science de l'organisation*, RTD com, janv.-mars 1989, 42(1), p.1 et s.

<sup>10</sup> D. Poracchia, B. Brignon, G. Rabu « Droits fondamentaux et normes privées », *RRJ*, 2011-5, p. 2248.

<sup>11</sup> Ains que Mireille Delmas-Marty le décrit dans le troisième tome de la série " Les forces imaginantes du droit ", intitulé *Le pluralisme ordonné*, c'est notamment au juge que revient ce rôle : " *Le juge joue ainsi en quelque sorte le rôle d'un rhéostat qui fait varier l'intensité normative en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables. La Cour européenne des droits de l'Homme, pour reprendre l'exemple le plus explicite, fonctionne alors comme un variateur, ou un ajusteur, qui contribue à la stabilité de la structure en dépit, ou peut-être en raison, de sa complexité.* " in *Le pluralisme ordonné*, M. DELMAS-MARTY, Seuil, 2006, p. 97.

## I. Etat des lieux des obstacles et leviers de régulation

Face aux difficultés rencontrées pour appréhender la responsabilité juridique d'une entreprise transnationale, même pour les cas de violations de droits fondamentaux les plus graves, les Etats sont invités à un sursaut de régulation (A.). Dans le même temps, l'autorégulation a généré des usages qui se révèlent utiles et méritent d'être consolidés (B.).

### A. L'indispensable sursaut des Etats

En préalable, la constatation d'une caractéristique fondamentale des entreprises transnationales s'impose, à savoir le décalage croissant entre leur réalité juridique et économique.<sup>12</sup> Dans un contexte globalisé marqué par un intense recours à l'externalisation de la production de biens et services, le principe d'autonomie juridique selon lequel chaque entité composant une ETN est autonome à l'égard des autres dans la direction de ses affaires juridiques, sociales ou économiques a pu entretenir un climat de défiance face à des pratiques de dumping social, environnemental voire fiscal. C'est l'effet d'isolement de chaque membre d'un groupe des conséquences civiles ou pénales de l'action des autres membres du groupe qui pose difficulté, alors même que les grandes décisions et leur mise en œuvre sont pilotées par la société mère.<sup>13</sup> Ce décalage n'étant pas à ce jour compensé par une régulation internationale adaptée, les Etats se trouvent livrés à eux mêmes dans leur périmètre de souveraineté limité. Même si une organisation régionale telle que l'Union Européenne leur donne plus d'influence, force est de constater que des questions aussi fondamentales que l'accès à la justice de victimes de violation de droits de l'homme perpétrées hors de l'UE par les filiales d'ETN européennes restent, à ce jour, sans réponse effective.

Les récentes initiatives d'institutions internationales ont le grand mérite de l'admettre en rappelant que faute de transferts de souveraineté adaptés aux enjeux globaux du développement durable, il est vain d'espérer, dans un proche avenir, aboutir à des organes de gouvernance adaptés. La résolution « L'avenir que nous voulons » adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 11 septembre 2012 élaboré à l'issue de Rio+20<sup>14</sup> rappelle ainsi une réalité fondamentale dans son paragraphe 43 en insistant sur le fait « *qu'une large participation du public et l'accès à l'information comme aux instances judiciaires et administratives sont indispensables à la promotion du développement durable* » en précisant que « *le développement durable implique la*

---

<sup>12</sup> Et qui impose aussi de rappeler la distinction fondamentale qu'il convient d'opérer entre la notion de société et celle d'entreprise. V. J. Paillusseau, in *Les fondements modernes du droit des sociétés*, JCP(E), 1984, 14193, p. 168).

<sup>13</sup> Nous ne sommes pas encore dans l'ère du pouvoir latéral prônée par Jérémy Rifkin. J. Rifkin, *La troisième révolution industrielle, comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les Liens qui Libèrent, 2012.

<sup>14</sup> L'avenir que nous voulons (11 septembre 2012)(A/RES/66/288), paragraphe 43.

*participation active et concrète des organes législatifs et judiciaires aux niveaux régional, national et infranational (...) ».*

Mais ce sont assurément les récents Principes directeurs accompagnant le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies qui appellent le plus explicitement les Etats à adopter des règles et des voies de recours sur la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales.<sup>15</sup>

Rappelons que le cadre de référence repose sur trois piliers. Premièrement, l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés. Deuxièmement, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, autrement dit de faire preuve de diligence raisonnable pour s'assurer de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part. Troisièmement, la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires. Le chapitre introductif des Principes rappelle que chaque pilier est une composante essentielle d'un système interdépendant et dynamique de mesures de prévention et de réparation: l'obligation de protéger incombant à l'État car c'est le cœur même du régime international des droits de l'homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme car la société attend d'elles au minimum qu'elles les respectent; et l'accès à des mesures de réparation parce que même les efforts les plus concertés ne peuvent pas prévenir toutes les pratiques abusives.<sup>16</sup>

Or que nous disent en substance ces principes ?<sup>17</sup> Le premier principe fondateur de la responsabilité incombant aux Etats est suffisamment éloquent : « *Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires.* »<sup>18</sup> Ce principe est à rapprocher du troisième pilier dédié au volet réparation, selon

lequel les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif.<sup>19</sup>

La formulation très générique<sup>20</sup> du second principe qui invite les Etats à réglementer les activités extraterritoriales des entreprises finit de dresser le tableau des enjeux.

En s'inscrivant dans le droit fil de la théorie des actions positives à laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis et la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>21</sup> ont eu recours, les Principes directeurs enjoignent les Etats à recourir à toute une série de mesures en trois dimensions dont le périmètre d'application devrait s'étendre au-delà de leur juridiction : inciter, prévenir et sanctionner. C'est à travers ce triptyque que nous allons identifier les leviers et obstacles de l'action publique qui nous paraissent les plus remarquables.

### 1. Les mesures d'incitation

Les Etats disposent d'une batterie de moyens pour créer les conditions d'une incitation effective des entreprises à respecter les droits de l'homme.<sup>22</sup> Notre propos étant principalement d'identifier les obstacles et leviers en termes de prévention et de sanction des violations des droits de l'homme, nous nous limiterons ici à évoquer un levier d'incitation, celui des marchés publics. Il a le double mérite d'être déjà intégré dans le corpus juridique européen<sup>23</sup> et de s'articuler efficacement avec les

<sup>15</sup> Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie – Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies (21 mars 2011)(A/HRC/17/31).

<sup>16</sup> *Ibid.*, paragraphe 6 de la présentation des Principes.

<sup>17</sup> Dont il convient de préciser qu'ils précisent en guise de préalable : « La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. » Présentation des Principes directeurs, para. 14.

<sup>18</sup> Principe Directeur n°1.

<sup>19</sup> *Ibid.* Principe directeur n°24.

<sup>20</sup> « Les États devraient énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités. » *Ibid.* Principe directeur n°2.

<sup>21</sup> « (...) la convention ne se contente pas d'astreindre les autorités des Etats contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter pour un Etat des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations d'individus entre eux (...) ». CEDH, *Libor Novak c/ République Tchèque*, 13 novembre 2003, Requête n° 56525/00 – in D. Poracchia, B. Brignon, G. Rabu, *Droits fondamentaux et normes privées*, RRJ, 2011-5, p. 2240.

<sup>22</sup> Certains auteurs et praticiens recommandent même l'établissement d'un label dédié aux entreprises respectant leurs obligations à l'égard de la sécurité sociale, dimension expressément visée à l'article 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. V. Ravoux, D. Coleu, P. Coursier, *La convention labellisée RSE-URSSAF...vers un groupe de travail « Fouquet III » ?*, JCP Social, 29 mars 2011, n°1148.

<sup>23</sup> Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*J.O.*, L 134, 30.4.2004, p. 114). Voir aussi COM (2009) 215 final du 5 mai 2009 « contribuer au développement durable : le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liée au commerce » qui précise ainsi « Si un pouvoir adjudicateur a l'intention d'acheter des produits issus du commerce équitable, il peut définir dans le cahier des charges les critères de durabilité

mesures d'autorégulation les plus remarquables, dont certaines seront évoquées au chapitre B.<sup>24</sup>

Alors que se prépare une réforme des règles européennes de la commande publique,<sup>25</sup> un recours en manquement de la Commission a conduit la CJUE, dans l'arrêt « Noord Holland » rendu le 10 mai 2012,<sup>26</sup> à se prononcer sur le respect des exigences de transparence, non-discrimination et d'égalité de traitement qui garantissent une mise en concurrence effective pour l'attribution d'un marché. Cet arrêt portait sur la contestation du lien établi entre l'objet du marché et l'exigence d'un label commerce équitable exprimé par l'acheteur public, la province néerlandaise de Hollande-Septentrionale. La Cour a confirmé la validité de critères d'attributions fondés sur des considérations sociales ou environnementales. Elle précise que le critère peut s'abstraire de porter sur les caractéristiques du produit et résider dans son origine, en l'espèce le commerce équitable pour le café et ou le thé. En confortant les démarches de labellisation, cette décision a vocation à ouvrir plus largement le recours dans les marchés publics à des critères touchant des considérations de droit de l'homme.<sup>27</sup> Elle confirme ainsi le rôle stratégique des labels, sous réserve comme le précise judicieusement le projet de directive « *que leurs critères soient fixés par un tiers indépendant de l'opérateur économique qui en demande l'obtention* ». <sup>28</sup>

Cette décision démontre, comme d'autres évoquées dans les développements suivants, combien l'action prétorienne (qui désigne le rôle du juge ; nous utiliserons aussi les termes œuvre ou action « jurisprudentielle »), face aux hésitations du législateur dues notamment à l'influence considérable du lobby anti-régulation des ETN, fait peu à peu œuvre juridique utile.

Si les mesures d'incitation sont particulièrement importantes pour l'intégration en profondeur des droits fondamentaux dans les cultures et pratiques des entreprises, elle n'apparaissent selon nous qu'en second rang des priorités, derrière la nécessité pour

les Etats de prévenir et sanctionner les violations de droits de l'homme.

## 2. Les mesures de prévention

Parmi les mesures auxquelles les Etats sont invités à recourir figure l'obligation d'information sur les performances extra-financières (a.) et toutes dispositions permettant aux entreprises de respecter leur obligation de diligence raisonnable (b.).

### a. L'obligation d'information extra-financière

Les initiatives nombreuses et hétérogènes visant à diffuser et fiabiliser les pratiques de *reporting* (reddition de compte) extra-financier donnent la mesure des enjeux<sup>29</sup> et les effets préventifs qui leurs sont associés<sup>30</sup>.

