



Réguler les entreprises transnationales

46 propositions

série CAHIERS DE PROPOSITIONS

Yann Queinnec
William Bourdon

FⁿGM 
Forum pour une nouvelle
gouvernance mondiale

* Sherpa

Les cahiers de propositions

Le Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale favorise l'élaboration et la diffusion d'une collection de cahiers de propositions les plus pertinentes pour mettre en œuvre les ruptures et les mutations nécessaires à la construction d'une nouvelle gouvernance mondiale, plus juste et plus soutenable.

Les cahiers de propositions sont publiés en différentes langues et regroupés selon une grille composée des cinq grands chapitres de la gouvernance mondiale :

- écologie et gestion de la planète
- économie et globalisation
- Gouvernance politique, systèmes étatiques et institutions
- Paix, sécurité et conflits armés
- Connaissance, science, éducation, société de l'information et la communication



Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale
décembre 2010

info@world-governance.org

RELECTURE :

Pascale Naquet

ICONOGRAPHIE :

Dominique Monteau

GRAPHISME :

Patrick Lescure

IMPRESSION :

Causses et Cévenne

Paternité Pas d'utilisation commerciale Partage des Conditions Initiales à l'Identique

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/fr/>

Ce cahier est sous Licence Creative Commons permettant aux lecteurs de l'utiliser, le reproduire, le diffuser, sous la condition de mentionner le titre, les auteurs et le Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale. Il ne peut pas être modifié ni commercialisé.



Yann Queinnec et William Bourdon remercient toute l'équipe Sherpa et particulièrement Louis Daniel Muka Tshibende, Claire Deshayes, Bertrand Besnard et Mathieu Le Soudéer pour leur précieuse contribution à ce Cahier de propositions.

*Image de couverture : Alain Bublex, Plan Voisin de Paris - V2 Circulaire Secteur C23, 2004
(Courtesy Galerie GP & N Vallois, Paris)*

Réguler
les entreprises
transnationales
46 propositions

Yann Queinnec
William Bourdon

décembre 2010

Sommaire

PRÉSENTATION	7
<i>Mireille Delmas-Marty</i>	
INTRODUCTION	8
1 UNE MONDIALISATION EN QUÊTE DE RÉGULATION DES ETN - ÉTAT DES LIEUX	12
2 UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA NOTION D'ENTREPRISE	17
Nouvelle définition de l'entreprise	18
<i>Proposition n° 1 – Une définition du contrat de société qui intègre la prise en compte de l'intérêt général</i>	<i>18</i>
<i>Proposition n° 2 – Reconnaissance de la notion de groupe de sociétés</i>	<i>19</i>
<i>Proposition n° 3 – Adoption d'une définition commune de la notion de société mère</i>	<i>20</i>
L'organisation interne de l'entreprise	22
<i>Proposition n° 4 – Instaurer une norme de comportement générale</i>	<i>22</i>
<i>Proposition n° 5 – La responsabilité des dirigeants</i>	<i>23</i>
<i>Proposition n° 6 – La responsabilité des actionnaires</i>	<i>25</i>
<i>Proposition n° 7 – La responsabilité des collaborateurs</i>	<i>27</i>
3 NIVEAU EXTERNE NATIONAL – L'ETN DANS SON PAYS D'ORIGINE	30
Les outils de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement	31
Les outils d'aide à la décision	31
<i>Proposition n° 8 – Outil de projection – Exiger des ETN un “plan d'affaires” sur quinze ans</i>	<i>31</i>
<i>Proposition n° 9 – Outil d'information – Obliger les ETN à un “reporting” annuel en matière d'impacts ESG</i>	<i>32</i>
<i>Proposition n° 10 – Outil de mesure – Réforme de la comptabilité des ETN intégrant leurs performances extra-financières</i>	<i>34</i>
<i>Proposition n° 11 – Outil de comparaison – Élaboration d'indicateurs de performance extra-financière</i>	<i>35</i>
<i>Proposition n° 12 – Outil de mutualisation – Systématiser et encadrer juridiquement les partenariats entre organisations de la société civile et ETN</i>	<i>36</i>
Les outils de contrôle des ETN	38
<i>Proposition n° 13 – Transparence – Garantir un droit d'accès des tiers aux informations extra-financières des ETN</i>	<i>38</i>
<i>Proposition n° 14 – Observation – Créer un observatoire national des performances extra-financières</i>	<i>39</i>
<i>Proposition n° 15 – Financement – Favoriser les appels publics à l'épargne des ETN présentant de bonnes performances ESG</i>	<i>40</i>
<i>Proposition n° 16 – Marchés publics – Encourager une politique d'achats publics responsables</i>	<i>40</i>
<i>Proposition n° 17 – Communication responsable – Réprimer la publicité mensongère en matière de développement durable</i>	<i>42</i>

Les outils de réparation des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement	42
<i>Proposition n° 18</i> – Reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales	44
<i>Proposition n° 19</i> – Généraliser les sanctions administratives d'interdiction de marchés publics aux ETN dont les performances extra-financières sont insuffisantes	45
<i>Proposition n° 20</i> – Mettre en cohérence l'arsenal judiciaire répressif et les moyens à disposition des juridictions nationales	46
4 NIVEAU EXTERNE INTERNATIONAL – L'ETN DANS SES PAYS D'IMPLANTATION	47
Adaptation du cadre juridique à l'internationalisation de l'entreprise	48
<i>Proposition n° 21</i> – Reconnaître la responsabilité juridique de la société mère d'un groupe à l'égard de l'action de ses filiales étrangères	48
<i>Proposition n° 22</i> – Responsabiliser la société mère à l'égard des acteurs de sa chaîne d'approvisionnement	49
Les outils de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement	50
<i>Proposition n° 23</i> – Renforcer le rôle préventif du personnel des ETN en matière d'impacts ESG	50
<i>Proposition n° 24</i> – Établir un réseau international de parties prenantes assurant un "reporting" de qualité sur les impacts sociaux et environnementaux	51
Les outils de réparation des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement	52
<i>Proposition n° 25</i> – Extraterritorialiser le droit	52
<i>Proposition n° 26</i> – Définir une première extension du délit de recel	53
<i>Proposition n° 27</i> – Définir une seconde extension du délit de recel	54
<i>Proposition n° 28</i> – Garantir l'accès à la justice pour les associations luttant contre les atteintes à l'environnement et contre la corruption	54
5 NIVEAU GLOBAL – L'ETN ET LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE	56
L'adaptation du droit des affaires aux enjeux du développement durable	57
<i>Proposition n° 29</i> – Reconnaître aux ETN le statut de sujet de droit international	57
<i>Proposition n° 30</i> – Intégrer au droit international de l'investissement le respect des conventions internationales de protection de l'environnement et des droits fondamentaux	58
<i>Proposition n° 31</i> – Définir un droit de la concurrence privilégiant les partenariats durables entre entreprises	59
<i>Proposition n° 32</i> – Promouvoir le concept de "contrat durable"	60
<i>Proposition n° 33</i> – Encourager les investisseurs et acteurs financiers à privilégier les investissements socialement responsables	63
<i>Proposition n° 34</i> – Mettre les praticiens du droit au service du développement durable	64
La nécessaire création d'outils de prévention	65
<i>Proposition n° 35</i> – Expertise – Créer une task force internationale au service des États et collectivités pour des négociations internationales équilibrées	65
<i>Proposition n° 36</i> – Observation – Créer un observatoire international des performances ESG des entreprises	65
<i>Proposition n° 37</i> – Alerte – Adopter un statut international des "lanceurs d'alerte" pour les protéger face aux pressions	66

La protection et l’information des consommateurs	66
<i>Proposition n° 38</i> – Imposer aux entreprises une obligation générale de sécurité à l’égard des consommateurs de leurs produits et services	66
<i>Proposition n° 39</i> – Instaurer une obligation internationale d’affichage des performances sociales et environnementales des produits et services	67
<i>Proposition n° 40</i> – Instaurer une brevetabilité d’intérêt général pour orienter la R&D vers le développement durable	68
L’adaptation des instances nationales et internationales de résolution des litiges	68
<i>Proposition n° 41</i> – Ouvrir les instances arbitrales internationales aux parties prenantes d’un litige État/Entreprise	68
<i>Proposition n° 42</i> – Convertir les “Points de contact nationaux” en véritables structures d’arbitrage	69
<i>Proposition n° 43</i> – Créer un mécanisme de coopération judiciaire internationale entre juridictions nationales spécialisées dans les affaires économiques et financières	70
Le financement du développement	70
<i>Proposition n° 44</i> – Imposer aux ETN une comptabilité reflétant les flux intra-groupes pays par pays	70
<i>Proposition n° 45</i> – Supprimer l’anonymat des bénéficiaires des paradis fiscaux	70
<i>Proposition n° 46</i> – Créer une banque internationale pour mieux restituer les “biens mal acquis”	71
CONCLUSION	73

PRÉSENTATION

Dans l'incertitude qui caractérise le devenir de nos sociétés, la redéfinition du rôle des entreprises transnationales au sein de la communauté internationale est devenue l'une des questions centrales.

Le lecteur trouvera dans ce "Cahier de propositions" une grille de lecture inédite de la problématique si actuelle de la régulation des entreprises transnationales, tenant compte des rapports de forces de plus en plus complexes entre le monde économique et le monde politique.

Pour mesurer la capacité des systèmes de droit à encadrer ces rapports de force, il ne suffit pas de lire les textes ou les décisions de justice. Encore faut-il repenser les notions qui conditionnent la responsabilité juridique et renouveler les instruments d'évaluation et de contrôle; autrement dit faire appel aux "forces imaginantes" du droit pour explorer toutes les possibilités qu'il offre, ou pourrait offrir. Tel est le sens des quarante-six propositions présentées dans ce cahier par les acteurs "civiques" que sont les membres de l'association Sherpa, qui depuis plusieurs années œuvrent à introduire une dynamique permettant d'adapter les systèmes de droit à un monde en pleine mutation, caractérisé par des interdépendances croissantes.

Pourvus d'une solide expérience acquise au cours de leurs rapports avec diverses entreprises, et conscients des difficultés théoriques et pratiques inhérentes à un tel projet, Yann Queinnec et William Bourdon ont travaillé de façon concrète et méthodique à proposer les outils juridiques adaptés aux objectifs qu'ils énumèrent: renouveler l'approche de la notion d'entreprise, assurer la prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement dans le pays d'origine, renforcer le cadre juridique dans les pays d'implantation, enfin, au niveau global, tenir compte de l'internationalisation de l'entreprise et des enjeux du développement durable pour promouvoir de nouveaux concepts comme le "contrat durable".

Ce Cahier, à la fois modeste et ambitieux, réaliste et porteur d'un idéal, est destiné à tous ceux qui s'interrogent sur les réponses possibles et souhaitables aux désordres actuels révélés, aggravés, et parfois créés, par la mondialisation des marchés. Il apporte des réponses innovantes qui devraient stimuler le débat, tout en invitant à l'engagement des citoyens, des entreprises et des États.

Mireille Delmas-Marty



Marko Echeverria, Images extraites du film vidéo *C.laV.*, 2010 (www.uncoupeil.com)

INTRODUCTION

8

Nous prenons le parti didactique de présenter le sujet de l'entreprise transnationale (ETN) et de la régulation de son action en considérant cet acteur majeur de la mondialisation comme un être vivant qui naît, évolue et meurt dans un milieu constitué d'autres acteurs (États, citoyens, organisations de la société civile, etc.). La capacité d'évolution d'une ETN, ses impacts positifs et négatifs à l'égard de son milieu, légitiment, selon nous, de questionner les sources. Qu'est-ce qu'une entreprise ? En effet, chaque société/firme/entreprise transnationale, avant d'avoir une dimension globale, se résume à un concept source, celui d'un contrat entre des personnes mettant en commun des biens pour la poursuite d'un objectif commun (objet social *intuitu personae*) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les spécificités de cette cel-

lule souche guideront ensuite la nature des droits et obligations accompagnant son évolution, sa croissance, ses diversifications et ses rapports avec les autres acteurs constituant son environnement.

L'ambition du présent Cahier de propositions est d'expliquer les contraintes et de dessiner des propositions pour une régulation des entreprises transnationales. Elle implique de dresser au préalable un état des lieux des obstacles fondamentaux qui rendent la question de la régulation de l'activité des ETN si problématique (1). La crise du système financier, qui frappe l'ensemble des économies du globe, a montré l'enjeu que représente la régulation d'acteurs transnationaux privés ou publics à but lucratif. Les difficultés rencontrées par les États pour s'entendre sur des règles communes à mettre en place reflètent l'ampleur des paramètres à concilier pour prévenir et réparer les dommages sur l'environnement et les violations des droits fondamentaux. Les négociations actuelles sur le changement climatique et les paradis fiscaux en témoignent. Le contexte international, marqué au cours des dernières décennies par une libéralisation de la circulation des biens, des services et des personnes, n'est évidemment pas étranger à ces difficultés. Elles ne doivent cependant pas masquer l'existence d'un maillage de principes et de mécanismes largement partagés par l'ensemble des cultures juridiques, économiques et sociales. Le défi consiste à appréhender ces principes et mécanismes, non plus isolément, mais dans une démarche inclusive, et de tenter ainsi d'imaginer les agencements du futur en mesure de les articuler, dans une perspective de développement "soutenable"¹. L'enjeu de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)² réside dans la conciliation, au cœur de l'entreprise, des trois piliers – économique, social et environnemental – du développement durable, qui se traduit aujourd'hui par un déséquilibre au profit du premier.

Dans un souci de présentation claire des enjeux et des pistes envisageables, nous proposons une progression dans les niveaux d'analyse correspondant au processus de développement d'une entreprise transnationale : l'ETN dans son pays d'origine (3), l'ETN dans ses pays d'implantation (4), l'ETN et la communauté internationale (5). Mais avant toute chose, nous nous interrogerons sur la notion même d'entreprise (2). Une nouvelle approche de l'entreprise doit en effet être imaginée, afin de combler le décalage grandissant entre sa réalité économique et sa réalité juridique.

La démarche retenue nous conduira à cheminer de l'infiniment petit (qu'est-ce qu'un contrat de société ?) à l'infiniment grand (quels sont les agencements institutionnels transnationaux adaptés ?). L'idée est d'être en mesure d'identifier, à chaque niveau considéré, les obstacles majeurs et les caractéristiques fondamentales requises pour que les ETN appréhendent efficacement les impacts négatifs induits par leur activité. Chaque niveau de démonstration fera le lien avec le niveau suivant,

1. Nous utiliserons tout au long du cahier le qualificatif "durable", plus largement usité, même s'il s'agit d'une mauvaise traduction du terme anglais "sustainable".

2. Nous utiliserons autant que faire se 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 (DUDH), qui décrit les conditions de vie 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." (la DUDH est téléchargeable sur le lien suivant : <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>).

à l'instar d'une entreprise qui définit sa stratégie en amont et l'adapte aux différents espaces géographiques et juridiques d'implantation.

L'approche préventive sera privilégiée tout au long de la démarche. Seront aussi identifiés des mécanismes de réparation des dommages. Nous partons en effet du constat que, faute de dispositifs de sanction adaptés, l'irresponsabilité qui prévaut actuellement perdurera, avec son lot de conséquences sociétales et environnementales préjudiciables pour les générations futures. En ce sens, les propositions qui suivent prennent acte que le caractère "volontaire" qui caractérise aujourd'hui la responsabilité sociétale des entreprises a montré ses limites. Le présent Cahier de propositions entend apporter des pistes adaptées à la nécessité de règles du jeu plus claires, plus visibles, plus sécurisantes à la fois pour les ETN et pour les victimes de leurs écarts.

Il convient de préciser que les propositions présentées sont guidées par le constat d'une situation qui empêche à ce jour les entreprises authentiquement engagées dans une démarche responsable d'en tirer l'avantage concurrentiel légitimement attendu. Des règles plus claires et plus contraignantes sont donc l'unique moyen d'assurer une plus grande sécurité juridique et de rétablir des conditions de concurrence loyale. Elles doivent permettre aux entreprises d'atteindre effectivement ce qui est communément désigné comme la triple bottom line, à savoir l'intégration dans leurs stratégies des trois objectifs généralement assignés au développement durable (au-delà des indéniables ambiguïtés de ce concept) : prospérité économique, justice sociale et qualité environnementale. Encourager un dénominateur commun par le haut suppose que le nivellement des obligations par le bas ne soit pas perçu comme le plus séduisant économiquement, socialement et sur le plan environnemental.

Nombre des propositions qui suivent ont pour base de travail le droit français ou le droit européen, mais elles ont été élaborées en considération de leur acceptabilité au niveau international avec le souci de les inscrire dans le cadre de l'évolution du droit international, et en particulier de la *lex mercatoria*. Elles ont été préparées avec le souci de répondre aux exigences de légalité, de légitimité et d'efficacité requises pour favoriser l'adhésion. Ces mesures visent aussi à créer les conditions d'une forte incitation à l'autodiscipline des acteurs du marché, dont les démarches volontaires doivent dépasser le stade de la communication non suivie d'effets.

L'accent mis sur la transparence des performances sociales et environnementales illustre cette démarche. Précisons que si nous prônons les vertus de la transparence – par ailleurs trop idéalisées, voire instrumentalisées, par nombre d'économistes – considérant que le développement d'outils pour un *reporting* de qualité doit inciter les entreprises à améliorer leurs performances sociales et environnementales, c'est

3. On peut observer les moyens mis à disposition de Neil Barofsky, inspecteur général spécial chargé d'enquêter sur l'utilisation des 700 milliards de dollars de fonds publics consacrés au plan de sauvetage de la finance américaine, le TARP. Il dispose d'une équipe de 110 personnes, dont 40 inspecteurs (qui seront bientôt 60), et d'un budget pour 2010 de 48,4 millions de dollars ("Le nouvel incorruptible", Sylvain CYPEL, *Le Monde*, 3 février 2010, p. 25). Le débat actuel sur l'utilisation par les gouvernements de listings volés de comptes bancaires en Suisse soulève aussi la question des moyens techniques à la disposition des autorités publiques pour assurer le recouvrement de l'impôt ("Mme Merkel justifie l'achat d'un listing volé de comptes bancaires en Suisse", Cécile CALLA, *Le Monde*, 3 février 2010, p. 14).

un angle bien plus incisif qui nous incite à l'encourager. En effet, l'intérêt d'un dispositif de transparence enrichi et contraignant réside aussi dans l'utilisation qui pourra être faite des informations (ou de l'absence d'informations) délivrées par les entreprises. En ce sens, l'optimisation de la transparence est un moyen de garantir l'usage effectif d'un arsenal répressif par les tiers.

Bien sûr, à elles seules, ces mesures ne suffiront pas. Elles seront d'autant mieux acceptées par les agents économiques qu'elles seront adoptées non seulement par l'ensemble des pays riches, mais aussi de façon progressive par les pays émergents. Elles devront donc être adossées à un cadre multilatéral normatif qui reste à écrire. Leur mise en œuvre suppose également une véritable volonté politique, s'agissant d'une part, des moyens supplémentaires qui devront être accordés aux instances de contrôle (judiciaires ou non³) et, d'autre part, des garanties assurant le plein respect de leur indépendance et impartialité. Elle implique aussi que la société civile assume elle-même de nouveaux devoirs liés à ces nouvelles obligations et, par conséquent, engage la mutation que nous appelons de nos vœux⁴.

4. Selon le baromètre 2010 du Edelman Trust: *"For the third straight year, NGOs are the most trusted institution in eight countries, including the US, UK, Germany, and France. In China, trust in NGOs has surged by 25 points since 2004 (from 31 to 56 percent) – possibly a reflection of growing affluence and the demand for environmental responsibility and public health."* Cette confiance grandissante accordée aux ONG entraîne de leur part une responsabilité et une professionnalisation accrues. Le 2010 Edelman Trust Barometer est téléchargeable sur le lien suivant – <http://www.edelman.com/trust>.



Peter Klasen, 2 Manettes / fond rouge - noir KE 46, 1990, Cliché : Gal. Louis Carré / J.-O. Rousseau © ADAGP, Banque d'Images, Paris 2011

1

Une mondialisation en quête de régulation des ETN - État des lieux

Aucune institution, qu'elle soit publique ou privée, n'ignore aujourd'hui le phénomène de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)⁵. Développement durable et réduction des émissions de CO₂, biodiversité ou accès à l'eau, mais aussi niveau de vie, logement, modes de consommation, maladies cardio-vasculaires, gestion des déchets ou encore accès à la culture, etc., sont autant de thèmes hétérogènes de débats de société dans lesquels intervient naturellement le rôle des entreprises. Et c'est bien logi-

que, l'entreprise n'a jamais été autant placée au centre de la société, au rang d'institution sociale majeure. Si certains peuvent déplorer ce culte de l'entrepreneur, présenté comme modèle social, il n'en reste pas moins incontestable que l'homme n'a pas inventé d'outil plus adapté que l'entreprise pour créer de la richesse.

La question posée aujourd'hui au travers de l'exigence internationale d'un "développement durable" est la suivante: de quelle richesse parle-t-on? L'usage étri-

qué qui en est fait aujourd'hui porte en lui la raison même de l'entrée massive du thème de la RSE dans l'ensemble des instances citoyennes et explique les tentatives visant à ouvrir la notion de richesse aux performances sociétales.

On le voit bien, la question est dramatisée par l'échec de l'autorégulation du capitalisme financier. Le débat international déclenché depuis la crise des *subprimes* de 2007 et celle du système financier à l'automne 2008 a montré à quel point l'autorégulation des entreprises transnationales était un mythe. Si les entreprises industrielles peuvent parfois s'autoréguler de manière plus efficiente que les entreprises financières, l'exigence normative reste incontournable.

Une précision s'impose ici, compte tenu de la différence qu'il convient d'opérer entre les petites et moyennes entreprises (PME), voire les très petites entreprises (TPE), et les ETN. Si l'éloignement physique entre les travailleurs ou entre les clients et les fournisseurs diffère selon les organisations et les secteurs, il marque aussi une différence fondamentale entre les PME et les ETN. On n'assume pas ses responsabilités de la même manière si l'on est en contact immédiat avec ceux qui en subissent les conséquences : un directeur financier qui prend des décisions concernant une filiale située à des milliers de kilomètres du siège où il travaille n'assume pas la même charge personnelle que celui qui côtoie chaque jour les employés de l'entreprise. Cette remarque est valable pour les relations avec les parties prenantes au sens large (acteurs de la chaîne d'approvisionnement, riverains de sites industriels, etc.). Les effets de la distanciation sont donc tout à fait différents selon la taille de l'entreprise. Le besoin de comprendre les effets de la mise à distance des humains sur leurs prises de décision rationnelles est donc éminemment sensible pour les ETN et guidera la recherche d'outils adaptés dans les développements qui suivent⁶.

En guise de préalable aux propositions, un petit état des lieux s'impose. Nous le formulerons en deux questions :

Pourquoi une régulation est-elle nécessaire ?

Nous nous contenterons ici d'évoquer trois tendances lourdes qui permettent de baliser l'épineux sujet de la régulation des ETN :

- **L'influence grandissante des ETN par rapport aux États et son incidence sur le principe même d'État de droit** – Si, à tous les niveaux institutionnels, la question figure en bonne place sur l'agenda, les évolutions sont tout à fait insuffisantes. En cette matière qu'est la régulation des affaires, les entreprises sont aux premières loges aux côtés des États. On peut d'ailleurs affirmer, sans risque de se tromper, que la majorité des normes adoptées dans le monde régissant les affaires (droit fiscal, des sociétés, social, de la concurrence, de l'arbitrage, de la consommation, etc.) est directement le fruit du lobbying des entreprises, le lobbying des plus puissantes d'entre elles, que nous désignons ici comme les ETN. Cette influence explique sans doute pourquoi l'environnement normatif des ETN épargne les plus viles et ne récompense pas celles qui sont engagées dans une authentique démarche de conciliation durable entre profit à court terme et intérêt général ;

- **L'existence d'un consensus international sur la nécessaire contribution des ETN à l'intérêt général**⁷ – Qu'il s'agisse du Global Compact initié par l'ONU, des principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de la déclaration tripartite de l'Organisation internationale du travail (OIT), des outils existants et de ceux en cours d'élaboration, tels que l'ISO 26000, tous ces mouvements convergent vers un même constat : les ETN sont un vecteur de garantie de l'intérêt général et, à ce titre, la dérégulation galopante de ces trente dernières années n'a pas permis aux États et aux institutions régionales ou internationales d'exercer leurs prérogatives permet-

5. À titre d'exemple, nous recommandons la lecture de l'étude publiée par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme - Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, réalisée par Olivier MAUREL, publiée en 2009 (téléchargeable sur le lien suivant : http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/_CNCDH_Responsabilite_des_entreprises_VI.pdf). Nous recommandons également la lecture du mémento de Sherpa intitulé *Les entreprises transnationales et leur responsabilité sociétale*, réalisé par Marie Caroline CAILLET et Gora GNOM, 2010, téléchargeable en format Ebook sur le site : <http://www.asso-sherpa.org>.

6. "De l'importance d'être distant", Pierre-Yves GOMEZ, *Le Monde*, 9 mars 2010, p. 3.

7. Il nous semble important, à ce stade, de préciser les contours de cette notion d'intérêt général. Un extrait du rapport du Conseil d'État de 1999 sur la question apporte un éclairage intéressant : "Depuis le XVIII^e siècle, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la

tant d'orienter l'action des ETN vers un développement durable. Le mandat onusien de représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, confié au Pr John Ruggie, est à ce titre emblématique⁸, tout comme le récent rapport du rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation qui met en exergue l'insuffisance des mesures actuelles visant à encourager les entreprises à agir de façon responsable⁹;

- D'importants obstacles conceptuels et structurels – Les impacts sociaux et environnementaux de l'activité des sociétés transnationales ne peuvent, en l'état actuel du droit, être appréhendés efficacement. C'est notamment dû à un double concept fondamental du droit des sociétés, les principes d'*autonomie juridique et de responsabilité limitée*, qui ont pour effet d'isoler chaque membre d'un groupe transnational des conséquences civiles ou pénales de l'action des autres membres du groupe. Ces principes visant à protéger les entrepreneurs des risques financiers liés à leur activité au-delà des sommes investies sont censés encourager l'investissement. Ce faisant, ils ont généré une situation asymétrique : une société mère peut toucher les profits de ses filiales sans être comptable des conséquences environnementales et sociétales de leurs activités. Cette situation impose de s'interroger sur la définition même de l'entreprise, sur le régime juridique applicable aux sociétés mères ainsi que sur celui des groupes de sociétés. Par ailleurs, le caractère extraterritorial des litiges et l'in-

terposition fréquente de plusieurs entités "tampons" (logées souvent dans des pays dits non coopératifs) entraînent d'importantes difficultés procédurales qui ne garantissent pas aux victimes l'accès à la justice.

Ces obstacles n'ont toutefois pas empêché la multiplication des procédures judiciaires mettant en cause la responsabilité civile et pénale des sociétés mères par rapport à des infractions perpétrées par leurs filiales étrangères¹⁰. Les études de droit comparé se sont développées au cours de ces dernières années pour faire état des évolutions en la matière, qu'il s'agisse de questionner l'usage de notions telles que celle de complicité, de négligence fautive ou de recel, ou de commenter les règles de compétence juridictionnelle, stratégiques compte tenu du caractère extraterritorial des litiges.

On le voit donc, la RSE est un phénomène juridique éminemment politique qui reflète l'inadaptation des outils de gouvernance d'un monde dans lequel le poids respectif des États est bouleversé, tout comme leurs rapports avec les entreprises transnationales.

Comment une telle régulation est-elle possible ?

Le constat d'obstacles juridiques aux fortes racines culturelles et historiques, aussi inquiétant soit-il, ne doit pas masquer une tendance majeure, celle de la conversion des marchés vers ce nouveau Graal qu'est

volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers." (*Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public 1999*, Conseil d'État – <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=430>). C'est également cette conception volontariste que nous choisissons d'adopter pour conduire notre démarche.

8. Le cadre d'intervention de John Ruggie s'est peu à peu affiné pour se résumer par les trois termes "protéger, respecter et réparer", la protection relevant de la responsabilité des États, le respect visant les entreprises. Pour plus d'information sur ce cadre, qui est entré depuis juin 2008, dans une phase visant à le rendre d'opérationnel, se reporter au rapport en date du 22 avril 2009 : <http://www.reports-and-materials.org/Rapport-Ruggie-Conseil-Droits-de-lHomme-22-avr-2009.pdf>.

9. À propos du marché alimentaire, selon Olivier de Schutter, le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation : "Dans ce processus d'expansion et d'intégration, le système des achats s'est lui aussi modernisé : aux normes publiques se sont ajoutées les normes privées, qui ont acquis une importance accrue, souvent imposée par les codes de conduite adoptés par le secteur de la distribution.

L'intégration verticale s'est accentuée, les grossistes et les distributeurs cherchant à assurer la stabilité de l'approvisionnement par le recours à des contrats explicites (accords à long terme avec les producteurs) ou à des techniques telles que l'établissement de listes de fournisseurs privilégiés. Les achats sont de plus en plus centralisés, s'appuyant sur des réseaux non plus nationaux ou régionaux, mais mondiaux. En raison de cette évolution, la concentration de la production et de la distribution alimentaires a augmenté sensiblement ces dernières années. La structure du marché qui en résulte confère aux acheteurs un pouvoir de négociation considérable par rapport à leurs fournisseurs, qui risque de peser lourdement sur les intérêts des producteurs et des consommateurs. Les mesures actuelles visant à encourager les sociétés à agir de façon responsable sont insuffisantes face à cette dimension structurelle." Le rapport d'Olivier de Schutter du 22 décembre 2009 est téléchargeable sur le lien suivant : http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.33_fr.pdf.

10. Le site suivant recense régulièrement les procédures judiciaires engagées vis-à-vis des ETN : <http://www.business-humanrights.org/LegalPortal/Home>

le développement durable. Cette évolution impose une adaptation du droit des affaires, à la fois pour protéger les victimes des excès d'un certain nombre d'acteurs économiques et pour permettre à ces derniers d'accompagner une économie de marché plus sobre et plus durable. Qu'en est-il de la responsabilité des juristes dans tout ça ? Elle est grande. Il leur incombe en effet d'inventer les outils juridiques devant accompagner les changements à l'œuvre, voire de les provoquer en créant la trame juridique de base, aujourd'hui parsemée d'accrocs et ce, en dépit du succès grandissant de la notion de gouvernance¹¹.

Pour ce faire, il convient notamment de puiser dans les trésors de la théorie générale du droit¹².

La notion de responsabilité sociétale des entreprises, qui a explosé durant ces dernières années, prétend jouer le rôle de guide pour l'émergence d'une économie de marché plus durable. Comment un concept aussi évanescent peut-il produire des résultats ? Aujourd'hui, les outils d'orientation de l'action des ETN estampillés "RSE" sont, dans leur grande majorité, de nature volontaire. Non sans résultat si l'on observe la place grandissante des performances extra-financières dans le radar des investisseurs. Reste que les violations les plus flagrantes (pollution des eaux, travailleurs non protégés, importation de bois illégaux, etc.) ou diffuses (évasion fiscale, ententes négatives,

non-conformité des étiquetages, publicité trompeuse, etc.) demeurent très largement impunies. Outre l'absence de réparation pour les victimes, cette situation



Jean-Pierre Attal, *Alvéoles 54*, 2008 (© Jean-Pierre Attal - Courtesy Galerie Olivier Waltman)

11. L'édition 2009 de l'étude réalisée par Ernst & Young et France Proxy évalue les pratiques de gouvernance des entreprises cotées sur la base du code de gouvernement Afep-Medef. Elle est révélatrice de l'inertie. Sur un échantillon de 113 sociétés cotées inscrites sur l'Eurolist A, 18 % présentent des pratiques de gouvernance faibles et 6 % très faibles. Sont particulièrement malmenées la "transparence" (39 % de l'échantillon jugé faible ou très faible) et les "outils" (28 %), autrement dit l'ensemble des moyens dédiés à la gouvernance d'entreprise ("Gouvernance: un quart des 'Big caps' françaises à la traîne", Mathieu ROSEMAIN, *Les Échos*, 21 octobre 2009, p. 29).