L'émergence de pratiques volontaires de *reporting* social et environnemental constatée depuis les années 70 a connu un développement important au cours des vingt dernières années, le volet social ayant rejoint le plus "classique" volet environnemental dans les années 90, auquel s'est joint le volet gouvernance pour former ce qu'il est usuel de désigner le *reporting* ESG. Cette croissance a été particulièrement significative ces dernières années en Europe, impulsée ou, selon le cas, accompagnée par les instances communautaires.<sup>31</sup>

Cependant, la complexification des chaînes d'approvisionnement contraint à une grande vigilance et surveillance qui sont très loin d'être au rendez-vous. En témoigne le faible recours à des indicateurs d'objectifs pertinents, c'est-à-dire complets et rendant compte de façon probante ou avancée des buts poursuivis par l'entreprise. Selon une étude réalisée en 2010 par Vigeo, les indicateurs d'objectifs sur lesquels les entreprises européennes communiquent ne concernent en moyenne, tous secteurs confondus, que 30% du périmètre pertinent exigé par le référentiels qui leur est opposable.<sup>32</sup> Par ailleurs, en l'état actuel

---

pertinents, qui doivent être liés à l'objet du marché et être conformes aux autres règles pertinentes de l'Union en matière de marchés publics, y compris aux principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence. »

<sup>24</sup> Sans parler du débat sur les enjeux de réciprocité entre l'Europe et le reste du monde qu'il ne manque pas de générer, ainsi que le rappelle Paul Lignières dans *Le temps des juristes, contribution juridique à la croissance européenne*, Essais, LexisNexis, 2012, pp. 131.

<sup>25</sup> Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final-2011/0438 (COD).

<sup>26</sup> Arrêt « Noord-Holland », CJUE, 10 mai 2012, Commission / Royaume des Pays-Bas, C-368/10. G. Jazottes, *Quelques points d'actualité jurisprudentielle sur l'achat responsable*, Journal des Sociétés, Juillet 2012, n°100, p.57.

<sup>27</sup> Le gouvernement français c'est d'ailleurs approprié les enseignements de l'arrêt « Noord-Holland » dans son Guide sur la achats publics issus du commerce équitable de juillet 2012 produit par la direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances. Les chiffres 2010 de l'achat public responsable montrent toutefois le chemin qui reste à parcourir. Seulement 2,5 % des marchés publics comportaient une clause sociale, 5,1 % une clause environnementale.

<sup>28</sup> Proposition de Directive précitée, article 41.

<sup>29</sup> Voir L.-D. Muka Tshibende, Y. Queindec et I. Tchotourian, art. 224-2 de la loi *Grenelle II*, « Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable », Rev. Dr. Int. Et Dr. Comp, Bruylant, 2012, n°1, p. 133 et s.

<sup>30</sup> À ce sujet, l'avis du conseil d'administration du *Global Reporting Initiative* (GRI) exprimé en mars 2009 est éclairant : « nous, le Conseil d'administration de Global Reporting Initiative croyons que la transparence dans la communication en matière de développement durable des entreprises vis-à-vis de leurs parties prenantes a été insuffisante. Même si nous reconnaissons que certains gouvernements ont ouvert la voie, nous appelons tous les gouvernements à étendre et renforcer leur politique dans ce domaine » (extrait de J. Igalens, *Reddition des comptes en matière de RSE*, in C. Malecki (dir.), *Dossier : La RSE*, Journal des Sociétés, octobre 2009, n°69, p.34).

<sup>31</sup> Ainsi en est-il en particulier de la directive 2003/51/EC du Parlement européen et du Conseil pour la modernisation des normes comptables du 18 juin 2003 et plus récemment la Communication n° 83/349, COM(2011) 261 du 25 octobre 2011, para. 4.5.

<sup>32</sup> Selon cette même étude réalisée sur la base des informations publiées ou communiquées à Vigeo par plus de 700 entreprises européennes entre 2007 et 2009 : « Les défaillances les plus fréquemment rencontrées dans la fourniture d'indicateurs de

des législations, une ETN peut omettre de signaler dans son rapport annuel des risques ou des dommages sociaux ou environnementaux survenus dans une de ses filiales étrangères, tant que personne ne vient le lui reprocher avec preuves à l'appui. Cet état du droit revient à couvrir la négligence en n'exigeant qu'une obligation passive d'information. Il est crucial de renverser cette tendance, afin d'inciter les ETN à tout mettre en œuvre pour prévenir les risques.<sup>33</sup> Les principes directeurs de l'ONU incitent les Etats à étendre l'obligation de reporting ESG et mieux l'encadrer, en incitant d'une part et sanctionnant d'autre part. Mais cela pose précisément la question du bon équilibre du dispositif dont l'efficacité requiert une dose de contrainte ainsi que l'association Sherpa l'a proposé en 2007 lors des travaux du Grenelle de l'environnement.<sup>34</sup>

Sans prétendre épuiser le sujet qui fait actuellement l'objet de travaux initiés par la Commission européenne,<sup>35</sup> nous avons proposé<sup>36</sup> d'imposer à toutes les sociétés têtes de groupe de rapporter annuellement les impacts sociaux et environnementaux de leur action, en incluant l'ensemble des entités composant le groupe. Le succès du dispositif dépendra : a) de l'implication grandissante des commissaires aux comptes et autres vérificateurs indépendants<sup>37</sup> ainsi que de l'évolution des

---

résultats concernent l'intégration des facteurs sociaux et environnementaux dans les processus d'achats. » (RSE : de quoi les entreprises rendent-elles compte ? Analyse du reporting des entreprises européennes sur l'exercice de leur responsabilité sociale, 2010, pp. 9 et 15).

<sup>33</sup> « Reporting may become an instrument for some governments as well, aiming to check compliance or the appropriateness of self-regulation. Although this could be associated with litigation, especially in the US context, this development is not necessarily bad to firms. To the contrary, when "forced" in this way to watch the validity, the whole management system might be geared to providing the correct and relevant information, leading to an additional control on efficiency and effectiveness. » Ans Kolk, *Trajectories of Sustainability Reporting by MNCs*, *Journal of World Business*, Vol.45, n°4, 2010, pp. 367-374.

<sup>34</sup> Une des propositions de Sherpa complétait l'alinéa 5 de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce français par la mention suivante : « La non transmission de ces informations spécifiques constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de la société envers les tiers. ». O. Maurel, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme – II Etat des lieux et perspectives d'action publique*, La Documentation française, Paris, 2008, p.385.

<sup>35</sup> Un projet de directive de l'Union Européenne en matière d'information extra-financière et de diversité des organes de gouvernance est actuellement en discussion. Cette directive, portée par la Direction Marché intérieur et services propose de modifier le contenu du rapport de gestion, par deux amendement aux directives sur les comptes annuels et les comptes consolidés (article 46 de la quatrième directive 78/660/CEE sur les comptes annuels et article 36 de la septième directive 83/349/CEE sur les comptes consolidés).

<sup>36</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°9 ainsi que les propositions 13, 14 et 36 qui respectivement recommandent de garantir un droit d'accès des tiers aux informations extra-financières et la création d'observatoires desdites performances (à l'échelon national et international).

<sup>37</sup> A noter sur ce point la consultation lancée en décembre 2012 par le ministère français de la Justice sur l'arrêté déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission prévue à l'article L 225-102-1 du code de commerce et plus précisément le décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et

pratiques comptables ; b) de l'émergence d'indicateurs lisibles permettant de comparer les performances sociales et environnementales des entreprises ; c) de la possibilité pour les "parties prenantes" (*stakeholders* ou partenaires de l'entreprise, comme les salariés, les clients, les fournisseurs ou les organisations de la société civile) de jouer leur rôle de veille aux côtés des commissaires aux comptes et autres vérificateurs et des actionnaires (*shareholders*).

Une attention particulière portera sur le périmètre pertinent, qui pourra utilement se référer à la notion de consolidation comptable<sup>38</sup> et le degré de détail des informations rapportées. Selon la pertinence des enjeux, le reporting pourra s'effectuer par entité, ou par le biais d'une consolidation des informations. Nous constaterons sur ces derniers points combien les normes privées et en particulier les lignes directrices de la Global Reporting Initiative<sup>39</sup> ainsi que les travaux de l'International Integrated Reporting Council, sont une importante source d'inspiration pour les législateurs nationaux ou régionaux. La récente réforme du dispositif français, qui, au passage, a intégré explicitement une rubrique dédiée aux droits de l'homme, renvoie d'ailleurs judicieusement aux standards internationaux, ce qui ne manquera pas d'influer sur l'interprétation de ces questions clés qui conditionnent la qualité de la reddition d'information au niveau de la société mère.<sup>40</sup>

Précisons que si nous prônons les vertus de la transparence, considérant que le développement d'outils de reporting de qualité doit inciter les entreprises à améliorer leurs performances ESG et en ce sens prévenir la survenances de dommages, c'est un angle bien plus incisif qui nous incite à l'encourager. En effet, elle revient par son périmètre d'application incluant l'ensemble des entités sur lesquelles la société, débitrice de l'obligation, doit rapporter, en cas de non respect de cette obligation, à conforter la compétence de la juridiction du siège, l'un des éléments à l'origine des préjudices résultant du non respect d'une obligation pesant sur la société mère.<sup>41</sup> Par ailleurs, une telle obligation contribue à faire peser sur cette dernière une présomption de connaissance des pratiques dans ses filiales, la connaissance de

---

environnementale.

<sup>38</sup> Le droit comptable offre des éléments utiles avec le mécanisme de consolidation comptable qui recoure notamment à la notion d'influence dominante qui peut résulter d'un contrat ou de clauses statutaires, ou d'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise ; cette dernière étant présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. Articles 1-c) et 33-1) de la septième directive du 13 juin 1983 (83/349/CEE) concernant les comptes consolidés.

<sup>39</sup> Les lignes directrices de la GRI proposent une normalisation du contenu des rapports de développement durable.

<sup>40</sup> L.-D. Muka Tshibende, Y. Queinnec et I. Tchoutourian, *op. cit.*, p. 113 et s. ; N. Antheaume et al., *Du nouveau dans le reporting extra-financier des sociétés : Analyse pluridisciplinaire et critique du décret relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale*, in *Jalons pour une économie verte*, PUAM, à paraître en 2013.

<sup>41</sup> M.-C. Caillet, Y. Queinnec « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », in Daugareilh I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, 2011, Bruylant. V.

faits répréhensibles non suivie d'effets n'étant pas sans incidence pour établir la négligence (ou à tout le moins le non respect de l'obligation de diligence raisonnable), voire la mauvaise foi de la société mère en cas de poursuites au civil comme au pénal.<sup>42</sup> Nous constaterons que le duo constitué de l'obligation de diligence raisonnable et de la notion de sphère de sphère d'influence, issue des standards internationaux de RSE, conforte cette extension de responsabilité (II.).

Observons pour finir que les informations collectées dans le cadre de cette obligation de reporting ESG constituent la matière première d'étiquetage intelligents que nous appelons également de nos vœux<sup>43</sup> et dont certaines initiatives privées démontrent d'ores et déjà la faisabilité.<sup>44</sup>

## b. L'obligation de diligence raisonnable

« Afin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. »<sup>45</sup> C'est en ces termes que les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme décrivent l'obligation faite aux entreprises de prévenir les violations susceptibles de survenir du fait de leur activité.

Observons que si la communication de la Commission Européenne du 25 octobre 2011, tout comme les principes directeurs de l'OCDE et de l'ONU ont retenu le terme de « diligence », associé ou non au terme « raisonnable », alors que la norme ISO 26000 utilise les termes « devoir de vigilance », l'ensemble de ces appellations renvoie à une même exigence. Il s'agit pour l'essentiel d'une obligation de moyens enjoignant l'entreprise à identifier, prévenir et d'atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels qui résultent de ses décisions et activités.