12. C'est à cela qu'invite Georges Abi-Saab (président de l'Organe d'appel de l'OMC) dans son avant-propos de l'ouvrage de Homayoon Arfazadeh (*Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Homayoon ARFAZADEH, Bruylant, 2005).

entretient un phénomène de concurrence déloyale à l'égard des entreprises authentiquement engagées. C'est ici que la nature volontaire de la RSE atteint ses limites. C'est le point de départ des règles contraignantes. Elles se révèlent les indispensables alliées des promoteurs d'une économie de marché durable, pour autant qu'ils sachent judicieusement doser l'intensité normative¹³.

La RSE est un phénomène complexe. Ses ramifications sont économiques ; il s'agit d'une évolution du marché. Elles sont aussi religieuses, philosophiques, sociologiques ou encore mathématiques, comme en témoigne le développement des données extra-financières. Mais c'est sans doute la force d'abstraction du droit qui est la plus apte à fournir des outils structurants répondant à une pluralité hétérogène de besoins. Que l'on parle de code de conduite ou de sanction pénale, on constate la diversité des réponses que le droit peut apporter. La liberté contractuelle d'un côté, l'arbitrage d'un juge de l'autre. Ces deux extrémités montrent à quel point la palette d'outils juridiques est grande et les possibilités d'ajustement infinies. En ce sens, il est absurde de refuser d'emblée, par principe, la contrain-

te légale comme une partie de la solution. Cette attitude, qui marque encore aujourd'hui la posture des représentants des ETN dans les instances débattant de l'encadrement de la RSE, est contre-productive et dénote une tendance sociologiquement inexacte à confondre le droit avec le contentieux. Elle ferme la porte à l'émergence d'outils de régulation hybrides, ceux qui vont permettre de concilier les divergences entre la recherche du profit et l'intérêt général afin de répondre aux aspirations des citoyens¹⁴.

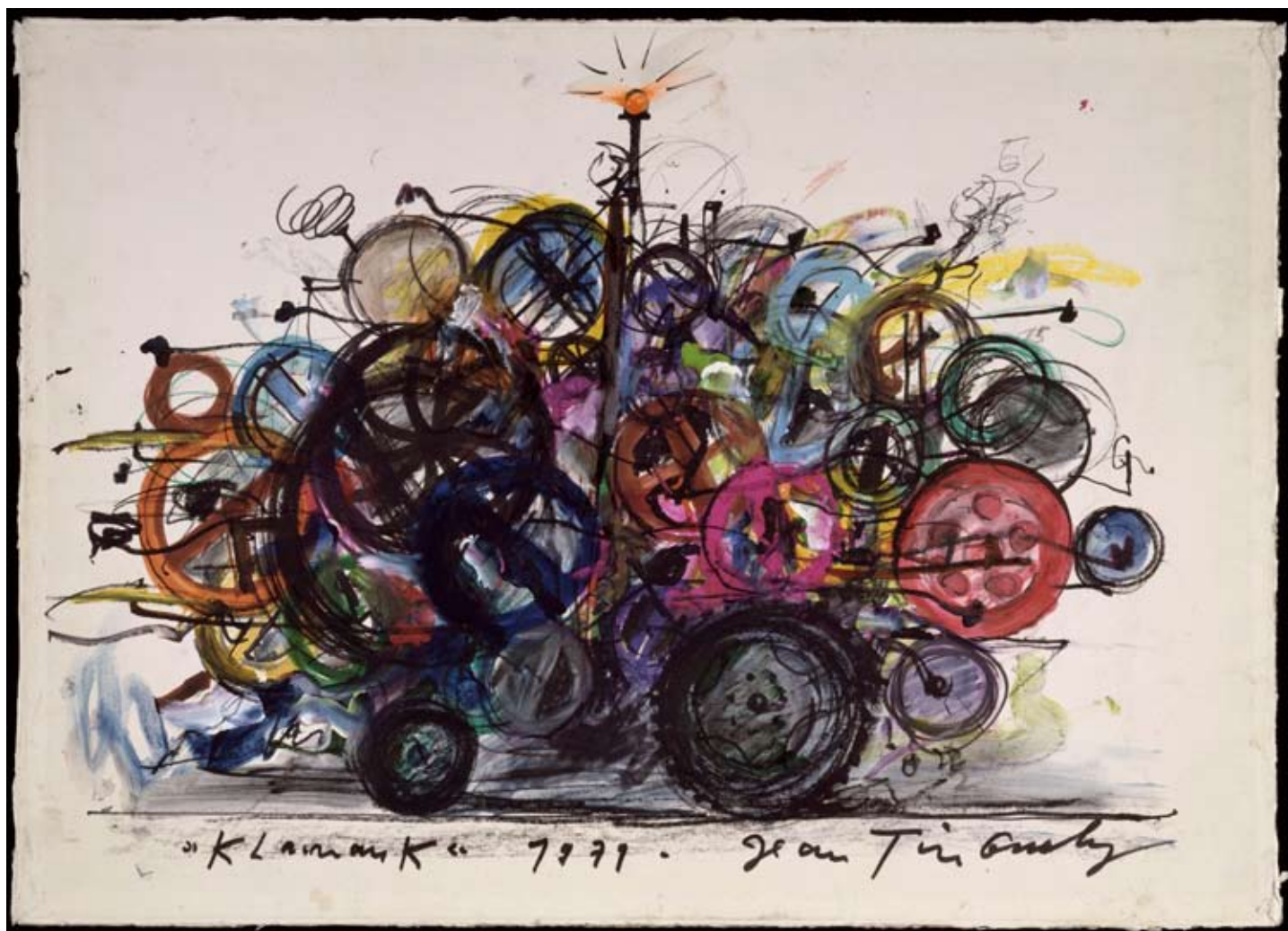
Les outils de "droit mou" (*soft law*), tels que les engagements volontaires, pourront contribuer à ce que les ETN remplissent effectivement les nouveaux devoirs qu'elles disent s'assigner, pour autant qu'ils soient articulés à un nouvel arsenal juridique relevant du "droit dur" (*hard law*)¹⁵, un arsenal à la fois dissuasif et contraignant, adapté à l'extraterritorialité, à l'opacité des comportements et à l'éclatement des lieux de décision. Les quarante-six propositions qui suivent en suggèrent une préfiguration, guidée par la recherche de sécurité juridique, autant pour les victimes que pour les entreprises, et alimentée par les "forces imaginantes du droit"¹⁶.

13. Ainsi 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." (*Le pluralisme ordonné*, Mireille DELMAS-MARTY, Seuil, 2006, p. 97).

14. Dans le troisième scénario de projection de la société en 2050, imaginé par des étudiants d'HEC en 2008, baptisé "Label vie", les hommes sont devenus plus responsables. Ils mutualisent leurs besoins, partagent, pratiquent le troc, la location groupée et les échanges non marchands. ("Vers un monde tout vert ?", Aurélie CHARPENTIER, *Marketing Magazine*, septembre 2009).

15. *Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, William BOURDON, La Découverte, 2010, p. 275.

16. Nous tenons à rendre un hommage appuyé à Mireille Delmas-Marty, dont l'œuvre visionnaire guide nos actions et travaux. Qu'elle soit ici remerciée de son soutien sans faille depuis l'origine de l'association Sherpa.



Jean Tinguely, Klamauk (Chahut), Collection Centre Pompidou, Dist. RMN / Philippe Migeat, ©ADAGP, Paris 2010

2

Une nouvelle approche de la notion d'entreprise

Notre tentative d'édifier un corpus de règles permettant de limiter le plus efficacement les débordements éthiques des entreprises exige d'interroger la notion même d' "entreprise".

Ce questionnement découle du constat d'un décalage grandissant entre l'organisation juridique des grands groupes et leur réalité économique. D'un côté en effet, l'utilisation des outils juridiques à disposition des acteurs économiques génère des organisations arbores-

centes transnationales, nécessaires pour répondre au phénomène de globalisation des échanges. De l'autre, la réalité économique des groupes transnationaux se traduit par une centralisation des décisions stratégiques et une consolidation des résultats financiers.

Ainsi ne peut-on échapper à la recherche des moyens permettant de réconcilier le régime juridique applicable aux acteurs économiques et leur réalité économique.



Denis Robert, Fouquet's band, 2008 (Courtesy Galerie W)

C'est d'autant plus nécessaire si l'on considère les objectifs de développement durable qui imposent l'engagement effectif de tous les acteurs pertinents. La notion de responsabilité sociétale des entreprises a vocation à traduire cette mutation des acteurs économiques à l'aune des enjeux du développement durable.

Sans ignorer les effets d'inertie induits par une responsabilisation à outrance, plusieurs dispositifs situés à des niveaux clés sont en mesure de prévenir l'apparition de dommages sociaux et environnementaux. Des

propositions ciblées relevant du régime de responsabilité seront abordées dans les chapitres suivants. Péalablement, il est essentiel de reconsidérer les notions clés du droit des sociétés afin de tenter d'insérer, en amont, la dimension d'intérêt général requise pour relever les défis du développement durable.

Chaque échelon de l'organisation interne de l'entreprise ayant un effet sur le caractère vertueux ou non de l'action de celle-ci, les développements qui suivent s'intéressent à trois notions fondamentales: la définition de la notion même d'entreprise, la reconnaissance de la notion de groupe de sociétés et celle de société mère. Évidemment, les propositions suivantes ne prétendent pas régler définitivement ces questions fondamentales. Tout au plus entendent-elles apporter un éclairage sur les orientations que pourrait prendre une nouvelle définition de l'entreprise.

Nouvelle définition de l'entreprise

Proposition n° 1 – Une définition du contrat de société qui intègre la prise en compte de l'intérêt général

Contexte – Le droit des sociétés n'a pas cessé de créer de nouveaux habits juridiques destinés à accueillir des activités humaines économiques en constante évolution, leurs caractéristiques variant sur la nature et l'ampleur de la responsabilité des dirigeants, des actionnaires ou associés, sur les règles comptables, de transparence, sur les modalités de levée de fonds ou de distribution des profits générés, etc. Autant de caractéristiques en mesure de répondre à la sophistication grandissante de l'activité économique, autant de réponses techniques qui ne donnent qu'une vision

17. Dès 1984, le Pr Jean Paillusseau dressait les contours distinguant les notions de société et d'entreprise: "Dans quel rapport se situent les notions de société et d'entreprise? Se confondent-elles? Représentent-elles deux entités indépendantes qui coexisteraient, mais qui vivraient en étroite symbiose? Ou ne sont-elles plus simplement que deux aspects essentiels et complémentaires d'une même entité? En fait, la réponse est très simple, l'entreprise est une organisation économique et humaine, alors que la société n'est qu'un cadre juridique. L'une appartient à la réalité des choses, à l'économie et à la sociologie, l'autre au construit et au juridique. Mais sans un minimum d'organisation juridique, l'entreprise ne peut exister et se développer, aussi la société est-elle, pour elle, la structure d'accueil qui lui permet d'accéder à la vie. Dans cette perspective, la société est une organisation juridique de l'entreprise." (Jean PAILLUSSEAU, in *Les fondements modernes du droit des sociétés*, JCP (E), 1984, 14193, p. 168).

18. L'État du Maryland (États-Unis) a, par exemple, adopté le 17 avril 2010 une loi créant un statut de société (*benefit corporation*) permettant aux entrepreneurs de mettre les objectifs sociétaux au rang de celui de la satisfaction des actionnaires. "Under the new Maryland law, *benefit corporations must spell out their values in their charters, report annually on activities that benefit the public, and submit to third-party auditing of their societal impact. Becoming a benefit corporation, or shedding that status, would require approval of two-thirds of shareholders.*" ("New Legal Protections for Social Entrepreneurs", John TOZZI, in *BusinessWeek.com* – http://www.businessweek.com/smallbiz/content/apr2010/sb20100421_414362.htm?chan=smallbiz_special+report+-+focus+on+entrepreneurs_special+report+-+focus+on+entrepreneurs).

partielle de ce qu'est une entreprise (organisation économique et humaine) à travers la notion de contrat de société (son cadre juridique)¹⁷.

Or, le fondement du droit des sociétés est aujourd'hui, plus que jamais, bouleversé par le déplacement progressif des frontières de l'intérêt général de la sphère publique à la sphère privée. Nous considérons que l'évolution de la doctrine et le débat induit par la montée en puissance du concept de RSE autorisent à questionner le concept source de contrat de société. Il s'agit de lui apporter le relief nécessaire à la prise en compte des considérations d'intérêt général. Si l'on utilise une métaphore biologique, interroger le concept de contrat de société, c'est s'intéresser à l'atome générant les molécules d'ADN complexes que sont ces structures transnationales communément désignées aujourd'hui comme les "entreprises multinationales".

Précisons que les travaux de Sherpa en la matière trouvent un écho particulier au moment où le prix Nobel d'économie 2009 a été décerné à deux professeurs nord-américains, Elinor Ostrom et Oliver Williamson, dont les travaux impliquent de revisiter la notion même d'entreprise. Par ailleurs, l'importance grandissante du secteur de l'économie sociale et solidaire, le succès du statut coopératif et l'émergence d'initiatives normatives dédiées¹⁸ s'inscrivent dans cette tendance. Les modèles économiques et ces statuts juridiques n'en restent pas moins marginaux.

Aujourd'hui, le Code civil français définit le contrat de société dans son article 1832: "*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.*" Cette définition fait écho à celle retenue dans le document Système de comptabilité nationale (publié conjointement par l'ONU, le Fonds monétaire international [FMI], l'OCDE, la Banque mondiale et la Commission de l'Union européenne), approuvée en 1993 par une résolution du Conseil économique et social des Nations unies, définition selon laquelle une entreprise est une unité institutionnelle, c'est-à-dire une entité économique capable de son propre chef "*de posséder des actifs, de prendre des engagements, de s'engager dans des activités économiques et de réaliser des opérations avec d'autres entités*"¹⁹.

Proposition – Intégrer les obligations environnementales et sociétales dans la définition même du contrat de société. Une manière efficace de greffer les préoccupations relevant de la RSE en amont de la vie des entreprises consiste donc à les intégrer dans leur acte de naissance. Libeller des obligations environnementales et sociales dans la définition même du contrat de société placerait ces règles au même niveau que les obligations financières et comptables résultant du principe de la contribution aux pertes (principe figurant explicitement à l'article 1832 du Code civil français précité). Cette manifestation explicite d'un principe de solidarité pesant sur les entreprises afin d'atteindre un développement durable, en s'imposant d'emblée à l'ensemble des associés/actionnaires d'une société, permettrait d'en irriguer toute l'organisation.

Ainsi, on peut légitimement proposer l'insertion d'un alinéa supplémentaire à l'article 1832 du Code civil français et dans tous les articles équivalents émanant d'autres droits nationaux et régionaux, ajoutant que "*les associés s'engagent à satisfaire aux exigences sociales et environnementales que la poursuite durable et responsable de l'activité encadrée implique*".

Proposition n° 2 – Reconnaissance de la notion de groupe de sociétés

Contexte – L'apparition de groupes transnationaux est liée à la stratégie de développement des entreprises, qui impose à leurs dirigeants d'opérer un choix aux conséquences juridiques importantes. Soit ils créent des succursales qui n'ont pas d'existence juridique propre, soit ils créent des filiales dotées d'une personnalité juridique, mais contrôlées par la société mère. On appelle "groupe de sociétés" l'ensemble constitué par plusieurs sociétés qui ont chacune leur existence juridique propre, mais qui sont unies par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, maintient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et impose une unité de décision²⁰. On constate donc que la notion de groupe est intimement liée à celle de contrôle. Il s'agit pour la société mère d'être en mesure d'exercer une influence déterminante sur la gestion des entités composant le groupe. Au-delà de ces caractéristiques fondamentales, celle qui nous préoccupe est l'absence de régime juridique applicable aux groupes de sociétés, et particulièrement le fait que le groupe est dénué de personnalité morale. Cela ne signifie pas que le droit ignore le groupe, qui fait l'objet de dispositions particulières en matière fiscale et sociale dans le contexte de procédures collectives ou

19. Définition de la notion d'entreprise développée dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, PUF, pp. 625 et s.

20. *Groupes de sociétés*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2007-2008, p. 15

encore en droit de la concurrence. Néanmoins, cette dispersion de régimes nuit à l'établissement d'une réglementation cohérente et laisse perdurer les abus de la personnalité morale permettant à certains groupes d'échapper à leurs responsabilités²¹. Une telle situation est en décalage avec la réalité économique et soulève des problèmes juridiques importants. Comment, en effet, assurer aux actionnaires et créanciers (commerciaux, mais aussi sociaux et environnementaux) une prise en compte effective de leurs intérêts ? Comment concilier le principe d'autonomie juridique des entités le composant et la caractéristique des groupes qui consiste à exercer sur elles, via la société mère, un contrôle effectif ?

Proposition – Établir un régime juridique propre aux groupes de sociétés. Si nous ne nous aventurons pas dans le cadre de ce Cahier de propositions à apporter toutes les réponses, à tout le moins pouvons-nous suggérer que la définition juridique du groupe de sociétés s'inspire des contours admis en droit comptable. Le développement de la consolidation des comptes des grands groupes a, en effet, permis de délimiter le périmètre pertinent devant servir de base à l'établissement des comptes et des rapports annuels de gestion. Ce périmètre fait référence à la notion d' "influence notable", qui permet d'intégrer les cas où une entreprise exerce une influence dominante sur une autre en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, et pas seulement en considération de la détention du capital et de l'exercice des droits de vote²². Au-delà de l'adoption d'une définition du groupe inspirée des

normes de droit comptable et de la notion de "sphère d'influence"²³, nous suggérons l'adoption d'un principe d'interdiction de l'abus de la personnalité morale, abus qui permet aujourd'hui de diluer les responsabilités dans les différentes entités composant le groupe. Enfin, dans le souci d'assurer aux victimes des agissements d'un groupe la possibilité d'obtenir réparation, nous proposons d'établir un régime dérogatoire, qui reconnaîtrait la personnalité juridique d'un groupe en cas de violation des droits fondamentaux et de l'environnement. De cette manière, les juges saisis seraient en mesure d'éluder le principe d'autonomie juridique des entités composant le groupe et d'identifier l'entité la plus à même de garantir une juste réparation (cf. la proposition suivante sur la notion de société mère).

Proposition n° 3 – Adoption d'une définition commune de la notion de société mère

Contexte – Nous venons de constater combien le décalage entre la réalité économique d'une ETN, dont les décisions stratégiques sont fortement centralisées, et la fiction entretenue sur l'autonomie juridique des entités composant un groupe permettent la dilution de la responsabilité et nuisent à la mise en place de stratégies de développement durable effectives. La définition du concept de holding donnée par le Pr Claude Champaud en 1962 peut utilement être rappelée ici : "C'est un procédé d'organisation financière et structurale des groupes de sociétés qui permet d'exercer aisément le contrôle des patrimoines

21. Selon une étude sociologique réalisée sur la base d'entretiens auprès de dirigeants et de cadres de huit groupes de sociétés français, "les managers font du groupe une architecture économique capable d'organiser un 'jeu de transparence' autour de ses frontières. Les frontières des filiales s'évanouissent ou, au contraire, réapparaissent au gré des changements d'objectifs stratégiques de la société tête de groupe, celle-ci étant statutairement dans une position dominante du fait de son rôle d'actionnaire majoritaire de la filiale. Le groupe aurait ainsi la capacité à être ou à ne pas être, à exister de façon discontinue" ("Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique", Aurélie CATEL DUET, *Droit et société*, n° 67 (2007), pp. 615-630 – http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/38/47/40/PDF/article_catel_D_S_V3.pdf).

22. Les termes de la septième directive 83/349/EEC du 13 juin 1983, par le biais de la définition du périmètre de consolidation, ont délimité la sphère d'influence de la société mère et contribué ainsi implicitement à introduire une notion de groupe en droit positif, qui inclue notamment des circonstances qui ne se limitent pas à la détention d'une partie du capital social (art. 1 c) : "1. Les États membres imposent à toute entreprise qui relève de leur droit national

*l'obligation d'établir des comptes consolidés et un rapport consolidé de gestion si cette entreprise (entreprise mère) : [...] c) a le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise (entreprise filiale) dont elle est actionnaire ou associé, en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci, lorsque le droit dont relève cette entreprise filiale permet qu'elle soit soumise à de tels contrats ou clauses statutaires ; les États membres peuvent ne pas prescrire que l'entreprise mère soit actionnaire ou associé de l'entreprise filiale. Les États membres dont le droit ne prévoit pas un tel contrat ou une telle clause statutaire ne sont pas tenus d'appliquer cette disposition [...]". Voir aussi nos développements dans l'étude dédiée à la problématique de la chaîne d'approvisionnement (*Chaîne d'approvisionnement et responsabilité – Des moyens juridiques pour lier les sociétés mères*, Yann QUEINNEC, décembre 2007, pp. 11 et s.) et l'étude *Redefining the Corporation – How Could New EU Corporate Liability Rules Help?*, Yann QUEINNEC, septembre 2007. Téléchargeables sur le site <http://www.asso-sherpa.org>.*

23. Cf. l'étude du 22 mars 2010, coordonnée par le bureau de Michel Doucin, ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, à laquelle Sherpa a contribué, téléchargeable sur le lien suivant : http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22_mars_MAE.pdf.



Cerise Queinnec, *Siège social*, 2010.

sociaux et d'assurer efficacement l'unité de direction économique de l'ensemble²⁴. Il s'agit de tirer toutes les conséquences de cette définition à l'aune des défis du développement durable. Mais la question est éminemment complexe, le droit des sociétés ayant pris un retard considérable sur l'évolution "organique" des entreprises transnationales. En effet, les centres de décision ne répondent pas à une règle uniforme. Les organigrammes des ETN permettent une infinité de combinaisons dans lesquelles l'exercice du pouvoir ne se limite pas à la classique détention de la majorité du capital social d'une filiale. Une manière d'adapter le droit des sociétés à cette complexité réside, selon nous, dans l'adoption d'une définition juridique ouverte de la société mère. Il convient en effet d'admettre que l'entité qui prend les engagements à l'échelle d'un groupe et en assume les responsabilités puisse ne pas être unique.

Proposition – Adopter une définition plurielle de la notion de société mère. Est-elle la détentrice des actions constituant l'"ADN" du groupe, la déten-

trice des actifs les plus importants, les plus stratégiques (comme les marques et brevets), de la structure financière à travers laquelle remontent les profits consolidés, de la structure assurance, la détentrice des droits de vote, la banque interne au groupe ? Peut-être tout à la fois ou une combinaison de certaines d'entre elles²⁵. Selon les circonstances, serait considérée comme société mère la combinaison rassemblant une ou plusieurs entités d'un même groupe, réunissant les caractéristiques à la fois d'exercice du pouvoir et de garantie de solvabilité. Ces deux caractéristiques, pouvoir et solvabilité, entendues sous l'angle juridique, devraient permettre de mieux cerner la réalité économique d'un groupe, intimement liée à la notion de sphère d'influence d'une entité, à la fois au plan interne (à l'égard des entités composant le groupe) et externe (à l'égard des partenaires commerciaux et tiers dits "parties prenantes"). Cet exercice délicat – et ambitieux – est fondamental. Il devra se nourrir des règles existantes et de la jurisprudence qui permettent de "lever le voile de la personnalité", afin de rendre la société mère solidairement responsable avec ses fi-

24. Cf. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Claude CHAMPAUD, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, n° 286, 1962, p. 222.

25. *Chaîne d'approvisionnement et responsabilité – Des moyens juridiques pour lier les sociétés mères*, Yann QUEINNEC,

décembre 2007, p. 12 ; voir aussi l'étude *Redefining the Corporation – How Could New EU Corporate Liability Rules Help?*, Yann QUEINNEC, septembre 2007. Téléchargeables sur le site <http://www.asso-sherpa.org> - lien sur le site de l'ECCJ – <http://www.corporatejustice.org>.

liales en cas de dommage. C'est déjà le cas au travers des actions en comblement de passif dans le droit des entreprises en difficulté. C'est aussi admis en matière de responsabilité environnementale, d'abus de position dominante ou de dépendance économique, ou encore en cas de violation des engagements exprimés dans les codes de conduite (cf. proposition n° 17). Un travail d'analyse approfondie de ces fondements juridiques hétérogènes et de la jurisprudence associée mérite d'être entrepris pour identifier les points de convergence. Nous pouvons d'ores et déjà considérer que les entités détenant les droits de propriété intellectuelle sur les marques emblématiques d'un groupe entrent dans cette définition plurielle d'une société mère. Leur forte influence sur la solvabilité d'un groupe, alors même que ne s'y décident pas les stratégies opérationnelles de ce dernier, légitime une telle position.

L'organisation interne de l'entreprise

Proposition n° 4 – Instaurer une norme de comportement générale

Contexte – Si les engagements des entreprises en termes de développement durable ne cessent de s'amplifier, le décalage entre les discours et les actes continue

d'entretenir le doute chez les consommateurs²⁶, les investisseurs²⁷ et les autorités publiques²⁸. La disparité des normes nationales et du degré d'engagement des entreprises contribue à cet état de fait, tout comme les instruments internationaux, qui recommandent des règles de conduite aux entreprises, mais sont dénués de régime juridique adapté, au premier rang desquels les principes directeurs de l'OCDE, qui dispose d'un mécanisme de médiation à l'efficacité toute relative²⁹. Ce contexte entraîne des chevauchements normatifs qui nuisent à la visibilité des objectifs poursuivis et amplifient un phénomène d'autorégulation qui n'est pas satisfaisant. Nous considérons néanmoins qu'il a le mérite d'avoir fait émerger des points de consensus intéressants. Il devient ainsi possible d'affirmer que les États, les citoyens et les entreprises partagent un même objectif commun, qui trouve sa traduction dans le concept de développement durable. Le défi consiste à transformer ce qui constitue un principe admis en vecteur efficient de modification des comportements des entreprises.

Proposition – Instaurer une obligation générale de prise en compte du développement durable dans toute décision adoptée au sein d'une entreprise. Cette règle constituerait un préalable à l'établissement d'un régime de responsabilité au sein des entreprises et permettrait de clarifier la portée d'une telle responsabilité. Cette obligation pourrait consister à imposer aux sociétés mères, aux dirigeants, aux ac-

26. Une enquête réalisée en 2004 par l'institut Ipsos révélait que 60 % des Européens doutaient de la capacité des entreprises qui mettent en avant une démarche visant à respecter des valeurs éthiques (commerce équitable, protection de l'environnement...) à respecter réellement leurs engagements. Les Français font figure d'exception, puisque à l'inverse, 58 % font confiance aux entreprises s'engageant sur des valeurs éthiques (<http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/1332.asp>). Selon le baromètre plus récent de l'Edelman Trust, dans vingt pays, la publicité sur les produits ou la communication institutionnelle des entreprises continuent à être considérées comme la source d'information la moins crédible avec 17 % d'opinions favorables (The 2010 Edelman Trust Barometer – http://www.scribd.com/full/25827302?access_key=key-x9q37hmaxnm7cevdung).

27. Selon Thibault Dauphin (prix du meilleur master 2010 ayant mesuré l'impact, sur le cours de Bourse des sociétés, des annonces concernant leurs performances environnementales, sur la base de l'indice Global S&P1200 entre le 1^{er} janvier 2005 et le 1^{er} mai 2009) : "Les investisseurs sont vaccinés contre le greenwashing : ils ne sont pas dupes des discours des dirigeants sur le "verdissage" ; ils savent bien que jamais une compagnie pétrolière ne pourra devenir "durable" ("Retour à la réalité", propos recueillis par Antoine REVERCHON, *Le Monde*, 19 janvier 2010, p. 6).

28. La recrudescence de l'achat public responsable révèle que les acheteurs publics désireux de mettre en place des procédures d'appel d'offre orientées vers le développement durable sont, en quelque sorte, victimes de la multiplication des labels et initiatives volontaires. Leur tâche est par ailleurs rendue d'autant plus difficile face à l'exigence de respecter des règles strictes de non-discrimination concurrentielle et le critère "d'offre économiquement la plus avantageuse", qui crée des risques de remise en cause des marchés publics. Pour plus d'information, nous renvoyons le lecteur, à titre d'exemple, sur la notice publiée en juillet 2009 par le ministère de l'Économie français portant sur l'achat public socio-responsable – <http://asso-sherpa.org/index.php?page=ret&ssmenu=operations&id=28>. Nous renvoyons aussi à la lecture de l'arrêt rendu le 4 décembre 2003 par la Cour de justice des communautés européennes, qui oblige au retrait d'un appel d'offre ne remplissant les critères - (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0448:FR:HTML>).

29. Pour une analyse des forces et faiblesses de cet outil de *soft law*, se reporter à notre étude *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales – Un statut juridique en mutation*, Yann QUEINNEC, 2007, postface de Mireille DELMAS-MARTY - (téléchargeable sur le site <http://www.asso-sherpa.org>).

tionnaires et salariés le devoir: a) d'avoir une influence positive, chacun à son niveau et avec les moyens dont il dispose, en vue d'optimiser la contribution de l'entreprise au respect de l'intérêt général; b) de fonder leurs décisions et actions à travers le filtre des notions de développement durable et de principe de précaution. Établir une telle obligation cumulative de conduite servirait de base de travail aux juges et arbitres saisis de litiges pour évaluer les responsabilités. Évidemment, la question de la place de cette obligation dans l'ordonnement juridique se pose. Une telle disposition pourrait avoir sa place dans les normes de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Elle pourrait aussi progressivement intégrer les droits nationaux des sociétés et venir compléter la proposition n° 1 d'adoption d'une nouvelle définition du contrat de société.

Proposition n° 5 – La responsabilité des dirigeants

Contexte – Les règles de gouvernance des entreprises, largement promues et adoptées depuis vingt ans, ne cessent de montrer leurs limites, faute d'effectivité. En témoignage, par exemple, la concentration des postes d'administrateurs dans les mains d'une communauté réduite de personnes, essentiellement de sexe masculin, centralisant ainsi un pouvoir d'influence considérable propice aux conflits d'intérêts³⁰. Il en va de même du maintien en fonction d'administrateurs pendant des durées qui nuisent à leur indépendance, comme l'illustre la composition du conseil d'administration de Leh-



Arman, *Le Fauteuil d'Ulysse*, 1965, phot. J-C Planchet ©ADAGP Paris 2010

man Brothers avant sa faillite retentissante³¹. Plus largement, cet état de fait soulève la question de la responsabilité des dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions. Précisons que nous entendons ici par "dirigeants" à la fois les administrateurs, les mandataires sociaux (ceux communément désignés comme PDG ou CEO) et toute personne ayant le mandat de représenter la société (les directeurs adjoints ou délé-

30. Selon l'édition 2009 de l'étude d'Ernst & Young et France Proxy sur les pratiques de gouvernance des entreprises, "le cercle des administrateurs du CAC 40 est encore plus fermé, puisque 98 d'entre eux (22 %) détiennent 43 % des droits de vote" ("Gouvernance: un quart des "Big caps" françaises à la traîne", Mathieu ROSEMAIN, *Les Échos*, 21 octobre 2009, p. 29).

31. L'examen précis de la composition du conseil d'administration de Lehman Brothers est une illustration saisissante de ce phénomène: "Richard Fuld, administrateur et PDG depuis quinze ans, se trouvait entouré de dix administrateurs: six participaient au conseil depuis plus de douze ans (la limite en France au-delà de laquelle l'indépendance des administrateurs est mise en doute) et les dix, après des carrières prestigieuses, étaient à la retraite ou en activité depuis quarante à cinquante ans." ("Victimes de la crise financière: où étaient les administrateurs?", Frédéric LEMOINE, *Les Échos*, 30 septembre 2008, p. 19).

gués notamment). Aujourd'hui, si des dispositifs de mise en cause de la responsabilité civile ou pénale des dirigeants existent (en matière d'abus de biens sociaux ou dans le cadre de procédures de liquidation, par exemple), ils visent avant tout à protéger les actifs de l'entreprise, les actionnaires, les salariés ou les créanciers et non les tiers, communément désignés sous l'appellation de "parties prenantes" externes. Par ailleurs, leur champ d'application reste très restrictif et les conditions cumulatives exigées sont difficiles à réunir. On peut du reste constater une tendance à responsabiliser les personnes morales plutôt que les mandataires sociaux, dont la possible révocation à tout moment (dite révocation *ad nutum*) fait figure de sanction suprême, oubliant au passage les confortables "parachutes dorés" ou "retraites chapeau" coutumières dans les ETN³².