<sup>42</sup> A ce titre, s'agissant du nouveau dispositif français objet de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce modifié par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, cette analyse opérée par l'association Sherpa des effets potentiels de cette dispense de reporting accordée aux filiales : « En offrant aux filiales une dispense de reporting, sous réserve que ces informations soient disponibles au niveau de la société mère, le décret reconnaît implicitement sa responsabilité à l'égard de l'impact de ses filiales. Il est donc possible d'avoir une lecture positive de cette rédaction et d'en dégager des leviers pour prouver la responsabilité sociale des multinationales dans des faits commis à l'étranger par leurs filiales. Les sociétés mères sont invitées à la plus grande vigilance et conformément aux standards internationaux, auxquels renvoyait la loi (notamment la GRI), à rapporter entité par entité lorsque la pertinence des enjeux l'impose. », S. Cossart, responsable RSE de l'association Sherpa, interview, dans Novethic, « Repères RSE », Juillet/Août/Septembre 2012, n°98, p. 3.

<sup>43</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°39 sur l'instauration d'une obligation internationale d'affichage des performances sociales et environnementales des produits et services.

<sup>44</sup> Voir aux Etats-Unis l'initiative de l'université de Berkeley concrétisée par le site [www.goodguide.com](http://www.goodguide.com) et plus récemment son équivalent français [www.noteo.info](http://www.noteo.info).

<sup>45</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe n°3 Fonctions réglementaires et politiques générales de l'Etat.

Pour assurer l'efficacité de ce « devoir de vigilance », les Etats sont invités à exercer leurs « fonctions réglementaires ».<sup>46</sup> Ils disposent de plusieurs options dont une récente étude a établi un état des lieux éclairant.<sup>47</sup> En identifiant plusieurs mécanismes en matière de droit social, de protection de l'environnement, des consommateurs ou encore de lutte contre la corruption, elle invite les Etats à produire des équivalents dédiés aux droits de l'homme.

Cette obligation de diligence raisonnable appelle trois remarques. D'une part, son établissement impose d'interroger sa position idéale dans l'ordonnement juridique pour produire ses effets. Alors que les Principes directeurs font peser la responsabilité sur les Etats au niveau national, nous considérons qu'une telle disposition pourrait avoir sa place dans les normes de l'OMC, les règles de l'arbitrage international ou les traités bilatéraux d'investissement.<sup>48</sup> Notons à ce sujet l'adoption par le Parlement européen le 25 novembre 2010 d'une résolution sur la RSE dans les accords commerciaux internationaux.<sup>49</sup>

D'autre part, il apparaît que dans nombre de normes publiques existantes, en cas de survenance d'un dommage, sensé être évité par les procédures requises, le respect ou non de l'obligation de diligence raisonnable influera en cas de recours sur la charge de la preuve, la détermination de l'intention ou du degré de négligence. Ces effets étant valables autant dans le cas de mise en cause de la responsabilité civile, pénale qu'administrative.<sup>50</sup> L'assurance que doivent présenter les mécanismes est donc fondamentale et particulièrement complexe lorsque leur périmètre d'application est transnational. Or en pratique elle repose sur les entreprises elles-mêmes qui mettent en place les procédures ainsi que sur les organisations tierces sollicitées pour en contrôler la bonne mise en œuvre. Au-delà d'imposer aux entreprises des obligations d'information ambitieuses et un droit d'accès aux parties prenantes de l'entreprise, les Etats seraient ainsi bien avisés d'exiger de leur part de s'étalonner sur les meilleures pratiques en cours. Ceci vaudrait à certaines la reconnaissance du statut d'usage (voir II.).

Enfin, la teneur des obligations de diligence raisonnable recensées est très variable et rend le travail du régulateur public difficile. Il convient de s'interroger sur le degré de détail utile à l'efficacité d'initiatives publiques. C'est notamment ici qu'apparaît selon nous l'intérêt pour les Etats de se référer à la notion d'usage et de se borner à exiger des entreprises qu'elles mettent tout en œuvre pour atteindre l'excellence en la matière. Les juges saisis de violations disposeraient ainsi d'une grande latitude pour apprécier les éléments de fait et en tirer tous les conséquences juridiques utiles.

Nous sommes d'avis qu'une telle stratégie de régulation consistant pour l'Etat à enjoindre les entreprises à atteindre

<sup>46</sup> *Ibid.* Principe n°17.

<sup>47</sup> O. De Schutter, A. Ramasastry, M.B. Taylor and R. C. Thompson, *Human Right Due Diligence : The Role of States*, 2012.

<sup>48</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°4.

<sup>49</sup> 2009/2201(INI).

<sup>50</sup> E. F. Brown, « *No good deed goes unpunished : Is there a need for a safe harbor for aspirational corporate codes of conduct* », Georgia State University, Octobre 2007.

l'excellence des usages et pour les juges saisis de se prononcer en recourant au critère largement répandu de « comportement d'un homme raisonnable », entraînerait mécaniquement vers le haut les exigences, à mesure que l'état de l'art progresse. Ce dernier pouvant autant porter sur les aspects formels (quelles procédures de diligences doivent être mises en œuvre ?) que substantiels (dans quel but ?). Encore faut-il évidemment que les juges nationaux aient connaissance de tels usages et disposent d'une source fiable en la matière, qui n'en est qu'à ses balbutiements.

### 3. Les mesures de sanction

Les mesures de sanction posent les enjeux d'une bonne administration de la justice et de l'accueil par les juridictions nationales de recours dont les spécificités constituent des défis en termes d'intérêt à agir, de prescription et de bases légales.<sup>51</sup> L'immense difficulté tient au fait que les entreprises transnationales génèrent un décrochage factuel et temporel considérable entre l'infraction commise dans le périmètre juridictionnel d'une filiale et le lieu de décision à l'origine de cette infraction, décrochage qui rend extrêmement délicate l'identification du responsable civil ou pénal de l'infraction.<sup>52</sup>

Au-delà de la complexification des chaînes d'approvisionnement, un cran de difficulté supplémentaire surgit lié à l'interposition de personnes morales qui, dénuée de toute logique industrielle commerciale, ne vise bien souvent qu'à créer des écrans de fumée en vue d'échapper à l'impôt<sup>53</sup> et toutes autres responsabilités.

Le diagnostic opéré par les principes directeurs de l'ONU est encore plus précis quand ils indiquent que de tels obstacles se manifestent dans « la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne permet d'éviter plus facilement d'établir correctement les responsabilités » ou encore lorsque « les requérants s'exposent au déni de justice dans un État d'accueil et ne peuvent pas accéder aux tribunaux des États d'origine quel que soit le bien-fondé de la plainte ». <sup>54</sup>

Or que constate-t-on à ce jour ? Malgré une mobilisation par les victimes de figures juridiques variées, qu'il s'agisse au plan pénal des notions de complicité, d'infractions involontaires, de recel, ou au plan civil d'outils à vocation extraterritoriale aussi singuliers que l'Alien Tort Claim Act,<sup>55</sup> force est de constater une

incertitude juridique généralisée. Ces notions sont pratiquement les seules permettant de défendre l'intérêt des victimes de violations des droits de l'homme devant les juridictions du siège des entreprises transnationales avec, il faut l'admettre, d'innombrables difficultés.<sup>56</sup>

Observons au passage que la loi Dodd Franck impose (à compter de 2014) aux sociétés cotées aux Etats-Unis une obligation d'information sur les conditions d'approvisionnement de minerais dans les zones de conflits (en particulier la RDC). Cette mesure d'application extraterritoriale surgit, alors que dans le même temps l'ATCA se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins, dans une affaire susceptible de fermer une voie de recours qui depuis plusieurs décennies a fait progresser la prise en compte des droits de l'homme par les entreprises transnationales.<sup>57</sup>

Plus inquiétant encore, nous considérons que si enjoindre les Etats à lever les obstacles juridiques pouvant empêcher l'instruction d'affaires légitimes d'atteintes aux droits de l'homme, c'est poser correctement les enjeux, ne pas intégrer dans le champ de réflexion le principe d'autonomie juridique c'est faire l'impasse sur l'obstacle essentiel à la responsabilisation juridique des entreprises transnationales.

Ainsi nous trouvons nous dans un paradoxe frappant. Alors que l'ensemble des normes dites de soft-law font peser diverses obligations (d'information ESG, de diligence raisonnable, etc.) qui s'étendent aux acteurs de la chaîne d'approvisionnement voire au-delà, le principe d'autonomie juridique continue d'être brandi comme une icône essentielle à la prospérité économique ! Bien que démenti par des exceptions notables notamment en droit du travail (la notion d'Unité Economique et Sociale), droit fiscal et comptable (les mécanismes de consolidation) et droit de la concurrence (l'Arrêt Akzo Nobel<sup>58</sup>), ou encore les mécanismes

---

de district sont compétents en première instance pour toute action civile exercée par un étranger en responsabilité délictuelle uniquement, contre un acte commis en violation du droit des nations ou d'un traité des Etats-Unis », T. Collingsworth, *La responsabilité pour violation des droits humains in* Daugareilh I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, 2011, Bruylant, introduction, p.681.

<sup>56</sup> W. Bourdon, *Face aux crimes du marché, quelles armes juridiques pour les citoyens*, La Découverte, 2010.

<sup>57</sup> *Esther Kiobel et. Al. v. Royal Dutch Petroleum Co.* La procédure pendante devant la Cour Suprême Etasunienne a généré un nombre de contributions en amis de la cour sans précédent, notamment de la part de John Ruggie le 12 juin 2012. Ces contributions sont recensées sur le site du Center For Justice & Accountability (<http://cja.org>).

<sup>58</sup> Depuis cette décision de la CJCE du 10 septembre 2009, une société mère peut être tenue solidairement responsable des comportements anticoncurrentiels de ses filiales indépendamment de toute participation personnelle à l'infraction. Pour cela il suffit que cette société et ses filiales constituent une unité économique unique et que la société mère exerce une influence déterminante sur ses filiales. Ce qui est présumé lorsque la société mère détient 100% du capital de ses filiales, sans qu'il soit nécessaire de produire des indices additionnels permettant de démontrer l'exercice effectif d'une influence de la société mère. La société mère est présumée responsable des pratiques anticoncurrentielles de ces filiales. C.J., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV e.a.*, C-97/08 P.

---

<sup>51</sup> M.-C. Caillet, Y. Queinnec, *Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ?*, in Daugareilh I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, 2011, Bruylant, pp. 633.

<sup>52</sup> W. Bourdon, *Entreprises multinationales, lois extra-territoriales et droit international des droits de l'homme*, *Revue de science criminelle*, 2005, p.747.

<sup>53</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°45 sur la suppression de l'anonymat des bénéficiaires des paradis fiscaux.

<sup>54</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, commentaires du principe n°26, Mécanismes judiciaires relevant de l'Etat.

<sup>55</sup> Aussi désigné sous l'acronyme ATS, pour Alien Tort Status. En vertu de l'ATS qui date de 1789 (28 U.S.C. §1350) « les tribunaux



de traçabilité alimentaire,<sup>59</sup> ce principe continue d'entretenir l'impunité des entreprises les moins disposées à considérer les droits de l'homme ou la protection de l'environnement.