Si les multiples règles du droit des sociétés en matière de comptes sociaux et de reporting constituent un maillage d'obligations intéressantes, on ne peut que constater leur efficacité très relative en termes de prévention et de réparation des impacts sociétaux et environnementaux des entreprises. En pratique, ces dispositifs, aussi séduisants soient-ils sur le papier, n'incitent pas suffisamment les dirigeants à modifier en profondeur leur stratégie de développement. Le besoin largement exprimé par les parties prenantes internes et externes d'une prise en compte plus grande de leur avis dans les décisions des instances dirigeantes est d'ailleurs un phénomène très révélateur de la nécessité de décloisonner leur champ d'analyse³³. Il est donc nécessaire d'imaginer un régime de res-

ponsabilité des dirigeants qui établisse un lien entre les dispositifs de gouvernance existants et permette aux parties prenantes et victimes des externalités négatives de voir garantie la prise en compte de leurs intérêts. Il s'agit ni plus ni moins de s'interroger sur les contours d'un régime de responsabilité des dirigeants les incitant à améliorer leurs performances environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) pour répondre aux défis du développement durable.

Proposition – Mettre en place un régime de responsabilité civile et pénale lié au non-respect par les dirigeants de leur obligation de comportement générale (proposition n° 4) et des obligations corrélatives, notamment l'obligation de reporting social et environnemental³⁴ (proposition n° 9). Les dirigeants seraient tenus ainsi à une triple obligation : mettre en œuvre l'obligation de reporting pesant sur la société mère à l'échelle du groupe ; s'assurer que la société mère a déployé tous les moyens adéquats, internes et externes, pour garantir un reporting reflétant fidèlement les impacts sociaux et environnementaux de l'entreprise ; et prendre toutes les mesures permettant de prévenir l'apparition et, le cas échéant, de réparer les dommages sociaux et environnementaux identifiés via le mécanisme de *reporting*.

En cas de non-respect de ces obligations, le régime de responsabilité applicable pourrait utilement s'inspirer du régime de responsabilité environnementale mis en place par l'Union européenne et distinguer, selon la gravité des faits, entre une responsabilité absolue

32. À titre d'exemple, la class action introduite aux États-Unis en 2002 relative à une fraude en matière de valeurs mobilières à l'encontre de Vivendi a donné lieu, le 29 janvier 2010, à une condamnation de la société, alors que les anciens dirigeants ont été disculpés.

33. Selon le baromètre 2010 du Edelman Trust : "In all 22 countries, when asked which stakeholder should be the most important a CEO's business decisions, respondents replied that 'all stakeholders are equally important'." Le 2010 Edelman Trust Barometer est téléchargeable sur le lien suivant : <http://www.edelman.com/trust>.

34. Nous avons tenté de démontrer, dans les deux études réalisées en 2007 pour l'European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), qu'une telle obligation de *reporting*, réellement contraignante, c'est-à-dire dont le non-respect entraîne la mise en cause d'une responsabilité, a trois effets juridiques majeurs. D'une part, c'est "un outil de prévention et de réparation des dommages, la société mère [et par voie de conséquence ses représentants] étant censée, dans l'exercice de cette obligation de reporting, s'informer et informer de tout risque et de la survenance d'incidents dans les structures du groupe et en tirer les conséquences en matière de prévention". D'autre part,

c'est un "outil juridique donnant compétence au juge du pays d'origine [celui du siège de la société mère du groupe] pour accueillir les recours de victimes situées à l'étranger", les ONG, associations de consommateurs, collectivités publiques ou individus victimes n'ayant pu bénéficier de l'effet préventif de l'obligation de *reporting* pesant sur la société mère, elles peuvent lui demander des comptes directement, ou via les structures locales à l'origine des dommages, qui peuvent être autant une filiale du groupe qu'un sous-traitant, ce dernier pouvant d'ailleurs, s'il est condamné par la justice locale à réparer, se retourner contre cette même société mère. Enfin, il constitue un allègement de la charge de la preuve pesant sur la victime, puisqu'en cas d'absence de rapport ou de rapport incomplet, "la société mère doit démontrer quelles mesures alternatives elle a pris [pour éviter l'apparition du dommage]. Dans cette hypothèse, la victime pourra se contenter de rapporter la preuve de l'absence de reporting adéquat." (*Chaîne d'approvisionnement et responsabilité – Des moyens juridiques pour lier les sociétés mères*, Yann QUEINNEC, décembre 2007, pp. 10 et s). Voir aussi l'étude *Redefining the Corporation – How Could New EU Corporate Liability Rules Help?*, Yann QUEINNEC, septembre 2007. Documents téléchargeables sur le site <http://www.asso-sherpa.org> – lien sur le site de l'ECCJ – <http://www.corporatejustice.org>.

(dont l'exonération est très limitée) et une responsabilité relative (impliquant la preuve par les victimes d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité). Qu'il s'agisse de délits de nature volontaire ou non, les juges devront tenir compte du discours éthique véhiculé par l'ETN, afin de mesurer son degré de bonne ou de mauvaise foi. Une présomption de responsabilité pèsera, par exemple, sur l'entreprise qui n'a pas respecté son obligation de reporting des impacts sociaux et environnementaux (proposition n° 9), ce non-respect caractérisant un manque délibéré à la mission de prévention des dommages qu'induit cette obligation d'information.

Enfin, l'intérêt d'établir un lien entre le respect des obligations relevant de la bonne gouvernance, dont le périmètre s'étend au-delà des frontières du pays d'origine de l'entreprise, réside dans le fait qu'il contribue à garantir aux victimes, où qu'elles se trouvent, l'accès aux voies de recours ainsi créées. Ce lien est un début de réponse aux défis de l'extraterritorialité des litiges liés aux ETN que nous aborderons au chapitre IV.

Proposition n° 6 – La responsabilité des actionnaires

Contexte – Il convient de bien distinguer ici l'obligation de contribuer aux pertes subies par la société de l'obligation au passif social. La contribution aux pertes concerne les rapports entre associés dans le cadre de la société et relève du droit commun, qui organise la manière dont les associés honorent leur engagement³⁵.

35. Il s'agit notamment de l'article 1832 du Code civil français selon lequel «la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes» et de l'article 1844-1 qui dispose : «La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la



Jef Safi, *Rhizome awardophobia*, 2007 (Flickr ©)

L'obligation au passif social concerne quant à elle les rapports entre créanciers sociaux et associés, ouvrant exceptionnellement aux premiers la possibilité d'agir directement contre les seconds. C'est ici que la distinction entre les sociétés à responsabilité limitée et les autres, dont les associés répondent du passif social sur leur patrimoine personnel, trouve tout son sens. Cela étant, s'il est exact, selon la doctrine³⁶, que c'est précisément cette limitation de la responsabilité qui a favorisé le développement des sociétés par actions, le principe ainsi posé par le législateur n'est cependant pas absolu. Il admet des dérogations, aussi bien en législation qu'en jurisprudence, où sont consacrées des hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'actionnaire est déconnectée du volume de son apport

part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.»

36. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Claude CHAMPAUD, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, n° 286, 1962, p. 222.



Jean-Pierre Attal, *Alvéoles 06*, 2009 (© Jean-Pierre Attal - Courtesy Galerie Olivier Waltman)

et calquée sur l'entier préjudice à réparer. Ce sera en l'occurrence le cas lorsque l'actionnaire se rend coupable d'un abus de majorité ou de minorité, ou d'une faute d'une autre nature à l'origine du dommage subi par la personne morale. Cette hypothèse ne concerne toutefois que les rapports "internes". Hormis ces cas de figure, la règle demeure – dans les rapports associé-société – l'effacement de l'associé qui, vis-à-vis des tiers, est représenté par la société. Dans les rapports "externes" en effet, l'associé est couvert par le voile de l'être moral. Il peut néanmoins s'en affranchir dans d'autres hypothèses consacrées en droit des sociétés, puisque l'associé est, par exemple, habilité à agir en justice – par une action sociale *ut singuli* notamment – contre un tiers en réparation du préjudice subi par la société. Il est de ce fait souhaitable de concevoir – dans l'autre sens – la possibilité d'une mise en jeu de la respon-

sabilité des actionnaires par les tiers à la société qui souffriraient quelque dommage de leur fait. D'ores et déjà, le droit des procédures collectives rend possible le prononcé de sanctions patrimoniales contre des associés fautifs en tant que dirigeants de fait de la société. Seulement, dans ce cas, l'indemnisation des créanciers sociaux n'est qu'indirecte.

Proposition – Consacrer la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité des actionnaires par des tiers, fondée sur la détention, voire l'exercice, du pouvoir dans la société. À la lumière des deux propositions

précédentes, la règle serait que, dès lors qu'un associé détient par divers moyens (par exemple, des participations ou des contrats) le pouvoir au sein de la société, autrement dit qu'il possède la faculté d'influer sur les décisions de cette dernière comme sur celle de ses filiales ou même d'imposer lesdites décisions, tout tiers victime d'un dommage résultant de l'exécution de ces décisions pourrait être fondé à rechercher directement la responsabilité de l'associé. En effet, lorsqu'il apparaît qu'en dépit de l'éloignement géographique et de l'autonomie juridique de la filiale, celle-ci applique essentiellement ou systématiquement les décisions de la société mère ou se réfère à elle, il devrait être possible de rechercher la responsabilité non seulement de la société mère, mais aussi celle de l'actionnaire qui y détient le pouvoir. Cette responsabilité refléterait la faculté pour l'actionnaire d'imposer positivement (par exemple, en

37. C'est exactement ce qu'illustre l'initiative des actionnaires minoritaires français de Vivendi consistant à rejoindre une *class action* intentée aux États-Unis. Dans le procès aux États-Unis opposant Vivendi Universal à ses actionnaires, le juge Holwell a admis, dans son ordonnance du 31 mars 2009, la recevabilité de la plainte des actionnaires minoritaires français, estimant : "Il est fortement probable qu'un jugement dans cette affaire bénéficiera de la reconnaissance lorsque la procédure d'exequatur sera entamée." ("La présence des actionnaires français dans une "class action" américaine mise en question", Grégoire POUSSIELGUE, *Les Échos*, 15 octobre 2009, p. 24). Le procès s'est achevé vendredi 29 janvier 2010 par un verdict déclarant Vivendi coupable sans restriction des cinquante-sept chefs d'accusation ("Le verdict américain

contre Vivendi met en cause sa défense", Jamal HENNI, *La Tribune*, 1^{er} février 2010, p. 16).

38. Quelques exemples parmi tant d'autres : Nature & Découverte automatise la note de frais CO₂ et construit un compte d'exploitation environnemental ; General Electric a lancé un programme de certification et de prix eCO₂ reconnaissant les sites qui arrivent à une réduction d'au moins 5 % des gaz à effet de serre ; Axa France a mis en place, dès 2003, un circuit de collecte et de recyclage de papier ; Axa Tech, qui gère son parc informatique, a lancé en 2008 un programme de Green Computing, créant notamment un nouveau centre d'impression informatique réduisant les consommations d'eau et d'électricité de 50 %.

prévenant ou en empêchant la prise ou l'exécution de décisions contraires à la norme comportementale objet de la proposition n° 4) ou négativement (par exemple, en initiant ou en laissant passer de telles décisions) une ligne de conduite à la filiale. Si la responsabilité des actionnaires doit être aménagée, leurs droits doivent être augmentés en proportion. Ils devraient notamment pouvoir exercer leurs droits, en tant qu'actionnaires de la société mère, à l'égard de l'ensemble des entités composant le groupe et être en mesure de saisir toute juridiction en vue de faire valoir leur point de vue³⁷.

Proposition n° 7 – La responsabilité des collaborateurs

Contexte – La norme de comportement générale objet de la proposition n° 4 doit évidemment s'appliquer aussi aux individus qui font vivre l'entreprise, soit ses salariés. L'enjeu réside ici dans la mobilisation de tous les corps de métiers de l'entreprise, à tous les niveaux. Les implications sont évidemment considérables, particulièrement dans les secteurs fortement dépendants des énergies fossiles dont les modèles économiques sont en pleine mutation. La tendance des représentants syndicaux à freiner ces mutations est d'ailleurs compréhensible. Elle s'explique par un dilemme d'agenda entre leur mandat, axé sur la préservation des emplois, et les évolutions requises à moyen et long terme en matière de développement durable. Par ailleurs, les syndicats se trouvent très largement dépourvus de propositions stratégiques mobilisatrices

émises par les directions. Si l'implication du personnel dans l'amélioration des performances énergétiques ou l'économie de consommation de papier se généralise³⁸, beaucoup plus rares sont les stratégies privilégiant la préservation des emplois³⁹ et résistant aux sirènes de la délocalisation agressive⁴⁰. Autrement dit, lorsque des procédés de mobilisation des collaborateurs, tels que les boîtes à idées, sont mis en œuvre, c'est le volet environnemental qui prend largement le dessus sur les considérations sociétales, et les bonnes idées sont insuffisamment capitalisées⁴¹.

Nous constatons en revanche le décalage grandissant qui s'établit aujourd'hui entre les directions d'entreprise et leur personnel⁴². La disparition du lien d'appartenance est l'un des phénomènes les plus spectaculaires de ces vingt dernières années. La stratégie de développement durable et sa mise en œuvre constituent aujourd'hui des atouts majeurs de cohésion sociale au sein de l'entreprise. Si nous ne pouvons répondre à la place des entreprises sur les options stratégiques les mieux adaptées à leur cas individuel ou à la situation de leur filière, il est cependant possible d'affirmer que pour attirer les cadres, futurs dirigeants, ou mobiliser l'ensemble du personnel, un des outils naturels est la rémunération.

La contrepartie du salaire, si elle intègre l'attention portée aux considérations d'intérêt général que nous proposons d'inscrire dans l'"ADN" du contrat de société (proposition n° 1), contribuera au développement, dans l'entreprise, d'un contexte favorable au changement des pratiques quotidiennes.

39. Lego en est un exemple emblématique dans un secteur, le jouet, où la quasi-totalité des productions a été délocalisée en Chine : *"Lego hasn't entirely shed its Scandinavian sense of social mission when it comes to making toys. It kept quality high and never moved any manufacturing to China, avoiding the lead paint scare and grabbing market share when rivals stumbled amid multiple recalls."* ("Lego Is Moving Beyond Blocks", Nelson D. SCHWARTZ, *New York Times*, 19 septembre 2009, in *Le Monde*, p. 5).

40. Certaines en reviennent, la stratégie de délocalisation ne remplissant pas sa fonction de réduction des coûts. La société Eugène Puma a rapatrié, en septembre 2009, la fabrication du célèbre "Pétrole Hahn", jusque-là sous-traitée au groupe pharmaceutique britannique Boots. Avantage de ce retour : *"Environ 10 % d'économies sur les coûts de fabrication, de transport et de stockage"*, a expliqué Didier Martin, son président, à *L'Usine Nouvelle* (9 septembre 2009). Renault a calculé le coût réel des pièces fabriquées en Asie, une fois parvenues sur les chaînes de montage européennes. L'assemblage, en France, d'une voiture avec des éléments intégralement "Made in China" serait en moyenne 28 % plus cher qu'avec des pièces françaises ("Ces délocalisations qui reviennent en loques", Hervé MARTIN, *Le Canard enchaîné*, 30 décembre 2009, p. 4). Le phénomène de délocalisation

est difficile à accepter pour ceux dont l'emploi est touché. La question est complexe, mais nous partageons l'idée exprimée par Jacques Baratier : *"Si nous sommes capables de prendre de la hauteur, d'élargir notre vision dans le temps et dans l'espace, le danger se transforme en opportunité."* Il le démontre à travers le récit des actions d'Agrisud International, qu'il a créé, dans son livre *L'entreprise contre la pauvreté* (Autrement, 2005, pp. 146 et s.).

41. Commentant les actions de mobilisation des salariés, Jean-Marc Jancovici, fondateur de la société Carbone 4, estime qu' *"il faut des actions d'envergure à la hauteur de l'enjeu. Seules les directions d'entreprise peuvent réorienter leur stratégie en ce sens. Pour le moment, aucun grand groupe ne l'a fait, mais les choses sont en train de changer"* ("Quand les salariés pensent 'écologie'", Mathieu QUIRET et Frank NIEDERCORN, *Les Échos*, 17 novembre 2008, p. 12).

42. Selon un sondage TNS Sofres de 2009, seulement 42,7 % des salariés ont confiance dans leurs dirigeants et 40,8 % jugent que les intérêts de ces derniers et les leurs vont dans le même sens ("Les 'institutions invisibles' de l'entreprise", Jean-Marc LEGALL, *Le Monde*, 22 décembre 2009, p. 3).

Cela implique de reconsidérer les critères de performance des salariés, à tous les niveaux⁴³. Observons, par exemple, le rôle des acheteurs au sein des entreprises transnationales. Aujourd'hui, la pratique la plus répandue des donneurs d'ordre consiste à déléguer, par contrat, aux fournisseurs ou sous-traitants le respect de leurs propres engagements éthiques. Nous n'avons aucune opposition de principe sur cette pratique, qui contribue à diffuser les considérations d'intérêt général dans tous les interstices de la chaîne d'approvisionnement d'une entreprise. En revanche, cette louable pratique s'accompagne d'une autre, moins équitable: l'achat au plus bas coût, quels que soient les impacts négatifs sur les conditions de vie des employés des fournisseurs ou la salubrité de l'eau de la rivière qui borde un atelier lointain. D'où l'importance de la sensibilisation des salariés qui assurent les fonctions d'achat par la formation et la rémunération. Il s'agit d'enrichir le périmètre de leur mission de considérations sociétales et environnementales. La fonction achat est prise pour exemple, mais la même problématique se décline, à des degrés divers, dans tous les corps de métiers d'une entreprise. S'agissant des salariés dits "non qualifiés", leur implication recèle d'innombrables possibilités⁴⁴.

Proposition – Responsabiliser chaque salarié sur l'impact de sa fonction en termes de développement durable. Dans l'exercice de ses fonctions, le salarié d'une entreprise doit prendre chaque décision en considé-

rant l'intérêt de l'entreprise en priorité, mais également en fonction de ses impacts sur l'intérêt général (cf. la proposition n° 4)⁴⁵. Observons qu'il existe déjà des règles imposant aux salariés une obligation de veiller à leur propre sécurité et à celle des personnes qui dépendent d'eux, son non-respect entraînant des sanctions disciplinaires allant jusqu'au licenciement⁴⁶. Il s'agirait d'étendre cette responsabilité aux considérations de développement durable sur lesquelles les salariés peuvent exercer une influence. Un autre moyen de faire émerger une telle responsabilité réside dans l'outil devenu aujourd'hui un must have des ETN, leur charte éthique ou code de conduite. Placer son contenu dans le sillage du règlement intérieur de l'entreprise permettrait de soumettre les engagements des codes de conduite à un mécanisme d'adoption et de contrôle déjà bien établi et qui implique les instances de représentation des salariés⁴⁷. Cela impose une adaptation des modalités de rémunération en fonction de critères de performances économiques certes, mais aussi sociales et environnementales, afin d'ajuster au mieux les leviers de motivation⁴⁸. Cette obligation doit également s'accompagner d'une plus grande prise en compte de l'avis des salariés quant aux destinées de l'entreprise et de la constitution d'équipes internes dédiées à l'accompagnement des salariés. Cette obligation est aussi en lien avec la proposition n° 37 de créer un statut protecteur spécifique des "lanceurs d'alerte".

43. Pour les salariés "dits" non qualifiés, qui sont les premières victimes des délocalisations et de l'abaissement des salaires, la mise en place de stratégies de développement durable au sein d'une entreprise ouvre des possibilités infinies de valorisation de leurs fonctions. Sans attendre de chacun d'eux qu'il se reconvertisse en spécialiste de l'économie d'énergie, les défis de la mutation du rôle des entreprises vont créer des fonctions qui n'existent pas encore. Cela permettrait de renverser le constat fait par Stefano Scarpeta (chef de la division analyse et politique de l'emploi de l'OCDE) sur l'effet d'abaissement des salaires qu'entraîne, selon lui, la mondialisation pour les travailleurs faiblement qualifiés, qui "paient le 'coût' de cette mondialisation à changements technologiques rapides" ("La globalisation a fait baisser la part du salaire dans la valeur ajoutée", propos recueillis par Anne RODIER, *Le Monde*, 22 décembre 2009, p. 5).

44. On peut penser à toutes les fonctions attachées à l'amélioration de l'ancrage territorial de l'entreprise, via l'implication personnelle ou collective de cette catégorie de salariés. On peut très bien imaginer que ces derniers s'impliquent dans le développement des activités économiques locales, via, par exemple, l'approvisionnement en fruits et légumes auprès d'AMAP (Associations pour le maintien d'une agriculture paysanne), permettant ainsi le développement d'exploitations agricoles biologiques locales. Toutes ces actions coordonnées par les instances représentatives du personnel contribueraient à cet ancrage

territorial de l'entreprise via la contribution des salariés les plus modestes. De multiples autres implications sont envisageables, par le biais des partenariats que l'entreprise peut initier avec les ONG ou les collectivités locales. Jacques Baratier, chef d'entreprise, fondateur de l'ONG Agrisud International (qui lutte contre la pauvreté par la création de "très petites entreprises" (TPE) agricoles, raconte dans son livre *L'entreprise contre la pauvreté* (Autrement, 2005), l'implication des salariés de la laiterie Saint Denis de l'Hôtel, qui ont consacré deux heures de leur production pour soutenir l'action de l'ONG. Plus de 50 000 euros ont ainsi été versés à Agrisud, permettant la création de 48 TPE entre 2005 et 2008 (Rapport d'activité 2008 d'Agrisud – <http://www.agrisud.org/images/PDF/ra%20agrisud%202008.pdf>)

45. On peut constater une montée en puissance de la responsabilisation des salariés sur les considérations environnementales lorsque se croisent les risques professionnels et les risques environnementaux. On peut donner pour exemple la loi française n° 2003-699 du 30 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques et naturels. Dédiée aux installations classées présentant une dangerosité particulière, cette loi n'en constitue pas moins une montée en puissance des salariés qui, via le CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail), doivent être informés et consultés ("RSE et

milieu du travail: éléments juridiques pour une montée en puissance environnementale des parties prenantes internes”, Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, *Journal des sociétés*, n° 69, octobre 2009, p. 24).

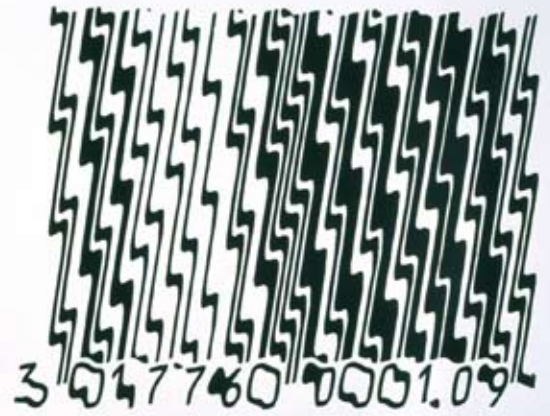
46. Article L. 4122-1 du Code du travail français, par exemple, qui dispose: “Conformément aux instructions qui lui sont données par l’employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d’en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.”

47. Une circulaire du 19 novembre 2008 a fixé en France les conditions d’assimilation des chartes éthiques au règlement intérieur. Elle distingue le cas des chartes conçues comme un simple outil de communication de celles porteuses de véritables engagements, assimilables à des notes de service au sens de l’article L. 1321-4 du Code du travail (Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d’alerte professionnelle et au règlement intérieur (http://www.ccip94.fr/upload/pdf/caprh012009_actu_circ_chartes_ethiques_19112008.pdf). La pertinence de l’usage du code de conduite pour rendre effective cette proposition est d’ailleurs confortée par l’arrêt Dassault de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 décembre 2009, qui considère que le dispositif d’alerte mise en place par Dassault Système afin de se mettre en conformité avec la loi nord américaine dite “Sarbanes Oxley” n’était pas conforme aux règles de la

CNIL sur la protection des données personnelles. Arrêt n° 2524 du 8 décembre 2009 (08-17.191) - Cour de cassation - Chambre sociale - téléchargeable sur le lien suivant: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/2524_8_14408.html.

48. France Télécom, qui a connu une année 2009 marquée par une vague de suicides sans précédent, a pris des dispositions en la matière. Selon Stéphane Richard, son directeur général: “Nous voulons remettre du collectif dans les rémunérations. Je propose que la part variable de celle des 1 100 cadres dirigeants du groupe, y compris la direction générale, soit pour près d’un tiers, dès 2010, indexée sur la performance sociale de l’entreprise.” (Propos recueillis par Cécile DUCOURTIEUX et Stéphane LAUER, *Le Monde*, 26 février 2010, p. 11). Le chantier des modalités de rémunération du personnel ne peut voir le jour que si l’entreprise définit ses propres critères de performance sociale et environnementale sur la base d’outils communément admis par la communauté internationale (proposition n° 11). Évidemment, en amont de l’établissement de ces critères, il incombe au conseil d’administration et aux actionnaires d’entériner la stratégie proposée par les dirigeants exécutifs. Ces derniers, tenus de projeter l’action de l’entreprise sur une durée de quinze ans (proposition n° 8), auront déterminé les lignes de conduite que l’entreprise entend se fixer. On constate donc à quel point tout est imbriqué et combien la problématique de la mutation des stratégies d’entreprise rappelle la métaphore de la poule et de l’œuf, qui continue encore d’entretenir l’inertie.

24 petit beurre



Raymond Hains, "Bien lu, mal lu. Le Code du petit-beurre LU", 1983 (Cliché : A. Chudeau Col. FRAC des Pays de la Loire) ©ADAGP Paris 2010

3

Niveau externe national - L'ETN dans son pays d'origine

30

Au-delà des règles fondamentales qui devraient, selon nous, gouverner l'organisation interne d'une ETN, c'est à la nature de ses relations avec son environnement extérieur que nous allons maintenant nous intéresser. Avant de se projeter à l'international, une entreprise transnationale est avant tout une société mère établie dans un pays qui accueille son siège social. D'où la question : à quoi la législation du pays où se trouve le siège d'une ETN doit-elle ressembler ? Il s'agit là de tirer les conséquences de la définition de la holding que nous avons déjà évoquée précédemment : "C'est un procédé d'organisation financière et structurale des groupes de sociétés, qui permet d'exercer aisément le contrôle des patrimoines sociaux et d'assurer efficacement l'unité de direction économique de l'ensemble"⁴⁹. La question est d'importance, puisque toute norme imposée à

une société mère ou holding est susceptible – mais de façon insatisfaisante aujourd'hui, nous le verrons – de guider son action à l'échelle du groupe.

Répondre à cette problématique est légitime. En effet, une société mère centralise les informations et les décisions stratégiques à l'échelle du groupe. Elle constitue donc le sujet de droit sur lequel les autorités publiques des pays d'origine d'une ETN comme des pays d'accueil de ses filiales devraient concentrer leur attention. La conscience des risques, de leur possible propagation, des mesures susceptibles d'en atténuer les impacts négatifs, crée au niveau d'une société tête de groupe une responsabilité singulière. Elle s'exprime d'ailleurs de plus en plus via des campagnes globales de communication éthique, sans pour autant

49. Le pouvoir de concentration de la société par actions, Claude CHAMPAUD, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, 1962, n° 286, p. 222.

s'accompagner de dispositifs opérationnels efficaces en termes de prévention et de réparation des impacts sociaux et environnementaux.

Les propositions suivantes entendent répondre au déficit d'outils juridiques efficaces pour mieux prévenir et réparer les atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. Cette première série de propositions vise à aider les entreprises à prendre des décisions conformes aux impératifs d'un "développement durable" et à en contrôler le respect.

Les outils de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement

Les outils d'aide à la décision

La conduite d'une entreprise requiert des moyens pour le suivi des projets et des tableaux de bord très divers, qui constituent autant d'outils d'aide à la décision. L'adaptation de ces outils aux enjeux du développement durable implique d'enrichir et de fiabiliser la collecte, le traitement et la restitution des informations sur les performances sociales et environnementales, comme c'est le cas en matière financière. Le contrôle et la mesure de ces performances seront traités dans la section suivante. L'objectif des premières mesures proposées ici est d'améliorer la visibilité des stratégies de développement durable mises en œuvre par les ETN. Ces propositions entendent contribuer à donner une image fidèle de leurs performances, non plus seulement financières, mais aussi sociales et environnementales, afin de les inciter à orienter leur action pour améliorer ces dernières.

Aujourd'hui, il reste en effet plus rentable pour une entreprise de fermer les yeux sur les nuisances sociales et environnementales de ses activités plutôt que d'investir dans leur prévention. Pour encourager l'adap-

tation des décisions de gestion aux considérations de long terme, les conditions doivent donc être réunies pour que les cours de Bourse ne reflètent pas seulement les performances financières des ETN, mais aussi leurs performances dites "extra-financières". Car sans garantie de ce que l'on pourrait désigner comme le *retour sur investissement sociétal*, les ETN les plus réticentes ne s'y mettront jamais. Les propositions suivantes entendent ainsi créer les conditions répondant à la recherche de valeur ajoutée par les entreprises, tout en enrichissant la définition de cette dernière (en matière de normes comptables internationales, voir aussi les préconisations de la coalition "Publiez ce que vous payez", objets de la proposition n° 44).

Proposition n° 8 – Outil de projection – Exiger des ETN un "plan d'affaires" sur quinze ans en matière sociale et environnementale

Contexte – La prise en compte du développement durable par les ETN a négligé le social et l'environnemental au profit de l'économique. Le déséquilibre reste flagrant entre l'exigence (sinon la fiabilité) des "plans d'affaires" (*business plan*) économiques à trois ans qu'elles présentent à leurs actionnaires et l'approximation de leurs engagements en matière de développement durable, qui relèvent le plus souvent de la simple communication. L'échelle de temps du point de vue social et environnemental étant plus longue, cette particularité devrait guider l'établissement de "plans d'affaires" adaptés. On ne peut éluder l'existence d'obstacles culturels au sein d'entreprises soumises aux pressions d'actionnaires et de conseils d'administration exigeant des performances financières difficilement conciliables avec le long terme. On peut néanmoins observer des évolutions notables de la part d'entreprises souhaitant se projeter dans l'avenir pour anticiper les mutations à l'œuvre⁵⁰ et satisfaire la montée en puissance de l'investissement socialement responsable (ISR, cf. proposition n° 33). Sans oublier le terreau favorable que représentent les entreprises disposant encore d'un fort actionnariat familial⁵¹.

50. De nombreuses entreprises financent des chaires de recherche dont l'objet est d'explorer le futur de la gouvernance d'entreprise. Pour ne citer qu'un exemple, l'ESC Rennes School of Business et Canon Research Centre France viennent de lancer, le 18 novembre 2009, une chaire d'enseignement et de recherche intitulée: "Quels modèles de gouvernance pour les grandes entreprises mondiales du XXI^e siècle?". Cette chaire a pour objectif de développer un programme de recherche commun au croisement de quatre dimensions: la prospective, la globalité, la gouvernance et le bien commun (<http://www.esc-rennes.fr/index.php/fr/chaire-denseignement-et-de-recherche-canon>).

51. Thierry de la Tour d'Artaise, PDG du groupe Seb, leader mondial du petit équipement de la maison, déclarait récemment: "En 2001, quand nous avons repris Moulinex, j'ai prévenu le conseil d'administration que nous risquions de chuter en Bourse. Les administrateurs m'ont répondu que cette opération était bonne sur le long terme." (Les Échos, 14 décembre 2009, p. 13). Michel Cicurel, président du directoire de la Compagnie financière Edmond de Rothschild, affirmait pour sa part: "Nous avons notamment l'ambition de devenir un grand opérateur émergent d'ici à une dizaine d'années. C'est le charme de l'actionnariat familial de permettre de raisonner sur une génération..." (Les Échos, 4 janvier 2010, p. 10).

Cet état des lieux s'accompagne également d'un phénomène de plus grande prise en considération de l'ancrage territorial de l'action des entreprises⁵².

Proposition – Imposer aux ETN de rendre public chaque année un “plan d'affaires” sur quinze ans en matière sociale et environnementale. S'agissant d'un volet d'activité qui ne trouve pas aisément de traduction en termes d'obligation juridique, il s'agirait en priorité de sensibiliser les investisseurs publics et privés à l'intérêt d'exiger des entreprises une telle projection de leur activité. Cette exigence de projection dans le temps sera accentuée pour les impacts sociétaux (environnement, droits fondamentaux) et plus modérée pour les critères économique-financiers. L'établissement de “plans d'affaires” sur une période aussi longue ne peut évidemment être généralisé à l'ensemble des entreprises et des secteurs. Il conviendra d'établir un seuil minimum d'impact environnemental et/ou social légitimant une telle obligation, s'inspirant des mécanismes de seuil imposant aux entreprises d'établir un comité d'entreprise ou de ceux exigeant la réalisation d'études préalables d'impact environnemental.