On ne peut qu'inviter les Etats à faire preuve d'ouverture dans l'interprétation des règles de compétence juridictionnelle et l'adoption de définition d'infractions, telles que le recel, susceptibles de modérer les effets pervers de l'autonomie juridique des personnes morales et de législations nationales morcelées. Le recel<sup>60</sup> présente un grand intérêt pour appréhender des situations dans lesquelles l'exploitation et la commercialisation de ressources naturelles ou de produits manufacturés s'accompagnent de graves violations des droits de l'homme, ou contribuent au financement des activités des personnes physiques ou morales qui en sont directement responsables, en toute connaissance de cause des importateurs ou donneurs d'ordre. Nous avons ainsi proposé<sup>61</sup> d'instaurer dans les législations nationales un nouveau délit de recel qui serait rédigé comme suit : *“Le recel est également le fait d'importer, d'exporter, dissimuler, détenir, commercialiser une espèce végétale minérale ou animale et plus généralement toute ressource naturelle protégée ainsi que tout produit manufacturé dès lors que l'exploitation d'origine intervient au prix de graves violations des droits fondamentaux ou lorsqu'elle favorise en connaissance de cause le financement de milices, groupes privés ou publics auteurs de graves violations des droits fondamentaux.”*<sup>62</sup>

Il nous paraît aussi fondamental de formuler les contours d'une reconnaissance de la responsabilité juridique de la société mère d'un groupe à l'égard de l'action de ses filiales.<sup>63</sup> Elle consisterait à rendre pleinement responsables les sociétés holding des conséquences sociales et environnementales des activités de l'ensemble des entités composant le groupe, afin de les inciter à tout mettre en œuvre pour prévenir et réparer les impacts sociaux et environnementaux de ces activités. Démontrer l'implication d'une société mère dans la responsabilité d'une filiale défaillante ne doit plus être un obstacle pour les victimes réclamant réparation.<sup>64</sup> Cela nécessite de réformer les règles de

responsabilité au plan civil et pénal. Au plan civil, la responsabilité de la société mère pourra être engagée de plein droit pour tout dommage survenant du fait d'une violation des droits fondamentaux ou d'une atteinte à l'environnement perpétrées par une entité sur laquelle elle exerce un contrôle de droit ou de fait (*via* la détention de titres ou l'application d'accords contractuels). La société mère pourra se voir exonérée de la responsabilité de réparer les dommages civils si elle prouve qu'elle ne pouvait raisonnablement avoir connaissance des violations en question. Au plan pénal, la responsabilité de la société mère pourra être mise en cause non seulement en qualité de complice, mais en qualité de coauteur quand la preuve sera apportée que l'autonomie de la filiale ou sous-filiale est totalement fictive. Ainsi, plus les indices démontreront l'existence d'une immixtion de la maison mère au sein de la filiale (influence sur le chiffre d'affaires, sur les stratégies commerciales ou de ressources humaines, dirigeants communs, etc.), plus devra exister une présomption de complicité par fourniture de moyens ou instructions, voire coaction. La sujétion de la « fille » aux directives et stratégies de la « mère » trouverait ainsi une traduction adaptée au plan pénal. Ces propositions seraient complétées de régimes de responsabilité spécifiques proposés pour les administrateurs et dirigeants.<sup>65</sup>

Pour finir, le sursaut des Etats pourrait aussi s'exprimer à travers l'OCDE en convertissant les Points de Contact Nationaux » (PCN) en véritables structures d'arbitrage.<sup>66</sup> L'OCDE a mis en place depuis 1976 des « principes directeurs » à l'intention des entreprises multinationales.<sup>67</sup> Cette liste de dix recommandations a été complétée depuis les années 2000 par une procédure tout à fait originale de médiation désignée sous l'appellation de « circonstance spécifique ». Chaque État membre de l'OCDE doit créer un PCN, chargé de jouer les bons offices pour mettre fin à des litiges entre les entreprises et des personnes ou organisations se déclarant victimes de nuisances liées à leur activité (en matière de droit social, de protection de l'environnement, de corruption, etc.). Le bilan du rôle de médiateur des PCN est toutefois plus que mitigé en raison d'un manque d'efficacité et d'indépendance. Les ressorts de ce mécanisme sont pourtant très importants en termes d'harmonisation des règles d'interprétation de notions aussi importantes que celles de « devoir de vigilance » et « sphère d'influence » dans les contextes complexes de relations société mère/filiales et de chaîne d'approvisionnement.

Le récent dossier Socapalm a ainsi été l'occasion pour le PCN français de reconnaître implicitement la notion de groupe, en jugeant le dossier recevable malgré les dénégations du groupe Bolloré basées sur la détention directe de titres ne lui conférant

<sup>59</sup> Règlement 178/2002 du 28 janvier 2002 qui établit entre autres des obligations de loyauté et de transparence pour les industriels et les distributeurs envers les consommateurs, (contrôle, archivage des flux, obligation de restitution dans les 4 heures, assurer la traçabilité précédente et suivante).

<sup>60</sup> Le 18 Novembre 2009, SHERPA, Global Witness, Greenpeace France, les Amis de la Terre, et un ressortissant libérien ont déposé plainte devant le procureur de la République de Nantes (France), contre les sociétés DLH France et DLH Nordisk A/S, filiales du groupe Dalhoff, Larsen and Horneman. Cette procédure utilise le recel comme base juridique pour condamner l'importation en Europe de grumes provenant de concessions forestières illégalement acquises et exploitées en violation de la législation libérienne, les opérations ayant contribué au financement de la guerre civile. L'enquête préliminaire est toujours en cours.

<sup>61</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°27.

<sup>62</sup> Notons que des effets similaires pourraient être escomptés de l'établissement d'une obligation de sécurité étendue pesant sur les producteurs de biens et services susceptibles d'avoir une incidence en termes de droits fondamentaux et d'environnement, Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°38.

<sup>63</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°21.

<sup>64</sup> B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait*

*de leurs filiales*, *Revue des sociétés*, 2009, p. 715. L'auteur cite notamment le professeur Claude Champaud : « Puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement. »

<sup>65</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°3.

<sup>66</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°42.

<sup>67</sup> Pour aller plus loin, Y. Queinnec, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales – Un statut juridique en mutation*, post-face de Mireille Delmas-Marty, Association Sherpa, 2007.

qu'un statut d'actionnaire minoritaire et non de gestionnaire au sein de sa filiale camerounaise.<sup>68</sup> Sans compter l'intégration explicite des droits de l'homme depuis la révision des principes intervenue en 2011 et qui a fait l'objet d'une première décision rendue par le PCN français dans le dossier Devcot.<sup>69</sup> Nous proposons ainsi de conférer aux PCN un rôle de véritable arbitre, dont les décisions s'imposeraient aux parties en litige. Les exigences requises par un tel statut en termes d'expertise, d'indépendance et de force exécutoire imposeraient évidemment aux États membres de l'OCDE de mettre en œuvre tous les moyens humains et financiers pour assurer leur bon fonctionnement.

## B. Des normes privées en voie de consolidation

Nous abordons ici la face émergée de la RSE où règne l'affichage des engagements et stratégies des ETN en matière de développement durable et en particulier de droits fondamentaux. S'il s'agit de la face la plus riche et visible de l'autorégulation marquant la RSE, elle ne brille pas par sa clarté ! Les objectifs, les niveaux d'application, les modalités de collecte, de traitement et de restitution d'informations sur les performances sociales et environnementales, l'existence ou non de certification constituent un véritable maquis où le meilleur et le pire se côtoient. Sans compter que la crise économique réhabilite le cynisme en démonétisant les engagements sociétaux pris par les ETN, engagements souvent difficiles à tenir et résultant de pressions extérieures.

Tenter d'en dresser les grandes lignes est toutefois important pour en tirer des enseignements utiles. Nous constaterons que leur hétérogénéité n'exclut pas de constater l'émergence d'usages dont nous avons déjà identifié le potentiel juridique.

Précisons que nous qualifions ici de normes privées celles issues d'initiatives non gouvernementales. Même si la plupart d'entre elles ont pu impliquer des acteurs publics à certains niveaux de leur développement, elles se caractérisent comme des outils élaborés et gérés essentiellement par des acteurs non étatiques.

Par souci de clarté, nous aborderons les outils en considérant l'usage qui en est fait par les entreprises. Nous présenterons ainsi les outils visant à exprimer les engagements sociétaux (a.),

ceux permettant de les mettre en œuvre (b.) puis les outils destinés à restituer les résultats des démarches sociétales (c.).

### 1. L'expression des engagements

Qu'ils soient individuels ou collectifs leurs objectifs, périmètre d'application et leur contenu varient selon les entreprises et les inventorier ici est vain. Face à la complexité des enjeux, ils ont vocation à accompagner la démarche de responsabilité sociétale d'une entreprise en formalisant ses valeurs et engagements corrélatifs. Ils sont sensés diffuser des bonnes pratiques ESG au sein du groupe mais aussi dans l'ensemble de la chaîne de valeur des entreprises émettrices.

S'agissant de leur contenu, s'il est infiniment variable, on peut noter que les entreprises s'appuient généralement sur un socle commun de cadres de référence allant des conventions internationales (DUDH, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, conventions de l'OIT, convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, etc.) aux différents référentiels et outils objets des développements suivants.

Hier l'apanage des départements communication des entreprises, les termes des codes de conduite sont aujourd'hui soumis à une attention juridique soutenue,<sup>70</sup> à l'instar du délit de publicité mensongère<sup>71</sup> requalifié par l'Union Européenne de « pratique commerciale trompeuse ». Les termes de la directive du 11 mai 2005<sup>72</sup> assimilent expressément le non respect des engagements éthiques à des pratiques déloyales soumises à sanction à la fois des concurrents et des consommateurs<sup>73</sup>. Dans un autre registre, les conditions d'assimilation des chartes éthiques au règlement intérieur,<sup>74</sup> la résiliation de contrat de concession motivée pour manquement aux règles éthiques<sup>75</sup> ou encore l'appréhension des procédures d'alerte qui en sont issues

<sup>68</sup> B. Héraud, *Cameroun : la Socapalm dans le collimateur d'ONG*, Novethic, 9 décembre 2010.

<sup>69</sup> SHERPA et ECCHR avaient saisi le PCN français en 2010, reprochant à la société Devcot de s'approvisionner en coton provenant d'Ouzbékistan, récolté grâce à l'organisation par l'État du travail forcé des enfants. Le PCN a confirmé dans sa déclaration finale du 21 septembre 2012 que l'approvisionnement auprès de fournisseurs recourant au travail infantile constituait une violation des principes directeurs de l'OCDE, tout en relevant que Devcot ne se fournissait plus depuis quelques années en Ouzbékistan. Le PCN a explicitement souligné que cette décision prenait en compte la version révisée en 2011 des Principes directeurs de l'OCDE. D'autres PCN s'étaient précédemment prononcés contre la responsabilité des entreprises dont les fournisseurs avaient eu recours au travail forcé des enfants.

<sup>70</sup> « Si l'on admet que la juridicité ne réside ni dans la contrainte, ni dans l'existence d'une sanction coercitive, mais dans la force normative – qui se constate par l'effectivité de la norme – on doit conclure que le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées est un instrument juridique. Son appartenance au droit souple lui confère de multiples avantages tenant en particulier à l'intensité variables des normes qu'il formule » - Y. Paclot, *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, *Rev. Sociétés*, 2011, p. 395.

<sup>71</sup> Une affaire emblématique en la matière est celle du citoyen nord-américain Marc Kasky, qui a poursuivi Nike pour publicité mensongère. La Cour suprême de Californie a affirmé dans l'arrêt *Kasky c. Nike* de mai 2002 que le non-respect d'un engagement pris dans un code de conduite peut être sanctionné sur le fondement de la publicité mensongère. *Kasky c. Nike* (2002), 27 Cal. 4th 939 (n° S087859, 2 mai 2002).