Proposition n° 9 – Outil d'information – Obliger les ETN à un “reporting” annuel en matière d'impacts sociaux et environnementaux

Contexte – L'émergence de pratiques volontaires de reporting (obligation de rendre des comptes) 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. Cette croissance a été particulièrement significative ces dernières années en France, en Allemagne, au Japon et au Royaume-Uni. Le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et la France ont adopté des législations imposant aux ETN un reporting public plus ou moins détaillé du point de vue social ou environnemental⁵³. Cependant, l'allongement et la complexification des chaînes d'approvisionnement imposent une attention particulière, qui n'est pas au rendez-vous, les indicateurs sur lesquels les entreprises européennes communiquent ne concernant qu'à peine 20 % du périmètre pertinent⁵⁴. Et en l'état actuel 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

52. De ce point de vue, nous partageons le constat exprimé par Patrick d'Humières dans son livre récent : “La re-nationalisation des stratégies est une tendance à laquelle n'échapperont pas les groupes s'ils veulent tirer parti des aspirations et des capacités locales, mieux répondre aux attentes culturelles des clients, des salariés et des partenaires locaux.” (*Le développement durable va-t-il tuer le capitalisme ? – Les réponses de l'éco-capitalisme*, Patrick d'HUMIÈRES, Maxima, 2010, p. 49).

53. Sur le plan européen, cette évolution législative a, entre autres, été impulsée ou, selon le cas, accompagnée par les instances communautaires. 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 qui, amendement les directives n° 78/660 et n° 83/349, contient un article 1.14 disposant : “Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société, l'analyse comporte des indicateurs clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment les informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.” Un amendement aux mêmes directives proposé par la Commission et adopté par le Parlement et le Conseil le 27 octobre 2004 prévoit que “lorsque cela est approprié, les compagnies peuvent également apporter une analyse des aspects environnementaux et sociaux nécessaires à la compréhension du développement, de la performance et de la position de l'entreprise” (v. Ethos, *Reporting environnemental et social : cadres légaux et volontaires*, décembre 2005, 14 p.).

54. Selon une étude de février 2010 menée par Vigeo (première agence européenne de notation extra-financière) et 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 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, p. 9).

55. On peut noter avec intérêt que le Parlement européen dans sa déclaration du 13 mars 2007 indique que “the Commission was asked to put forward a proposal to amend the Fourth Company Law Directive so that social and environmental reporting was included alongside financial reporting”. (INI/2006/2133 – <http://www.europarl.europa.eu/oeil/resume.jsp?id=5353972&eventId=989154&backToCaller=NO&language=en>); le Plan de mise en œuvre de Johannesburg fait lui aussi référence à l'importance de l'obligation de reporting en affirmant au paragraphe 18 le besoin de renforcer les responsabilités sociale et environnementales, ce qui implique : “Encourage industry to improve social and environmental performance through voluntary initiatives, including environmental management systems, codes of conduct, certification and public reporting on environmental and social issues [...]” (http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POIChapter3.htm).



Yann Queinnec, *Les bulles bleues*, 2002

revient à couvrir la négligence en n'exigeant qu'une obligation passive d'information⁵⁵. Il est crucial de renverser cette tendance, afin d'inciter les ETN à tout mettre en œuvre pour prévenir les risques⁵⁶. Nous suggérons que le développement des démarches volontaires de *reporting* soit encadré plus strictement dans un souci de comparabilité des performances sociales et environnementales des entreprises (cf. proposition n° 11) et d'établissement de conditions de concurrence loyale⁵⁷. Cela rejoint, par exemple, les récentes conclusions des ministres de l'Agriculture des pays de l'OCDE, selon lesquelles les pouvoirs publics doivent veiller à ce que des “*cadres d'action publique et régle-*

mentaires soient en place pour permettre aux marchés des produits agricoles et alimentaires de fonctionner de façon rationnelle, efficace, transparente et équitable”⁵⁸. L'enjeu du *reporting* est aussi de constituer la matière première d'un étiquetage fiable des performances sociales et environnementales émergeant dans les rayons des grandes enseignes (cf. proposition n° 39).

Proposition – 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 périmètre pertinent pourra utilement se référer à

56. Nous avons eu l'occasion d'exprimer, dans le cadre des débats en cours en France sur l'adoption du projet de loi Grenelle 2, les ressorts que présente une obligation d'information extra-financière efficace - “Les informations extra-financières sont déterminantes” – Interview de Yann QUEINNEC, janvier 2010 publié sur le site de Novethic - (http://www.novethic.fr/novethic/finance/gouvernance/les_informations_extra_financieres_sont_determinantes/122945.jsp).

57. Ans Kolk: “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.” (“Trajectories of Sustainability Reporting by MNCs”, Ans KOLK, *Journal of World Business*, forthcoming, p. 13 – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426270).

58. “L'OCDE dénonce la spéculation sur les produits alimentaires”, Jessica BERTHEREAU, *Les Échos*, 1^{er} mars 2010, p. 10. Le communiqué des ministres du 26 février 2010 est téléchargeable sur le lien suivant : http://www.oecd.org/document/36/0,3343,fr_2649_34487_44664932_1_1_1_1,00.html.



Regis R, *Plastic City*, 2010

la notion de consolidation comptable. Le succès du dispositif dépendra : a) de l'implication grandissante des commissaires aux comptes et de l'évolution des pratiques comptables (cf. proposition n° 10); b) de l'émergence d'indicateurs lisibles permettant de comparer les performances sociales et environnementales des entreprises (cf. proposition n° 11); 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 des actionnaires (*shareholders*). Il conviendra d'établir des critères permettant d'adapter 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.

Proposition n° 10 – Outil de mesure – Réforme de la comptabilité des ETN intégrant leurs performances extra-financières

Contexte – Les performances sociales et environnementales des ETN n'influent aujourd'hui qu'à la marge sur la mesure de leur création de valeur et ce décalage doit être comblé. L'intensification du rôle des commissaires aux comptes en matière d'impacts sociaux et environne-

59. On peut noter avec intérêt les inquiétudes du secteur de l'assurance. À la suite de l'absence d'engagements contraignants exprimés lors du sommet de Copenhague de décembre 2009, Munich Re, le réassureur allemand, "joined the chorus of consternation about the failure of world leaders to agree legally binding cuts to carbon dioxide emissions at the United Nations conference" (*Financial Times*, 30 décembre 2009, p. 14).

60. En matière environnementale, le paragraphe 19 du Plan de mise en œuvre de Johannesburg encourage les autorités compétentes à tous les niveaux à : "Continue to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the costs of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment." (http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POIChapter3.htm).

61. Au niveau de l'Union européenne, à la suite d'une discussion lors de la rencontre des ministres de l'Environnement du G8+5, organisée à Potsdam en mai 2007, Pavan Sukhdev a été chargé d'une étude sur l'économie des écosystèmes et de la biodiversité dont le rapport d'étape a

été remis en 2008 (http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/economics/pdf/teeb_report_fr.pdf). Selon Pavan Sukhdev, "on ne peut pas gérer ce qu'on ne sait pas mesurer. Quel que soit le degré de difficulté, si nous voulons vraiment gérer notre sécurité écologique, nous devons trouver les moyens de mesurer les écosystèmes et la biodiversité tant d'un point de vue scientifique qu'économique" (*Le Monde*, 2 janvier 2009, p. 4).

62. On peut noter avec intérêt d'ailleurs l'initiative du 2 août 2010, soutenue par l'IASB. L'Accounting for Sustainability (A4S) du Prince de Galles et la Global Reporting Initiative (GRI) ont annoncé la formation d'un "comité international sur l'information intégrée" ("International Integrated Reporting Committee"). L'objectif de ce comité est de créer un cadre de référence qui rassemblerait l'information financière ainsi que l'information en matière d'environnement, de responsabilité sociale et de gouvernance dans un format clair, concis, cohérent et comparable. L'IIRC rassemble des représentants de la société civile, des ONG (Organisation Non Gouvernementale), des OIG (Organisations intergouvernementales) ainsi que des secteurs des affaires, de la comptabilité, des valeurs mobilières, de la réglementation et de la normalisation - <http://www.integratedreporting.org/>.

mentaux doit s'accompagner d'une modification des pratiques comptables. Dans le prolongement d'outils tels que les quotas d'émission de CO₂⁵⁹, il convient d'aller plus loin pour intégrer le juste prix des ressources naturelles utilisées dans les circuits économiques⁶⁰. Il s'agit de s'assurer que les droits fondamentaux et le respect de l'environnement sont correctement pris en compte par les normes comptables dans l'élaboration de l'image fidèle de l'entreprise, en rééquilibrant le traitement comptable des trois volets (économique, social et environnemental) du développement durable. Enrichir la notion de valeur ajoutée des données reflétant les performances sociales et environnementales contribuerait à orienter les priorités des acteurs économiques⁶¹.

Proposition – Intégrer dans la comptabilité des entreprises la valeur d'usage du patrimoine naturel dans leur production de biens et services, ainsi que leur contribution à la jouissance des droits fondamentaux. Comptabilités publique et privée doivent, par cohérence, évoluer de concert en la matière, ce qui renvoie à la nécessité d'adopter de nouveaux "indicateurs de richesse" des États. La prochaine réforme des normes comptables internationales de l'IASB (International Accounting Standards Board) doit inscrire en priorité cette question à son ordre du jour⁶², en même temps que d'autres modifications nécessaires de la comptabilité des ETN (cf. proposition n° 44).

Proposition n° 11 – Outil de comparaison – Élaboration d'indicateurs de performance extra-financière

Contexte – Faire peser sur les ETN l'obligation d'information prévue par la proposition n° 9 n'est qu'une partie du chemin, puisque manquent encore des in-

dicateurs permettant de comparer leurs performances extra-financières. C'est à ce prix – car il en coûte de l'argent et du temps (services internes, implication des commissaires aux comptes et des parties prenantes comme les ONG, qui devront s'impliquer en responsabilité, etc.) – que seront rétablies des conditions de concurrence loyale entre opérateurs⁶³ et que les consommateurs et investisseurs seront à même de jouer leur rôle. À cet égard, les travaux de la Global Reporting Initiative (GRI) visant à établir une grille de critères précis en matière de performances environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) des entreprises sont certes importants. Mais le risque de cette démarche est de conduire à une grille de travail trop complexe, laissant finalement une telle latitude aux opérateurs que la comparaison de leurs performances deviendrait quasi impossible. En dehors de la GRI, d'autres outils existent, consacrés selon les cas au volet environnemental, social ou de gouvernance. Nous pouvons citer, par exemple, ceux émanant de l'ISO (ISO 9001 et ISO 26000 en construction), de l'Union européenne (Emas) ou d'ONG (SA 8000, FSC, etc.) et les dispositions nationales, telles que l'exigence d'établissement d'un bilan social pour les entreprises de plus de 300 salariés⁶⁴. Cette profusion des outils, pour révélatrice qu'elle soit de la prise de conscience, ne crée pas les conditions d'une comparabilité effective. L'absence de référentiel commun et la faiblesse des mécanismes de contrôle en matière de *reporting* extra-financier accroissent fortement la dimension symbolique du moyen d'exercice de la RSE que représente le *reporting*⁶⁵. L'état actuel du processus de normalisation de ces informations ne permet pas d'atteindre l'objectif d'une définition de caractéristiques qualitatives cohérentes, vérifiables et normées⁶⁶.

Proposition – Établir un nombre limité⁶⁷ d'indicateurs pertinents (des indicateurs phares) permettant une information claire et comparable entre ETN,

63. On peut noter avec intérêt d'ailleurs la récente déclaration de Jean-Louis Chaussade, directeur général de Suez Environnement, un des leaders mondiaux dans le secteur de l'eau: "Nous voulons être jugés et rémunérés sur la performance des services, en particulier environnementale." (Le Monde, propos recueillis par Isabelle REY-LEFEBVRE).

64. http://www.lettre-insertion.fr/evaluer-sa-responsabilite-sociale-et-environnementale_fr_art_350_28044.html?PHPS ESSID=h74ergb5aen847f3u49mapa3q5.

65. Selon l'étude de Vigeo précitée, réalisée sur la base des informations publiées ou communiquées à Vigeo par plus de 700 entreprises européennes entre 2007 et 2009: "81 % des indicateurs d'objectifs sont accessibles contre 49 % des indicateurs de résultats. Autrement dit, les entreprises affichent

plus volontiers leurs visions et leurs objectifs que leurs réalisations en matière sociale, environnementale et de gouvernance." Par ailleurs, il résulte de cette même étude que seulement "30 % des engagements affichés par les entreprises ont un contenu probant, c'est-à-dire pleinement conforme aux objectifs et aux buts définissant les critères de responsabilité qui leur sont opposables" (RSE : de quoi les entreprises rendent-elles compte ? Analyse du reporting des entreprises européennes sur l'exercice de leur responsabilité sociale, 2010, p. 5).

66. Nicolas MEISEL, *Comptabilité, audit et responsabilité sociale de l'entreprise – Étude du processus de légitimation des acteurs et du cadre conceptuel*.

ventilée par catégorie et par secteur géographique, renseignés par pays et par activité. Ce travail doit viser plutôt l'établissement de critères simples, en nombre limité et dotés d'une force d'évocation compréhensible par tous. Il s'agirait d'établir deux types de critères de performance ESG des ETN: le premier applicable aux sociétés mères au niveau de leur État d'origine, qui pourrait prendre en compte des spécificités culturelles territoriales ou régionales; le second établissant une liste très limitée et internationalement reconnue. Il devrait être conduit sous l'égide des organisations internationales pertinentes (ONU, OMC, OIT, ISO, etc.). Une mise en œuvre progressive permettra à la communauté internationale de mener les consultations nécessaires et d'adopter des mesures correctives éventuelles.

Trois indicateurs globaux de performance pourraient ainsi être définis: a) respect de l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) dans la sphère d'influence de l'entreprise; b) respect de l'environnement dans cette sphère d'influence; c) taux effectif d'imposition des revenus annuels. Pour alimenter ces trois critères, il conviendra de prendre en compte les indicateurs nationaux de développement durable déjà en vigueur et les initiatives existantes, comme la typologie d'informations créée par la Global Reporting Initiative. Les données

recueillies seraient pondérées en fonction d'une définition de la notion de "sphère d'influence"⁶⁸, qui reste à établir, et de la qualité de la gouvernance des pays d'implantation. Une présentation par niveau d'efficacité, inspirée de l'étiquetage énergétique des appareils électroménagers, constituerait une piste à privilégier.

Proposition n° 12 – Outil de mutualisation – Systématiser et encadrer juridiquement les partenariats entre organisations de la société civile (OSC) et ETN

Contexte – On observe depuis les années 1990 un important développement des partenariats OSC/ETN qui, indépendamment de leur objet principal, peuvent aussi constituer des leviers d'amélioration des pratiques des entreprises et des outils de collecte d'informations sur leurs performances ESG⁶⁹. Mais l'organisation juridique de ces relations est sérieusement compliquée par l'impératif de concilier des cultures et des approches très différentes, sans parler du rapport de forces bien souvent asymétrique en termes d'expertise juridique entre les deux parties⁷⁰ et des risques d'instrumentalisation redoutés par les ONG⁷¹. Si le droit des contrats recèle d'innombrables possibilités, il convient d'éviter que la liberté contractuelle ne réduise à néant

67. La réduction du nombre d'indicateurs est, selon nous, non seulement souhaitable, mais possible. La France, dans sa démarche d'élaboration des indicateurs de développement durable, en a réduit le nombre de 307 en 2001 à 45 en 2003. Certains commentateurs estiment néanmoins que le nombre de 45 est encore trop important et à l'origine du succès relatif de l'outil (effet de saturation) (Atelier de réflexion et d'échanges sur les indicateurs de développement durable, Rapport de synthèse, 1^{er} juin 2006, université Laval, Québec, pp. 6 et 7 – <http://www.mddep.gouv.qc.ca/developpement/indicateurs/atelier.pdf>).

68. Nous considérons que l'information attendue des entreprises doit être proportionnelle à leur sphère d'influence, c'est-à-dire leur impact sociétal et environnemental et la manière de le contrôler. John Ruggie (représentant spécial de l'ONU pour la question des droits de l'Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises) ne dit pas autre chose dans un récent article. Il en tire la conclusion que l'usage de la notion de sphère d'influence est inadaptée pour mesurer l'obligation des ETN de respecter les droits humains. Il la juge trop potentiellement responsabilisante, au profit de celle de due diligence. Nous estimons, au contraire, que la définition qu'il en donne ("I note that sphere of influence combines together two very different meanings of influence: one is influence as "impact", where the company may be the cause of harm; the other is influence as whatever "leverage" a company may be able to exert over other actors with which it may or may not have a business relation.") confirme l'intérêt

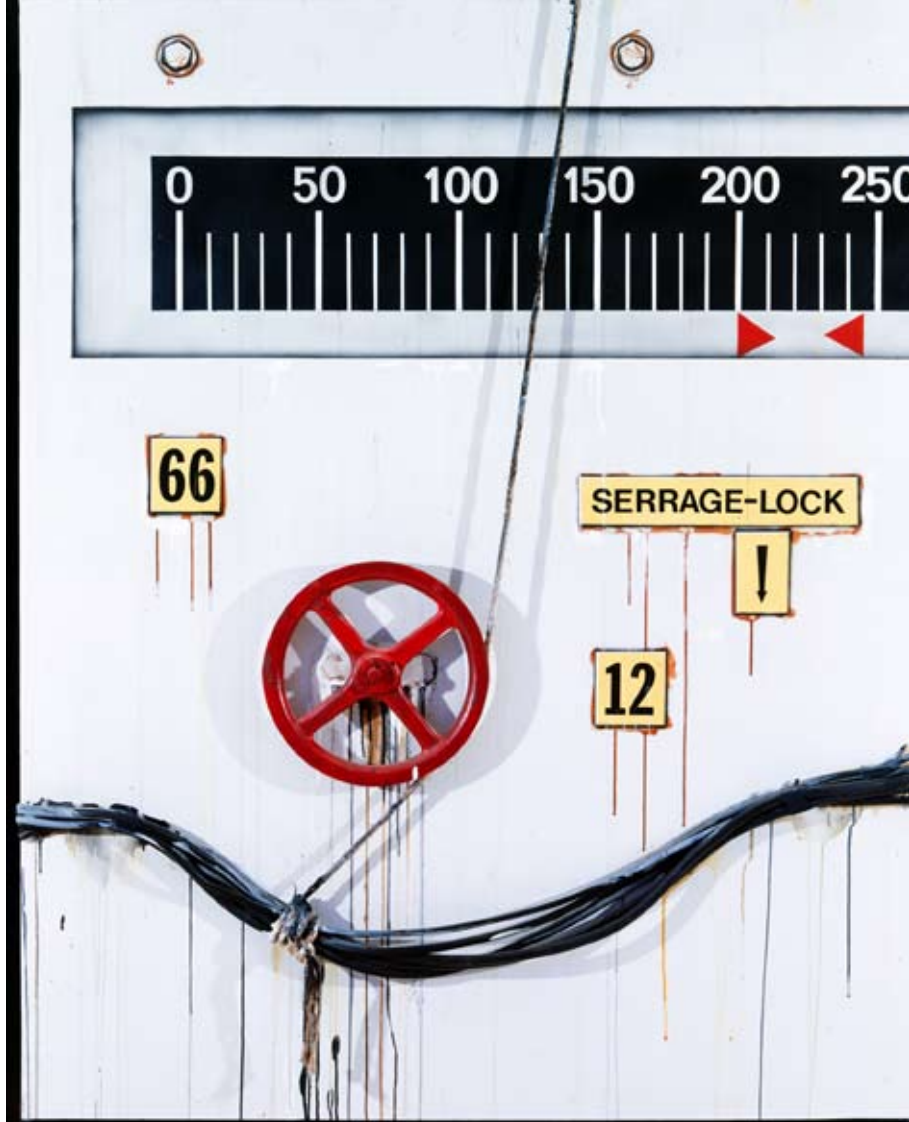
du développement juridique de la notion. L'application de tout principe dépend des circonstances. Le tout est d'avoir le courage de laisser s'établir des lignes rouges. C'est le rôle des organisations et des personnes habilitées à dire le droit quand elles sont saisies d'un litige (Response by John Ruggie to Ethical Corporation Magazine, 10 juin 2008 – <http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5949>). Cf. également l'étude du 22 mars 2010 coordonnée par le bureau de Michel Doucin, ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, à laquelle Sherpa a contribué – téléchargeable sur le lien suivant: http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22_mars_MAE.pdf.

69. Le WWF France, qui a une forte culture du partenariat avec les entreprises, a publié en 2009 son premier rapport d'évaluation annuelle des résultats de ses partenariats (<http://www.wwf.fr/s-informer/actualites/premier-rapport-wwf-france-sur-les-partenariats-entreprises>). À l'initiative de Sherpa, une réflexion pour harmoniser les termes de leurs partenariats est actuellement en cours entre le WWF et plusieurs autres ONG développant des partenariats avec les entreprises. L'objectif est d'établir un dénominateur commun de clauses, afin d'éviter que les entreprises fassent du "shopping" vers l'ONG la moins exigeante en termes d'amélioration des pratiques. Une telle harmonisation des pratiques se confronte à des cultures de partenariat et des objectifs variés. C'est un long processus qui s'impose néanmoins compte tenu de son effet de levier potentiel.

les bonnes intentions de départ. La phase d'élaboration de l'accord est d'autant plus stratégique pour mettre sur pied une relation durable et efficace⁷².

Proposition – Définir un cadre juridique précis pour les partenariats OSC/ETN. Malgré la grande disparité des situations, on peut identifier sur ce plan plusieurs fondamentaux : l'importance d'un préambule fixant l'esprit du partenariat, la délimitation de l'objet, les obligations respectives des parties, les modalités de suivi et de répartition des pouvoirs, l'implication des salariés, constituent des impératifs juridiques incontournables pour désamorcer les risques d'échec de ce type de partenariat.

D'autres paramètres de l'accord, que nous ne pouvons développer ici⁷³, devront faire l'objet d'attention de la part des parties en négociation. Parmi eux, citons les modalités d'évaluation impliquant que les parties s'entendent sur des critères de performance, le recours à des tiers de confiance, le périmètre géographique du partenariat (qui pose la question du comportement des filiales de l'entreprise), les clauses financières concernant la prise en charge des frais induits par la mise en œuvre du partenariat, les assurances, les modalités de rupture. Le succès du développement des partenariats OSC/ETN impose enfin un régime fiscal clair des échanges qu'ils induisent.



Peter Klasen, *Volant/serrage-lock*, 1989, Cliché Gal. Louis Carré / J.-O. Rousseau © ADAGP, Banque d'Images, Paris 2010

70. L'accord inédit signé le 18 juin 2009 entre Sherpa, Médecins du Monde et Areva est à ce titre emblématique de l'infinie variété des partenariats possibles. Au croisement de la transaction et du partenariat, cet accord fixe les termes d'un processus d'indemnisation des travailleurs et d'un mécanisme de suivi incarné par des observatoires sanitaires mis en place sur chaque site d'extraction exploité par Areva. (pour plus d'information, se reporter à la page dédiée du site Internet <http://www.asso-sherpa.org>).

71. Amnesty International France (AIF) a, par exemple, mis fin en avril 2009 à son partenariat avec Casino en vigueur depuis 2003, considérant que Casino n'avait pas honoré ses obligations. Selon les termes du communiqué de presse d'AIF du 21 juillet 2009 : "Cette décision résulte du constat qu'aucune action significative n'a été conduite en commun depuis plusieurs années malgré des propositions formulées par Amnesty International France. AIF prend acte que la mise en œuvre du protocole d'accord signé en 2003 et revu en 2006 n'a pas été satisfaisante. Hormis quelques actions ponctuelles dans le domaine de la promotion des droits humains, AIF n'a identifié aucune avancée significative dans la mise en place de mesures visant à prévenir les violations des droits humains pouvant découler des activités du groupe. AIF demandait que l'engagement de

Casino dépasse les déclarations de principe et se traduise par la mise en œuvre d'une stratégie globale visant à respecter les droits humains de l'ensemble de ses parties prenantes." (http://www.amnesty.fr/index.php/amnesty/s_informer/communiques_de_presse/ai_France_met_fin_au_partenariat_avec_le_groupe_Casino).

72. Une récente étude qualitative réalisée par le cabinet Be-Linked et commanditée de façon inédite par Coordination SUD (qui regroupe 130 ONG françaises de solidarité internationale) et le Medef (premier réseau d'entrepreneurs de France, qui réunit 700 000 entreprises) dresse une typologie et confirme les difficultés, mais aussi les ressorts, des partenariats OSC/entreprises (*Entreprises et ONG de solidarité internationale – Quels partenariats pour quels objectifs ?*, Jérôme AURIAC, janvier 2010, téléchargeable sur le lien suivant : http://www.coordinationsud.org/IMG/pdf/ONG-_entreprise_165x240.pdf).

73. Pour plus de détails, se reporter au document *Contractualisation des partenariats ONG/entreprises*, Yann QUEINNEC, 19 janvier 2009, téléchargeable sur le site de l'association Sherpa – <http://www.asso-sherpa.org>.

Les outils de contrôle des ETN

Proposition n° 13 – Transparence – Garantir un droit d'accès des tiers aux informations extra-financières des ETN

Contexte – La disponibilité des informations sur les impacts sociaux et environnementaux de l'activité des ETN est une question cruciale. Rappelons que nous avons déjà mis l'accent sur l'exigence de transparence des performances sociales et environnementales (proposition n° 9 sur l'obligation d'un *reporting* annuel). Ici, nous sommes un degré au-dessus. Il s'agit d'obtenir l'accès à des informations qui, précisément, ne figurent pas dans ce rapport annuel ou, lorsque des circonstances particulières le légitiment, en cas de projet d'investissement industriel ou de survenue d'un accident, par exemple. À ce jour, seuls les actionnaires et, dans une certaine mesure les salariés et les autorités publiques, sont en mesure d'exiger des entreprises qu'elles communiquent ces informations. Les États disposent d'un droit à l'information assez étendu⁷⁴. Si la généralisation des études préalables en matière de protection de l'environnement en est un

exemple, faute de moyens, elle reste tout à fait insuffisante⁷⁵. Par ailleurs, les mesures mises en œuvre pour garantir la traçabilité des produits lors des différentes crises alimentaires (vache folle, grippe aviaire, etc.) démontrent leur faisabilité technique au sens normatif et opérationnel⁷⁶.

C'est ainsi valable dans le secteur des diamants avec le processus de Kimberley⁷⁷, auquel souscrivent les principales entreprises du secteur, ou encore celui des ressources pétrolières (IETE), dont plusieurs États ont signé les engagements⁷⁸. Toutes ces mesures confirment l'existence d'un consensus international sur l'importance des informations ESG et leur faisabilité technique. Cependant, leur accès n'est pas garanti à toutes les parties prenantes extérieures à l'entreprise, les riverains de sites industriels, les ONG ou les associations de consommateurs⁷⁹. Leur rôle d'alerte et de veille légitime pourtant un tel accès, afin que toute personne intéressée puisse compléter la gamme d'acteurs en mesure de jouer un rôle de prévention, voire de réparation⁸⁰. Il s'agit surtout de répondre à une demande sociale grandissante d'information sur l'impact des biens et services que l'on consomme et

74. Au niveau international, la convention Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement ouvre la voie. Si cet accord international signé le 25 juin 1998 par 39 États autorise l'accès pour toute personne, il ne vise cependant que les informations en possession des services publics, les entreprises n'étant visées qu'indirectement. Au niveau de l'Union européenne, il a donné lieu à l'adoption de la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:041:0026:0032:FR:PDF>). Il s'est traduit en France par la loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000635725&dateTexte=>).

75. Pour un état des lieux du dispositif français et des propositions d'amélioration, se reporter au rapport Lepage de février 2008, réalisé à l'occasion du Grenelle de l'environnement (http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/1202291368_Mission_Corinne_Lepage_Rapport_Final.pdf).

76. L'article 18 du règlement européen 178/2002, intitulé "Traçabilité", oblige les "exploitants du secteur alimentaire et de l'alimentation animale" à la mise en place d'une traçabilité pour le 1^{er} janvier 2005. Le règlement comprend : l'application aux denrées et à toutes les substances entrant dans leur composition ; l'identification complète des fournisseurs et clients avec une mise en place de systèmes et de procédures spécifiques ; enfin, une mise à la disposition des autorités compétentes de tous les éléments de contrôle nécessaires sur demande. Le règlement 178/2002 a donc

pour vocation de garantir une traçabilité "de la fourche à la fourchette". Ce concept est précisé dans le règlement 852/2004 du 29 avril 2004 relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, applicable au 1^{er} janvier 2006. L'application de ce règlement vise particulièrement la production primaire, par laquelle on entend la production, l'élevage ou la culture de produits destinés à être utilisés comme denrées alimentaires ou comme aliments pour animaux. Le règlement 178/2002 est téléchargeable sur le lien suivant : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:031:0001:0024:FR:PDF>.

77. Le système de certification du processus de Kimberley impose à ses membres de nombreuses conditions afin de pouvoir certifier que les échanges de diamants bruts ne servent pas à financer des conflits armés. Depuis septembre 2007, le processus de Kimberley compte 48 participants représentant 74 pays, l'Union européenne et ses États membres comptant comme un seul participant. Voir le site : http://www.kimberleyprocess.com/home/index_fr.html.

78. Un groupe de pays, entreprises et organisations de la société civile a assisté à la conférence de Lancaster House à Londres en 2003, organisée par le gouvernement britannique. Ces pays ont convenu une déclaration de principes afin d'accroître la transparence des paiements et revenus dans le secteur des industries extractives. Au mois de mars 2010, 32 pays sont impliqués dans le processus. Voir le site de l'IETI : <http://eitransparency.org/fr>.

qui se traduit notamment par le développement de normes d'étiquetage environnemental ou social. Afin de garantir la confiance dans ces nouveaux outils, il est important d'établir un droit général à l'information.

Proposition – Assurer aux parties prenantes intéressées par la défense de l'intérêt général (santé publique, protection de l'environnement, droits sociaux, etc.) et à tout tiers victime d'un dommage, une garantie d'accès aux informations sociales et environnementales des entreprises. Précisons que si nous prônons les vertus de la transparence – par ailleurs trop idéalisées par nombre d'économistes – considérant que le développement d'outils de *reporting* de qualité doit inciter les entreprises à améliorer leurs performances sociales et environnementales, c'est un angle bien plus incisif qui nous incite à l'encourager. En effet, l'intérêt d'un dispositif de transparence enrichi et contraignant réside aussi dans l'utilisation qui pourra être faite des informations (ou de l'absence d'informations) délivrées par les entreprises. En ce sens, l'optimisation de la transparence est un moyen de garantir l'usage effectif par les tiers d'un arsenal répressif. Notons enfin que la préservation des données industrielles et commerciales, qui constitue l'un des freins principaux à une telle mesure, n'est pas un obstacle insurmontable.



Regis R, *Plastic City*, 2010

Proposition n° 14 – Observation – Créer un observatoire national des performances extra-financières

Contexte – Les dispositifs d'observation des pratiques et performances extra-financières restent largement volontaires et issus d'initiatives privées, et ne permettent pas de comparaison entre les entreprises. L'action des agences de notation extra-financière, auxquelles font appel les entreprises en les finançant elles-mêmes, reste à cet égard insuffisante, voire problématique. On peut penser que l'adoption de la norme ISO 26000 prévue en 2010 entraînera un développement exponentiel de l'activité de vérification des informations ESG. C'est une bonne chose, la substance du texte autorisant une vision pleine de la RSE, elle permettra à de nouveaux acteurs de déployer des techniques de collecte, de traitement et de restitution in-

79. À l'occasion d'une mission d'étude sur l'environnement juridique du secteur minier en Guyane française, menée par Sherpa en 2007, le chargé de mission a été confronté au refus de la préfecture de Guyane de communiquer des informations sur les permis d'exploitation aurifères octroyés, en avançant le caractère confidentiel des documents demandés. Sherpa a déposé, le 24 juillet 2007, un recours auprès de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). La CADA a donné raison à l'association Sherpa en considérant, dans son avis du 24 septembre 2007, que l'ensemble des informations demandées était communicable (pour plus d'informations sur ce dossier, voir <http://www.naturavox.fr/societe/Excellence->

[environnementale-Francaise-et-la-Guyane?forum=article](http://www.asso-sherpa.org)). Le rapport de Sherpa est disponible sur le site <http://www.asso-sherpa.org>. Voir aussi l'étude réalisée par France Nature Environnement en septembre 2008, *Or vert contre or jaune. Quel avenir pour la Guyane?* (http://www.uicn.fr/IMG/pdf/Rapport_Or_vert_contre_or_jaune_-_Septembre_08.pdf).

80. En effet, dans la foulée du Grenelle de l'environnement, le rôle des ONG et des syndicats, dont les actions sont de plus en plus concertées et structurées, prend de l'importance (v. "L'Union qui change tout", *Enjeux Les Échos*, n° 260, sept. 2009, pp. 46-47).

novantes. Ce développement de nouvelles filières devrait d'ailleurs s'accompagner d'une implication plus grande des OSC, qui ont ici l'opportunité et la légitimité pour jouer un rôle important. Or, l'objectif de réaliser, dans leur pays d'origine, une véritable veille des performances des entreprises nécessite un lieu qui permette de mutualiser les ressources et de centraliser les données. Rappelons d'ailleurs que derrière l'obligation de *reporting* (proposition n° 9) se joue la fiabilité des informations constituant la matière première des étiquetages des performances sociales et environnementales (proposition n° 39).

Proposition – Créer un observatoire indépendant national, financé sur des fonds publics, qui permettrait de concentrer en un seul lieu l'ensemble des informations produites par les ETN du pays sur les impacts sociaux et environnementaux de leurs activités, y compris bien sûr celles de leurs filiales à l'étranger. L'observatoire serait un lieu de collecte, de traitement et de présentation intelligible des performances ESG des ETN *nationales*, assurant ainsi leur comparabilité. Au-delà, il constituerait un vivier d'informations à la disposition des citoyens et chercheurs, et une source de progrès des pratiques des entreprises par la mise en avant des plus avancées dans le domaine. Les technologies de l'information permettraient la mise en œuvre de process agiles de remontée et de traitement des informations. Parmi les parties prenantes associées à cet observatoire devraient notamment figurer les associations de consommateurs, les acheteurs publics, les organisations de protection de l'environnement et de défense des droits fondamentaux, ainsi que les commissaires aux comptes et, sous condition, les agences de notation extra-financière.

Proposition n° 15 – Financement – Favoriser les appels publics à l'épargne des ETN présentant de bonnes performances ESG

Contexte – Les appels publics à l'épargne, lors des opérations d'émission de titres en Bourse, sont des occasions privilégiées pour informer les investisseurs et le grand public des performances sociales et environnementales de l'entreprise émettrice. Le droit des sociétés impose déjà la publication de prospectus qui apportent des informations assez complètes, y compris en matière sociale et environnementale⁸¹. Mais ces dispositifs pourraient utilement s'accompagner de mesures plus incitatives.

Proposition – Favoriser les entreprises présentant de bonnes performances ESG en adossant des avantages fiscaux aux titres qu'elles émettent sur le marché. Ce mécanisme mobiliserait les investisseurs et renforcerait les capacités d'investissement des entreprises émettrices, tout en les incitant à améliorer leurs performances sociales et environnementales. Les agencements institutionnels entourant le dispositif pourraient être l'occasion de coordonner le rôle des gendarmes des marchés financiers et celui des "chiens de garde" (*watchdogs*) de la société civile. L'observatoire national objet de la proposition n° 14 pourrait évidemment jouer un rôle.

Proposition n° 16 – Marchés publics – Encourager une politique d'achats publics responsables

Contexte – La commande publique étant de plus en plus guidée par des considérations de développement durable, les acheteurs publics sont en mesure d'exercer une influence notable sur les pratiques des ETN⁸². Au-delà des considérations environnementales, cette vocation est particulièrement pertinente au sujet des chaînes d'approvisionnement, dont les incidences en termes de développement durable sont essentielles. En effet, l'allongement des chaînes d'approvisionne-

81. Au niveau européen, la directive 2003/71/CE du 4 novembre 2003 et le règlement (CE) n° 809/2004 du 29 avril 2004 encadrent la publication de ces informations. Selon le document publié par l'Autorité des marchés financiers (AMF) en 2008, 367 documents de référence ont été déposés auprès de l'AMF, qui en assure un contrôle *a posteriori* (pour plus d'informations, voir le document de l'AMF, *Les documents d'information diffusés par les sociétés cotées*, octobre 2009, disponible sur le lien suivant : http://www.amf-france.org/documents/general/6347_1.pdf).

82. Au niveau de l'Union européenne, le processus de promotion de l'achat public durable a été initié par la Commission européenne le 30 janvier 2001, poursuivi notamment par la publication de deux communications interprétatives : n° 2001/C 333/07 du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les

possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, publiée au JOCE, n° C 333, du 28 novembre 2001 ; n° 2001/C 333/08 du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, publiée au JOCE, n° C 333, du 28 novembre 2001). Voir notamment le Plan national français d'action pour des achats publics durables : <http://www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/PNAAPD.pdf>. Voir aussi la circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020243534>.



Alain Bublex, Plug-in City (2000) – Leipzigerstrasse, 2003 (Courtesy Galerie GP & N Vallois, Paris)

ment complique la tâche des ETN désirant s'assurer de l'absence de violation des droits fondamentaux ou de l'environnement dans le circuit de production de leurs biens ou services. Ce contexte incite l'acheteur public à imposer des exigences, tout en réduisant le risque de discrimination entre soumissionnaires, tous étant soumis aux mêmes contraintes. Une démarche ambitieuse d'achat public peut contribuer à la "relocalisation" de certains pans de l'économie sans contredire la liberté des échanges ni les règles fondamentales de l'Organisation mondiale du commerce.

Proposition – Mettre à disposition de l'acheteur public, quelle que soit la combinaison des méthodes retenues (démarche de progrès, procédure d'audit, usage de référentiels), une palette d'outils dont l'intégration aux étapes clés d'un marché peut entraîner des effets vertueux en termes de développement durable. On peut ainsi recommander l'insertion des exigences suivantes dans les conditions d'exécution :

- transparence: l'ETN soumissionnaire rendra publics ses engagements éthiques et ne déléguera pas à

bon compte par voie contractuelle le respect de ses propres engagements à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement sans s'assurer que les partenaires ont les moyens de prendre le relais ;

- prévention: l'acheteur pourra exiger de l'ETN qu'elle mette tout en œuvre pour prévenir la survenance de violations des dispositions de l'OIT et de protection de l'environnement dans sa chaîne d'approvisionnement et qu'elle exerce toute son influence à cette fin ;

- bonne foi: l'ETN s'engagera à exécuter de bonne foi ses obligations contractuelles, s'interdira tout abus de droit à l'égard de fournisseurs ou sous-traitants en position de dépendance économique et prodiguera tout conseil permettant d'assurer la durabilité du contrat ;

- obligation d'information (*reporting*): l'ETN sera tenue de rapporter tout incident survenu dans la chaîne de sous-traitance susceptible d'avoir un impact sur le respect des dispositions fondamentales de l'OIT et de protection de l'environnement. Le périmètre de cette obligation sera étendu à l'échelle du groupe, conformément aux règles applicables en matière de consolidation comptable (*cf.* proposition n° 9).

Il s'agirait d'obligations de moyens et non de résultats, permettant des interprétations au cas par cas. Ces critères seraient adaptables à l'hétérogénéité des situations et devraient, pour être pleinement efficaces, être mis en œuvre par des acheteurs connaissant bien les marchés considérés.

Proposition n° 17 – Communication responsable – Réprimer la publicité mensongère en matière de développement durable

Contexte – À travers leurs campagnes de communication, les ETN cherchent de plus en plus à convaincre les consommateurs qu'elles sont les alliées des générations futures, que leurs produits sont commercialisés dans des conditions permettant de lutter contre l'effet de serre, assurant la protection du droit des travailleurs locaux, etc.⁸³, bref, en phase avec les objectifs de développement durable. Cette propagande éthique et environnementale (qualifiée par certains de *greenwashing* et de *fairwashing*, lorsqu'elle ne correspond pas à la réalité) se propage sans qu'aucun instrument juridique permette de mettre en cause une ETN pratiquant ce

type d'affichage, alors que ses filiales à l'autre bout du monde fonctionnent en pratique à l'inverse de ce que proclament ses publicités, les étiquettes de ses produits ou encore les termes de ses engagements éthiques⁸⁴. Une affaire emblématique en la matière est celle du citoyen nord-américain Marc Kasky, qui a poursuivi Nike pour publicité mensongère. Il invoquait le décalage entre le message transmis aux clients dans les déclarations de l'entreprise sur son respect des droits fondamentaux et la réalité⁸⁵. L'entreprise affichait un respect éthique dans ses relations contractuelles, tout en ayant recours à des sous-traitants dont les pratiques violaient les normes de protection des travailleurs. 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 mensongère⁸⁶. Cette affaire a constitué une première d'ampleur marquant les limites de ces pratiques de communication. Plus largement, cela pose la question de la valeur juridique accordée aux engagements éthiques exprimés par les ETN via leurs codes de conduite. Qui en sont les destinataires ? Quelles données exprimées doivent être considérées comme de véritables enga-

83. Ces politiques de communication sont autant le fait des industriels que des communicants eux-mêmes. Ainsi, des grands groupes de l'industrie et des services (par exemple, Lafarge, Carrefour) ont signé avec le WWF des partenariats pour définir des plans d'action de réduction de leurs émissions de CO₂ et, entre 2005 et 2009, le taux de participation des entreprises de l'indice SBF 120 au rapport Deloitte "Carbon Disclosure Project" sur la communication sur le CO₂ est passé de 45 % à 63 % (v. "Environnement : entreprises et citoyens chassent le CO₂", *Enjeux Les Échos*, n° 264, janvier 2010, pp. 36-37). Par ailleurs, les agences de publicité communiquent de plus en plus sur la prise en compte de l'impact environnemental de leurs propres communications. C'est ainsi que la Charte de l'Union des annonceurs (UDA) pour une communication responsable porte sur l'intégration de l'impact environnemental dans les critères de choix de leurs supports de communication (v. "Éthique : des campagnes de pub écoresponsables", *Enjeux Les Échos*, n° 254, février 2009, p. 24). Cf. *La communication responsable – La communication face au développement durable*, Alice AUDOUIN, Eyrolles, 2009.

84. La compagnie pétrolière Shell a été condamnée pour publicité mensongère par l'Autorité britannique de régulation de la publicité – Advertising Standards Authority (ASA) – le 13 août 2008. En effet, à la suite d'une plainte déposée par le WWF (World Wildlife Fund), l'ASA a épinglé le fait que, par une publicité parue le 1^{er} février 2008 dans le *Financial Times*, Shell présentait ses exploitations de sables bitumeux au Canada comme respectueuses de l'environnement et conformes au développement durable. En se fondant sur les conclusions d'une étude réalisée en 2006 par l'Office national de défense de l'énergie du Canada, selon lesquelles "l'exploitation des sables bitumeux pourrait avoir des impacts sociaux et environnementaux considérables, notamment en matière de conservation de l'eau, d'émission de gaz à effet de serre, de

dégradation du paysage et de gestion des déchets", l'ASA a jugé la publicité de Shell "mensongère" du fait de l'utilisation ambiguë du terme de "développement durable". – v. "Shell condamnée pour publicité mensongère", in http://www.rfi.fr/actu/fr/articles/104/article_70350.asp; "Grande-Bretagne : Shell doit revoir sa pub", in <http://www.developpementdurablejournal.fr/spip.php?article3086>.

85. Pour des informations détaillées sur les faits, voir notamment : http://www.reclaimdemocracy.org/nike/kasky_nike_justfacts.html.

86. *Kasky c. Nike* (2002), 27 Cal. 4th 939 (n° S087859, 2 mai 2002). Après avoir été débouté en première instance, sa requête a été accueillie en 2002 par la Cour suprême de Californie. Nike a donc porté l'affaire devant la Cour suprême, qui s'est déclarée incompétente en juillet 2003 renvoyant l'espèce à une cour fédérale pour juger du fond de l'affaire. Ne voulant pas être sur la sellette médiatique, l'entreprise a décidé de passer un accord où elle s'engageait à financer des programmes d'audit, d'éducation et de crédit pour un total de 1,5 million de dollars auprès d'une ONG, la Fair Labor Association. Pour une analyse du cas et la description des mesures adoptées par Nike, on se reportera à l'étude *Chaîne d'approvisionnement et responsabilité, des moyens juridiques pour lier les sociétés mères* (Yann QUEINNEC, 2007, p. 32 – téléchargeable sur le site <http://www.asso-sherpa.org>).

gements ou comme de simples slogans sans substance ? La question mérite d'être soulevée à l'heure où la communication et l'une de ses formes les plus abouties, le story telling, envahissent non seulement la sphère commerciale, mais aussi la sphère politique⁸⁷.

Proposition – Étendre le délit de “publicité trompeuse” aux informations relatives au caractère éthique ou environnemental des produits. Le délit ainsi modifié permettrait de réprimer toute publicité qui comporte “des allégations, indications ou présentations fausses, ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs éléments, comme la nature, la composition, l'origine ou le prix du produit”. Il conviendrait aussi d'assimiler expressément le non-respect des engagements éthiques à des pratiques déloyales soumises à sanction, à la fois des concurrents et des consommateurs, ainsi d'ailleurs que l'Union européenne invite ses États membres à le faire en évoquant une “pratique commerciale trompeuse” dans sa directive du 11 mai 2005⁸⁸.

Les outils de réparation des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement

Les impacts sociaux et environnementaux de l'activité des ETN ne peuvent, en l'état actuel du droit, être appréhendés efficacement. La raison principale de cette situation renvoie à un double concept fondamental du droit des sociétés : le principe d'autonomie juridique et de “responsabilité limitée”, qui isole chaque entité membre d'une ETN des obligations civiles ou pénales des autres membres. Ce principe clé du



M. C. Escher's, “Puddle”, 1952
(©2010 The M. C. Escher Company-Holland.
All rights reserved. www.mcescher.com)

droit des sociétés vise à protéger les entrepreneurs des risques financiers liés à leur activité au-delà des sommes investies, et donc à encourager l'investissement. Cependant, cet état de fait a créé une situation asymétrique, où une société mère peut encaisser les profits de ses filiales sans s'exposer à aucune responsabilité au regard des conséquences environnementales et sociétales de leurs activités. Si le recours aux notions de complicité ou de recel est toujours possible, l'expérience de Sherpa a montré l'existence d'obstacles majeurs rendant extrêmement complexe toute recherche de responsabilité civile ou pénale. Aucun texte ne régissant les groupes de sociétés dans leur globalité, cela a incité les ETN à mettre en concurrence les législations plutôt qu'à mettre en œuvre des mesures préventives efficaces. Si les récentes innovations sociétales de la part de certaines ETN sont un signe encourageant, le *social business* ne résout en rien le problème de la sanction effective des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. Cela relève d'une impulsion publique.

87. La conséquence en est une “véritable inflation d'information” en matière de développement durable. Voir “De Stockholm à Copenhague, des principes aux actes : la désormais incontournable RSE”, C. MALECKI, dossier “La responsabilité sociétale des entreprises”, *Journal des sociétés*, n° 69, oct. 2009, p. 9.

88. Selon la directive européenne du 11 mai 2005, n° 2005/29 CE, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (art. 6.2) : “Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, [...] elle implique : [...] b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors : i) que

ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.” En février 2010, en conclusion à la série de séminaires sur la transparence des entreprises européennes sur leurs pratiques sociales, environnementales et de gouvernance éthique (ESG Disclosure Workshops) organisés par la Commission européenne, les autorités françaises ont exprimé leur souhait de voir procédé à une évaluation de la mise en œuvre de cette directive n° 2005/29 CE, téléchargeable sur le lien suivant : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:fr:pdf>.

Proposition n° 18 – Reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales

Contexte – Au-delà de la responsabilité des personnes physiques prenant les décisions au sein d'une entreprise, celle de l'entité morale est requise. Or, malgré l'influence de quelques textes internationaux relativement récents⁸⁹ qui incitent les législateurs nationaux à introduire la responsabilité pénale des personnes morales, elle n'a été reconnue que dernièrement, et par un nombre limité d'États⁹⁰, et continue d'être contestée. Le spectre du juge entourant toute référence à la responsabilité pénale a tendance à être brandi exagérément pour refuser ce que certains considèrent comme une extrémité, n'hésitant pas à parler de peine de mort pour une entité morale⁹¹. Cette menace répressive n'est pourtant pas confirmée par les données quantitatives disponibles, qui démontrent ainsi le rôle essentiellement dissuasif (*deterrent effect*) des dispositifs⁹². Cette situation s'explique en partie par la difficulté de mise en œuvre des notions de compli-

cité ou de recel, par exemple (cf. propositions n° 26 et n° 27). Ces dernières représentent autant d'outils de mise en cause de la responsabilité pénale des sociétés mères par rapport à l'action de leurs filiales. Leur utilisation est cependant rendue difficile en pratique, compte tenu du principe d'autonomie juridique des entités composant un groupe de sociétés et des difficultés pour apprécier l'intention délictueuse (principe qui gouverne le droit pénal) d'une entité virtuelle. La reconnaissance de la responsabilité pénale des entreprises permet pourtant d'établir des lignes rouges à ne pas franchir en matière d'impact sociétal et environnemental. Des lignes à la disposition des victimes pour faire valoir leurs intérêts et des entreprises elles-mêmes afin d'adapter leur action en conséquence.

Proposition – Adopter des règles nationales reconnaissant la responsabilité pénale des personnes morales et étendre cette responsabilité à toutes les infractions existantes (comme en France, par exemple)⁹³ en modulant des règles de responsabilité stricte (sanction-

89. Par exemple : protocole du 19 juin 1997 à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, convention des Nations unies de Palerme contre la criminalité transnationale organisée du 12 décembre 2000, décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé et décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des humains (in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*. Éléments de droit comparé, Cristina MAURO, PUF, 2010, p. 62).

90. C'est le cas des Pays-Bas, de la Suisse, de l'Italie, du Portugal, du Canada. Le mot "entreprise" a été souvent préféré à l'expression personne morale pour couvrir largement toute organisation quelle que soit sa personnalité juridique. C'est le cas aux États-Unis. Il en va de même en droit chinois, où les unités de production peuvent être déclarées pénalement responsables. Pour une présentation récente de droit comparé, cf. *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*. Éléments de droit comparé, Cristina MAURO, PUF, 2010, pp. 61 et s.

91. Le cas du cabinet Andersen impliqué dans le scandale Enron est très emblématique des extrémités rendues possibles par le droit pénal. C'est la première mise en examen criminelle d'un cabinet d'audit aux États-Unis. Mis en cause dès l'annonce de la faillite d'Enron, le 2 décembre 2001, Arthur Andersen reconnaît, le 10 janvier, avoir détruit des pièces comptables. Paul Volcker, ancien président de la FED, à la tête de la branche américaine depuis le 22 mars, annonce le licenciement de 7 000 employés, tandis que les cabinets du réseau international rejoignent la concurrence.

Le 15 juin, le tribunal de Houston (Texas) déclare la firme coupable d'obstruction à la justice. Résultat : l'entreprise fait l'objet d'une interdiction d'exercer le métier d'auditeur. À la veille du scandale qui le conduira à sa perte, le cabinet d'audit est au sommet de sa gloire avec un chiffre d'affaires de 9,336 millions de dollars, 85 000 employés répartis dans plus de 380 bureaux à travers le monde. Voir l'article de la *Lettre des juristes d'affaires – Le Magazine*, n° 3, décembre 2002 - http://www.juriforum.fr/modules/lja_controller.php?PAGE=archives_mag&numero_mag=03&fichier_article=FC_MJA0034001.html

92. Le lecteur pourra se reporter aux travaux réalisés en 2006 par la Commission internationale des juristes, auxquels l'association Sherpa a contribué. Les trois rapports sont disponibles sur le site de Business and Human Rights : <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>.

93. Reconnue pour quelques infractions en 1994 en France, la responsabilité pénale des personnes morales a été étendue depuis l'adoption de la loi du 9 mars 2004 à l'ensemble des infractions du Code pénal.

94. À l'automne 2008, Pascal Hustings (DG de Greenpeace France), Jean-Christophe Le Guidou (secrétaire confédéral CGT) et Alain Bazot (président de l'UFC-Que choisir) ont co-signé un texte présenté aux parlementaires et suggérant que de telles sanctions soient adoptées au niveau de l'Union européenne pour contraindre notamment les constructeurs automobiles à respecter la discipline collective établie en matière de réduction de l'émission de CO₂/km par les automobiles (v. "L'Union qui change tout", *Enjeux Les Échos*, n° 260, septembre 2009, pp. 46-47).

nant les imprudences ou infractions dites involontaires) et subjective (imposant la démonstration de trois conditions: faute intentionnelle, préjudice et lien de causalité). Ces sanctions, au besoin essentiellement financières, devront être “suffisamment dissuasives⁹⁴”, s’accompagner d’une plus grande efficacité des infractions de complicité et de recel, et reconnaître l’intérêt à agir des victimes (propositions n° 25 à n° 28)⁹⁵. Il reviendra aux États d’élaborer et de mettre en œuvre une politique pénale ambitieuse en matière de lutte contre la criminalité économique. Le défi consiste à garantir l’effectivité des sanctions pour les entreprises non respectueuses et à contribuer ainsi à consolider l’avantage concurrentiel de celles qui sont authentiquement engagées.

Proposition n° 19 – Généraliser les sanctions administratives d’interdiction de marchés publics aux ETN dont les performances extra-financières sont insuffisantes

Contexte – L’établissement d’un consensus pour reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales étant difficile, le levier de la sanction administrative peut constituer un moyen plus rapide pour obtenir l’adhésion des États. Les marchés publics représentent un important levier et devraient être entendus largement (processus de privatisation, marchés de fourniture de biens et services, partenariats public-privé), afin d’optimiser la généralisation des bonnes pratiques. Certaines dispositions interdisent aujourd’hui à des entreprises ou à leurs dirigeants de soumissionner aux marchés publics ou d’exercer des fonctions de direction après la commission de cer-



Chris Jordan, Recycling Yard #6, Seattle, 2004 (© www.chrisjordan.com)

taines infractions. Il serait pertinent d’étendre leur champ aux impacts sociaux et environnementaux dans l’État du siège d’une ETN ou à l’étranger (cf. aussi proposition n° 16).

Proposition – Instaurer une interdiction de soumissionner aux marchés publics pour les ETN aux performances extra-financières insuffisantes. Ces performances seraient notamment évaluées grâce aux informations que les ETN doivent produire sur leurs impacts ESG (cf. proposition n° 9). Considérer le niveau d’imposition effectif global d’un groupe (cf. propositions n° 4 et n° 44) pour l’accès et l’attribution des marchés publics constituerait également un fort levier de réduction des montages abusifs d’optimisation fiscale. Une modulation de la durée et du périmètre des sanctions permettrait d’adapter la réponse en fonction de la gravité des actes à l’origine de la décision.

95. Sherpa a présenté, lors du Grenelle de l’environnement, des propositions d’amendement visant à lever les verrous procéduraux qui empêchent les victimes d’une filiale étrangère d’un groupe français de demander des comptes à la société mère. Il s’agit particulièrement des articles L. 113-5, L. 113-6 et L. 113-8 du Code pénal (*Grenelle de l’environnement – Groupe 5 – Propositions de l’association Sherpa*, 23 août 2007, pp. 3 à 5 – téléchargeable sur le

site <http://www.asso-sherpa.org>). Lors de l’examen, le 24 mars 2010, du projet de loi Grenelle 2 en commission de développement durable de l’Assemblée nationale, les amendements présentés en ce sens ont été rejetés pour des motifs qui reflètent la frilosité qui prévaut encore sur cette question: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-dvp/09-10/c0910041.asp>.

Proposition n° 20 – Mettre en cohérence l’arsenal judiciaire répressif et les moyens à disposition des juridictions nationales

Contexte – Face à l’inefficacité avérée du droit de l’environnement dans la plupart des pays, la question se pose de sa disparition pure et simple ou, au contraire, de sa radicalisation. Dans la première hypothèse, les ETN seraient confrontées à la responsabilité de respecter leurs engagements volontaires, ce qui semble fort improbable au vu des pratiques actuelles de *greenwashing* et de *fairwashing*. La seconde mauvaise solution serait de surenchérir sur un arsenal déjà pléthorique et inefficace. En France, quelque 60 000 infractions au droit de l’environnement sont constatées chaque année, donnant lieu à seulement 4 000 condamnations. Il existe donc un gouffre entre l’inflation des textes de loi et leur application sur le terrain. Et les condamnations prononcées restent peu dissuasives. Si l’environnement est ici mis en avant, on peut constater le même phénomène dans l’ensemble des domaines de la criminalité financière (lutte contre la corruption, trafic d’influence, évasion fiscale, délits d’initiés, etc.). Si le droit de la concurrence fait les gros titres lorsque les amendes battent des records, on ne peut que constater la récurrence de telles affaires, qui exige une adaptation des moyens⁹⁶.

Proposition – Augmenter les moyens humains et financiers à disposition des acteurs administratifs et judiciaires chargés de faire respecter l’environnement et de lutter contre la criminalité économique et financière. S’agissant du volet environnemental, son financement serait assuré par un prélèvement de 1 % à 5 % du montant des indemnités accordées par une juridiction nationale en réparation d’un préjudice écologique. Une ponction légitime, car elle répond à l’incertitude actuelle symbolisée par l’évaluation aléatoire des indemnités accordées par les juridictions pour indemniser une victime, la nature, l’environnement, la *Pachamama* (qui signifie *Mère-Terre* selon la culture des Indiens des Andes), dénuée de personnalité juridique indemnisable. Le procès *Erika* en France a bien illustré cette difficulté. Cette proposition imposerait la mise en place d’un fonds d’indemnisation international dédié, à l’instar des FIPOL (Fonds internationaux d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, organisations intergouvernementales créées en 1971). La mise en place de flux financiers interjuridictionnels constituerait parallèlement un vecteur de liaison favorisant une harmonisation des pratiques aujourd’hui hétérogènes des juridictions nationales (voir aussi la proposition n° 43).

96. Pour ne citer qu’un exemple parmi les plus récents, celui d’Intel, condamnée en 2009 à plus d’un milliard d’euros d’amende (David Bosco, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, comm. 269, novembre 2009).



Gaëlle Mauvillain, *La dernière des reines*, 2004

4

Niveau externe international - L'ETN dans ses pays d'implantation

47

Hors de ses frontières nationales, une ETN entretient des liens multiples avec ses filiales, fournisseurs, sous-traitants et autres partenaires. Cet espace est le lieu d'échange par excellence de la mondialisation : acquisition de matières premières, transformation, assemblage, transport, opérations de sous-traitance diverses, y compris en matière de R&D. Il est le terrain de jeu des plus forts. C'est un

peu l'état sauvage de la mondialisation où s'expriment tous les excès, de l'usage abusif de législations laxistes en termes de droit social, de droit de l'environnement ou de droit fiscal, à l'abus de situations de dépendance économique.

Quelques règles fondamentales pourraient contribuer à normaliser ce terrain de jeu pour prévenir la dérive

naturelle vers les crimes du marché et leur impunité. Il s'agirait tout d'abord de rétablir une cohérence entre la réalité juridique et la réalité économique d'une ETN. Et de garantir ensuite la qualité des relations avec les parties prenantes par l'adoption d'outils assurant la prévention et la réparation des atteintes aux droits humains, environnementaux et sociaux.

Adaptation du cadre juridique à l'internationalisation de l'entreprise

L'objectif des propositions qui suivent est d'établir une cohérence entre la mondialisation des échanges et le statut juridique de ses acteurs principaux que sont les ETN, et particulièrement d'appréhender les rapports d'influence entre une société tête de groupe et ses partenaires internes (filiales intra-groupes) ou externes (acteurs de sa chaîne d'approvisionnement).

Proposition n° 21 – Reconnaître la responsabilité juridique de la société mère d'un groupe à l'égard de l'action de ses filiales étrangères

Contexte – Aujourd'hui, la notion de groupe n'est reconnue au plan juridique que de façon parcellaire, via le droit de la concurrence, social, comptable ou fiscal (cf. proposition n° 2), alors que selon l'OCDE, les opérations intra-groupes représentent 60 % du commerce international. Cette situation crée un décalage croissant entre la réalité économique de l'activité des grands groupes et la répartition des responsabilités sociales et environnementales entre les entités qui les composent. S'il est largement admis,

en droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'une société mère détenant 100 % du capital de sa filiale auteur d'un comportement répréhensible peut être sanctionnée en vertu d'une présomption simple selon laquelle la filiale a agi sur le marché en appliquant strictement les instructions de la société mère, une telle présomption est loin d'être généralisée⁹⁷. Cette situation entraîne une insécurité juridique lors d'impacts négatifs des groupes dans le domaine environnemental ou sociétal. Cette insécurité vaut non seulement pour les victimes, mais aussi pour les entreprises, qui n'en demeurent pas moins exposées à des risques de poursuites dont les conséquences restent imprévisibles, faute d'un régime de responsabilité clairement identifié.

Proposition – 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 activités⁹⁸. Démontrer l'implication d'une société mère dans la responsabilité d'une filiale défaillante ne doit plus être un obstacle pour les victimes réclamant réparation⁹⁹. 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

97. Frédérique CHAPUT, avocate associée Cabinet Racine, "L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles", *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, étude 1, janvier 2010: "Pour s'affranchir des frontières dessinées par la personnalité morale, les autorités ont recours à la notion d'entreprise, notion spécifique au droit de la concurrence qui traduit une approche totalement factuelle et concrète des notions de "contrôle" et, à l'inverse, "d'autonomie". ("La société mère est responsable des infractions commises par sa filiale détenue à 100 %", Georges DECOCQ, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, comm. 293, décembre 2009).

98. Sherpa a activement participé aux travaux ayant mené à l'élaboration d'une proposition en ce sens qui est soutenue au niveau de l'Union européenne par l'European Coalition for Corporate Justice (voir le document publié

par l'ECCJ, *Pas de pouvoir sans responsabilité* – <http://www.corporatejustice.org/nouvelle-publication-d-eccj-pas-de,295.html?lang=fr> ainsi que les différents documents publiés par Sherpa sur la question : <http://www.asso-sherpa.org>).

99. "Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales", Benoît GRIMONPREZ, maître de conférences à l'université de Franche-Comté, *Revue des sociétés* 2009, p. 715. L'auteur cite notamment 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."

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 (commissaires aux comptes, conseils juridiques et fiscaux, banques et dirigeants communs, par exemple), plus devra exister une présomption de complicité par fourniture de moyens ou instructions, voire coaction. La sujétion de la "filiale" aux directives et stratégies de la "mère" trouverait ainsi une traduction adaptée au plan pénal. Ces propositions seraient complétées des régimes de responsabilité spécifiques proposés pour les administrateurs et dirigeants (proposition n° 3).

Proposition n° 22 – Responsabiliser la société mère à l'égard des acteurs de sa chaîne d'approvisionnement

Contexte – La réalité économique des groupes transnationaux démontre l'existence de myriades de relations établies entre les donneurs d'ordre et leurs fournisseurs et sous-traitants établis sur toute la pla-

nète. Si de nombreuses ETN ont intégré dans leurs conditions d'achat des clauses imposant aux fournisseurs et sous-traitants de respecter des standards sociaux et environnementaux, cela s'accompagne toutefois d'une tendance des départements juridiques à établir le maximum de garde-fous, afin de réduire les possibilités de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise. Cette orientation, bien que fort légitime, n'est pas pour autant satisfaisante. Elle entraîne une généralisation des pratiques de délégation contractuelle des engagements éthiques du donneur d'ordre à ses sous-traitants et fournisseurs, sans garantie que ces derniers disposent des moyens de les respecter effectivement¹⁰⁰. La dimension de la prévention est largement occultée et la recherche du moindre coût privilégiée (cf. proposition n° 7). Les difficultés pratiques résident dans la complexification des structures d'entreprise et des schémas contractuels. Les obstacles résultent aussi de logiques de marché qui ne favorisent pas la construction de relations contractuelles pérennes¹⁰¹ et génèrent des obstacles culturels¹⁰².