<sup>72</sup> Directive 2005/29/CE, Article 6.2.b).

<sup>73</sup> V. Berns, T., Docquir, P.-F., Frydman, B., Hennebel, L., Lewkowicz, G. (2007) *Responsabilités des entreprises et corégulation* (Bruylant), pp. 208.

<sup>74</sup> La circulaire du 19 novembre 2008 a fixé en France les conditions d'assimilation des chartes éthiques au règlement intérieur. [Circulaire DGT 2008/22 du 19 nov. 2008].

<sup>75</sup> CA Orléans 9 oct. 2008, no 08/01898, v. Trébulle F.-G., préc., p. 16. V. Boutonnet M., *op cit.*

en terme de protection des données personnelles,<sup>76</sup> démontrent comment un phénomène symbolique du droit mou devient objet d'attention du législateur et des juges.

Au-delà de cette dynamique juridique à l'œuvre, l'incidence pratique de l'expression des engagements sur les usages des affaires est indéniable. A titre d'illustration, nous retiendrons deux initiatives très différentes et à fort potentiel de propagation.

La première vise les pratiques d'achat et concerne la plate-forme mondiale *Global Social Compliance Programme*, née en 2006. Cette initiative des distributeurs internationaux (Carrefour, Casino, Tesco, Walmart, etc.) mais également de quelques grands industriels (Adidas, Ikea, Dell, Hasbro, etc.) a pour but de faire converger les standards d'audits sociaux et de mutualiser les bonnes pratiques. L'objectif de cette initiative est aussi d'harmoniser les clauses contractuelles liant les donneurs d'ordre et leur fournisseurs. Ce faisant, le GSCP contribue à la diffusion des considérations de droits de l'homme tout au long de la chaîne de valeur.

La seconde concerne un levier fondamental de l'économie, à savoir son financement et l'émergence de l'Investissement Socialement Responsable (ISR) dont la croissance à deux chiffres<sup>77</sup> est à rapprocher du succès des Principes Equateur initiés en 2003 et des Principes pour l'Investissement Responsable. Les PRI (acronyme en anglais le plus souvent utilisé) ont été rédigés en 2006 par un groupe d'investisseurs en partenariat avec le Pacte Mondial des Nations Unies. S'ils ne présentent évidemment pas de caractère obligatoire ils fournissent un éventail d'actions possibles pour incorporer les questions ESG au processus décisionnel d'investissement et rassemble environ 1100 organisations signataires.

Ils entraînent une sélection des valeurs par les fonds dits ISR en retenant le plus souvent une approche *best in class*, c'est à dire les entreprises les plus performantes sur un enjeu ESG donné. Si la présence de BP, Siemens, France Telecom ou Société Générale dans ces fonds entretient des controverses, elle illustre pourtant une lente mais profonde adaptation de l'investissement classique aux enjeux du développement durable en général et des droits de l'homme en particulier. La financiarisation de l'économie qui, en se focalisant sur la rentabilité de court terme, a bridé les engagements sociétaux des ETN, serait-elle en passe de devenir le vecteur d'intégration du long terme dans leurs considérations stratégiques ? Rien n'est moins sûr en cette période de crise économique mais il s'agit de signes d'évolution des pratiques qui génère l'intérêt grandissant des institutions publiques.<sup>78</sup>

Ces deux illustrations montrent combien, en respectant l'obligation qui leur est faite d'exprimer leurs engagements,<sup>79</sup> les acteurs les plus proéminents établissent des usages, lesquels se retrouvent parfois intégrés dans la loi,<sup>80</sup> voire constituent la base de condamnations judiciaires en cas de manquement. Sur ce dernier point, en reprochant à la société Total de ne pas avoir respecté la procédure volontaire de *vetting*,<sup>81</sup> la Cour de cassation en a déduit une faute de témérité au sens de la Convention *Civil Liability* (dite LCL) et condamné le groupe pétrolier à réparer les conséquences du dommage solidairement avec ses coprénévus.<sup>82</sup>

## 2. La mise en œuvre des engagements

Une fois les engagements formalisés dans les chartes éthiques ou codes de conduite tout reste à faire ! L'affichage des valeurs de l'entreprise s'accompagne d'autres outils de nature volontaire, destinés à renforcer la crédibilité des engagements et démontrer leur adéquation avec les pratiques de terrain. Elles s'inspirent le plus souvent des systèmes bien établis de management de la qualité (tels que la norme ISO 9000).

De nombreux référentiels établissent des spécifications techniques concernant un produit, processus ou service

---

par M. Antonio Tajani, Vice-Président de la Commission européenne, afin de conduire un nouveau programme pour inciter les investisseurs à intégrer les aspects ESG dans leurs décisions d'investissement. Au terme d'une période de 18 mois, la collaboration devra aboutir à un programme de développement professionnel complet, ainsi qu'à des conseils sur les meilleures pratiques dans l'intégration des critères ESG dans les décisions d'investissement.

<sup>79</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe n°16.

<sup>80</sup> L'article L. 533-22-1 du Code mon. Fin. français impose depuis 2012 aux sociétés de gestion d'informer les investisseurs des modalités de prise en compte des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance. Précisons que l'amendement à l'origine de ce dispositif basé sur le principe de *comply or explain*, a été porté par l'association Sherpa devant les commissions parlementaires. S. Alamowitch, *Sociétés de gestion : vers une responsabilité sociétale*, Bull Joly Bourse, Juin 2012, p. 273.

<sup>81</sup> La procédure de *vetting* est une initiative de l'OCIMF (Oil Companies International Maritime Forum), organisation créée par les compagnies pétrolières suite à la catastrophe du Torrey Canyon de 1967. Elle regroupe aujourd'hui 93 compagnies pétrolières. Le *vetting* consiste à faire inspecter les navires pour contrôler leur habilitation à naviguer. Les inspecteurs rendent compte de leur visite à travers un rapport normalisé établi par l'OCIMF.

<sup>82</sup> Arrêt *Erika* de la Cour de cassation, Chambre criminelle, rendu le 25 septembre 2012, cassation partielle sans renvoi (10-82938). Les juges ont déduit « que l'affrètement au voyage de l'Erika, au nom de la société Total SA, dans des conditions qui n'auraient pas dû le permettre dès lors que la date limite du précédent agrément du service *vetting* conféré pour un an par cette société était expiré, est constitutif d'une imprudence ayant entraîné, par temps très dur, la navigation du pétrolier qui s'est brisé ».

---

<sup>76</sup> L'arrêt Dassault Systèmes n° 2524 du 8 décembre 2009 (08-17.191) - Cour de cassation - Chambre sociale.

<sup>77</sup> Selon l'enquête de Novethic, l'ISR en France pèse 115 milliards d'euros fin 2011, soit une augmentation de 69% depuis fin 2010. Au niveau européen, selon la quatrième édition de l'enquête d'Eurosif (2010), 14 pays européens comptabilisaient au 31 décembre 2009 1.200 milliards d'euros de core SRI (i.e. les approches ISR les plus structurées), soit une augmentation de 20% en deux ans.

<sup>78</sup> Il nous semble important d'observer qu'en octobre 2011, les PRI, l'International Corporate Governance Network et l'European Federation of Financial Analyst Societies (EFFAS) ont été nommés

auxquelles doivent se conformer les organisations afin d'obtenir une certification. Les contrôles sont opérés par les services internes ou des cabinets d'audit externe avec implication ou non de parties prenantes.

Nous avons indiqué précédemment l'influence du commerce équitable dans les procédures de marché public et le récent arrêt *Noord-Holland*, qui est venu conforter le recours notamment au label Max Havelaar.<sup>83</sup> Cette décision illustre combien une combinaison judicieuse de réglementation et de normes privées, confortée par une jurisprudence éclairante, peut inciter les entreprises à obtenir des labels pour mettre en œuvre leur obligation de diligence.

Evidemment, la question cruciale réside dans le sérieux des pratiques de certification. Si leur inventaire exhaustif est vain nous tenterons d'identifier des particularités remarquables utiles pour évaluer ce qui constitue l'état de l'art des mesures attendues des entreprises sur deux points : l'accès à l'information et à des voies de recours.<sup>84</sup>

Prenons la norme SA 8000 créée en 1997 par le Social Accountability International (SAI). C'est une norme de processus certifiable fondée sur la performance sociale des entreprises. Ses 9 exigences s'appuient sur les principes de l'OIT portant sur le travail des enfants, le travail forcé et obligatoire, l'hygiène et la sécurité, la liberté syndicale et le droit de négociation collective, la discrimination, les pratiques disciplinaires, le temps de travail, la rémunération et le système de gestion. Nous pouvons retenir l'intéressante obligation pour les entreprises « *d'établir et conserver des procédures permettant de communiquer régulièrement à toutes les parties intéressées des données et autres informations relatives à la conformité avec les exigences du présent document, y compris, de manière non limitative, les résultats des examens menés par la direction et des activités de surveillance.* »<sup>85</sup>

Ce principe de conservation et d'accès aux informations de « *toutes parties intéressées* » fait écho au débat sur l'accès des parties prenantes aux informations collectées par l'entreprise dans le cadre de leur obligation de reddition d'informations sur leurs performances ESG. La pratique recommandée ci-dessus légitimerait que les tiers accèdent aux mêmes informations que les parties prenantes internes à l'entreprise, les salariés et les actionnaires, ce qui n'est pas le cas à ce jour ainsi que le montre le nouveau dispositif français.<sup>86</sup>

La Fair Labor Association (FLA), initiative multi parties prenantes née en 1999 vise à améliorer les conditions de travail dans les usines du monde entier. La FLA a mis au point un code de

conduite sur le lieu de travail, fondé sur les conventions de l'OIT, et établi un dispositif pratique de contrôle, de correction et de vérification pour mettre en œuvre ces normes.

La FLA agréée des contrôleurs tiers indépendants et les engage à effectuer chaque année des audits inopinés de groupes choisis au hasard qui livrent des produits à des sociétés de marques affiliées à la FLA. Au plan de l'accès à l'information, la FLA est l'une des seules initiatives de défense des droits des travailleurs à publier les résultats de son action de contrôle systématique sur son site web.<sup>87</sup>

Plus remarquable encore, considérant les limites inhérentes aux processus d'audit, la Fair Labor Association propose un mécanisme de plaintes et de résolution des conflits. Quiconque, qu'il s'agisse d'un travailleur, d'un avocat, d'une société ou d'un individu, peut contacter l'Association pour signaler des violations du code dans une usine qui livre des produits à une société affiliée. Si les plaintes sont confidentielles, lorsque les enquêtes diligentées révèlent des violations avérées, la FLA les annonce publiquement et collabore avec les parties prenantes pour y trouver des solutions durables. Il s'agit bien ici d'une traduction opérationnelle de l'obligation faite aux entreprises transnationales de mettre en place des mécanismes de réparation des dommages.

### 3. La restitution des résultats des démarches

Les développements précédents ont montré l'importance cruciale du contrôle des données sur les performances ESG des entreprises, mettant en évidence les défis de la complexification des chaînes d'approvisionnement. Mais c'est sans doute au stade de la publication des informations que ce cristallise tout le scepticisme entourant les engagements volontaires. Il règne en effet un flou entre l'assistance fournie par les outils précités et l'assurance donnée aux parties prenantes que les engagements sont effectivement mis en œuvre. Ce flou fonde les critiques portées sur les rapports de développement durable exprimées à travers les notions de *greenwashing* et *fairwashing*.

Les outils dédiés à la reddition des informations sur les performances ESG présentés ci-dessous ne doivent pas faire oublier, qu'à ce jour, n'existe aucun système d'accréditation d'auditeurs internationalement reconnu. Si de grands cabinets de vérification (SGS, Véritas, etc.) effectuent ce type de mission, les grands cabinets d'audit (Big Four) restent encore frileux et se contentent d'exprimer, en utilisant la norme ISAE 3000, leur opinion sur la qualité des procédures.<sup>88</sup>

Nous concentrerons notre attention sur l'une des initiatives les plus emblématiques en matière de *reporting* RSE, le Global Reporting Initiative (GRI). Développé par la CERES (Coalition for Environmentally Responsible Economies) en 1997, en collaboration avec le PNUE (Programme des nations unies pour

<sup>83</sup> Arrêt « Noord-Holland », CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, C-368/10. G. Jazottes, *Quelques points d'actualité jurisprudentielle sur l'achat responsable*, Journal des Sociétés, Juillet 2012, n°100, p.57.

<sup>84</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principes n°29 et 30.

<sup>85</sup> SA 8000 para. 9.13.

<sup>86</sup> Voir L.-D. Muka Tshibende, Y. Queindec et I. Tchotourian, art. 224-2 de la loi Grenelle II, « Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable », Rev. Dr. Int. Et Dr. Comp, Bruylant, 2012, n°1, p. 158.

<sup>87</sup> Le rapport 2010 de la FLA indique que sur les 149 audits conduits au cours de l'année, en moyenne 12 infractions étaient identifiées. Les violations les plus fréquentes portant sur la santé et la sécurité au travail avec des violations identifiées sur 141 des audits, soit une proportion de 95%.

<sup>88</sup> M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Collection repères, La Découverte, 2010.

l'Environnement) le GRI se fixe comme objectif d'élaborer des directives applicables à l'échelle mondiale concernant le reporting de durabilité et de diffuser celles-ci. Ces lignes directrices permettent de rendre compte des performances économiques, environnementales, sociétales et sociales. Modèle standard, elles permettent de comparer les entreprises d'un même secteur d'activités entre elles et sont conçues pour des organisations de toute taille, en tout lieu et pour tout secteur.

Les grands principes sur lesquels reposent les lignes directrices du GRI sont les suivants : pertinence des informations en fonctions des impacts, identification et implication des parties prenantes, exhaustivité des thèmes et du périmètre de reporting, équilibre entre les aspects positifs et négatifs, comparabilité dans le temps et par rapport aux autres organisations, exactitude, clarté et fiabilité.

Les entreprises qui utilisent le GRI peuvent indiquer le niveau d'application de ce cadre de référence qui se divise en trois (C, B et A). En ajoutant le signe +, elles indiquent que le rapport a fait l'objet d'une vérification par tierce partie, ce dont certaines ETN ont pu abuser.<sup>89</sup>

Il est intéressant de noter que les obligations de reporting ESG adoptées par les Etats et en particulier la récente réforme française ainsi que les documents produits par l'Union Européenne sur le sujet font référence à la GRI. La GRI constitue ainsi une source précieuse pour le régulateur public<sup>90</sup> qui n'est pas sans incidence sur des paramètres fondamentaux tels que le périmètre des informations,<sup>91</sup> leur pertinence<sup>92</sup> et le degré de détail<sup>93</sup> de la reddition.

---

<sup>89</sup> A la demande de l'AFL-CIO (syndicat américain), la Commission Syndicale Consultative auprès de l'OCDE a publié un rapport détaillé contredisant le niveau « A+ » du rapport 2011 de Deutsche Telekom. Parmi les reproches exprimés, contrairement à ses engagements, le rapport ne fait pas l'objet d'une vérification par un organe externe et le périmètre du rapport est limité aux infrastructures basées en Allemagne, ce qui exclut la moitié des salariés du groupe.

<sup>90</sup> Voir L.-D. Muka Tshibende, Y. Queindec et I. Tchoutourian, *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>91</sup> « Le périmètre du rapport de développement durable doit inclure les entités sur lesquelles l'organisation exerce un contrôle ou une influence significative à la fois au sein et via ses relations avec différentes entités en amont (chaîne d'approvisionnement, etc.) et en aval (distribution, clients, etc.) », GRI 3 chapitre 1.3.

<sup>92</sup> La pertinence des informations est déterminée « (...) au moyen de facteurs internes et externes tels que la mission globale d'une organisation et sa stratégie concurrentielle, les préoccupations exprimées directement par les parties prenantes, les attentes sociales et l'influence de l'organisation sur les entités en amont (chaîne d'approvisionnement, etc.) et en aval (clients, etc.) », GRI 3 chapitre 1.1.

<sup>93</sup> Le GRI affirme que « la consolidation des informations peut engendrer une perte de sens conséquente et empêcher la mise en valeur de la force ou de la faiblesse d'une performance spécifique. Inversement, une non-consolidation abusive de l'information peut en altérer la compréhension. », GRI 3 note de présentation générales, § consolidation et non-consolidation des données, p.37.

#### 4. La norme ISO 26000

Enfin, pour clore ce bref panorama des initiatives normatives privées, un traitement particulier de la norme ISO 26000 s'impose.<sup>94</sup> Si le projet mis en chantier en 2005 visait initialement les entreprises, il s'est peu à peu étendu à l'ensemble des organisations, qu'elles soient publiques, privées, à but lucratif ou non et quelle que soit leur dimension. Publiées en novembre 2010, les « lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » constituent un outil de référence qui, au-delà des recommandations exprimées, clarifie et harmonise la sémantique au niveau mondial pour permettre aux entreprises, ong, syndicats et collectivités de parler un langage commun.

Si l'ISO 26000 n'a pas vocation à entraîner certification par tierce partie, son articulation et l'esprit qui l'anime contribueront inmanquablement à conforter l'émergence d'un « droit de la RSE ». La participation de 99 Etats, l'implication de 42 organisations en liaison (OIT, UN, OCDE, Global Compact, OMS, etc.) et plus de 500 experts représentant les parties prenantes sont le gage de l'existence d'un consensus international.

Au plan du contenu, la norme ISO 26000 apporte des définitions et établit des principes sur sept questions centrales de responsabilité sociétale : les droits de l'homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, les bonnes pratiques des affaires, les consommateurs et l'engagement sociétal. Pour chacune d'entre elle la norme décrit des domaines d'action ainsi que les attentes et actions associées.

L'ISO 26000 présente des caractéristiques remarquables pour notre propos. Elle ne se contente pas de rappeler une règle fondamentale, selon laquelle une organisation socialement responsable est d'abord et avant tout celle qui respecte les lois en vigueur et ce qu'elle désigne comme les normes internationales de comportement,<sup>95</sup> elle impose par ailleurs le respect de l'esprit des textes.<sup>96</sup>

Deuxième caractéristique, on peut affirmer que l'ISO 26000 marque une cristallisation des pratiques de responsabilité sociétale.<sup>97</sup> Son processus d'élaboration et d'adoption, la matière première des recommandations constituées notamment de l'ensemble des autres outils normatifs publics évoqués précédemment (principes de l'OCDE, de l'ONU, OIT, etc.) en font l'outil normatif le plus inclusif.

---

<sup>94</sup> Cadet I. « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2010, p. 401 et s.

<sup>95</sup> « Les normes internationales de comportement sont les attentes vis-à-vis du comportement d'une organisation en matière de responsabilité sociétale, procédant du droit coutumier international, de principes généralement acceptés de droit international, ou d'accords intergouvernementaux universellement ou quasi universellement reconnus. », norme ISO 26000, para. 2.11.

<sup>96</sup> *Ibid*, para. 7.3.2.1.

<sup>97</sup> M. Capron, F. Quairel-Lanoizelee, M.-F. Turcotte, (dir.), *ISO 26000, une norme « hors norme » ?*, Collection recherche en gestion, Economica, 2010.

Enfin, l'ISO 26000 consacre le duo constitué des notions de « devoir de vigilance » et de « sphère d'influence ». La première s'apparente à l'obligation de diligence raisonnable en imposant aux organisations une démarche d'identification et d'atténuation des impacts négatifs de l'activité qui ne doit laisser aucune place à la négligence. La seconde, plus dynamique, invite les organisations à maximiser leur contribution au développement durable en associant leurs forces à celles de leurs parties prenantes.

Alors qu'un vif débat a accompagné la fin de la négociation de la norme, suite à l'initiative de John Ruggie contestant la pertinence du recours à la notion de sphère d'influence, nous avons affirmé avec d'autres que la rejeter revenait à nier son potentiel juridique<sup>98</sup> adapté aux enjeux de responsabilité sociétale.

Nous retiendrons donc combien cette norme ISO 26000 conforte l'articulation de deux notions selon-nous très utiles dans la recherche de combinaisons normatives efficaces et l'exigence d'un état de l'art optimal destiné à niveler les pratiques par le haut.

## II. Quelle dynamique de transition normative pour demain ?

L'inadéquation et la confusion régnant dans l'espace normatif traitant de l'influence des entreprises transnationales sur les droits de l'homme ne doivent pas selon nous masquer les potentialités encore inexploitées. L'entrée des toutes parts des objectifs de développement durable dans l'ensemble des organisations publiques et privées constitue un puissant vecteur d'intégration des droits de l'homme dans les stratégies et pratiques des ETN.

Parmi les pratiques nées de l'autorégulation, on peut affirmer que certaines d'entre elles constituent des usages et/ou sont en voie de le devenir à l'invitation d'ailleurs des institutions publiques.<sup>99</sup> En ce sens nous partageons la thèse d'une force normative qui s'attache moins aux règles de hiérarchie des normes qu'à leur effectivité empirique.<sup>100</sup> Malgré les précautions

de langages des outils de *soft law*<sup>101</sup> les pratiques qu'ils engendrent fixent peu à peu un état de l'art des réponses adaptées aux enjeux ou filières concernées.<sup>102</sup> Les pratiques n'en étant qu'à leurs balbutiements, et faute de repères jurisprudentiels ad hoc bien installés, nous sommes d'avis que le duo formé des notions de sphère d'influence et de devoir de vigilance est source de solutions utiles.

Ces deux notions ont le grand mérite d'avoir été accueillies dans l'ensemble des textes et standards produits par l'OCDE, l'OIT, l'ONU, l'UE ou encore l'ISO 26000. En ce sens elles présentent l'avantage de se prêter à une appropriation par tous les Etats et leur système judiciaire en particulier. Les ressorts de ce duo permettent aux Etats non seulement de répondre à leur obligation d'adopter des mesures positives, mais aussi de renforcer la force normative de pratiques volontaires développées par les entreprises.

Nous exprimerons ce potentiel normatif à travers trois interrogations portant sur des enjeux fondamentaux.