Il n'est pas inutile, à ce stade, de se demander s'il est légitime, voire équitable, de rechercher la responsabilité de la société mère à l'égard des acteurs de sa chaîne

100. Phénomène décrit dans une étude de 2007 réalisée par l'Institut international d'études sociales selon laquelle : *"While MNCs are promoting CSR on one hand, the delivery schedule and price given are more and more tight on the other hand. Unconvinced suppliers see MNCs as the beneficiary profiting from a vicious competition in developing countries"* ("Secondary Effect in Implementation of CSR in Supply Chain", in *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Yun GAO, Organisation internationale du travail, 2007, Document de travail n° 182, p. 121 – <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp18207.pdf>).

101. *"Le fournisseur va, en général, privilégier la contrainte la plus forte (Abermethy et Chua, 1996) ; si les contrôles en matière de RSE ne sont pas très contraignants, la conformité deviendra purement formelle (Auberger et al., 2005). Cette logique de marché entraîne également une mise en concurrence et des changements fréquents de fournisseurs ; si les relations ne sont qu'à court terme, il est impossible de construire un apprentissage durable de la RSE avec les fournisseurs. En d'autres termes, lorsque le contrôle inter-organisationnel économique obéit à une logique de marché, le contrôle RSE ne peut être mis en œuvre que symboliquement ; si la famille de fournisseurs peut entraîner des risques de réputation importants, le contrôle deviendra bureaucratique, l'influence reste symbolique, avec une conformité a minima du fournisseur sans évolution notable de ses pratiques"* (in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, Françoise QUAIREL, p. 16 – <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>).

102. Le contrôle inter-organisationnel est mis en œuvre avant tout par les acteurs opérationnels : acheteurs ou responsables de business units. Les systèmes d'incitation de ces acheteurs et leur culture sont très éloignés du développement durable et de la RSE. Leur formation et leur métier reposent sur la culture de l'efficacité technique et économique ; pour beaucoup d'entre eux, les critères environnementaux, mais surtout les critères sociaux au-delà des législations, ne font pas partie des exigences "normales" de l'approvisionnement. La notion de coût global n'est pas un critère dans leurs décisions. Ils ne souhaitent pas faire de l'ingérence chez leur fournisseur, augmenter un niveau d'exigence et de contrôle déjà élevé et rendre la négociation encore plus tendue. De plus, leur système d'incitation repose sur des critères économiques de marge, donc ils ne souhaitent en aucun cas concéder une augmentation de prix pour obtenir une meilleure qualité RSE. Dans une enquête auprès des directeurs des achats de trente-huit grandes entreprises françaises (O. BRUEL et O. MENUET [2006]), l'évaluation des performances individuelles et collectives ne comporte la dimension développement durable que chez 10 % des entreprises interrogées. Dans les entreprises "pro-actives" que nous avons rencontrées, des formations de sensibilisation des acheteurs démarraient, mais les systèmes d'incitation et d'évaluation des acheteurs restaient basés sur des critères économiques (marge, qualité, délais) (in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, Françoise QUAIREL, p. 17 – <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>).

d'approvisionnement. Selon nous, la réponse est positive¹⁰³. Principalement parce qu'une entreprise multinationale raisonne et agit aujourd'hui de façon globale, et que son activité s'organise au travers des multiples entités qui la composent. Ce *modus operandi*, largement répandu, se traduit paradoxalement d'une part, par un éloignement et une autonomisation des structures du groupe¹⁰⁴ et, d'autre part, par une globalisation des achats, des campagnes de marketing, des profits et des engagements éthiques qui sont exprimés à l'échelle du groupe. Ainsi, même dans une tendance à l'autonomisation grandissante des filiales, la société tête de groupe exerce une influence majeure sur la conduite des opérations et en récolte les fruits (par la remontée des dividendes, mais aussi par le jeu des *management fees* et prix de transfert). Cet état de fait a des conséquences majeures sur les relations entre le donneur d'ordre – qui peut être la société mère ou l'une des entités composant le groupe – et les fournisseurs et sous-traitants, qui se traduisent souvent par des déséquilibres entre un donneur d'ordre et des partenaires commerciaux régulièrement dépendants de ce dernier¹⁰⁵.

Proposition – Exiger des sociétés holding qu'elles exercent leur devoir de diligence. Elles devraient prendre toutes les mesures raisonnables pour identifier et prévenir toute violation des droits fondamentaux et toute atteinte à l'environnement dans leur sphère de responsabilité¹⁰⁶. La responsabilité civile ou pénale de la société mère pourra être engagée s'il est démontré qu'elle n'a pas tout mis en œuvre pour éviter la survenance des violations. La jurisprudence importante développée en matière d'abus de position dominante dans le domaine du droit de la concurrence apportera un référentiel utile de standards de comportement¹⁰⁷, tout comme la reconnaissance, par

l'ensemble des systèmes de droit, de la notion d'abus de droit¹⁰⁸. Nos développements sur la présomption de complicité par fourniture de moyens ou instructions dans la proposition n° 21 sont également valables dans ce contexte des relations entre donneur d'ordre et fournisseur.

Les outils de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement

Nous proposons ici une mise en réseau effective des parties prenantes internes et externes des ETN. Il s'agit de la dimension internationale de la mutualisation des moyens évoquée dans la proposition n° 12 et de l'articulation de la collecte, du traitement et de la restitution des informations ESG entre le niveau interne de l'entreprise et ses parties prenantes externes.

Proposition n° 23 – Renforcer le rôle préventif du personnel des ETN en matière d'impacts ESG

Contexte – L'implication du personnel des ETN en matière de performance extra-financière de leur entreprise est aujourd'hui insuffisante. Nombre d'analyses managériales confirment que la plus grande difficulté réside dans les modalités d'accompagnement du personnel vers une mutation fondamentale des pratiques. Si nombre d'entreprises se sont dotées d'un département en charge du développement durable, le constat est général d'un manque de moyens à sa disposition pour qu'il assure ses fonctions. Dans le sillage

103. Dans le cadre des travaux menés pour l'ECCJ, Sherpa a élaboré une étude qui approfondit cette problématique (*Chaîne d'approvisionnement et responsabilité, des moyens juridiques pour lier les sociétés mères*, Yann QUEINNEC, 2007 – <http://asso-sherpa.org/index.php?page=rettd&ssmenu=publications&id=41>).

104. Le contrôle de l'entreprise réseau qui résulte des nouvelles formes d'organisation de la production s'inscrit dans cette dernière approche. "*Les entreprises réseaux sont des organisations décentralisées, composées par des centres de production et/ou de décision relativement autonomes.*" (MARIOTTI, 2005, p. 21, in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p. 13 – <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>).

105. On peut citer l'exemple du secteur indien de la récupération des déchets électroniques, composé à 95 % d'acteurs du secteur informel. Malgré l'émergence de projets d'amélioration des process, M. Peetambaram Parthasarathy, directeur de E-Parisaraa, l'un des six ateliers agréés par le

gouvernement, témoigne : "*Si le gouvernement n'oblige pas les entreprises à confier leurs déchets à des ateliers agréés, comment voulez-vous qu'on s'en sorte ?*" ("*Le grand défi du recyclage des déchets électroniques*", Julien BOUISSOU, *Le Monde*, 25 février 2010, p. 4).

106. Cette proposition est portée par l'ECCJ au niveau de l'Union européenne (voir le document publié par l'ECCJ, *Pas de pouvoir sans responsabilité* – <http://www.corporatejustice.org/nouvelle-publication-d-eccj-pas-de-295.html?lang=fr>).

107. Pour ne citer qu'un exemple parmi les plus récents, celui d'Intel, condamnée en 2009 à plus d'un milliard d'euros d'amende (David BOSCO, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, comm. 269, novembre 2009).

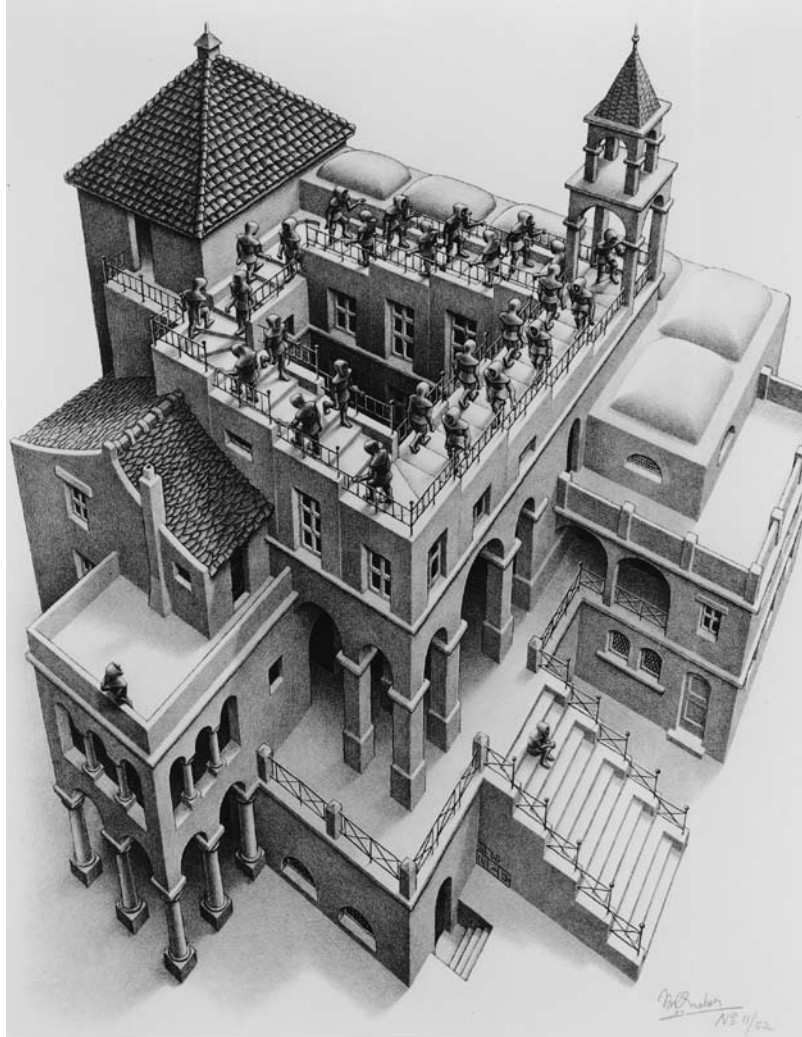
108. Parmi les États qui ont adopté dans leur législation un principe général sanctionnant l'abus de droit, nous pouvons citer : le Code civil français (art. 1382), qui dispose que "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*"; le Code

de la création en 1994 des comités d'entreprise européens (CEE) et de celle, en 2006, de la Confédération syndicale internationale (CSI), les conditions sont réunies pour donner une dimension internationale au rôle des salariés et de leurs représentants. La pratique des audits sociaux a déjà permis d'identifier les forces et les faiblesses en la matière¹⁰⁹.

Proposition – Renforcer le rôle préventif des personnels des ETN à l'échelle transnationale, en leur donnant des moyens matériels et humains pour collecter et diffuser des informations relatives aux enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance. Cela impliquerait, pour chaque ETN, la création d'un organisme au rayon d'action international, chargé de la collecte, de l'analyse et de la restitution des informations par le biais d'audits réguliers et de procédures d'alerte ponctuelles. En France, les CHSCT (comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) sont les structures naturellement amenées à jouer ce rôle¹¹⁰. Des équivalents existent dans la plupart des pays. Le résultat de ces travaux serait obligatoirement considéré par les commissaires aux comptes dans la perspective d'une vérification des performances sociales et environnementales (cf. proposition n° 9) et soumis à l'approbation des actionnaires. De ce point de vue, l'optimisation de la transparence évoquée précédemment est un moyen de garantir l'usage effectif par les salariés, voire les parties prenantes extérieures, d'un arsenal répressif.

Proposition n° 24 – Établir un réseau international de parties prenantes assurant un “reporting” de qualité sur les impacts sociaux et environnementaux

Contexte – Parmi les obstacles principaux à la qualité et à la comparabilité des informations sur les impacts sociétaux et environnementaux des ETN, le moindre n'est pas la disparité des démarches et des acteurs. En-



M. C. Escher's, "Ascending and descending", 1960
(©2010 The M. C. Escher Company-Holland. All rights reserved. www.mcescher.com)

tre les commissaires aux comptes, les agences de notation, les investisseurs éthiques ou les organisations du personnel chargées des questions d'hygiène et de sécurité coexistent une multitude de mandats et de méthodes. Cet éclatement peut conduire à des pratiques indulgentes, des conclusions contradictoires, et produire l'effet inverse de celui escompté: le doute sur la fiabilité des informations. Si cette réalité révèle la complexité des échanges internationaux et des enjeux

civil suisse (art. 2), qui pose en principe que "l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi"; le Code civil allemand (BGB) (art. 226): "L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui"; le Code civil italien (art. 833), mais limité au droit de propriété; le Code civil autrichien (art. 1295, al. 2); le Code civil espagnol, (art. 7), à la formulation très large; le Code civil luxembourgeois (art. 6, al. premier). En dehors de l'Europe, le droit d'autres pays comporte des dispositions comparables: le Code civil du Québec (1991) (art. 7): "Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi."; le Code civil du Liban: doit réparation "celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but auquel ce droit lui a été conféré".

109. À titre d'exemple, nous renvoyons le lecteur aux actes de la 25e université d'été de l'audit social, organisée par l'Institut international de l'audit social le 6 septembre 2007: <http://iasuniversites.online.fr/actes2007b.pdf>

110. Pour plus d'informations, voir notamment "La compétence environnementale du CHSCT: réalité ou utopie", *Revue Lamy droit des affaires*, I. DESBARATS, 2008, n° 24, p. 66. Cf. aussi la page du site de l'association Sherpa dédiée au Grenelle de l'environnement: <http://www.asso-sherpa.org>.

sociétaux qui traversent l'entreprise, il n'en reste pas moins que des moyens existent à l'heure de la globalisation pour coordonner les rôles, y compris celui, grandissant, des acteurs de la société civile. Leur connaissance du terrain et des acteurs locaux constitue un apport considérable pour garantir la fiabilité des informations collectées et une réactivité en cas d'incident. Alors que les professionnels du chiffre se disent prêts à se lancer dans la vérification des données extra-financières, le contexte est favorable à une meilleure coordination des actions vers un objectif commun partagé : connaître les performances ESG des ETN.

Proposition – Créer, sous l'égide d'une organisation internationale (l'ONU, voire l'OMC), un réseau international de parties prenantes présentant toutes les garanties de compétence, de représentativité et d'éthique. Le rôle de ses membres serait de procéder, à la demande des ETN et notamment de leur personnel (cf. proposition n° 23), de leurs commissaires aux comptes, des autorités des marchés financiers ou des ONG, à des enquêtes de terrain permettant de collecter et de restituer des informations précises sur les performances sociales et environnementales d'un opérateur ou d'une filiale. Leurs conclusions seraient assorties de recommandations entérinées par l'organisation de tutelle et les commissaires aux comptes et soumises au vote des représentants des salariés, du conseil d'administration et des actionnaires.

Les outils de réparation des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement

Proposition n° 25 – Extraterritorialiser le droit

Contexte – Une fois les dommages survenus par le fait d'une filiale étrangère, l'obstacle majeur rencontré par les victimes locales est l'accès à la justice du pays du siège. C'est particulièrement problématique lorsque le pays d'implantation de la filiale où se sont produits les dommages souffre d'un système judiciaire défec-

teux et lorsque la filiale ne dispose pas des moyens d'indemnisation. Par exemple, les dispositions des articles 113-6 et suivants du Code pénal français confèrent au procureur de la République un droit de veto s'agissant de l'ouverture d'une enquête visant un délit commis par un Français à l'étranger contre un étranger. Ce pouvoir d'opportunité est obsolète et, par ailleurs, permet au pouvoir exécutif, par le truchement du parquet, de paralyser un certain nombre d'enquêtes, s'agissant notamment de délits financiers commis par des Français à l'étranger. Enfin, les dispositions de l'article 113-5 du Code pénal créent une véritable immunité des ETN françaises pour tout ce qui concerne leurs activités dans les pays du Sud¹¹¹.

Ces questions d'accès à la justice des victimes étrangères ont été portées à la connaissance de la Commission européenne de façon appuyée en 2007 par de nombreuses organisations, dont Sherpa dans le cadre de son action au sein de l'European Coalition for Corporate Justice. Elle a depuis diligenté à la fin de 2009 une étude confiée à l'université d'Edinburgh. John Ruggie, le représentant spécial de l'ONU, constatant lui aussi combien cette question constituait un point focal, a relancé le travail sur ce point.

Proposition – Dans le cadre du Grenelle de l'environnement, Sherpa a préconisé que soit rajouté à l'article 113-8 du Code pénal l'alinéa suivant : *“La décision du procureur de ne pas ouvrir d'enquête à la suite d'une plainte déposée par la victime d'un délit commis par un Français à l'étranger doit être motivée, d'une part ; et, d'autre part, peut faire l'objet d'un recours de la victime ou de ses ayants droit devant la cour d'appel.”* Sherpa a également demandé un autre aménagement d'une disposition verrou du Code pénal, celle de son article 113-5, qui permet au juge français de rechercher la responsabilité du complice français d'un auteur principal, étranger ou français, coupable d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger. Deux conditions sont prévues : tout d'abord, le crime ou le délit doit être puni par la loi française et par la loi étrangère (cette condition de double incrimination est remplie dans presque tous les cas) ; mais la seconde condition doit être supprimée, puisqu'elle oblige la victime à prouver que l'infraction a été constatée par une dé-

111. Lors de l'examen du projet de loi de 2007 relatif à la lutte contre la corruption, nous avons pu constater le refus d'adopter l'amendement visant à rendre possible la poursuite du complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger, alors même que l'infraction n'a pas été constatée par une décision de justice définitive de la juridiction étrangère (Amendement de Robert Badinter, JOAN CR, 10 octobre 2007, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption). Pour justifier ce rejet, il était

invoué une atteinte à la souveraineté des États et l'attente d'une politique à l'échelle européenne. Ces arguments nous semblent contestables, puisqu'il est possible de légitimer une action à l'échelle d'un seul État en invoquant le cas de force majeure ou encore le déni de justice. Voir aussi “Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international des droits de l'homme”, William BOURDON, *Revue de science criminelle* 2005, p. 747.



Daniel Pommereulle, *Cible par d'autres visées*, Collection Centre Pompidou, Dist. RMN / G. Meguerditchian, © ADAGP Paris 2010

cision définitive de la juridiction étrangère. Or, en pratique, dans certains États où l'autorité judiciaire ne peut exercer ses fonctions correctement, cette exigence est un obstacle infranchissable qui crée une situation de déni de justice¹¹².

Proposition n° 26 – Définir une première extension du délit de recel

Contexte – Les outils juridiques existants restent insuffisants pour réprimer les délits ou crimes associés à l'exploitation par les ETN et d'autres acteurs des ressources naturelles, particulièrement dans les pays dépourvus de cadre légal adapté ou d'infrastructures

permettant de le mettre en œuvre. Ainsi l'exploitation souvent illicite du patrimoine forestier de ces pays constitue-t-elle une grave atteinte à la biodiversité, une cause d'aggravation de l'effet de serre et une source d'immenses dommages pour les populations locales (dommages qu'un processus comme le Forest Law Enforcement Governance Entraid, initié au niveau européen, ne permet guère de prévenir et de réparer, car il ne repose que sur des accords de partenariat volontaire – le Conseil européen des ministres de l'Agriculture s'étant finalement prononcé en décembre 2009 pour une réglementation a minima en la matière)¹¹³. De même le trafic des espèces végétales et animales protégées, source de profits pour la grande criminalité financière, est-il insuffisamment

112. Lors de l'examen le 24 mars 2010 du projet de loi Grenelle 2 en commission de développement durable de l'Assemblée nationale, les amendements présentés en ce sens ont été rejetés pour des motifs qui reflètent la frilosité qui prévaut encore sur cette question : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-dvp/09-10/c0910041.asp>.

113. "Bois illégal : les ministres européens de l'Agriculture trouvent un accord sur le projet de règlement", Rachida BOUGHRIET, Actu-Environnement.com – 16 décembre

2009. Alors que le Parlement européen avait proposé, le 22 avril 2009, un dispositif salué par Sherpa et d'autres ONG, le Conseil des ministres européens de l'Agriculture, le 15 décembre 2009, a rejeté plusieurs de ces propositions en refusant notamment d'établir une chaîne de traçabilité des produits bois sur le marché européen. La charge de la preuve continuerait de peser sur les victimes, et notamment sur les ONG luttant contre l'importation illégale de bois.



Koko Komégné, *Le modèle français en question*, 2001

réprimé¹¹⁴. Quant à l'exploitation minière, elle se fait parfois en violation de la loi locale, sinon internationale, les victimes de ces violations ayant peu de moyens de faire valoir leurs droits.

Proposition – Définir une nouvelle forme de responsabilisation juridique des ETN, dont la pleine mise en œuvre ne pourra intervenir à terme que par son extension au moins à l'échelon européen. Dans un premier temps, Sherpa propose de compléter l'article 321-1 du Code pénal français, qui réprime le délit de recel, par un article 321-2 rédigé comme suit : "Le recel est également le fait d'importer, exporter, dissimuler, détenir, commercialiser une espèce végétale, minérale ou animale et, plus généralement, toute ressource naturelle protégée par la loi internationale, exploitée, prélevée de façon illicite." Le caractère "illicite" résulte en l'espèce d'une violation de la loi locale, pénale ou administrative, ou du droit international (y compris les embargos décidés par les instances onusiennes).

Proposition n° 27 – Définir une seconde extension du délit de recel

Contexte – Au cours des années 2000 a été largement condamnée, notamment grâce aux travaux de l'organisation anglaise Global Witness, l'exploitation des "diamants du sang" dans certaines zones de conflit (notamment en Afrique de l'Ouest) ou, plus récemment, celle du "lait du sang" au Zimbabwe (en septembre 2009, Nestlé a de ce fait renoncé à commercialiser du lait provenant des fermes exploitées par l'épouse du dictateur Robert Mugabe). L'exploitation et la commercialisation de ressources naturelles ou de produits manufacturés s'accompagnent ainsi souvent de graves violations des droits humains, ou contribuent au financement des activités des personnes physiques ou morales qui en sont directement responsables, en toute connaissance de cause des importateurs, lesquels bénéficient en la matière d'une quasi-impunité¹¹⁵.

Pour appréhender ce type de comportements, le recel présente un grand intérêt. Il permet de suivre le fruit de l'infraction et son détenteur où qu'ils se trouvent et sans limite de temps s'agissant d'une infraction dite "continue".

Proposition – Instaurer un nouveau délit de recel qui sera 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."

Proposition n° 28 – Garantir l'accès à la justice pour les associations luttant contre les atteintes à l'environnement et contre la corruption

Contexte – En France, le législateur a progressivement permis à certaines associations – comme celles qui luttent contre le racisme ou les violences sexuelles exercées à l'encontre des enfants – de prendre part, dans certaines conditions, au procès pénal et d'exercer parfois l'action publique en vertu des articles 2.1

114. Le 18 novembre 2009, Sherpa, avec d'autres ONG, a déposé une plainte contre l'entreprise forestière DHL pour "recel de bois illégal". DHL est accusée d'avoir contribué au financement de la guerre civile au Liberia (pour plus d'information, consulter le site de sherpa : <http://www.asso-sherpa.org>).

115. "Recel de crime contre l'humanité", William BOURDON, Libération, 13 octobre 2009.

à 2.21 du Code de procédure pénale. Si certaines associations de protection de l'environnement peuvent, en vertu de l'article 142-2 du Code de l'environnement, exercer les droits de la partie civile, leur capacité d'action reste subordonnée à des conditions strictes. En revanche, le droit français ne laisse qu'une place très réduite aux associations dont l'objet est de lutter contre la corruption. Ainsi, par exemple, dans le cadre de la procédure initiée en France en mars 2009 par Transparency International (avec le soutien de Sherpa) au sujet des conditions d'acquisition d'un luxueux patrimoine immobilier par les familles des chefs d'État africains Denis Sassou-Nguesso (Congo Brazzaville), Omar Bongo (Gabon) et Teodoro Obiang Nguema (Guinée équatoriale), la jurisprudence en la matière a un peu progressé, mais l'issue de cette procédure restait incertaine, comme l'a montré la décision d'irrecevabilité de Transparency International, rendue le 29 octobre 2009 par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris (décision qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation)¹¹⁶.

Proposition – Modifier l'article 2 du Code de procédure pénale français afin de faciliter l'action des associations luttant contre les atteintes à l'environnement et la corruption (et plus généralement toute forme de criminalité financière). Il conviendrait également que la loi les autorise évidemment à dénoncer des faits commis à l'étranger par des Français ou par des opérateurs étrangers contrôlés par des sociétés françaises¹¹⁷. Cette extension devrait aussi concerner des associations de droit étranger, sous réserve qu'elles aient un bureau en France, comme l'exige la loi du 1^{er} juillet 1901 (ce qui permettrait, par exemple, à des associations de contribuables africains de saisir le juge français des faits de détournement d'argent public dont ils sont au premier chef les victimes). Ce type de disposition devrait être adapté à l'ensemble des juridictions.

116. “L'affaire des “biens mal acquis” ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption”, Chantal CUTAJAR, *La Semaine juridique* (édition générale), n° 22, 27 mai 2009. “Affaire des “biens mal acquis”, un arrêt qui ne clôt pas le débat”, Chantal CUTAJAR, *La Semaine juridique* (édition générale), n° 51, 14 décembre 2009, 563.

117. Dans le cadre du processus du Grenelle de l'environnement initié par le gouvernement français en 2007, Sherpa a proposé en ce sens plusieurs aménagements du Code pénal et de procédure pénale (pour plus d'information, se reporter au rapport réalisé en août 2007 – <http://asso-sherpa.org>).



HeHe, Nuage vert Ruoholahti, 2007 (© HeHe)

5

Niveau global – L’ETN et la communauté internationale

Nous abordons ici le périmètre sans frontières de la globalisation, où se créent et coexistent des normes relevant à la fois du “droit dur” (*hard law*) et (surtout) du “droit mou” (*soft law*). Cet espace est celui des conventions internationales et du droit international coutumier, aux confins des débats sur la gouvernance mondiale, où les ETN côtoient les États sans répondre à un régime de responsabilité adapté à leur influence. Les propositions suivantes s’inspirent des mécanismes de création de normes is-

sues de la généralisation de pratiques contractuelles, à l’instar – mais dans un autre esprit – de la *lex mercatoria*, dont les règles sont engendrées par le développement des pratiques des opérateurs économiques. Ces propositions concernent tout d’abord l’évolution nécessaire du cadre conceptuel du droit des affaires, puis l’adaptation des structures juridiques à une responsabilité effective des ETN et, enfin, le rôle de celles-ci en termes de financement du développement.

L'adaptation du droit des affaires aux enjeux du développement durable

Pour établir les conditions favorables au développement d'une économie plus sobre, plus en phase avec l'équilibre de la biosphère, nous proposons d'adapter certaines règles encadrant l'investissement international. Cette ambition se traduit par une relecture de concepts fondamentaux du droit des affaires et des mesures structurelles de responsabilisation des ETN.

Proposition n° 29 – Reconnaître aux ETN le statut de sujet de droit international

Contexte – Sur les cent plus grandes entités économiques mondiales, plus des deux tiers sont désormais des entreprises et non des États. Pourtant, seuls les États et les individus sont aujourd'hui considérés comme des sujets de droit international, assujettis aux conventions et juridictions internationales. Si les ETN sont en mesure de faire valoir leurs droits fondamentaux, comme la liberté d'aller et de venir, devant des juridictions telles que la Cour européenne des droits de l'Homme, s'agissant de leurs obligations en la matière, elles ont en quelque sorte un statut de second rang, alors que certaines supplantent plusieurs États réunis en termes de ressources. Elles évoluent ainsi dans un environnement juridique qui leur permet de jongler avec les droits nationaux et régionaux, d'élaborer un droit coutumier qui leur est propre, la *lex mercatoria*, tout en échappant au corpus de règles qui s'applique aux sujets de droit internationaux, au premier rang desquels la Charte des droits fondamentaux et le *jus cogens* (norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise). Il convient de rappeler ici les conclusions du représentant spécial de l'ONU pour la question

des droits de l'Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, qui distinguent l'obligation des États de *protéger* les droits de l'Homme et celle des entreprises de les *respecter*. Cette distinction impose de rappeler les effets de la sphère d'influence des ETN, qui conduit parfois certains États à restreindre leur potentiel régulateur par crainte de ne pas attirer les investisseurs¹¹⁸. Le pouvoir régulateur est pourtant l'outil dont disposent les États pour mettre en œuvre leur obligation de protection des droits de l'Homme. Ne pas s'emparer de cette question fondamentale, c'est laisser perdurer des situations de déséquilibre et d'irresponsabilité.

Proposition – Attribuer aux ETN la qualité de sujet de droit international. Au-delà de la reconnaissance de l'existence juridique des groupes et des sociétés mères (propositions n° 2 et n° 3), il s'agit de définir clairement leur responsabilité juridique globale, sans considération des frontières étatiques propres à leur pays d'origine, de les contraindre, dans leur sphère d'influence, à protéger et respecter les droits humains et l'environnement, conformément aux pactes internationaux engageant les États en la matière (lesquels devraient être adaptés en conséquence). Cette reconnaissance explicite serait un incontestable levier pour l'entrée effective du respect des droits humains et de l'environnement dans le quotidien des affaires internationales¹¹⁹. Elle n'implique pas la création d'une instance judiciaire internationale dédiée, les ETN étant déjà susceptibles d'être poursuivies pour des crimes internationaux. Elle s'imposerait à toutes les instances judiciaires et arbitrales saisies de litiges transnationaux, instances qui devraient apprendre à se prononcer en intégrant les paramètres d'intérêt général en jeu et les particularités extraterritoriales (voir proposition n° 43 sur la création d'un mécanisme de coopération judiciaire internationale). Cette reconnaissance contribuerait à intégrer la *lex mercatoria* dans le *jus cogens* et à combler ainsi les carences actuelles de l'ordre public international¹²⁰.

118. Cette influence a été de nouveau rappelée dans la contribution du 20 février 2010 d'un groupe de travail composé de huit commissions nationales des droits de l'Homme (Kenya, Togo, Canada, Nicaragua, Venezuela, Danemark, Corée et Écosse) faite au Conseil des droits de l'Homme (para. 9) : "It has also been suggested that, in the context of the right to food, there are extraterritorial dimensions of the State duty to protect : the protection of human rights can be undermined where company structure and globalized company operations facilitate corporate evasion of state jurisdiction, for example." (Information presented by the Working Group on Business and Human Rights of the International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC), 24 février 2010, [\[www.reports-and-materials.org/Working-Group-ICC-of-NHRIs-submission-to-Special-Rapporteur-on-right-to-food-24-Feb-2010.pdf\]\(http://www.reports-and-materials.org/Working-Group-ICC-of-NHRIs-submission-to-Special-Rapporteur-on-right-to-food-24-Feb-2010.pdf\)\).](http://</p>
</div>
<div data-bbox=)

119. Pour une tentative de démonstration du fait que la RSE est entrée dans la sphère du droit international coutumier et que cela légitime la reconnaissance aux ETN de la qualité de sujet de droit international, se reporter à notre étude *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales – Un statut juridique en mutation* (Yann QUEINNEC, 2007, postface de Mireille DELMAS-MARTY – <http://www.asso-sherpa.org/index.php?page=retld&ssmenu=publications&id=17>).

Proposition n° 30 – Intégrer au droit international de l'investissement le respect des conventions internationales de protection de l'environnement et des droits fondamentaux

Contexte – À l'heure actuelle, les grands litiges opposant les investisseurs et les États d'accueil se règlent dans leur quasi-totalité dans les enceintes de deux instances arbitrales – la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les arbitres saisis départagent les parties en litige en s'appuyant sur les quelque 3 000 traités bilatéraux d'investissement (TBI) existants. Les droits que ceux-ci accordent aux investisseurs sont très étendus – ils leur garantissent, par exemple, l'accès à l'eau, alors même que ce droit fait défaut aux individus. Le manque de transparence caractérisant ces procédures (cf. proposition n° 41) et le silence des TBI face aux enjeux du développement durable peuvent créer des situations ubuesques. Ainsi les instances d'arbitrage se voient-elles parfois saisies par des investisseurs dont le contrat a été rompu et qui, de ce fait, réclament au pays d'accueil la compensation d'une "perte de chance" en évaluant le "préjudice" subi sur la base du chiffre d'affaires qu'ils auraient pu percevoir si le contrat était arrivé à terme, ce qui, dans le cadre de partenariats publics-privés portant sur des durées

pouvant atteindre vingt-cinq ans, donne une idée des montants réclamés. Cet état de fait témoigne d'un décalage entre le corpus de règles auxquelles doivent se conformer les arbitres et les considérations d'intérêt général que les litiges qui leur sont soumis peuvent impliquer. Cela soulève la question fondamentale de la hiérarchie des normes et conduit à s'interroger sur les possibilités d'émergence d'un ordre public international auquel les arbitres devraient se référer. Cette tendance est du reste confortée par le constat que l'arbitre ne peut ignorer l'ordre public, car l'extension du domaine de l'"arbitrabilité" lui interdit de s'en affranchir¹²¹.