### A. Vers une relativité du principe d'autonomie juridique ?

Telle qu'elle est entendue par les grands standards internationaux précités, la notion de sphère d'influence apporte des éléments de réponse à la problématique majeure entourant le principe d'autonomie juridique des personnes morales. L'ISO 26000 la définit comme la « portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquels une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations. » (§ 2.19). Elle précise par ailleurs (§ 5.2.3) qu'« une organisation est responsable des impacts des décisions et des activités sur lesquelles elle exerce un contrôle formel et/ou de fait (un contrôle de fait renvoie à des situations dans lesquelles une organisation a la capacité de dicter les décisions et activités d'une tierce

<sup>98</sup> M. Doucin, B. Loeve, L'analyse des notions de « due diligence » et de « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2010, n°3.

<sup>99</sup> Il est notable que la présentation qui précède les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme précise « La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. », para. 14.

<sup>100</sup> Nous partageons l'affirmation selon laquelle « (p)lus les entreprises ont du poids par rapport à leurs fournisseurs, plus l'impact de la régulation privée est élevé; cet impact est proportionné à la notoriété de la marque et/ou du produit; l'effectivité des codes de

bonne conduite dépend de la pression sociale; ils ont plus de chance d'être adoptés lorsque les intérêts commerciaux sont alignés avec les préoccupations sociales et environnementales; dans les pays émergents, le renforcement de ces normes privées dépendra du niveau de concentration de la production; dans les pays en développement, le renforcement de la régulation publique aura pour effet non pas de remplacer la norme privée mais d'accroître son niveau d'exigence. » F. Mayer et G. Gereffi, *Regulation and Economic Globalization: Prospects and Limits of Private Governance*, – in D. Poracchia, B. Brignon, G. Rabu, *Droits fondamentaux et normes privées*, RRJ, 2011-5, p. 2251; Voir aussi C. Thibierge et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., 2009; Y. Queinnec, *Les principes juridiques de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales, un statut juridique en mutation*, postfacé par Mireille Delmas-Marty, publié par l'association Sherpa, 2007.

<sup>101</sup> Par exemple la norme ISO 26000 prend le soin de préciser qu'« elle n'est pas destinée à être citée comme une preuve de l'évolution du droit coutumier international », ISO 26000, para.1.

<sup>102</sup> Citons le Kimberley process pour le diamant, FLA pour le textile, EITI sur les enjeux de transparence dans les industries extractives, le label FSC pour la gestion durable de forêts ou encore Max Havelaar pour le commerce équitable.

*partie, même lorsqu'elle ne détient pas l'autorité juridique ou formelle de le faire).* »

Même si elle prend le soin de préciser que disposer d'une influence n'oblige pas à l'exercer,<sup>103</sup> cette définition ouverte du périmètre d'influence d'une organisation n'est pas sans rappeler les raisonnements retenus en droit social,<sup>104</sup> de la concurrence<sup>105</sup> ou encore droit comptable pour créer des exceptions au principe d'autonomie juridique.

Nous considérons que la notion de sphère d'influence a ceci de particulier qu'elle érige sa relativité en principe, en portant plus loin que le périmètre intra-groupe par l'extension potentielle à l'ensemble des acteurs de sa chaîne de valeur.

Les conséquences juridiques d'une telle évolution si elle devait se vérifier imposent un ambitieux travail pour caractériser le champ d'application de la sphère d'influence. Elles nécessitent de considérer sérieusement une autre notion clé, celle de partie prenante. Définie par la norme ISO 26000 comme l'« *individu ou groupe ayant intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation* », les parties prenantes constituent en quelque sorte les balises de la sphère d'influence d'une entreprise autour desquelles elle va orchestrer sa stratégie de RSE et mettre en œuvre son obligation de diligence raisonnable. Autant dire que le processus d'identification des parties prenantes d'une entreprise n'est pas neutre en termes de responsabilité juridique.

Au-delà des parties prenantes telles que les investisseurs, les salariés, les fournisseurs et les clients, l'organisation doit rechercher quels autres individus ou organisations peuvent être impactés par ses décisions. Doivent ainsi être considéré(e)s les administrations publiques, les partis politiques, les associations de consommateurs, les syndicats professionnels patronaux ou salariés, les prospects, les salariés que l'organisation souhaiterait recruter, les ONGs, voire, dans certains cas, les concurrents eux-mêmes. Sans oublier les communautés dont le territoire se trouve sur les sites d'exploitation et dont les intérêts sociaux, économiques et environnementaux peuvent être divergents des États qui ont autorisé l'exploitation.

La sélection de ses parties prenantes effectuée par une entreprise pour un enjeu sociétal donné conditionnera autant le périmètre spatial, voire temporel, que le contenu de l'exercice de ladite influence censé répondre à un enjeu sociétal donné. Or s'agissant de ce qu'il est attendu de la part d'une entreprise qui se prétend socialement responsable, les réponses résident dans l'articulation des notions de sphère d'influence et de diligence raisonnable. Nous sommes d'avis qu'elle permet d'affirmer que l'obligation de prévenir les dommages sociaux et environnementaux est aujourd'hui rejointe par l'obligation

d'optimiser sa contribution sociétale. C'est ce que nous tenterons d'exprimer en désignant cette tendance comme le passage de la gestion du risque à l'optimisation de la plus-value sociétale.

## **B. De la gestion du risque à l'optimisation de la plus-value sociétale ?**

Si la communication de la Commission Européenne, tout comme les principes directeurs de l'OCDE et de l'ONU ont retenu le terme de « diligence », associé ou non au terme « raisonnable », alors que l'ISO 26000 utilise « devoir de vigilance », l'ensemble de ces standards renvoie à une même exigence. Il s'agit pour l'entreprise d'identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels qui résultent de ses décisions et activités. Les principes directeurs de l'OCDE précisent que « *si une entreprise s'aperçoit qu'elle risque de contribuer à une incidence négative, elle devrait alors prendre les mesures nécessaires pour interrompre ou pour empêcher cette contribution et user de son influence pour atténuer les incidences résiduelles dans toute la mesure du possible. On considère qu'il y a influence lorsqu'une entreprise a la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité responsable du dommage.* »<sup>106</sup>

C'est ainsi l'approche fondée sur les risques qui caractérise le devoir de vigilance. Elle renvoie pour les juristes à des dispositifs constituant pour la plupart des obligations de moyens. On pense aux obligations de conseil, d'information, de bonne foi ou encore de loyauté. On devine aussi les riches enseignements qui peuvent être tirés de l'obligation *reporting* ESG, mais aussi indirectement de dispositifs existant en matière de traçabilité alimentaire, sans parler des infractions pénales de mise en danger d'autrui. Ces figures juridiques bien connues et éprouvées, vont être utiles aux entreprises dans la démarche consistant, pour un enjeu sociétal donné et à l'égard d'une partie prenante identifiée, à déterminer jusqu'où il convient d'aller pour réduire les risques. Les pratiques de délégation de pouvoirs, pour entraîner la limitation escomptée de la responsabilité pénale des personnes morales délégantes, seraient bien inspirées de tirer toutes les conséquences de l'œuvre jurisprudentielle qui, en exigeant la fourniture au délégataire des moyens humains et financiers adaptés illustre à sa manière une mesure de diligence raisonnable.<sup>107</sup>

Mais les ressorts du duo notionnel imposent d'aller au-delà de cette dimension prévention et atténuation des impacts négatifs propre à l'obligation de diligence raisonnable. Il est en effet intéressant de noter que l'ISO 26000, appelle chaque organisation à maximiser sa contribution au développement durable<sup>108</sup> et indique que « *une organisation peut, avec d'autres,*

<sup>103</sup> ISO 26000, § 2.19, Note 1.

<sup>104</sup> A noter : Cass. Soc. 18 janvier 2011, pourvoi n°09-69199. Considérant la dépendance économique, financière et sociale de la filiale française à l'égard de la holding de droit allemand, la chambre sociale de la Cour de cassation a conclu que cette dernière était le coemployeur des salariés licenciés de sa filiale française en cessation d'activité. Parmi les critères retenus pour établir l'absence d'autonomie de la filiale française figuraient une gestion des ressources humaines centralisée et le fait que la société mère absorbait 80 % de la production de sa filiale.

<sup>105</sup> CJCE, *Akzo Nobel NV*, affaire C-97/08 P, 10 septembre 2009.

<sup>106</sup> Commentaire n°19 des principes directeurs de l'OCDE.

<sup>107</sup> Voir notamment ce récent arrêt rendu par la Cour de cassation française : Cass. Crim, 11 avril 2012, n°10-86.974.

<sup>108</sup> « *Lorsqu'une organisation aborde et pratique la responsabilité sociétale, son objectif primordial est de maximiser sa contribution au développement durable* », ISO 26000, § 4.1. Ou encore son § 7.4.3 : « *Il convient qu'une organisation gère consciencieusement et méthodiquement les impacts qu'elle génère et qui sont associés à chaque question centrale et surveille les impacts des organisations*

*exercer son influence, soit pour améliorer les impacts positifs sur le développement durable soit pour limiter le plus possible les impacts négatifs, soit pour les deux*». <sup>109</sup> La Commission Européenne, définit pour sa part la responsabilité sociétale comme un « processus visant à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour les propriétaire/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société » <sup>110</sup>.

En sommes, une organisation socialement responsable se doit de mettre tout en œuvre pour optimiser sa plus-value sociétale. On conçoit aisément l'impact d'un tel objectif sur l'objet même d'une entreprise à but lucratif, <sup>111</sup> mais aussi sur les défis qui se présentent aux entreprises transnationales pour trouver le bon équilibre.

Si la difficulté d'objectiver la notion de *sphère d'influence* est source d'insécurité juridique aux yeux de certains, nous considérons pour notre part qu'elle invite à l'innovation et est loin d'être dépourvue de points de repères juridiques, directs ou indirects. <sup>112</sup> Les juristes disposent d'une matière première juridique qui a déjà assimilé la notion d'influence en droit social, comptable et de la concurrence, en droit pénal aussi à travers la complicité ou la mise en danger d'autrui. Ils sont donc bien disposés pour apporter des clés de lecture et un soutien utiles à la mise en œuvre organisée de la sphère d'influence.

La nature de standard comportemental reconnue à la notion de diligence raisonnable alimente de nombreuses obligations professionnelles, elle nourrit aussi une œuvre prétorienne dont le récent arrêt Erika, qui consacre judiciairement la procédure volontaire de, est une brillante illustration. <sup>113</sup> Si la notion de sphère d'influence est quant à elle encore très neuve, son potentiel normatif est très important. <sup>114</sup> Nous affirmons que ces deux notions majeures de diligence raisonnable et de sphère d'influence constituent d'ores et déjà et fonderont encore plus à l'avenir des usages de la vie des affaires, construisant peu à peu un état de l'art <sup>115</sup> du comportement adapté pour prévenir, diminuer ou réparer une atteinte aux droits de l'homme.

---

*qui se trouvent dans sa sphère d'influence de manière à limiter le plus possible le risque de préjudice social et de dommage environnemental, ainsi que de maximiser les opportunités et les impacts positifs* ».

<sup>109</sup> ISO 26000, § 7.3.3.2.

<sup>110</sup> COM(2011) 261 du 25 octobre 2011, para. 3.1.

<sup>111</sup> Y. Queinnec, W. Bourdon, *op. cit.*, proposition n°1 qui propose une définition du contrat de société intégrant la prise en compte de l'intérêt général.

<sup>112</sup> V. Y. Queinnec, *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif*, Journal des Sociétés, Juillet 2012, p.66.