Proposition – Intégrer le corpus des conventions internationales de protection de l'environnement et des droits fondamentaux dans le champ des TBI. Il s'agit d'imposer aux arbitres de les prendre en compte lorsqu'ils élaborent leurs sentences arbitrales¹²². De telles mesures devraient également trouver une traduction effective dans les règles applicables à l'Organisation mondiale du commerce¹²³. Ici, le rôle des juges nationaux doit être considéré avec attention lorsqu'ils sont conduits à intervenir pour l'exécution de la sentence arbitrale. En effet, face une sentence arbitrale internationale, le juge étatique d'annulation ou d'exécution de ladite sentence pourrait être amené à puiser dans une multitude de sources, à la fois natio-

120. Georges Abi-Saab (président de l'Organe d'appel de l'OMC) confirme dans son avant-propos de l'ouvrage de Homayoon Arfazadeh la pertinence d'un tel chantier (*Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Homayoon ARFAZADEH, Bruylant, 2005).

121. On peut noter avec intérêt que la notion de "dénier de justice", qui relève de l'ordre public, pourrait être retenue par une juridiction sans aucun lien avec un litige, lorsqu'il s'agit de garantir à une partie signataire d'une clause compromissoire (clause par laquelle les parties entendent soumettre tout litige à un arbitrage) la constitution d'un tribunal arbitral. Selon la décision de la Cour de cassation dans une décision rendue le 1^{er} février 2005 : "[...] L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, [...] et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris." Selon Homayoon Arfazadeh : "Ainsi, un juge neutre et sans aucun lien significatif avec les parties ou leur litige [il s'agissait d'un litige opposant l'entreprise NIOC au gouvernement israélien] est autorisé à assister l'une d'entre elles dans la constitution d'un tribunal arbitral pour remédier à un cas de déni de justice manifeste." (Arrêt n° 404 FS-P+B, in *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de*

la mondialisation, Homayoon ARFAZADEH, Bruylant, 2005, pp. 63 et s.). Dans le prolongement de ce raisonnement, on peut raisonnablement considérer que l'émergence des considérations de développement durable dans le périmètre de l'ordre public international pourrait constituer un fondement imposant, via les juges nationaux si nécessaire, aux arbitres de considérer dans leurs sentences les impacts sociaux et environnementaux d'un opérateur économique.

122. Howard Mann est l'auteur avec Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson et Aaron Cosbey du *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable – Guide du négociateur*. Cet outil tire les conséquences du constat que l'orientation des négociations internationales portant sur l'investissement et les arbitrages produits par leur résultat n'ont plus un seul lien commun avec les objectifs de développement mondial et de développement durable réputés étayer les négociations économiques internationales (avril 2005, révisé et traduit en 2006 – http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf). Voir aussi les développements sur le sujet dans la récente étude élaborée par Lorenzo Cotula de l'International Institute for Environment and Development (*Getting a Better Deal – How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments*, 2010, Natural Resources Issues, n° 20, IIED London – <http://www.iied.org/pubs/pdfs/17507IIED.pdf>).

nales et internationales. Afin d'élaborer sa décision, le juge national trouverait ici l'occasion de développer une conception de l'ordre public qui réponde aux exigences propres des relations transnationales et aux considérations des intérêts publics et privés en jeu¹²⁴.

Proposition n° 31 – Définir un droit de la concurrence privilégiant les partenariats durables entre entreprises

Contexte – À l'heure où plusieurs crises se conjuguent, la concurrence que se livrent les opérateurs économiques entraîne une considérable déperdition de moyens humains et financiers¹²⁵. Par ailleurs, la concurrence sur un marché n'est bien souvent que de façade, comme l'illustrent les sanctions régulièrement infligées aux opérateurs de téléphonie mobile du marché français, sans que cela les incite à mettre fin à leur entente *de facto* pour maintenir des prix élevés pour leurs services¹²⁶. Or, on peut constater que la multiplication des plates-formes communes entre acteurs d'un secteur donné a démontré ses vertus en termes d'innovation¹²⁷.



Jef Safi, *Ouwwwpoian topological space*, 2009 (Flickr ©)

Si le phénomène de “co-conception” n’est pas récent, il tend à se développer et l’émergence du terme *coopétition* est à ce titre révélatrice¹²⁸. Nous considérons que la complexité induite par les défis du développement

123. Selon Gabrielle Marceau (département juridique du secrétariat de l'OMC) : “*It is suggested that WTO law must evolve and be interpreted consistently with international law, including human rights law. Thus, a good faith interpretation of the provisions of the WTO, including its exception provisions, should lead to a reading and application of WTO law consistent with human rights [...]*.” (*European Journal of International Law*, 2002 13 (4) :753-814 – <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/13/4/753>). Voir aussi le parallèle établi entre les règles des échanges internationaux applicables dans l'Union européenne et celles de l'OMC (“*Squaring the Circle for Tomorrow's World: A Comparative Analysis of the EC and WTO Approaches to Balancing Economic and Non-economic Interests in International Trade*, Emily REID, in *European Law For the XXIth century*, Oxford & Portland Oregon, Hart Publishing, 2004).

124. *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Homayoon ARFAZADEH, Bruylant, 2005, p. 4.

125. Plus profondément, certains acteurs clairvoyants se demandent même quel intérêt il y a à continuer de conférer à la concurrence le rôle moteur de l'économie lorsque l'offre rejoint ou dépasse la demande (*L'entreprise contre la pauvreté – La dernière chance du capitalisme*, Jacques BARATIER, Autrement, 2005, p. 30).

126. Saisi par l'association de consommateurs UFC-Que choisir, le Conseil de la concurrence a rendu le 30 novembre 2005 une décision par laquelle il condamne les opérateurs mobiles Orange, SFR et Bouygues Télécom pour leurs agissements illicites. Il a été reconnu que ces trois opérateurs se sont entendus pour se répartir le marché de la téléphonie mobile, ce qui a eu pour effet de fixer les prix de détail à un niveau artificiellement élevé durant la période 2000-2002. Au vu de la gravité de ces pratiques, le Conseil de la concurrence a infligé à ces entreprises des sanctions pécuniaires pour un montant cumulé de 534 millions d'euros. On peut noter aussi l'amende record d'un milliard d'euros infligée par la Commission européenne le 13 mai 2009 à Intel pour abus de position dominante aux dépens de son rival Advanced Micro Devices (AMD) (“*Bruxelles inflige 1 milliard d'euros d'amende à Intel*”, Cécile DUCOURTIEUX et Philippe RICARD, *Le Monde*, 14 mai 2009, p. 13).

127. “*Par exemple, le port USB a introduit une compatibilité qui a amplifié les dynamiques d'innovation sur les périphériques des ordinateurs (Gawer et Cusumano, 2008)*” (*Les jeux de conception d'une plate-forme entre coopération et concurrence, le cas du Métro*, Blanche SEGRESTIN, in *Le Libellio d'AEGIS, dossier spécial Concurrence et coopération : diversité d'approches et de contextes*, hiver 2008-2009, volume IV, numéro 3, p. 7).

durable rend souhaitable la multiplication des partenariats stratégiques durables entre entreprises. Une dérogation à l'interdiction des ententes entre concurrents permettrait donc d'encourager les entreprises à mutualiser leurs moyens en vue d'apporter leur contribution au développement durable, en termes d'innovation, mais aussi du point de vue des conditions de travail et de l'aménagement du territoire¹²⁹.

Proposition – Autoriser les ententes visant des objectifs de développement durable, notamment afin d'orienter les stratégies de R&D des ETN. Pour les inciter à prendre le risque de s'entendre avec leurs concurrents ou partenaires d'une même filière, il convient de garantir un avantage concurrentiel et des mécanismes d'allocation des droits de propriété intellectuelle adaptés¹³⁰. Le levier des marchés publics et de la normalisation de certains procédés en matière d'efficacité énergétique doit, par exemple, accompagner ce mouvement¹³¹. Les mécanismes du marché feront le reste en accordant un avantage comparatif aux entreprises ayant noué les partenariats les plus efficaces en termes de progrès social et environnemental.

Proposition n° 32 – Promouvoir le concept de “contrat durable”

Contexte – On ne compte plus les contrats entre partenaires privés dont les incidences sur le plan social et environnemental relèvent de l'intérêt général. L'exploitation forestière, par exemple, influe sur la biodiversité et le changement climatique. De même, les contrats organisant la production et la fourniture de biens manufacturés dans des usines où les employés ne bénéficient pas des standards de l'OIT soulèvent des questions sociales relevant de l'intérêt général. Les contrats privés relatifs aux marchandises et aux services comportent des dimensions ESG qui ne peuvent plus être ignorées, c'est le cas *a fortiori* dans les contextes de partenariats public-privé (PPP)¹³². À cet égard, Sherpa considère qu'il y a place pour développer un outil juridique original spécifique, au croisement de la liberté contractuelle et du respect des objectifs de développement durable. Le “contrat durable” pourrait ainsi contribuer à “faire en sorte que le jeu des interactions sociales ne soit jamais réductible à un simple jeu de rapports de force, mais permette continuellement à un intérêt commun d'émerger et d'être réalisé”¹³³.

128. Évoquant ce phénomène dans l'industrie de la Défense, Colette Depeyre et Hervé Dumez expliquent que “la complexité des systèmes rend inhérente la présence de coopération : une firme ne peut à elle seule assurer leur conception et leur production” (“Le concept de coopération : quelques voies de recherche à partir d'une analyse de cas”, Colette DEPEYRE et Hervé DUMEZ, in Le Libellio d'AEGIS, dossier spécial Concurrence et coopération : diversité d'approches et de contextes, hiver 2008-2009, volume 4, numéro 3, p. 14).

l'originalité d'imbriquer leur logo au point d'en créer un spécifique au modèle” (“Pepsi et Gourment co-fusionnent leur logo”, Florence BERTHIER, Influencia, 27 janvier 2010 – http://www.influencia.net/fr/archives/the-way.html?actu_id=638). Ce phénomène de “logofusion” des plus rares dans le monde du marketing, qui touche l'incarnation symbolique de Pepsi, démontre que l'on pourra s'accorder de la sorte sur tout autre type d'actif immatériel (brevets, dessins et modèles, droits d'auteurs, etc.).

129. On peut observer avec intérêt les initiatives en cours en France dans la filière du luxe : “Christian Estrosi, le ministre de l'Industrie, a récemment convié des acteurs du luxe et de la mode française pour “refonder” leurs relations avec leurs sous-traitants. Il promet, pour la fin janvier 2010, une charte de bonne conduite entre les grandes griffes françaises et ces entreprises qui garantissent un label “Made in France”. Grande première, les patrons de Dior, Hermès, LVMH, Chanel, Lanvin, Balenciaga, Jean-Paul Gaultier, Céline, Sonia Rykiel, Lefranc Ferrand ou Agnès b s'en alarment et pourraient s'engager sur un minimum de commandes.” (“Façonniers du luxe, un secteur à l'agonie”, Nicole VULSER, *Le Monde*, 13-14 décembre 2009, p. 11).

131. Le marché de la voiture électrique en plein développement est très révélateur des besoins de sécurisation des alliances à l'œuvre. “Le secteur va être confronté à des besoins en investissements sans précédent avec, en face, un potentiel de gains financiers extrêmement limité.” (“La voiture électrique, un marché embryonnaire qui suscite de nouvelles alliances”, Denis FAINSILBER, *Les Échos*, 13 octobre 2009, p. 21).

130. La bagarre prévisible entre les coopétiteurs pour répartir les droits de propriété intellectuelle sur les co-innovations n'est pas insurmontable. En 2010, “les marques Pepsi et Gourmet, spécialisée dans la chaussure de sport, se sont associées – à l'initiative de la société conseil Epiphany – pour une édition spéciale de la basket Gourmet UNO. Jusque-là rien d'exceptionnel, Emporio Armani et Reebok ont fait la même chose. Mais à la différence de ces deux dernières, qui se sont contentées de juxtaposer leur nom, les deux marques ont eu

132. Un récent rapport, publié le 23 octobre 2009, par la Banque mondiale, établit un état des lieux sur la contribution des opérateurs privés à la distribution et à l'assainissement de l'eau au sein des pays en développement (<http://www.ppiaf.org/content/view/611/485/>). Le rapport estime qu'environ 7 % de la population urbaine des pays en développement est alimentée aujourd'hui quotidiennement en eau par des entreprises privées. Les suspicions entretenues entre les partisans de la gestion privée et leurs opposants légitiment le développement de PPP répondant aux critères du “contrat durable” (“Les multinationales de l'eau sont concurrencées par les acteurs des pays émergents, Isabelle REY-LEFEBVRE, *Le Monde*, 27 octobre 2009, p. 14).

Proposition – Favoriser le développement du concept de “contrat durable” entre partenaires privés ainsi que dans les contextes de PPP¹³⁴. Le concept se définit comme suit : “*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 humains et de l’environnement.*” L’intérêt pratique de cette notion¹³⁴ serait d’assurer une triple fonction : outil d’interprétation à disposition des juges et arbitres chargés de trancher des litiges, outil d’aide à la décision pour les entreprises confrontées à des situations relevant de leur responsabilité sociale et environnementale, et outil contractuel à part entière devant aboutir à de nouveaux standards. Sur ce dernier volet, le “contrat durable” permettrait de limiter les excès induits par l’abus de liberté contractuelle exercé par certains opérateurs en situation de force à l’égard de leur cocontractant¹³⁶, comme le préciserait un préambule que propose Sherpa : “*Chaque partie s’engage à se comporter de bonne foi, à s’interdire d’abuser d’un quelconque droit et à prodiguer tout conseil à l’autre partie permettant d’assurer la durabilité du contrat.*”

Le “contrat durable” entend injecter une dose de responsabilité d’intérêt général dans les interstices des relations contractuelles, où il est légitime de combler un vide juridique. L’“ADN” du contrat ainsi modifié, les conséquences de l’exécution des contrats seraient



Olav Westphalen, *Drums Série* Coopérative de la Fertilité, 2010 (Coursy Galerie G.- P. et N. Vallois, Paris et Milliken Gallery, Stockholm)

anticipées dans une perspective constante de respect des générations futures.

Les termes du “contrat durable” dépendent de deux paramètres distincts : premièrement, les effets du contrat concerné sur les considérations d’intérêt général induites par la recherche d’un développement

133. Nicolas MEISEL, *Culture de gouvernance et développement – Un autre regard sur la gouvernance d’entreprise*, mai 2004, étude du Centre de développement de l’OCDE (<http://www.afd-afriquedusud.org/jahia/webdav/site/afd/users/admirecherche/public/Meisel/Meisel-Etude2004%20E-Gouvernance%20CultureVF.pdf>).

134. Notons que le groupe de travail de l’équipe de John Ruggie (représentant spécial du Secrétaire général de l’ONU pour la question des droits de l’Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises) consacré au thème du *responsible contracting* a identifié le concept de “contrat durable” développé par Sherpa comme une piste intéressante et en soutient officiellement le développement (pour information, voir le compte-rendu de la réunion du groupe de travail de juin 2009 qui démontre l’existence de chevauchements évidents avec le concept de “contrat durable” – <http://198.170.85.29/Report-on-Ruggie-responsible-contracting-workshop-25-26-Jun-2009.pdf>).

135. Pierre Calame a retenu le concept de “contrat durable” parmi les pistes fécondes à explorer dans son récent ouvrage (*Essai sur l’oeconomie*, éd. Charles Léopold Mayer, 2009, pp. 78 et 441 et s.). Dans le même sens, on peut noter avec intérêt les ambitions affichées par Christian Estrosi, ministre français de l’Industrie : “*Fini les “branches professionnelles”, bonjour les “filiales” (automobile, aéronautique, pharmacie, etc.) organisées autour des grands groupes qui prendraient en charge les PME sous-traitantes, à la manière des mastodontes japonais*” (“Dur retour à l’industrie”, Hervé NATHAN, *Marianne*, 7 au 13 novembre 2009, p. 48).

136. À noter que le Code de commerce français a récemment introduit (loi LME du 4 août 2008 qui en modifie l’article L. 442-6) la notion de “*déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux*”. Notion inspirée du droit de la consommation et de la loi Scrivener du 10 janvier 1978 s’agissant des clauses abusives, le “déséquilibre significatif” fait son apparition en remplacement de l’abus de dépendance économique instauré par la loi NRE du 15 mai 2001. L’ancien texte visait à sanctionner le fait d’abuser de la relation de dépendance en soumettant le partenaire dépendant à des conditions commerciales injustifiées. La suppression de l’obligation permanente de justifier les différenciations tarifaires et la possibilité de négocier des conditions particulières de vente ayant été instaurées, l’article est supprimé et remplacé par l’interdiction de créer, par cette différenciation, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Cette disposition ouvre la possibilité pour la Commission d’examen des pratiques commerciales d’être saisie par les juridictions civiles pour avis et devrait en théorie aboutir à une jurisprudence “déséquilibre significatif” (voir l’interview de Jean-Paul Charié, député du Loiret et rapporteur de la loi LME : <http://entoutefranchise.free.fr/pdf/CHARIE/Negociations%20fournisseurs%20distributeurs%20JP%20CHARIE.pdf>, ainsi que son rapport législatif du 22 mai 2008 réalisé au nom de la Commission des affaires économiques, de l’environnement et du territoire : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0908.asp>).

durable et, deuxièmement, le rapport de force entre les parties au contrat, qui renvoie notamment à la notion de sphère d'influence.

Ainsi l'élaboration d'un "contrat durable" impose-t-elle au préalable de diagnostiquer les incidences potentielles et avérées sur l'environnement (durabilité des ressources et pollution, biodiversité, etc.) et les droits fondamentaux (y compris le droit social et les droits tels que définis par la Charte internationale des droits de l'Homme) de l'exécution du contrat projeté. Ce diagnostic permettra l'identification des obligations d'intérêt général devant figurer dans les termes contractuels. On le voit, cette étape préalable impose la réalisation d'études d'impact, dispositifs largement répandus et qui sont au cœur des débats sur la RSE. On peut d'ailleurs constater que l'exigence de prévention n'a pas encore aujourd'hui atteint sa maturité contractuelle. Le "contrat durable" entend proposer des mécanismes apportant le maximum de prévenance. Au-delà des aspects techniques propres à chaque contrat en effet, l'activité qu'il entend organiser, la fonction première du "contrat durable" est bien de prévenir les litiges et les dommages, tout en répartissant équitablement les responsabilités respectives des parties. Du reste, dans le "contrat durable", les parties prenantes deviennent des parties au contrat principal ou, à tout le moins, sont parties à une chaîne de contrats. C'est l'une des caractéristiques fondamentales et règles du jeu contractuel dont ce projet entend montrer l'intérêt.

S'agissant de la répartition des obligations et responsabilités corrélatives entre les parties au contrat, elle impose l'analyse de leurs rapports de force d'une part, et celle de leurs influences respectives sur des considérations d'intérêt général d'autre part. Cette analyse vise à faire peser le respect des obligations identifiées sur la partie la plus à même de les assumer. C'est évidemment à ce stade que le concept de "contrat durable" bouleverse fondamentalement la donne actuelle, puisqu'il revient à soumettre des opérateurs privés à des obligations qui leur étaient jusqu'alors étrangères ou qui étaient cantonnées à une sphère volontaire. Il s'agit en effet de modérer les excès d'asymétrie régulièrement constatés entre un donneur d'ordre et son contractant, tels que le déséquilibre d'expertise ou la dépendance économique, qui génèrent bien souvent des conditions contractuelles inadaptées compromettant la durabilité du contrat. L'objectif est surtout que

les termes contractuels organisent le traitement des impacts sociaux et environnementaux et, ce faisant, rétablissent une cohérence entre la poursuite légitime d'intérêts privés et ses externalités négatives.

La mise au point d'un tel outil réclame l'émergence d'une doctrine juridique internationale capable d'extraire de normes disparates une synthèse cohérente. Les contributions *amicus curiae* dans le cadre des litiges arbitraux seraient le terrain privilégié du développement d'une telle doctrine. Un puissant levier de synthèse réside, selon nous, dans les normes fondamentales issues de la *lex mercatoria* (bonne foi, attente légitime, *constructive knowledge*, etc.), des principes généraux du droit et du droit coutumier international, qui offre l'avantage d'un périmètre adapté au caractère supranational des ETN.

Le "contrat durable" n'aura de pertinence que s'il parvient à appréhender l'environnement juridique complexe de la RSE. En l'occurrence, ainsi que les développements qui précèdent l'ont montré, cet environnement se trouve au croisement d'outils juridiques hétérogènes composant l'"ADN" du "contrat durable" tel que nous l'entendons. On peut considérer que le cadre général est constitué du concept de développement durable ainsi que des objectifs du Millénaire pour le développement. Des outils juridiques plus spécifiques seront par ailleurs convoqués. Entre autres :

- le droit des contrats (par exemple, à travers le contrat de PPP, la notion d'engagement unilatéral ou de gestion en bon père de famille) ;
- le droit de la consommation (la protection du consommateur recèle de nombreuses notions utiles pour déterminer le degré de vulnérabilité d'une partie à un contrat) ;
- le droit de la concurrence (notamment ses usages de la notion d'abus de droit, de dépendance économique et de groupe de sociétés) ;
- le droit de l'investissement (au travers, notamment, d'une tendance de l'arbitrage international¹³⁷, certes encore marginale, qui commence à s'ouvrir aux considérations d'intérêt général) ;
- le droit des sociétés (via les obligations de *reporting* sur les impacts sociaux et environnementaux, la notion de groupe de sociétés, de société mère, de responsabilité limitée, etc.) ;
- le droit fiscal (pratique des prix de transfert, *management fees* qui influent sur les recettes fiscales du pays d'accueil) ;

137. Citons, par exemple, la prise en compte des enjeux particuliers du secteur de l'eau dans le litige CIRDI *Aguas Argentinas v. Argentina*. Les arbitres ont accepté, le 12 février 2007, d'accueillir une contribution en *amicus curiae* de cinq ONG, considérant qu'ils avaient à résoudre des "complex

public and international law questions, including human rights considerations", CIRDI, n° ARB/03/19, Order in Response to a Petition by Five Non-governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, 12 février 2007, para.18.

- le droit comptable (qui, au-delà du développement de pratiques comptables comme les dotations en provision pour les risques extra-financiers, apporte aussi des outils comme la consolidation pour appréhender la structure des groupes de sociétés);
- le droit de l'environnement (qui a notamment institutionnalisé le recours aux études préalables d'impact, les principes de précaution et de pollueur-payeur).

Ce mécanisme contractuel associant une ETN et ses parties prenantes permettrait de garantir à ces dernières un rôle dans l'élaboration et le suivi de projets d'investissement, de réduire l'effet des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou d'influer sur l'établissement de prix justes¹³⁸.

Proposition n° 33 – Encourager les investisseurs et acteurs financiers à privilégier les investissements socialement responsables

Contexte – La crise du système financier a montré que les banques, qui assurent une fonction d'intérêt généré-



Chris Jordan, E-Bank, Tacoma, 2004 (www.chrisjordan.com ©)

ral en garantissant la fluidité des liquidités dans l'économie, peuvent pêcher par leur myopie sur l'impact de leur action¹³⁹. L'attitude consistant à répéter "Les droits humains et l'environnement, ce n'est pas notre métier, n'attendez rien de notre part" n'est plus tenable. L'émergence de l'investissement socialement responsable (ISR)¹⁴⁰ témoigne d'une mutation du secteur financier qui reste cependant encore marginale¹⁴¹. Les négociations internationales visant à tirer les conséquences de la crise du système financier, au sein du G20

138. Parmi les nombreuses aberrations au sujet de pratiques de prix non durables, citons Liao Yuan, responsable du commerce international dans l'entreprise de textile Changrun Garment Company basée en Chine, qui exporte des jeans en Europe et aux États-Unis: "The buyers are getting more and more tough in bargaining for lower prices, especially American buyers. They offer \$2.85 per pair of jeans for a package of a dozen, when the reasonable price is \$7." ("In Slump, China Solidifies its Lead in Global Trade", David BARBOZA, *New York Times*, in *Le Monde*, 24 octobre 2009, p. 5).

139. Myopie que Lord Adair Turner (président de la Financial Services Authority), parmi d'autres, a exposée dans les termes suivants: "Nous avons pendant longtemps pensé que plus il y avait de liquidité, mieux c'était. Or, au-delà d'un certain point, plus de liquidité n'est pas forcément souhaitable ni socialement utile. Nous devons sortir d'une école de pensée et de régulation beaucoup trop simpliste, celle du consensus de Washington, de la doctrine d'Alan Greenspan, des marchés efficients, etc. qui s'est brisée sur la réalité." ("Nous avons oublié les règles de base du métier bancaire", propos recueillis par Nicolas BARRE et Nicolas MADELAINE, *Les Échos*, 13 octobre 2009, p. 31).

140. On peut noter avec intérêt le récent investissement de Warren Buffet dans le secteur ferroviaire américain. L'homme d'affaires reprend la totalité de la compagnie de chemin de fer Burlington Northern Santa Fe pour 26 milliards de dollars, son plus gros achat jamais réalisé. Il a expliqué que "la prospérité à venir de notre pays dépend de l'existence d'un système ferroviaire efficace et en bon état" et que "BNSF est extraordinairement écologique" ("Warren Buffet investit massivement sur l'essor du rail américain", Sylvain CYPEL, *Le Monde*, 5 novembre 2009, p. 14).

141. Les encours d'ISR se montaient à la fin de 2008 en France à près de 30 milliards d'euros, soit 1,3 % du marché national de la gestion d'actifs. Les investisseurs institutionnels représentent aujourd'hui 75 % du marché français de l'ISR, les 25 % restants provenant de particuliers. Selon Novethic, l'encours de l'ISR en France aurait dépassé 50 milliards d'euros en 2009. Par ailleurs, selon le CFA Institute, "in 2007, SRI mutual funds represented 10 per cent of funds sales in Europe" ("Conscientious Approach Can Be Rewarding", *Financial Times*, 8 septembre 2008, p. 10).

notamment, montrent que la prise en compte de l'impact sociétal n'est pas encore mûre au point d'entrer dans les critères de rémunération des salariés du secteur bancaire, au premier rang desquels les traders¹⁴².

Proposition – Inciter les investisseurs financiers à orienter systématiquement leurs choix vers des projets conformes aux objectifs de développement durable¹⁴³. Il pourrait ainsi leur être demandé des objectifs chiffrés en la matière, associés à chaque projet d'investissement, avec un calendrier adapté. Une banque pourrait également être appelée en garantie du paiement des indemnités dues aux victimes d'un dommage, lorsque celui-ci a été provoqué par un projet qu'elle a financé.

Proposition n° 34 – Mettre les praticiens du droit au service du développement durable

Contexte – Le rôle clé des conseils juridiques et fiscaux dans le processus décisionnel des entreprises doit être interrogé¹⁴⁴. L'incidence pratique de leurs conseils peut

en effet être majeure, notamment en termes d'emploi, de protection de l'environnement et de fiscalité¹⁴⁵. Elle induit une responsabilité particulière de leur part. Or, des mécanismes d'assurance encouragent ces professionnels à proposer aux entreprises des préconisations extrêmement offensives, voire illégales, en contrepartie d'honoraires mirifiques (sur le thème: "Soyez sans crainte, mettez en œuvre mes conseils et si vous êtes "redressés" par l'administration, mon assurance acquittera pour vous le montant réclamé."). Si l'on peut constater une prise de conscience par le secteur des assurances de son influence sur les considérations de développement durable, les mesures annoncées ne visent pas expressément ce type de pratiques¹⁴⁶.

Proposition – Établir une charte internationale du conseil juridique et fiscal engageant les professions juridiques à prendre en compte systématiquement l'impact social et environnemental de leur activité. Prohiber les polices d'assurance couvrant les redressements fiscaux et sociaux liés à la mise en œuvre de mécanismes relevant de l'abus de droit.

142. Georges Pauget, directeur général de Crédit agricole SA, indiquait en septembre 2009: "Je regrette seulement que le G20 qui, semble-t-il, a étendu l'application des règles de rémunération à une large partie des salariés des banques, se limite à des critères financiers et ne prenne pas en compte des critères tels que le management, le service au client ou encore l'impact sociétal." (propos recueillis par Laura BERNY, *Le Monde*, 28 septembre 2009, p. 10).

143. Le projet de loi Grenelle 2 adopté le 11 mai 2010 comporte une mesure obtenue par Sherpa, qui vise à obliger les sociétés de gestion à prendre en compte les critères ESG dans leur politique d'investissement. Pour plus de précision sur les enjeux entourant ces discussions, cf. l'interview de Yann Queinnec de janvier 2010 sur le site Internet de Novethic (http://www.novethic.fr/novethic/finance/gouvernance/les_informations_extra_financieres_sont_determinantes/122945.jsp). À noter que le Forum pour l'investissement responsable (FIR) a encouragé l'adoption de cette disposition. Le FIR est une association multipartite fondée en 2001, qui a pour vocation de promouvoir l'ISR (investissement socialement responsable) auprès des acteurs politiques, sociaux, économiques et, naturellement, des investisseurs financiers. L'association regroupe l'ensemble des acteurs français de la chaîne de valeur de l'ISR: investisseurs, sociétés de gestion, courtiers, agences de notation extra-financière, conseils investisseurs, associations et organisations de place, mais aussi des universitaires, représentants des syndicats et professionnels engagés. À la fin de 2009, les encours ISR de fonds ouverts gérés par ses membres s'élevaient à 24 milliards d'euros, soit environ 70 % des encours ISR commercialisés au plan national.

144. John Ruggie a lancé en janvier 2009 un chantier de consultations auprès des plus grands cabinets d'avocats internationaux sur les liens entre le droit des sociétés et les

droits humains (voir le communiqué de presse du 28 janvier 2009 – <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/TEA020BFC9AD5D6AC125754C00585115?opendocument>). Lors d'une interview accordée le 25 novembre 2009, il reconnaît: "On the 19 firms, none of them ever before focus on human rights issues."

145. La pratique des prix de transfert est de ce point de vue tout à fait éclairante et le sujet d'une plus grande attention depuis la crise du système financier et le contexte de lutte contre les paradis fiscaux. Ce mécanisme permet à une ETN, par le jeu d'opérations d'achat et de vente de produits ou services intra-groupes, de localiser les bénéfices imposables dans les pays à fiscalité réduite et de minorer ses profits dans les pays fortement fiscalisés. Pour Pascal Saint-Amans, expert fiscal à l'OCDE et promu chef du secrétariat du Forum mondial sur l'échange d'informations fiscales, le chiffrage de la fraude fiscale est impossible à réaliser, compte tenu de l'opacité sur les prix pratiqués par les entreprises. Il rappelle cependant que 60 % du commerce mondial se fait "intra-groupe". Pour Daniel Lebègue, président de Transparency International France, "il paraît curieux qu'en France, le taux d'imposition effectif supporté par les grandes entreprises sur leurs bénéfices soit de 10 % quand celui des PME s'établit à 30 %" ("Ces sociétés qui s'évadent vers les paradis fiscaux", Anne MICHEL, *Le Monde*, 28 janvier 2010, p. 13).

146. Par exemple, l'Association française de l'assurance a adopté, le 20 janvier 2009, une charte de développement durable, dont l'article III-3 stipule: "Encourager la recherche et l'évaluation des liens entre les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance, et la performance à long terme des entreprises et des États" – [http://www.associationfrancaisedelassurance.fr/webassf/assf/assf.nsf/html/l-association-francaise-de-l-assurance-se-dote-d-une-charte-de-developpement-durable/\\$file/20090120-charteDD.pdf](http://www.associationfrancaisedelassurance.fr/webassf/assf/assf.nsf/html/l-association-francaise-de-l-assurance-se-dote-d-une-charte-de-developpement-durable/$file/20090120-charteDD.pdf).