<sup>113</sup> Voir le dernier paragraphe de I.B.1.

<sup>114</sup> « (...) une notion déjà usitée dans les Principes de l'OCDE et dans la Déclaration tripartite de l'OIT est en train de s'imposer comme une notion émergente porteuse de perspectives nouvelles pour le droit : la notion de sphère d'influence » in Daugareilh I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, 2011, Bruylant, introduction, p.XXVIII. Voir aussi Y. Queinnec, *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif*, Journal des Sociétés, Juillet 2012, p.66.

<sup>115</sup> Afin de déterminer le degré de priorité d'une action, il convient que les organisations tiennent compte des « *les performances actuelles*

L'articulation efficace de ces deux facettes de la RSE reconnues par des institutions publiques et privées majeures dépendra de l'exercice judicieux par les Etats de leur prérogatives. En termes de stratégie réglementaire, les mesures d'incitation (outil fiscal, accès aux marchés publics, aides à l'export, accès à l'épargne public, etc.) devraient favoriser l'optimisation et l'effectivité des sanctions (compétence juridictionnelle, moyens de contrôle adaptés) et générer le développement des meilleures actions préventives. En termes de stratégies judiciaires, le développement de ces bonnes pratiques apportera des réponses aux deux épineuses questions : jusqu'où et comment une organisation doit-elle exercer son influence ?

### C. Vers un droit des contrats au service des droits de l'homme ?

Aujourd'hui, les départements juridiques des entreprises, lorsqu'ils sont associés aux démarches de responsabilité sociétale, n'interviennent très largement que pour établir le maximum de garde-fous en vue de réduire les possibilités de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise.

Cette orientation, bien que fort légitime et ayant contribué à l'émergence des codes de conduite n'est pour autant pas satisfaisante. Elle a entraîné aussi la généralisation des pratiques de délégation contractuelle des engagements éthiques du donneur d'ordre à l'égard de ses sous-traitants et fournisseurs, sans garantie que ces derniers disposent des moyens de les respecter effectivement <sup>116</sup>. Si ce mode de diffusion de considérations éthiques est intéressant, contribuant à sa manière à la nécessaire prise de conscience des enjeux, faute d'en tirer les conséquences sur d'autres paramètres de l'économie générale du contrat (durée du contrat, prix d'achat, délais de paiements, conditions de rupture, etc.), on ne peut conclure qu'il s'agit là d'un contrat durable. Tout au mieux s'agit-il d'un horizon qui doit d'ores et déjà être dépassé par le développement de nouvelles pratiques contractuelles.

Nous avons pu constater l'émergence de traductions contractuelles des différentes dimensions du développement durable et des droits de l'homme en particulier. <sup>117</sup> Si elles s'illustrent par un phénomène bien connu de contractualisation de normes contraignantes, certaines relèvent de l'innovation volontaire, <sup>118</sup> répondant ainsi à « *l'établissement de dispositions*

---

*de l'organisation quant à l'état de l'art et aux bonnes pratiques* ». », ISO 26000, § 7.3.4.

<sup>116</sup> Phénomène dont semble avoir pris conscience les distributeurs et producteurs réunis au sein du Global Social Compliance Program (GSCP) dont les membres, Walmart, Carrefour, Tesco mais aussi Adidas, Hasbro, HP ou encore Timberland cumulent entre 800 et 900 milliards de chiffre d'affaires. Ils travaillent à l'amélioration des conditions de travail et environnementale dans leur chaîne d'approvisionnement via des pratiques d'achat responsable.

<sup>117</sup> Y. Queinnec, *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif*, Journal des Sociétés, Juillet 2012, p.68.

<sup>118</sup> Citons les nouvelles générations de partenariats ONG/Entreprises mais aussi les conditions d'achats expérimentées par Danone auprès de ses fournisseurs de lait. *Ibid* p.68 et 69.



*contractuelles* » recommandé par l'ISO 26000 pour exercer une influence.<sup>119</sup>

La matière juridique à dispositions des ETN pour appréhender volontairement les droits de l'homme dans les contrats qui organisent leur activité est infinie. Le recours à des raisonnements par analogie permet de délimiter objectivement autant les périmètres spatiaux d'intervention (prenant l'exemple de la définition du périmètre de consolidation comptable), que la nature des obligations que l'ETN va s'appliquer en s'inspirant et s'étalonnant sur des dispositifs existant.<sup>120</sup> Prenons par exemple le secteur des travaux publics et les mécanismes applicables aux nombreux contrats de sous-traitance qui le jalonnent<sup>121</sup>. L'obligation d'information qui pèse sur l'entrepreneur (2<sup>ème</sup> maillon de la chaîne) de faire accepter tous les sous-traitants et les conditions de paiement de chacun au maître de l'ouvrage (1<sup>er</sup> maillon de la chaîne) et le devoir de vigilance qui pèse sur ce dernier de s'assurer que cette obligation d'information est respectée constituent une base intéressante pour délimiter, dans d'autres secteurs, une sphère d'influence. De même les modalités de traçabilité alimentaire qui conditionnent notamment les agréments sanitaires imposent aux professionnels des obligations qui peuvent utilement être considérées sur d'autres enjeux sociétaux<sup>122</sup>.

Nous avons formulé le concept de contrat durable comme piste de recherche de ces pratiques contractuelles. Le contrat durable constituerait en quelque sorte une traduction juridique des objectifs de développement durable, réalisant une synthèse contractuelle des normes disparates composant l'environnement juridique de la RSE. On pourrait le définir de façon un peu absolue comme : « *Tout contrat qui dans son objet et ses modalités d'exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l'environnement.* »<sup>123</sup>

Le contrat durable présente deux dimensions distinctes et complémentaires dont nous avons tenté de dresser les contours.<sup>124</sup> Une dimension méthodologique qui fait du contrat durable un outil permettant aux entreprises d'accompagner leurs stratégies de développement durable et d'autre part, une dimension

substantielle en ce que le concept de contrat durable peut contribuer à établir des standards contractuels.

On voit ici l'utilité de recourir à une telle démarche. Les outils précités constituent, parmi d'autres, une trame de lecture qui permet une délimitation optimale des risques, l'identification des mécanismes de prévention et d'optimisation les mieux adaptés. Le choix des outils juridiques retenus influera sur le périmètre spatial (géographique et structurel), les obligations de faire ou de ne pas faire (qui ne pourront d'évidence être en deçà d'une législation applicable au cas particulier) et l'identification des potentielles innovations sociétales. Observons d'ailleurs que recourir à une notion juridique qui permet, sur un enjeu donné, d'établir une sphère d'influence très restrictive, ne mettrait aucunement l'entreprise à l'abri de la survenance du risque mais surtout réduirait son champ d'innovations potentielles.

## Conclusion

Les failles de régulation qui continuent d'entretenir un sentiment de défiance à l'égard des ETN réclament un sursaut de régulation de la part des Etats. Ce sursaut a selon-nous pour priorité de garantir l'accès à la justice des victimes de violation des droits de l'homme. De l'autre côté du spectre normatif, les entreprises les plus attentives à l'impact de leur activité sur les droits de l'homme sont en droit d'attendre des Etats la garantie de conditions de concurrence loyale dans une économie globalisée. Répondre à ces deux attentes impose de prendre des mesures innovantes.

Le pouvoir de régulation des Etats est confronté au défi d'identifier les outils les plus efficaces permettant d'irriguer le quotidien des affaires. Entre la régulation classique (couteuse et inadaptée aux opérations) et l'autorégulation de surface, une troisième voie est possible, disposant d'un arsenal normatif très riche incluant la nature prescriptive des normes privées dont certaines établissent les usages, la *lex mercatoria* de demain.

L'union Européenne dispose d'atouts considérables en la matière et particulièrement pour initier le chantier incontournable selon nous de la coopération judiciaire. Car en effet, quelle meilleure dynamique normative que de voir les juges nationaux saisis de litiges à forte dimension extraterritoriale s'interroger avant de dire le droit sur le respect par l'entreprise visée de son devoir de vigilance et de l'exercice de son influence ?

Nous avons tenté d'identifier quelques-unes des pratiques nées de outils de *soft law* qui apportent de précieux points de repères non seulement sur la forme (modalités de mises en œuvre et périmètre d'application) mais aussi sur le fond. Encore faut-il évidemment que les juges soient informés de leur existence. C'est ici que leur reconnaissance internationale devient fondamentale et l'œuvre jurisprudentielle a un rôle clef. L'émergence de décisions de justice se référant expressément à des d'outils d'autorégulation, particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement,<sup>125</sup> créé des conditions

<sup>119</sup> ISO 26000, § 7.3.3.2.

<sup>120</sup> *Ibid.* p.70.

<sup>121</sup> Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance, modifiée par la Loi MURCEF n°2001- 1168 du 11 déc 2001.

<sup>122</sup> Règlement 178/2002 du 28 janvier 2002 qui établit entre autres des obligations de loyauté et de transparence pour les industriels et les distributeurs envers les consommateurs, (contrôle, archivage des flux, obligation de restitution dans les 4 heures, assurer la traçabilité précédente et suivante).

<sup>123</sup> V. Queinnec Y. *Sustainable Contracts – A Legal innovation Aimed at Serving the Common Good ?*, in in Bonanni C., Lépineux F. and Roloff J. (dir), *Social Responsibility, Entrepreneurship and the Common Good – International and interdisciplinary Perspectives*, 2012, Palgrave Macmilan.

<sup>124</sup> Communication *De l'influence du développement durable sur le droit des contrats, l'émergence du concept de contrat durable*, Y. Queinnec, présentée au VIII<sup>ème</sup> congrès international de l'ADERSE le 24 mars 2011.

<sup>125</sup> En dehors du récent dossier de l'Erika qui consacre judiciairement la procédure de *vetting*, nous pouvons citer l'ordonnance rendue le

favorables à des transpositions sur les enjeux de droits de l'homme.

Mais tout cela repose sur un gigantesque défi pour la société civile qui doit faire son *aggiornamento* pour trouver les stratégies subtiles afin de convaincre les ETN que c'est en étant plus vertueuses qu'elles seront plus rentables. Ceci suppose face à des ETN qui s'affirment de plus en plus comme coresponsables d'enjeux relevant de l'intérêt général, tout en organisant leur irresponsabilité juridique, de favoriser, encourager ce mouvement d'avenir, i.e. la mutation de gré ou de force du *soft law* en *hard law*, que l'œuvre prétorienne ici ou là tend à consacrer.

**Yann Queinnec**

**William Bourdon**

**8 Février 2013**

---

23 octobre 2012 par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre. Elle constitue la première condamnation au civil, qui plus est en référé, d'un constructeur automobile pour *greenwashing*. Le plus remarquable est que la condamnation se fonde essentiellement sur la décision rendue par le Jury de la Déontologie Publicitaire, saisi initialement par France Nature Environnement de la publicité litigieuse. Ce jury en tant qu'organe associé à l'autorité de Régulation des Pratiques Publicitaires avait relevé le 9 décembre 2011 un manquement de la part de Toyota aux règles déontologiques applicables à la publicité. J.-C. Borel, commentaire TGI Nanterre, ord. Réf., 23 oct. 2012, n°12/01457 : Jurisdata n° 2012-024214, JCP, éd. Générale, n°46, 12 nov 1012, n°1210, p. 2047.