Chris Jordan, *Série Midway : Message from the Gyre*, 2009
(www.chrisjordan.com ©)

La nécessaire création d'outils de prévention

Proposition n° 35 – Expertise – Créer une task force internationale au service des États et collectivités pour des négociations internationales équilibrées

Contexte – Un rééquilibrage des rapports de force est nécessaire pour faire prévaloir l'intérêt public, notamment des États les plus pauvres, dans le cadre bilatéral et multilatéral, leurs relations avec les investisseurs internationaux et les États les plus puissants (relations avec les investisseurs type PPP, négociations OMC, négociation des Traités Bilatéraux d'Investissement, etc.). Ce rééquilibrage doit s'accompagner des outils pour permettre le renforcement de l'état de droit (efficacité législative, sécurité juridique). Encore faut-il que ces États et les collectivités publiques aient accès aux compétences et expertises indispensables pour être en mesure de négocier d'égal à égal avec les opérateurs économiques (Conditionnalités des subventions, modalités de suivi des accords, négociation des grands contrats publics, etc.).¹⁴⁷

Proposition – Constituer une task force internationale, indépendante et dont la mise œuvre serait

assurée par la communauté internationale, permettant aux États et collectivités publiques les plus démunies de connaître et faire prévaloir leurs droits en étant mieux armés pour négocier avec les États et investisseurs. L'ONU serait légitimement l'institution d'accueil d'une telle task force, assurant un financement via des contributions des États membres et les garanties d'indépendance et de compétence requises.

Ses modalités de fonctionnement respectent les normes les plus élevées en termes d'expertise (impartialité, absence de conflit d'intérêt, clarté dans les objectifs et

résultats). Le board accueillerait, outre des représentants des plus grandes organisations de la société civile (associations de consommateurs, de protection de l'environnement et des droits de l'homme, etc.), des représentants des États désignés sur proposition du secrétaire général et validés par l'assemblée générale.

Cette task force serait composée de juristes, économistes et toutes compétences couvrant le périmètre de l'expertise nécessaire selon les opérations. La liste des experts serait validée par les membres du board sur proposition des organisations de la société civile internationale. Si un conseil économique et social international voyait le jour, il pourrait naturellement remplir cette fonction.

Proposition n° 36 – Observation – Créer un observatoire international des performances sociales et environnementales des entreprises

Contexte – S'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de dispositifs efficaces d'observatoires nationaux ou régionaux en matière de performance sociale et environnementale des entreprises, c'est a fortiori le cas au niveau international. Les considérations de développement durable dépassant les frontières, il est nécessaire que

147. Cette proposition recouvre d'ailleurs celle exprimée par Pierre Calame (proposition n°9) dans son *Cahier de propositions pour une gouvernance mondiale, efficace, légitime et démocratique*, Pierre CALAME (dir.), Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2003. Une proposition similaire avait aussi été exprimée par le CIDSE (Coopération Internationale pour

le Développement et la Solidarité) en 2007 et soutenue par Sherpa auprès de John Ruggie, représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises.



Yann Lestrat, *Sans titre 15 (Et in Arcadia ego)*, 2008 - Image : Marc Loyon - *Intervention in situ* (www.yannlestrat.com)

la communauté internationale se dote d'un tel outil. On peut noter avec intérêt le développement de sites Internet qui rassemblent des informations sur les procédures judiciaires intentées à l'encontre des ETN¹⁴⁸.

Proposition – Création d'un observatoire international centralisant les informations des observatoires nationaux sur les performances sociales et environnementales des entreprises (cf. proposition n° 14). Outre la mise à disposition de moyens à la hauteur des enjeux, cette institution pourrait utilement bénéficier du mécénat de compétence de l'ensemble des cabinets d'expertise, qui devraient mettre à disposition des personnels expérimentés.

Proposition n° 37 – Alerte – Adopter un statut international des “lanceurs d’alerte” pour les protéger face aux pressions

Contexte – L'expression “lanceur d'alerte” (*whistle-blower* en anglais) désigne une personne – ou un groupe de personnes – ayant découvert des informations relatives à des actions des ETN ou des États qu'elle considère comme menaçantes pour l'homme, pour la société ou l'environnement et qui souhaite les porter à la connaissance d'instances officielles, d'associations ou de médias, parfois contre l'avis de sa hiérarchie. À la différence des délateurs, les lanceurs d'alerte ne sont pas dans une logique d'accusation visant quelqu'un en

particulier. Ils constituent des maillons essentiels en matière de prévention des risques sociaux et environnementaux. Or, faute de statut protecteur adapté, ces personnes peuvent être contraintes à garder le silence en raison de l'existence de menaces de sanctions professionnelles, entre autres. Certains États (Royaume-Uni, États-Unis, Nouvelle-Zélande, Australie et Afrique du Sud) se sont dotés d'outils spécifiques et le droit social protège en principe les salariés contre les sanctions et licenciements abusifs. Mais l'expérience a montré que ces dispositifs restent insuffisants, en particulier face à la puissance des ETN, qui disposent de moyens importants pour neutraliser les révélations de scientifiques ou de journalistes sur certaines pratiques dommageables sur le plan social ou environnemental.

Proposition – Créer un statut international protégeant les lanceurs d'alerte et confier, dans chaque pays, à une institution *ad hoc* la mission de l'appliquer. Elle devra disposer d'un pouvoir de coercition sur les entreprises ou institutions prenant des mesures de mise à l'écart, ainsi que de moyens permettant aux lanceurs d'alerte en difficulté de poursuivre leurs travaux.

La protection et l'information des consommateurs

Proposition n° 38 – Imposer aux entreprises une obligation générale de sécurité à l'égard des consommateurs de leurs produits et services

Contexte – La garantie contre les produits défectueux est une mesure largement répandue (comme le prévoit, par exemple, la directive européenne du 25 juillet 1985, transposée par la France... treize ans plus tard), qui fait l'objet d'un régime spécial de responsabilité du producteur : il peut voir sa responsabilité civile engagée par le consommateur, même si aucun lien direct n'existe entre eux ; son caractère d'ordre public, auquel nulle convention ne peut déroger, se prescrit au bout de dix ans. Ce mécanisme pourrait être étendu au respect des droits fondamentaux et de l'environnement.

148. Notamment le site <http://www.business-humanrights.org/>

149. Par exemple, le groupe de distribution Casino a mis en place un indice carbone pour les produits de sa marque depuis juin 2008. Plus de 3 000 références de produits alimentaires de la marque Casino seront concernées

(exemples : yaourt, soda, préparation pour pâtes, céréales...) représentant un volume d'environ 1,5 million d'unités vendues par an. Voir aussi le site de l'Afnor, dont les travaux en la matière constituent le prolongement de la démarche engagée par le Grenelle de l'environnement : <http://affichage-environnemental.afnor.org/>.

une échelle de A à G (des moins gourmands en énergie aux plus “énergivores”) et facilite ainsi la compréhension du consommateur¹⁵³. Les technologies RFID (*Radio Frequency Identification*) permettraient une mise à jour en temps réel des informations collectées via l’obligation de *reporting* social et environnemental dont sont issues les informations figurant sur l’affichage. Cela permettrait également de mettre en réseau les dispositifs de collecte, notamment les alertes émises par les acteurs compétents identifiés précédemment et devant assurer un rôle de vérification de la fiabilité des informations (lanceurs d’alerte, CHSCT, commissaires aux comptes, etc.).

Proposition n° 40 – Instaurer une brevetabilité d’intérêt général pour orienter la R&D vers le développement durable

Contexte – Les règles gouvernant les brevets donnent lieu aujourd’hui à des abus régulièrement dénoncés. C’est le cas, par exemple, des pratiques courantes de l’industrie pharmaceutique consistant à déposer juste avant l’expiration d’un brevet une molécule légèrement modifiée pour s’assurer la prolongation d’un monopole d’exploitation sans apporter d’innovation notable. Au-delà du secteur pharmaceutique¹⁵⁴, la question de l’utilisation de la brevetabilité pour orienter la R&D dans la perspective d’un développement durable doit se poser. À l’instar de la non-brevetabilité des logiciels, qui a été confirmée par l’Union européenne pour ne pas nuire au développement de cette industrie, on est en droit d’interroger la pertinence de droits d’exploitation accordés à des innovations qui n’apportent aucun progrès en termes de développement durable. Ce questionnement s’impose non seulement pour orienter l’action des entreprises vers une économie durable, mais aussi pour assurer un avantage concurrentiel aux entreprises investissant en la matière¹⁵⁵.

Proposition – Mesurer le caractère innovant des inventions à l’aune du développement durable. Seules les innovations apportant un bénéfice social ou environnemental seraient protégées¹⁵⁶, les autres faisant l’objet d’une protection réduite dans la durée et le périmètre géographique. Pour les produits manufacturés en général, l’octroi du monopole d’exploitation pourrait être subordonné à la durée d’usage des produits, sur la base d’une analyse concluante du cycle de vie. Cette mesure constituerait un motif d’incitation pour les entreprises à mutualiser leurs R&D sur des technologies nouvelles et à favoriser l’adoption de standards.

L’adaptation des instances nationales et internationales de résolution des litiges

Proposition n° 41 – Ouvrir les instances arbitrales internationales aux parties prenantes d’un litige État/Entreprise

Contexte – L’arbitrage international se caractérise, nous l’avons vu (*cf.* proposition n° 30), par l’importance stratégique des litiges soumis aux plus grandes instances (particulièrement la CCI à Paris et le CIRDI à Washington) et par l’opacité des procédures qui s’y déroulent quasi exclusivement à huis clos. Lorsque des considérations d’ordre public sont en jeu, cette opacité devient un rempart nuisible à une bonne administration de la justice, notamment sur le plan de l’acceptation sociale des sentences. Si une prise de conscience de ces difficultés de la part des grandes institutions arbitrales internationales (CIRDI et CCI) a pu être observée ces dernières

153. Sur l’étiquetage environnemental, voir l’étude réalisée par le cabinet Ernst & Young de juillet 2009 : *Pistes pour un étiquetage environnemental lisible et efficace – Résultat d’enquête consommateur* – [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Vers_un_etiquetage_environnemental_lisible_et_efficace/\\$FILE/Etude_Etiquetage_Environnemental.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Vers_un_etiquetage_environnemental_lisible_et_efficace/$FILE/Etude_Etiquetage_Environnemental.pdf).

154. On peut observer d’ailleurs que la brevetabilité du médicament en France n’a été admise qu’en 1944 (1978 en Italie). Cette longue réticence à la brevetabilité du médicament exprime le souci qu’avait le législateur français de prendre en compte l’intérêt général, et particulièrement la santé publique, dans sa politique de réglementation des brevets. Cet aspect est bien illustré dans l’exposé des motifs de l’ordonnance de 1959 qui énonce : “Le médicament ne peut pas être assimilé à tous les produits de l’industrie ; sa protection,

sa qualité, son prix, intéressent étroitement la santé publique.” (*L’intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement*, Stéphanie NGO MBEM, pp. 13 et s., mémoire de DESS “Accords et propriété industrielle” du Centre d’études internationales de la propriété industrielle, 2003 – http://www.ceipi.edu/cgi/travaux/memoires/MEMOIRE_NGO_MBEM.pdf).

155. Illustration : “Philips qui s’est engagé en 2007 à ce que les produits verts représentent 30 % de son chiffre d’affaires en 2030. Un objectif qu’il devrait atteindre bien avant l’échéance fixée, le groupe ne lançant depuis cette décision que des innovations écologiques.” (“Vers un monde tout vert ?”, Aurélie CHARPENTIER, *Marketing Magazine*, septembre 2009).

années, elle manque de concrétisation. Le problème reste en revanche entier s'agissant des procédures arbitrales *ad hoc*¹⁵⁷.

Proposition – Rendre les mécanismes d'arbitrage plus transparents en garantissant l'accès à l'instance des parties prenantes à un litige entre une entreprise et un État, afin de leur permettre de faire valoir leurs points de vue et arguments. Sous réserve que ces parties prenantes apportent des éléments pertinents permettant d'éclairer les arbitres, ces derniers devraient avoir obligation d'accueillir leur expression, notamment via des contributions en *amicus curiae*, et de prendre ces éléments en considération dans leur décision en explicitant, le cas échéant, les raisons de leur rejet¹⁵⁸.



Don Jacot, *Rush hour*, 2007 (Courtesy Galerie Rive gauche, Paris)

Proposition n° 42 – Convertir les “Points de contact nationaux” en véritables structures d’arbitrage

Contexte – L’OCDE a mis en place depuis 1976 des “principes directeurs” à l’intention des entreprises multinationales. 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 “Point de contact national” (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’indépendance¹⁵⁹. Les ressorts de ce mécanisme sont pourtant très importants en termes d’harmonisation des règles d’interprétation de notions aussi importantes que celle de “sphère d’influence” dans les contextes complexes de relations société mère/filiales et de chaîne d’approvisionnement.

Proposition – 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 aux États membres de l’OCDE de mettre en œuvre tous les moyens humains et financiers pour assurer leur bon fonctionnement¹⁶⁰.

157. Voir les développements sur le sujet dans la récente étude élaborée par Lorenzo Cotula de l’International Institute for Environment and Development (*Getting a Better Deal – How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments*, Natural Resources Issues, n° 20, IIED London, 2010, pp. 76 et s. – <http://www.iied.org/pubs/pdfs/17507IIED.pdf>).

158. Nous renvoyons le lecteur au guide élaboré par Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson et Aaron Cosbey du *Modèle d’accord international sur l’investissement pour le développement durable – Guide du négociateur* (avril 2005, révisé et traduit en 2006 - http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf).

159. La coalition OECD Watch, dont Sherpa est partie prenante, a publié un document en septembre 2007 qui dresse un état des lieux des dysfonctionnements observés sur le fonctionnement des Points de contacts nationaux et fait plusieurs propositions d’amélioration : http://oecdwatch.org/publications-fr/Publication_2223-fr/view.

160. Pour aller plus loin, se reporter à notre étude *Les principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises transnationales – Un statut juridique en mutation*, Yann QUEINNEC, 2007, postface de Mireille DELMAS-MARTY.

Proposition n° 43 – Créer un mécanisme de coopération judiciaire internationale entre juridictions nationales spécialisées dans les affaires économiques et financières

Contexte – La prise en compte par les juridictions nationales de la dimension internationale de certains litiges impliquant des ETN est encore balbutiante. La mutation du droit induite par la mondialisation des échanges est un processus lent et complexe, qu'il convient d'accélérer pour mieux combattre les excès de celle-ci. À cet égard, l'établissement d'une juridiction internationale qui serait spécialement consacrée à la sanction des violations des droits humains et de l'environnement par les ETN (à l'image de la Cour pénale internationale pour certains crimes des États et des individus) apparaît comme une fausse bonne idée¹⁶¹. Une évolution plus respectueuse de la souveraineté des États, donnant un rôle stratégique aux juridictions nationales, est une voie certainement plus réaliste et prometteuse. Le défi consiste à établir des rapports constructifs entre les échelons globaux et nationaux.

Proposition – Mettre en place un mécanisme de coopération judiciaire internationale consistant, pour chaque pôle juridictionnel national chargé des dossiers économiques et financiers à caractère transnational, à accueillir en son sein des juges provenant des juridictions correspondantes d'autres pays. Source d'harmonisation des jurisprudences afin de garantir la sécurité juridique, ce mécanisme permettrait de former les juges nationaux à la culture de l'international, afin de s'inscrire dans un mouvement judiciaire efficace de sanction et de prévention des excès de la mondialisation.

Le financement du développement

Les propositions suivantes entendent répondre aux effets désastreux pour les finances publiques des pays du Sud de l'opacité des normes comptables internationales, qui alimentent le recours aux paradis fiscaux, et de l'absence de mécanismes efficaces de restitution des "biens mal acquis", fruits de détournements de fonds publics. Ces deux failles béantes, qui empêchent aujourd'hui de nombreux États de gérer leurs ressources durablement, représentent l'une des démonstrations les plus spectaculaires de l'impact social des ETN.

Proposition n° 44 – Imposer aux ETN une comptabilité reflétant les flux intra-groupes pays par pays

Contexte – Les normes comptables actuelles n'imposent pas la publication des transactions détaillées entre les filiales d'un groupe. Bénéfices et résultats sont consolidés chaque année au niveau de la société mère, ce qui ne permet pas de connaître pour chaque ETN les profits réellement obtenus dans chaque pays où elle opère et les impôts qu'elle y paye. Dans la publication de leurs comptes, les ETN peuvent regrouper leurs bénéfices en un chiffre régional, ce qui leur permet de dissimuler la délocalisation de leurs bénéfices dans leurs filiales les moins taxées, grâce à la pratique des "prix de transfert" de pure convenance pour les transactions intra-groupes. Ces dernières, qui représentent aujourd'hui 60 % du commerce international selon l'OCDE, sont de ce fait une des principales sources de fraude fiscale : avec les fausses facturations, elles coûteraient 125 milliards d'euros chaque année aux caisses des États du Sud.

Proposition – Intégrer dans les normes comptables internationales une exigence de reporting pays par pays, comme Sherpa le recommande avec d'autres dans le cadre de la plate-forme Paradis fiscaux et judiciaires et de la campagne "Hold-up international, pour que l'Europe régule ses multinationales"¹⁶². Des initiatives sectorielles existent déjà, dont le processus EITI (Initiative de transparence des industries extractives), mais elles ne reposent que sur une démarche volontaire des entreprises. Une réforme des normes comptables à l'échelle internationale s'impose, l'introduction progressive de cette obligation au niveau des seules législations nationales étant difficilement envisageable en raison des distorsions de concurrence que cela entraînerait. L'Union européenne, en tant que premier marché à appliquer les normes comptables de l'IASB (International Accounting Standards Board), pourrait être à l'initiative d'un tel projet. En septembre 2008, le Parlement européen a d'ailleurs préconisé à la Commission européenne de "*s'enquérir auprès de l'IASB pour l'intégration dans ses normes comptables internationales de l'exigence d'un reporting pays par pays pour les entreprises multinationales de tous les secteurs*".

Proposition n° 45 – Supprimer l'anonymat des bénéficiaires des paradis fiscaux

Contexte – Dans leur lutte contre la fraude fiscale et le blanchiment d'argent, les États se heurtent d'une part, à la lenteur des procédures de coopération en-

161. Voir les développements critiques sur ce sujet dans le récent ouvrage publié par William Bourdon (*Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens?*, William BOURDON, La Découverte, 2010, chap. 5).

162. Voir le site de la campagne : <http://www.cfd.asso.fr/hold-up/?PHPSESSID=801f6e979b6861f1f34d11d6637a60> c9.

tre administrations et, d'autre part, à l'opacité des sociétés écrans qui, placées à certains points des circuits suivis par les fonds, brouillent les pistes et empêchent de connaître les bénéficiaires réels. On dénombre ainsi quelque 2,4 millions de sociétés écrans de ce type, dans soixante-douze paradis fiscaux dispersés à travers le monde. Afin de garantir l'effectivité du *reporting* pays par pays, objet de la proposition précédente, une plus grande visibilité des flux financiers transitant par ces entités est donc requise.

Proposition – Créer un registre européen des entités juridiques économiques et des trusts créés sur le territoire européen, qui permettrait de connaître leurs bénéficiaires et propriétaires réels. Proposée dans le cadre de la plateforme Paradis fiscaux et judiciaires à laquelle Sherpa contribue, une telle mesure devrait naturellement être ensuite étendue au reste du monde, mais il semble plus rapide et réaliste de l'initier au niveau de l'Union européenne. Les informations qui figureraient dans ce registre seraient les suivantes: nom, raison sociale, lieu d'implantation, profession et domicile des protagonistes concernés. Les personnes tenues de s'inscrire seraient d'une part, les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale à titre professionnel et, d'autre part, les sociétés commerciales, les sociétés civiles et toute forme d'entité juridique économique, y compris les trusts ou fiducies. Tout acte intervenant dans la vie de la société (cession, cessation, augmentation ou réduction du capital, etc.) serait communiqué au registre, ainsi que tout jugement concernant celle-ci et ses représentants. La publication de ces informations devrait être permanente et accessible sur simple



Zambé, *Sans titre*, 2004

demande aux autorités compétentes et leurs tenue et contrôle assurés par le registre qui délivrerait des extraits sur demande.

Proposition n° 46 – Créer une banque internationale pour mieux restituer les “biens mal acquis”

Contexte – Au cours des années 2000, plusieurs accords sont intervenus entre certains États du Nord (principalement la Suisse) et des États du Sud, afin de restituer à ces derniers des avoirs financiers frauduleusement détournés par certains de leurs anciens dirigeants corrompus. Mais ce n'est trop souvent qu'en façade que cette justice a été rendue, la restitution étant du coup à l'origine d'une injustice pour les véritables victimes, les contribuables des pays concernés¹⁶³. En avril 2007, la Banque mondiale a

163. Voir les développements critiques sur ce sujet dans l'ouvrage de William Bourdon (*Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, William BOURDON, La Découverte, 2010, chap. 4).

bien lancé une “Initiative pour le recouvrement des avoirs volés”. Et en septembre de la même année, un document de la Banque mondiale et de l’Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC) indiquait que la criminalité financière faisait perdre chaque année aux pays africains 25 % de leur PIB, soit 148 milliards de dollars. Mais, en dépit de ces initiatives et de cette prise de conscience, force est de reconnaître que les accapareurs des “biens mal acquis” bénéficient toujours en 2010 d’une large impunité.

Proposition – Faire adopter par l’ONU et ses États membres une convention internationale instituant un mécanisme universel pour le recouvrement et la restitution des avoirs volés par des dirigeants politi-

ques corrompus. Cette convention aurait pour objet la création d’une banque internationale *ad hoc*, dont les deux seules missions seraient : a) d’accueillir l’ensemble des fonds d’origine frauduleuse appréhendés à l’étranger et réclamés par certains États ; b) de veiller en fonction de la situation de ces États créanciers à ce que ces fonds soient effectivement mis à disposition des populations concernées. Cette banque serait placée sous le contrôle d’un comité composé des représentants des grandes ONG internationales qualifiées en la matière et d’associations représentant des citoyens des pays concernés.

Conclusion

Au moment de l'impression de ce Cahier de propositions, les événements s'accélérent et chahutent nombre d'allégories. Celle des États à l'abri de la faillite sous la fragile ombrelle de leur souveraineté a cédé face aux spéculateurs. Celle de la main invisible du marché retrouve la place qu'elle n'aurait jamais dû quitter selon ses concepteurs. Quant aux agences de notation, leurs barèmes continuent d'entretenir la myopie des investisseurs, dans un conflit d'intérêts permanent. Les faillites en chaîne des systèmes de gouvernance publique et privée censés organiser la rencontre entre l'offre et la demande des citoyens et consommateurs imposent de les relire ou "délire" à l'aune des enjeux du développement durable.

Si des technologies de rupture sont nécessaires pour relever les défis du changement climatique et de la préservation des écosystèmes, les enjeux de la gouvernance appellent aussi des idées de rupture.

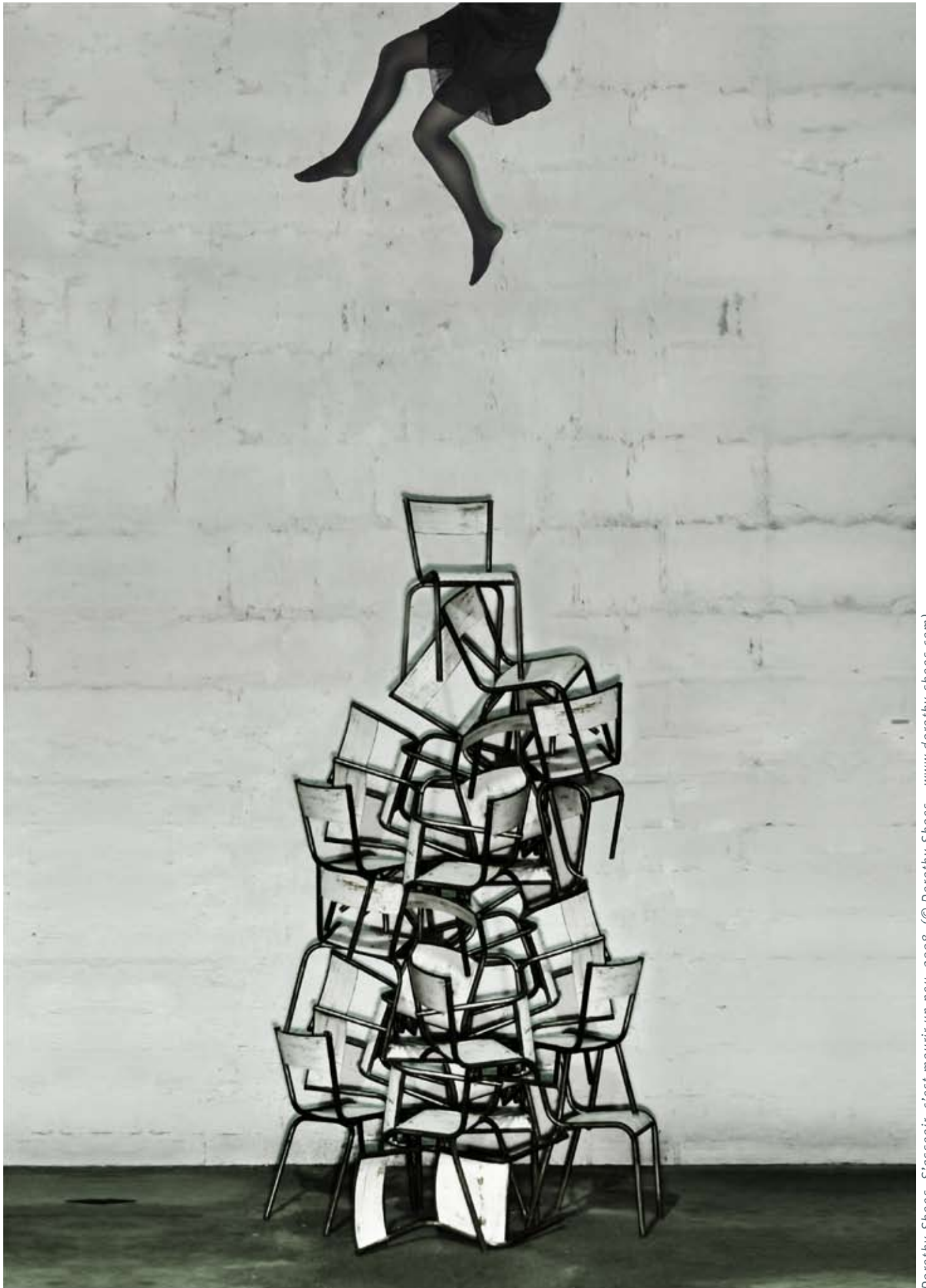
Or que nous enseignent les derniers événements ?

Le plan de sauvetage élaboré, sous la contrainte des marchés financiers, en l'espace d'un week-end en mai 2010 par les États de l'Union européenne est une illustration de la faisabilité d'évolutions radicales, rendues possibles dans les contextes de crise. La dérogation qu'il induit au principe de *no bail out*, selon lequel on ne peut contraindre un État à venir en aide à un autre dont les comptes publics lui font craindre la banqueroute, est un signe. Celui d'une nouvelle approche de l'obligation de solidarité entre États en difficulté. Et à voir l'Allemagne accepter cette entorse à un principe inscrit, peut-être à tort, dans le traité de Lisbonne, on peut oser un raisonnement par analogie. Si cette approche est possible entre les États, pourquoi ne pas admettre le même principe de solidarité entre une société mère et ses filiales, quitte à contredire le principe d'autonomie juridique objet de nombreux développements dans ce Cahier ?

Autre exemple, la plainte pénale déposée le 16 avril 2010 par la Securities and Exchange Commission (SEC, contrôleur des marchés financiers américains) à l'encontre de Goldman Sachs, indépendamment de sa dimension politique indéniable d'accompagnement du projet de réforme de la finance présenté au Congrès et du fait qu'elle se soldera par une transaction, n'en constitue pas moins une première aux États-Unis. On attend un même souffle énergique du côté de la France et de l'Europe.

Même si l'on perçoit toutes les limites de ces élans réformistes, ces derniers témoignent aussi de l'installation d'un contexte politique favorable qui n'hésite pas à bousculer des tabous. Il y a quelques semaines encore, tout cela était inconcevable. Si nous n'attendons pas des discours et des textes en cours de débat des solutions à la hauteur des enjeux, à tout le moins ce contexte doit-il être exploité.

Ce contexte lié à la crise du système financier ne doit cependant pas nous égarer. L'éthique dans le secteur financier pose plus de questions qu'elle n'en résout. Cela est répété en toute occasion par les principaux intéressés. Quel rôle pour les acteurs financiers censés irriguer l'économie pour qu'elle produise des richesses ? Vont-ils continuer à se comporter comme les tricheurs d'un système économique qui cherche son renouveau quelque part entre les piliers du développement durable, aux confins de la moralité ? Devrions-nous leur rappeler que la morale est parfaitement compatible avec une vision utilitariste des comportements humains qu'ils incarnent à merveille, dans la mesure où la morale sert les intérêts de tous, et donc de chacun, les tricheurs compris. En sont-ils capables ? Nous verrons dans un futur proche les effets d'un article adopté par le Parlement français en mai 2010 dans le cadre du Grenelle de l'environnement. Porté par Sherpa, un amendement au Code monétaire et financier impose aux sociétés de gestion de mentionner dans leur



rapport annuel les modalités de prise en compte, dans leur politique d'investissement, de critères sociaux, environnementaux et de gouvernance et, si elles ne le font pas, d'en expliquer les raisons.

L'environnement est aussi propice pour aborder d'autres sujets que la régulation du système financier. Le défi démographique, celui du changement climatique, de l'accès à l'eau, et plus généralement la jouissance des droits les plus fondamentaux, constituent des chantiers au sujet desquels les États doivent interroger le rôle des grandes entreprises. À propos du marché alimentaire, Olivier de Schutter, le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, ne dit pas autre chose quand il affirme dans son rapport de décembre 2009 : *“La concentration de la production et de la distribution alimentaires a augmenté sensiblement ces dernières années. La structure du marché qui en résulte confère aux acheteurs un pouvoir de négociation considérable par rapport à leurs fournisseurs, qui risque de peser lourdement sur les intérêts des producteurs et des consommateurs. Les mesures actuelles visant à encourager les sociétés à agir de façon responsable sont insuffisantes face à cette dimension structurelle.”* C'est principalement en raison de cette concentration de la production et de

la distribution alimentaires qu'en juillet 2009, un an après l'éclatement de la bulle sur les marchés de matières premières, les prix étaient plus élevés dans certains pays en développement qu'un an auparavant.

Les intérêts que certaines propositions dessinées dans ce Cahier bousculent sont puissants. S'ils sont facteurs d'inertie, ils sont aussi en position d'attente, celle d'un signe qui peut aussi bien prendre la forme d'un *“Continuez le business as usual”* que celle d'un *“Inventons ensemble la nouvelle économie”*. Nous ne pouvons nous résoudre au *statu quo*. Les inégalités de richesse ou d'accès au savoir, la sécurité alimentaire ou l'accès à l'eau, sont autant de défis (parmi d'autres) sur lesquels les entreprises transnationales ont une influence stratégique.

Nous sommes confiants dans l'avènement d'une nouvelle génération de dirigeants d'entreprises sachant concilier les performances économiques, sociales et environnementales. La génération qui arrive attend de ses aînés une clairvoyance, un engagement qui tarde à s'imposer. À la société civile et aux États de les provoquer par des propositions constructives. Ce Cahier s'inscrit dans ce mouvement.

Réguler les entreprises transnationales

46 propositions

« Ce Cahier, à la fois modeste et ambitieux, réaliste et porteur d'un idéal, est destiné à tous ceux qui s'interrogent sur les réponses possibles et souhaitables aux désordres actuels révélés, aggravés, et parfois créés, par la mondialisation des marchés. Il apporte des réponses innovantes qui devraient stimuler le débat, tout en invitant à l'engagement des citoyens, des entreprises et des États. »

Mireille DELMAS-MARTY

William BOURDON

Avocat au barreau de Paris, président fondateur de Sherpa, association de juristes dont l'objet est de protéger et défendre les victimes de crimes économiques.

Yann QUEINNEC

Juriste conseil d'entreprises pendant sept ans au sein du cabinet Landwell & Partners. Il se consacre, au sein de Sherpa, à la recherche d'outils juridiques pour rendre concrète la notion de responsabilité sociétale des entreprises.



www.gouvernance-mondiale.org



www.asso-sherpa.org

Ce cahier est publié grâce à l'appui de la Fondation Charles Léopold Mayer

fph | Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme