Author: Anna Aseeva

Affiliation: NRU Higher School of Economics, Moscow

Title: 'Développements récents en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement dans les chaînes globales de valeur'

Book: *Droits de l'homme et droit international économique*

Year: 2019

Author: C. Titi (ed.)

Publisher: Brussels, Bruylant

Pagination: as published

OSCOLA: Anna Aseeva, 'Développements récents en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement dans les chaînes globales de valeur' in Catharine Titi (ed.), *Droits de l'homme et droit international économique* (Brussels, Bruylant, 2019), 52-82.

# DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ET DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAÎNES GLOBALES DE VALEUR

Anna Aseeva
Professeur adjoint de droit,
NRU Higher School of Economics, Moscou

I. Premiers jalons : les chaînes globales de valeur – L'origine des standards globaux de responsabilité sociétale volontaire 53
II. Standards ISO et responsabilité sociétale volontaire des entreprises 58
III. De la responsabilité au devoir sociétal : la loi française sur le devoir de vigilance des sociétés 67
IV. Règlement de l'Union européenne sur les minerais provenant de zones de conflit 73
V. Conclusions 79

Au cours des trois dernières décennies, la standardisation (ou la normalisation) volontaire, mise en place au début du XXe siècle par des ingénieurs travaillant au sein de comités techniques nationaux et internationaux, est allée bien au-delà de la normalisation d'assemblage des parties mécaniques. En effet, elle s'applique aujourd'hui aux processus de travail (par exemple, ISO 9000), à l'environnement (par exemple, ISO 14000) et aux droits de l'homme (par exemple, ISO 26000), entre autres[1].

Les acteurs qui cherchent à créer des standards de la responsabilité sociétale (ou sociale) des entreprises (RSE), et qui les utilisent, sont pour la plupart des industries et entreprises privées, et ont tendance à mettre en œuvre ces standards en tant que normes *privées* et *volontaires*[2]. Cependant, leur application peut devenir *de facto obligatoire* lorsque les gouvernements se réfèrent expressément à ces normes dans leur législation interne, ou lorsqu'ils doivent les suivre afin d'atteindre un objectif dit global, généralement un objectif de développement et/ou de durabilité.

Un concept important à saisir dans le contexte global lié directement à l'interface des standards volontaires et des normes contraignantes de la responsabilité sociétale des entreprises est celui des chaînes globales de valeur (CGV). Les CGV doivent garantir que tous les acteurs de la chaîne suivent les mêmes normes qui garantissent l'unification, la simplification, la modularisation et l'interchangeabilité[3]. Les premiers organismes de standardisation ont ainsi été créés en tant qu'organisations privées à but non lucratif qui couvraient leurs coûts en fournissant ces services de normalisation[4]. Aujourd'hui, aux côtés de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), on retrouve également, par exemple, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ou encore le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH). Les deux émettent des standards et principes directeurs de la responsabilité sociétale des entreprises en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement.

La question principale de cette contribution est la suivante : dans quelle mesure la standardisation volontaire, les lignes directrices et les autres instruments de la responsabilité sociétale non contraignants requièrent-ils ou encouragent-ils,

1. Sur l'extension de la « sphère d'influence » des standards internationaux comme ISO dans les nouveaux domaines, voy. Kr. Tamm Hallström, « International Standardization Backstage: Legitimacy and Competition in the Social Responsibility Field », Stockholm Centre for Organizational Research conference, *Organizing the world: rules and rule-setting among organizations*, Stockholm, 13-15 octobre 2005. Cité dans J. Yates et Cr.N. Murphy, « Coordinating International Standards: The Formation of the ISO », *MIT Sloan Research Paper*, n° 4638-07, 2007, pp. 1-2. Voy. également J. Clapp, « The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World », *Global Governance*, vol. 4, n° 3, 1998, pp. 295-316.
2. Voy., en général, J. Yates et Cr. N. Murphy, *The International Organisation for Standardization (ISO) – Global governance through voluntary consensus*, New York, Routledge, 2009.
3. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *NCCR Trade Working Paper,* 2013/18, p. 2.
4. *Ibid*.

*au sein* et *au travers* des chaînes globales de valeur, la création et l'imposition effective de normes (quasi)juridiques de protection des droits fondamentaux et de l'environnement ?

Cette analyse commencera par l'introduction des principaux éléments historiques et conceptuels de la théorie des chaînes globales de valeur, comprenant les chaînes d'apprivoisement et de production (I). Elle poursuivra avec la discussion de l'interface entre les standards globaux de responsabilité et de durabilité (en particulier ceux de l'ISO), les activités normatives des entreprises et les « voyages » de ces normes entre les juridictions au travers de chaînes globales de valeur (II). Ensuite, l'analyse portera sur les développements législatifs les plus récents, à savoir la loi Vigilance en France (III) et le règlement de l'UE sur les minerais de conflit (IV), qui imposent tous deux des obligations contraignantes liées au devoir sociétal des entreprises en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement sur l'ensemble de la chaîne de production et d'approvisionnement. Enfin, les observations finales seront présentées (V).

## I. Premiers jalons : les chaînes globales de valeur – L'origine des standards globaux de responsabilité sociétale volontaire

Comme indiqué dans l'introduction, un concept essentiel à saisir dans le contexte de cette analyse est celui des chaînes globales de valeur. En effet, le caractère transfrontalier des CGV représente un élément de la bonne gouvernance globale, d'où l'intérêt d'analyser les relations entre les CGV et les standards pertinents, aussi bien que la façon dont les CGV sont régies par ces normes. Dans ce contexte, afin de comprendre le rôle de ces standards dans la bonne gouvernance globale et, donc, dans la protection de l'environnement et des droits fondamentaux, il est nécessaire d'introduire un arrière-plan historique (A) et une typologie des CGV (B), aussi bien que des standards globaux de responsabilité sociale volontaire (C).

### A. *CONTEXTE HISTORIQUE*

Une CGV peut être comprise comme un « réseau de travail et des processus de production dont le résultat ultime est un produit fini »[5]. Depuis le début de la révolution industrielle, les entreprises ont utilisé les standards comme un moyen visant à réduire l'incertitude, gérer leur réputation, améliorer leur accès au marché,

5. T. Hopkins et I. Wallerstein, « Commodity Chains: Construct and Research », in *Commodity chains and global capitalism* (G. Gereffi et M. Korzeniewicz dir.), Praeger, CT: Westport, 1994, p. 16.

contrôler la qualité et encourager l'innovation[6]. Étant donné que les entités à but lucratif comme les entreprises ne sont souvent pas en mesure de concevoir et de mettre en œuvre des standards pour l'ensemble de la chaîne de valeur, les premières organisations de normalisation ont représenté un effort conjoint de toutes les parties prenantes de la chaîne de valeur afin de réduire les risques et les incertitudes[7].

Les premières organisations et associations de normalisation ont donc été créées en tant qu'organisations privées à but non lucratif dont l'activité était de fournir des services relatifs à l'établissement de standards[8]. Les CGV cherchent ainsi à assurer que tous les acteurs de la chaîne de valeur suivent les mêmes normes qui garantissent l'unification, la simplification, la modularisation et l'interchangeabilité.

### B. *TAXONOMIE DES CGV*

Gary Gereffi, John Humphrey et Timothy Sturgeon ont élaboré une théorie de la gouvernance des chaînes de valeur et ont établi cinq types de gouvernance. Les trois principaux critères déterminant la catégorisation dans un des cinq groupes sont : (i) le degré de complexité du transfert de l'information et du savoir ; (ii) la mesure dans laquelle ces transferts peuvent être codifiés ; et (iii) la capacité des fournisseurs actuels et potentiels de se conformer aux exigences[9].

La première de ces catégories de la gouvernance des CGV est fondée sur le marché et se caractérise par la petite taille des clientèles finales qui comptent sur des fournisseurs plus importants et plus compétents, surtout concernant le transfert des connaissances, dans une chaîne de valeur fondée sur des transactions relativement faciles et « codifiables »[10]. L'apprentissage à partir de la diffusion et par l'imitation permet à ces petites entreprises de capter le flux du savoir pour aboutir à un changement adaptatif[11]. La seconde catégorie est appelée « chaînes modulaires », c'est-à-dire des chaînes avec des liaisons et des transactions hautement codifiées. Ici, ce sont les fournisseurs qui sont plutôt dépendants des clients, car ceux-ci doivent

6. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *op. cit.*, pp. 2-4.
7. J. Yates et Cr. N. Murphy, « Coordinating International Standards: The Formation of the ISO », *op. cit.*, pp. 4-17 ; B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit* 2013/04, pp. 8-11, p. 13 ; P. Hatto pour la Commission européenne, la Direction générale recherche et innovation, « Standards and Standardisation. A practical guide for researchers » (The Guide), 2010, https://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/practical-standardisation-guide-for-researchers_en.pdf, p. 5.
8. B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/04, pp. 8-11 ; J. Yates et Cr. N. Murphy, « Coordinating International Standards: The Formation of the ISO », *op. cit.*
9. G. Gereffi, J. Humphrey et T. Sturgeon, « The governance of global value chains », *Review of International Political Economy*, vol. 12, n° 1, 2005, pp. 78-104.
10. J. Humphrey et H. Schmitz, « Governance in global value chains », *IDS Bulletin*, vol. 32, n° 3, 2001, pp. 19-29.
11. *Id.*

répondre aux spécifications de ces derniers et apprendre à produire des composants et des modules conformément à des standards techniques très précis[12]. Le respect des normes et la livraison dans les temps font partie du processus d'apprentissage[13]. Le troisième type de la gouvernance des CGV est une sorte de réseau. Les transactions dans ces CGV ne sont pas facilement codifiables, car elles reposent largement sur le savoir tacite[14]. La coopération repose principalement sur une confiance mutuelle à plus long terme et se caractérise par une proximité sociale et/ou spatiale[15]. En l'absence de normes entièrement codifiées, les assurances mutuelles et les engagements, ainsi que la réputation, jouent un rôle clé[16]. Lorsque l'écart de compétences entre l'entreprise dominante et le fournisseur est important, une chaîne de type réseau peut rapidement faire partie d'une chaîne captive plus large (la quatrième catégorie) avec une entreprise principale compensant l'incapacité de codifier les transactions avec un contrôle accru à travers des structures hiérarchiques et une intégration verticale[17].

Le cinquième type de la gouvernance des CGV est une alternative à l'intégration verticale : les entreprises dominantes d'une CGV se réunissent pour élaborer des standards communs pour leurs activités particulières et assurer la responsabilité de toutes leurs actions et transactions. Cela se produit lorsque les plus grands concurrents d'une industrie décident qu'il est plus logique de coopérer que de se concurrencer au niveau de base avec une valeur ajoutée réduite, car, à terme, cela améliorerait globalement leur marché[18]. Ils créent donc une règlementation *à l'échelle de l'industrie*.

C'est le dernier type de la gouvernance des CGV qui est le plus pertinent pour notre analyse. Les détaillants mondiaux actuels sont des entreprises à but lucratif et, en tant que tels, ils sont non seulement incapables, mais également très souvent peu disposés à assumer les coûts de la normalisation pour l'ensemble de la chaîne de valeur. Donc, ils utilisent leur pouvoir normatif pour transférer les coûts, ainsi que la responsabilité, à d'autres acteurs positionnés plus bas dans la chaîne[19]. Ils le font généralement par le biais d'organisations privées à but non lucratif qui fournissent l'accréditation et la certification d'une tierce partie aux fournisseurs qui souhaitent

12. C. Pietrobelli et R. Rabellotti, « Global Value Chains Meet Innovation Systems: Are There Learning Opportunities for Developing Countries? », *World Development*, vol. 39, n° 7, 2011, pp. 1261-1269.
13. *Id.*
14. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *op. cit.*, pp. 9-10.
15. *Id.*
16. M. Sako et S. Helper, « Determinants of trust in supplier relations: Evidence from the automotive industry in Japan and the United States », *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 34, n° 3, 1998, pp. 387-417.
17. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *op. cit.*, p. 9.
18. D. Vogel, « The Private Regulation of Global Corporate Conduct. Achievements and Limitations », *Business & Society*, vol. 49, n° 1, mars 2010, pp. 77-78.
19. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *op. cit.*, p. 5.

accéder au marché mondial[20]. Les organismes globaux de standardisation, comme l'ISO, fournissent naturellement ces services.

### C. *STANDARDS GLOBAUX DE RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE VOLONTAIRE*

Les informations sur l'accréditation, la certification et les autres moyens de se conformer aux normes globales peuvent être adressées à divers types d'entités. Ces standards globaux qui s'adressent principalement aux entreprises et à l'industrie sont généralement appelés « *business-to-business* » (entreprise-à-entreprise) (B2B)[21].

Aujourd'hui, ces standards comprennent des standards de consensus volontaires établis par des associations industrielles ou des coalitions d'entreprises, mais aussi des standards privés créés par des sociétés et ceux établis par des organismes indépendants de standardisation[22]. En plus de ces standards B2B, les sociétés transnationales de vente au détail utilisent de plus en plus leurs propres standards de « *business-to-consumer* » (entreprise-à-consommateur) (B2C), destinés principalement aux consommateurs finaux pour les informer que ces produits ainsi étiquetés répondent autant que possible à leurs attentes en ce qui concerne, le plus souvent, le développement durable[23]. Pourtant, étant donné qu'au niveau mondial, les multinationales-détaillants peuvent également être les consommateurs finaux de produits primaires, les grandes entreprises en tant que telles ne sont pas exclues de l'application des standards B2C[24]. Par exemple, les standards B2C privés peuvent s'ajouter aux schémas B2B qui sont mis en place conjointement par une coalition d'entreprises pour garantir la sécurité et la durabilité des produits, des procédés et des méthodes

20. *Id.*

21. A. Kudryavtsev, « Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation? », *Society of International Economic Law*, Working Paper No. 2012/02 : http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html, p. 12. Voy. aussi Gr. H. Stanton, « Private (Commercial) Standards and the SPS Agreement », *Remarks at The Round Table on The Role of Standards in International Food Trade*, 24 septembre 2007, The Cosmos Club, Washington, D.C. ; Gr. H. Stanton, « Food Safety-related Private Standards: The WTO Perspective », in *Private Standards and Global Governance* (A. Marx, M. Maertens, J. Swinnen et J. Wouters dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2012 ; Sp. Henson et J. Humphrey, « The impacts of private food safety standards on the food chain and on public standard-setting processes », *FAO/ WHO*, mai 2009 : http://www.fao.org/docrep/016/ap236e/ap236e.pdf.

22. Voy., en général, N. Brunsson et B. Jacobsson (dir.), *A World of Standards*, Oxford, OUP, 2000 ; K. Blind, *The Economics of Standards*: *Theory, Evidence, Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.

23. A. Kudryavtsev, « Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation? », *Society of International Economic Law*, Working Paper No. 2012/02 : http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html ; Sp. Henson et J. Humphrey, « The impacts of private food safety standards on the food chain and on public standard-setting processes », *FAO/WHO*, mai 2009 : http://www.fao.org/docrep/016/ap236e/ap236e.pdf.

24. Ph. Aerni, « Do Private Standards Encourage or Hinder Innovation? », *op. cit.* ; Sp. Henson et J. Humphrey, « The impacts of private food safety standards on the food chain and on public standard-setting processes », *op. cit.* : http://www.fao.org/docrep/016/ap236e/ap236e.pdf.

de production dans les CGV, tels que par exemple le réseau alimentaire global[25]. Ce sont les variations des exemples de récepteurs finaux des standards volontaires au sein des CGV.

À l'autre extrémité de la chaîne, au niveau des émetteurs des standards, des variations sont aussi nombreuses, des différences se produisant entre les concepts aussi bien qu'au fil du temps. Même à l'intérieur de l'ISO elle-même, par exemple, au moins trois phases générant des standards à effets différents pourraient être soulignées[26]. Les premiers standards ISO (de 1947 aux années 1980) étaient purement scientifiques, couvrant uniquement des questions techniques (métrologie industrielle, par exemple). Ceux de la deuxième génération (des années 1980 au début des années 1990) étaient des standards relatifs à la qualité et à la gestion par objectifs, considérant la notion de responsabilité des producteurs pour la qualité (de leurs produits) comme concept clé. Les standards de la troisième génération (années 1990 jusqu'à aujourd'hui), c'est-à-dire les standards fondés sur le processus ou la gestion qui régissent le comportement et l'image des producteurs, ont pour principe central la qualité du *processus* de production (par opposition à la qualité du produit)[27].

La dernière génération de standards ISO pourrait également être considérée aujourd'hui comme faisant partie des normes dites de durabilité. Ainsi, au début des années 1990, l'ISO s'est lancée une fois pour toutes dans un vaste domaine de politique publique, notamment grâce à ses séries de normes environnementales, à savoir l'ISO 14000. Entre le début et le milieu des années 1990, l'ISO devient ainsi un forum mondial important pour harmoniser les initiatives privées volontaires relatives aux responsabilités sociétales[28].

25. A. Kudryavtsev, « Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation? », *Society of International Economic Law*, Working Paper No. 2012/02 : http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html ; Gr. H. Stanton, « Food Safety-related Private Standards: The WTO Perspective », in *Private Standards and Global Governance* (A. Marx, M. Maertens, J. Swinnen et J. Wouters dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

26. M.-A. Carreira Da Cruz, « La responsabilité sociétale comme champ d'extension de la norme : le cas d'ISO 26000 », in *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings* (B. Frydman et A. Van Waeyenberge dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 117-144, voy. pp. 118-120 ; Chr. Wilkie, « Enhancing global governance: corporate social responsibility and the international trade and investment framework », in *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance* (J.J. Kirton et M. J. Trebilcock dir.), Farmham, Ashgate, 2004, pp. 288-322, voy. pp. 294-295 ; plus généralement, voy. J. Yates et Cr. N. Murphy, « Coordinating International Standards: The Formation of the ISO », *op. cit*.

27. *Id*.

28. Voy., en général, J. Le Goff et St. Onnée (dir.), *Puissances de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, Caen, éd. EMS, 2017.

Aujourd'hui, les standards ISO 14000 aident les entreprises à répondre aux besoins de leurs systèmes de gestion environnementale, ou « éco-management »[29], tandis que les standards ISO 26000 établissent des lignes directrices unifiées pour le respect RSE[30].

## II. Standards ISO et responsabilité sociétale volontaire des entreprises

Tous les standards ISO sont considérés comme volontaires. Pourtant, nombre d'entre eux sont finalement repris dans la législation et les objectifs des politiques publiques[31] – à la fois aux niveaux national (B et C) et transnational (A).

### A. NIVEAU TRANSNATIONAL

Tout d'abord, au niveau transnational, dans les textes juridiques de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les Accords sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (*SPS*) et sur les obstacles techniques au commerce (*OTC*) invoquent, tous deux, les standards ISO. L'Accord SPS, par exemple, fait explicitement référence à l'ISO en tant qu'émetteur de standards internationaux pertinents (conjointement à ceux adoptés par la Commission du Codex Alimentarius, l'Office international des épizooties et la Convention internationale pour la protection des végétaux) dans ses articles 3, 12 et l'annexe A.3. L'ISO travaille également en étroite collaboration avec l'Organisation des Nations unies (ONU) – par exemple, avec les institutions spécialisées de l'ONU qui effectuent une harmonisation ou une assistance technique, y compris le Conseil économique et social, ou l'ECOSOC[32] et la Conférence des

29. International Institute for Sustainable Development (IISD), *Global Green Standards, ISO 14000 and Sustainable Development*, 1996, http://www.iisd.org/pdf/globlgrn.pdf.

30. IISD, *ISO Social Responsibility Standardization. An outline of the issues,* 2004, www.iisd.org/pdf/2004/standards_iso_srs.pdf.

31. Voy. L. Boy, « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique* (J. Clam et G. Martin dir.), Paris, LGDJ, 1998, p. 183 ; M. Lanord Farinelli, « La norme technique : une source légitime du droit », *RFDA*, n° 4, juillet-août 2005, p. 738 ; P. Sablière, « Une nouvelle source du droit ? Les documents référents », *AJDA*, n° 2, 15 janvier 2007, p. 66 ; Fr. Violet, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Marseille, PUAM, 2003.

32. La Commission économique des Nations unies pour l'Europe (CEE-ONU), « Note of the Sub-Committee of Experts on the Transport of Dangerous Goods », Document UN/SCETDG/19/INF.39, 2001 ; le Conseil économique et social des Nations unies (ECOSOC-ONU), « Global Geospatial Information Management: Report of the Secretary-General », Document E/2011/89, 12 mai 2011 ; ECOSOC-ONU, « Draft report on Global Standards at UN-GGIM Meeting: Establishment and implementation of standards for the global geospatial information community », 28 juillet 2013, http://www.gsdi.org/node/625.

Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED)[33]. Bien que de telles collaborations avec l'OMC, l'ONU et d'autres organisations intergouvernementales ne forment pas la base de la validité juridique des normes ISO, celles-ci continuent à conférer un crédit important aux standards de l'ISO, de même qu'à leur application et leur pouvoir normatif au niveau multilatéral.

Au niveau régional, au sein de l'UE, bien que sans faire partie de la législation communautaire, les standards ISO sont par exemple largement mentionnés dans la nouvelle stratégie de la Commission européenne sur la RSE, qui fait partie d'un ensemble de mesures sur les entreprises responsables[34]. Dans ce document, la Commission définit la RSE comme « la responsabilité des entreprises relative à leurs impacts sur la société ». Une définition plus détaillée, à savoir celle de l'ISO 26000, est sensiblement plus large ; il est à noter que l'ISO y parle de la « responsabilité sociétale » tout court et non pas de la « responsabilité sociétale des entreprises », en élargissant éventuellement la portée du standard :

> « La responsabilité sociétale [est la responsabilité] d'une organisation pour l'impact de ses décisions et de ses activités sur la société et l'environnement, grâce à un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, y compris la santé et le bien-être de la société ; tient compte des attentes des parties prenantes ; est conforme au droit applicable et conforme aux normes internationales de comportement ; est intégrée dans toute l'organisation et pratiquée dans le cadre de ses relations »[35].

Comme l'ISO l'a détaillé, le standard « ISO 26000:2010 est destiné à fournir aux organisations des conseils sur la responsabilité sociétale et *peut être utilisé dans le cadre d'activités de politique publique* »[36]. Il convient néanmoins de préciser que les lignes directrices et les principes sur lesquels repose la stratégie de la Commission en matière de la RSE sont tous issus des instruments des organisations intergouvernementales – à savoir, les principes du Pacte mondial des Nations unies, les principes des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme, la décla-

33. Voy., par exemple, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), « Recommendations issued at the Expert Meeting to examine the trade implications for developing countries of international standards for environmental management systems (EMS), particularly the International Standards Organization (ISO) 14001 standard », Document TD/B/COM.1/EM.4/L.1, 5 novembre 1997 ; CNUCED, « UNCTAD-Asycuda World Report 2011 », Document UNCTAD/DTL/ASYCUDA/2011/1.

34. Commission européenne, Communication, « A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility », COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011, pp. 7-8. Voy. aussi Parlement européen, Rapport, « Corporate Social Responsibility: Accountable, Transparent and Responsible Business Behaviour and Sustainable Growth », 28 janvier 2013, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0017+0+DOC+PDF+V0//EN.

35. ISO, « ISO 26000:2010(en): Guidance on social responsibility », 2010, https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:en, § 2.18.

36. ISO, « Guidance on social responsibility », 2010, http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/catalogue_tc/catalogue_detail.htm?csnumber=42546.

ration tripartite de l'Organisation internationale du travail (OIT), et les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales –, tous à l'exception d'un seul instrument : le standard ISO 26000[37]. Cela est tout à fait symbolique, car cela démontre que les standards ISO sont en pratique mis sur un pied d'égalité avec les instruments d'organismes intergouvernementaux traitant des questions sociétales des transactions commerciales transfrontalières. L'ISO 26000 n'en est pas le seul exemple.

En ce qui concerne les structures de gestion de l'environnement, le règlement du Conseil 1836/93 du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS, ou « SMEA » en français) est entré en vigueur le 13 juillet 1993[38]. L'ISO a été expressément mentionnée dans son annexe II, en indiquant que « l'audit sera planifié et exécuté à la lumière des directives pertinentes du standard international ISO 10011 ». Le dernier règlement révisé 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 relatif à la participation volontaire des organisations à éco-management (EMAS III), abrogeant les règlements et systèmes d'audit précédents, est entré en vigueur le 11 janvier 2010[39]. L'objectif du programme est « de promouvoir l'amélioration continue de la performance environnementale des activités industrielles »[40]. La liste actualisée des sites enregistrés est publiée chaque année par la Commission européenne au *Journal officiel de l'Union européenne* et la liste des vérificateurs accrédités tous les six mois. Cette liste contient des codes de classification des activités industrielles conformément à la classification des activités économiques européennes[41] telle qu'établie par le règlement (CE) n° 3037/90 du Conseil et modifiée par le règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil[42].

37. Commission européenne, « Corporate social responsibility (CSR) », 2012, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index_en.htm.

38. Conseil européen, « Règlement (CEE) n° 1836/93 du Conseil, du 29 juin 1993, permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit », *J.O.*, L. 168 du 10 juillet 1993, pp. 0001-0018.

39. Commission européenne, « Règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE », *J.O.*, L. 342 du 22 décembre 2009, p. 1.

40. *Id.*

41. Commission européenne, Eurostat, Métadonnées, « Statistical Classification of Economic Activities in the European Community, Rev. 2 (2008) (NACE Rev. 2) » : http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=NACE_REV2&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=&StrLayoutCode=HIERARCHIC.

42. Conseil européen, « Règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil, du 9 octobre 1990, relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne », *J.O.*, L. 293 du 24 octobre 1990, p. 1, et « Règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 établissant la nomenclature statistique des activités économiques

Le règlement de la Commission du 3 février 2006 privilégie l'utilisation du standard ISO 14001:2004[43]. Il abroge la décision 97/265/CE relative au standard EN ISO 14001:1996. Ceci s'explique par le fait que l'ISO a par la suite publié une nouvelle version révisée du standard international ISO 14001:2004 et du standard européen EN ISO 14001:2004, la décision 97/265/CE de la Commission sur la reconnaissance du standard international ISO 14001:1996 et la norme européenne EN ISO 14001:1996 ayant dû être abrogés en conséquence[44]. En règle générale, bien que le règlement n'ordonne pas directement aux États membres de l'UE d'utiliser uniquement le standard ISO 14001 étant donné que ce standard global est « volontaire » et qu'il concerne directement les entreprises et non les États, le règlement exige *de facto* l'utilisation de ce standard ISO au lieu d'autres systèmes possibles d'éco-management. C'est-à-dire que l'UE a tout simplement basé son propre système communautaire d'éco-management, à savoir EN ISO 14001:2004, sur le standard ISO 14001:2004. Par conséquent, bien que les entreprises européennes participant aux systèmes d'éco-management de l'Union ne soient pas directement liées à la mise en œuvre des exigences du standard ISO 14001:2004, elles *sont tenues* d'appliquer le standard EN ISO 14001:2004, identique au standard ISO précité[45].

Le règlement de la Commission sur les matières plastiques recyclées et les articles destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires stipule que « l'auto-déclaration volontaire du contenu recyclé dans les matières et objets en plastique recyclé doit suivre les règles établies dans l'ISO 14021:1999 ou équivalent », exigeant ainsi l'application de ce même standard ISO[46]. Le schéma de fonctionnement de ce règlement est similaire au schéma ci-dessus de l'ISO 14001 : ainsi, l'UE a construit de manière identique son standard EN ISO 14021 sur la base de ce standard ISO et exige que les entités concernées des États membres suivent le standard EN équivalent[47].

Dans les travaux pertinents, pratiques aussi bien qu'académiques, une telle approche de la normalisation européenne – c'est-à-dire le remplacement du droit par la réglementation qui se réfère aux standards volontaires – est appelée « la nouvelle

NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques. Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE », *J.O.*, L. 393 du 30 décembre 2006, p. 1.

43. Commission européenne, « Règlement (CE) n° 196/2006 de la Commission du 3 février 2006 modifiant l'annexe I du règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil afin de tenir compte de la norme européenne EN ISO 14001:2004, et abrogeant la décision 97/265/CE », *J.O.*, L. 32 du 4 février 2006, p. 4.

44. *Ibid.*, voy. Préambule, 3 et 7.

45. *Ibid.*, annexe I : A.

46. Commission européenne, « Règlement (CE) n° 282/2008 de la Commission du 27 mars 2008 relatif aux matériaux et aux objets en matière plastique recyclée destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires et modifiant le règlement (CE) n° 2023/2006 (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) », *J.O.*, L. 86 du 28 mars 2008, p. 9, voy. art. 11.

47. *Ibid.*, voy. Préambule, 3 et 7.

approche »[48]. Notamment depuis le milieu des années 1980 et jusqu'à très récemment[49], ce sont les standards techniques, européens et internationaux, plutôt que la législation nationale et le droit européen positif, qui imposaient des exigences obligatoires *de facto* dans le domaine de l'environnement, des droits de l'homme, de la santé et de la sécurité pour la quasi-intégralité des biens et services circulant et commercialisés dans l'Union[50].

En vertu de cette nouvelle approche à la réglementation au sein de l'UE, un producteur ou un importateur qui cherche à commercialiser dans l'UE les produits ou services soumis à la nouvelle approche est en effet tenu de respecter le marquage CE : celui-ci veille à ce que le produit « soit évalué avant la mise sur le marché et qu'il réponde aux exigences de l'UE en matière de sécurité, de santé et de protection de l'environnement »[51]. En plus d'une déclaration de conformité, ce marquage CE peut être considéré comme une sorte de « passeport européen » pour les biens et services pertinents, qui interdit aux États d'entraver d'une façon quelconque la commercialisation de ces biens et services bénéficiant dudit « passeport » sur leur territoire ou de les assujettir à des conditions particulières de commercialisation, et à des procédures d'autorisation supplémentaires[52].

48. Conseil européen, « Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation », http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_for_goods/technical_harmonisation/l21001a_en.htm ; Commission des communautés européennes, « COM (1998) 291: Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Efficiency and accountability in European standardisation under the new approach », http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/131042 ; B. Frydman,« Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/04, p. 23. Voy. aussi D. Mockle, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Cah. dr.*, vol. 43, n° 2, 2002, pp. 143 et s. ; D. Mockle, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », *Cah. dr.*, vol. 44, n° 1, 2003, pp. 297 et s. ; D. Mockle, « La gouvernance publique et le droit », *Cah. dr.*, vol. 47, n° 2, 2006, pp. 89 et s. ; D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; D. Mockle, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA,* vol. 31, n° 6, 2015, p. 1225 ; A. Van Waeyenberge, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? », in *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings* (B. Frydman et A. Van Waeyenberge dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 93-115.

49. Pratiquement, jusqu'à 2017 – voy. *infra*, sect. III et IV de cette contribution sur les développements législatifs les plus récents en France et l'UE.

50. B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit* 2013/04, p. 23 ; A. Van Waeyenberge, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? », in *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux* rankings (B. Frydman et A. Van Waeyenberge dir.), *op. cit.*, pp. 93-115, voy. pp. 110, 113.

51. Commission européenne, « Stratégie pour le marché » : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/cemarking/index_fr.htm.

52. B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/04, p. 24.

Les développements qui ont débuté à l'UE dans les années 1980 et la « nouvelle approche » qui a suivi, y compris les changements plus récents, comme l'introduction du marquage CE, ont abouti à la proposition de réforme de la Commission européenne du 1er juin 2011. La proposition pourrait être résumée ainsi : « *Plus de standards* pour l'Europe et *plus vite* » (par « Europe », la Commission désigne d'habitude l'UE)[53]. Comme l'indique la Commission, « personne n'est obligé de les utiliser ou de les appliquer, mais ils aident les entreprises à travailler ensemble, ce qui permet en définitive d'économiser de l'argent pour le consommateur »[54].

### B. *NIVEAU NATIONAL : ÉCONOMIES ÉMERGENTES*

Depuis les années 1990, un certain nombre d'économies émergentes a commencé à mettre en œuvre les standards ISO liés à la RSE.

Ainsi, certains pays se sont lancés dans les années 1990 dans des projets pilotes officiels visant à appréhender la mise en œuvre des standards de durabilité (surtout les standards environnementaux de la série ISO 14000) et à acquérir une expérience pratique. Dans plusieurs pays asiatiques, des projets pilotes ont été mis en place avant la publication officielle du standard ISO 14001 afin de préparer les organismes nationaux de certification ainsi que l'industrie à l'arrivée de ce standard.

Par exemple, à Singapour, le gouvernement a joué un rôle prépondérant dans la promotion du standard ISO 14001 : il a accordé des subventions pour couvrir les coûts des entreprises cherchant une formation, un conseil et une certification plus directement[55]. Le Conseil de la productivité et des standards (*Productivity and Standards Board*) de Singapour a mis en place un projet pilote en 1996 impliquant divers secteurs industriels, notamment l'électronique et les produits chimiques[56].

---

53. Commission européenne, Communication « Une vision stratégique pour les normes européennes : aller de l'avant pour améliorer et accélérer la croissance durable de l'économie européenne à l'horizon 2020 (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) », COM(2011)311, 1er juin 2011, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0311:FIN:FR:PDF ; « Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la normalisation européenne et modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil, ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/105/CE et 2009/23/CE du Parlement européen et du Conseil », COM(2011)315, 1er juin 2011, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0315:FIN:FR:PDF.

54. F. Sacchetti pour la Commission européenne, la Direction générale des entreprises et de l'industrie, « A strategic vision for European standards: the "Standardisation Package" proposals », CEE-ONU, WP 6 on Regulatory Cooperation and Standardisation Policies, 31 octobre-2 novembre 2011, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trade/wp6/documents/2011/Presentations/StandardisationPackage-Fabrizio_Sacchetti.pdf ; voy. aussi Commission européenne, « Enterprise and Industry: European standards – Standardisation policy », 2012, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/index_en.htm.

55. Voy. CNUCED, « The ISO 14001 standard for environmental management systems: implications for developing countries », Nations unies, 2001, p. 23 et note 14.

56. *Ibid.*, note 15.

En Malaisie, en décembre 1995, l'Institut national de normalisation et de recherche industrielle (*Standardization and Industrial Research Institute of Malaysia – Quality Accreditation System*, SIRIM QAS) a lancé un programme pilote de systèmes d'éco-management (EMS) dans le cadre de l'ISO 14000 afin d'améliorer la compréhension du standard ISO 14001, de remédier aux problèmes rencontrés lors de sa mise en œuvre et d'évaluer les coûts et les avantages de la mise en œuvre de ce standard, pour acquérir une expérience d'audit d'EMS et déterminer les exigences de formation[57]. Toutefois, bien que le Département des standards de la Malaisie agisse en tant qu'organisme national d'accréditation pour les systèmes de gestion de la qualité, son champ d'accréditation ne couvre pas les EMS[58]. Par conséquent, afin de gagner la reconnaissance internationale et l'acceptation de son processus de certification, le SIRIM QAS s'est trouvé contraint de s'associer avec une agence d'accréditation d'un pays industrialisé, à savoir le Système d'accréditation du Royaume-Uni (*United Kingdom Accreditation System*, UKAS) pour accréditer son système d'éco-management[59]. Le SIRIM QAS était également obligé de faire équipe avec l'Association japonaise des organismes de certification (*Japan Association of Certification Organisations*, JACO) afin de faciliter la reconnaissance mutuelle des systèmes de certification[60].

Une telle coopération, en quelque sorte contrainte, avec les organismes de normalisation des pays dits développés comme partenaires essentiels est en théorie censée favoriser la reconnaissance mutuelle et aider à réduire les coûts de certification.

En pratique, d'un point de vue de localisation géographique, à notre avis, une telle approche pourrait réduire les possibilités d'apprentissage mutuel des organismes de certification et des milieux d'affaires dans toutes les économies émergentes, aussi bien que dans le commerce Sud-Sud. Bien qu'une telle approche puisse avoir des avantages immédiats, par exemple en accélérant le processus d'apprentissage, en utilisant les meilleures pratiques des partenaires venant des États industrialisés, en facilitant la reconnaissance mutuelle, et en réduisant les coûts de certification, cela peut finalement faire échouer la promotion de la formation nationale, des travaux de consultation et de certification des standards, ainsi que du commerce Sud-Sud des biens et services environnementaux.

57. *Ibid.*, voy. Box 5, « Establishing certification infrastructure in developing countries: the experiences of Malaysia ».
58. *Ibid.*
59. *Ibid.*
60. *Ibid.*

### C. *NIVEAU NATIONAL : PAYS INDUSTRIALISÉS*

Au niveau national des pays industrialisés, aux États-Unis par exemple, la série ISO sur l'environnement (ISO 14000) a un certain effet dans le secteur public[61]. En particulier, le standard ISO 14001 a servi de base à l'adoption de systèmes d'éco-management dans l'aménagement forestier, les infrastructures publiques tels que les bâtiments ou encore les transports[62]. Officiellement, un standard ISO est entré dans le secteur public américain pour la première fois en janvier 2005, lorsque le Service des forêts des États-Unis a adopté une ordonnance exécutive exigeant que chaque forêt et prairie sous son contrôle élaborent et mettent en œuvre des EMS devant se conformer à l'ISO 14001[63]. Il est à noter que le standard ISO 140001 n'a pas été expressément mentionné dans le *texte* du règlement, mais ce standard a servi de modèle principal aux gouvernements locaux en ce qui concerne l'*application* de la règle[64].

L'adoption par une agence fédérale de l'ordonnance susmentionnée a suscité des inquiétudes relatives à la question de savoir si le standard ISO 14001 – standard volontaire généralement créé par et pour les industries et les entreprises privées – pouvait être adopté par le gouvernement, tout en atteignant l'objectif de « meilleur rendement et de protection de l'environnement »[65]. En effet, aux États-Unis,

61. A. Rhodes, « Note & Comment: ISO Enters the Public Sector Through the United States Forest Service », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18, n° 1, 2007, p. 417.

62. Voy. l'Ordre exécutif 13148, *Greening the Government Through Leadership in Environmental Management*, 25 avril 2000, 65 Federal Register, 24, 595 et 597-598 : http://www.epa.gov/epp/pubs/eo13148.pdf, sect. 202.1, modifié par l'Ordre exécutif 13423, *Strengthening Federal Environmental, Energy, and Transportation Management*, 24 janvier 2007, 72 Federal Register, pp. 3919 et 3920, https://www.federalregister.gov/articles/2007/01/26/07-374/strengthening-federal-environmental-energy-and-transportation-management, Sect. 3, (b) : « Sec. 3. *Duties of Heads of Agencies. In implementing the policy set forth in section 1 of this order, the head of each agency shall [...] (b) implement within the agency environmental management systems (EMS) at all appropriate organizational levels to ensure (i) use of EMS as the primary management approach for addressing environmental aspects of internal agency operations and activities, including environmental aspects of energy and transportation functions, (ii) establishment of agency objectives and targets to ensure implementation of this order, and (iii) collection, analysis, and reporting of information to measure performance in the implementation of this order* ».

63. A. Rhodes, « Note & Comment: ISO Enters the Public Sector Through the United States Forest Service », *op. cit.*. Voy. aussi I.R. Feldman et D. Weinfield, « Environmental Management Systems », in *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law* (M.B. Gerrard dir.), vol. 1, New York, Mathew Bender, 2008.

64. A. Rhodes, « Note & Comment: ISO Enters the Public Sector Through the United States Forest Service », *op. cit.*. Voy. aussi US State Department, *The Environmental Management Systems (EMS) for Local Government Organizations projects*, « ISO 14001 in Pennsylvania. EMS for Local Government », http://www.dep.state.pa.us/dep/deputate/pollprev/iso14001/emslgo.htm.

65. A. Rhodes, « Note & Comment: ISO Enters the Public Sector Through the United States Forest Service », *op. cit.*. Voy. aussi ISO, « Conformity Assessment. CASCO », http://www.iso.org/iso/home/about/conformity-assessment/casco.htm.

les agences de l'État doivent en principe se conformer *uniquement* aux normes juridiques formelles, alors qu'elles peuvent utiliser des standards volontaires émanant d'entités non gouvernementales comme guide, assistance, etc. En particulier en ce qui concerne les agences fédérales américaines, les standards volontaires tels que l'ISO doivent d'abord être réévalués au regard des lois et directives publiques[66]. Évidemment, les membres de l'ISO ne représentent pas nécessairement l'intérêt public, du moins pas en premier lieu, car ses membres sont principalement des représentants des industries concernées[67].

En France, l'AFNOR (Association française de normalisation) a construit son modèle d'évaluation de la responsabilité sociétale des entreprises (AFAQ 26000 Responsabilité Sociétale – DD) sur l'ISO 26000, reprenant tous les critères de ce dernier. Cette approche est semblable à la « nouvelle approche » de la Commission européenne, commentée plus haut. En effet, elle n'impose pas aux entreprises françaises la mise en œuvre absolue des standards ISO pertinents ; elle construit plutôt des normes identiques aux standards ISO correspondants et exige ensuite qu'elles soient respectées. Curieusement, tout en décrivant les critères fondamentaux de l'ISO 26000, l'AFNOR affirme que la dimension économique et pécuniaire est loin d'être au centre de ce standard[68]. Toutefois, sur sa page d'accueil, l'association nationale indique que l'ISO 26000 offre avant tout « un formidable levier de croissance : nouveaux clients, nouveaux marchés, diminution des risques »[69]. Nous considérons que cette dernière déclaration s'applique plus précisément et de manière plus réaliste à ce standard, comme à tout autre standard ISO de la troisième génération[70].

Plusieurs grandes sociétés françaises ont déjà mis en place des mesures de responsabilité sociétale, y compris des plans de vigilance, parce qu'elles estiment que la RSE aura un impact financier positif en leur créant une meilleure image sociétale. De surcroît, depuis 2017, une loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été adoptée en France. La France n'est pas le seul

66. US Office of Management and Budget (OMB), *OMB Circular A–119; Federal Participation in the Development and Use of Voluntary Consensus Standards and in Conformity Assessment Activities*, 19 février 1998, 63 Federal Register, p. 8546, http://www.gpo.gov/fdsys/granule/ FR-1998-02-19/98-4177.

67. Voy. ISO, « Conformity assessments », http://www.iso.org/iso/home/about/conformity-assessment/casco.htm ; *Global Green Standards, ISO 14000 and Sustainable Development*, 1996, http://www.iisd.org/pdf/globlgrn.pdf. IISD, *ISO Social Responsibility Standardization. An outline of the issues*, 2004, www.iisd.org/pdf/2004/standards_iso_srs.pdf.

68. « La dimension économique n'apparaît pas comme une question centrale car elle est considérée comme transversale et devant être intégrée dans chacune des 7 questions de responsabilité à aborder. Néanmoins, lors de la mise en œuvre de la démarche ISO 26000, les moyens financiers propres à chaque organisation détermineront la priorité des actions à mettre en œuvre », voy. l'Association française de normalisation (AFNOR), http://www.afnor.org/profils/centre-d-interet/dd-rse-iso-26000/la-norme-iso-26000-en-quelques-mots, puis aller à « L'ISO 26000 en 10 questions », voy. p. 7.

69. Voy. AFNOR, http://www.afnor.org/profils/centre-d-interet/dd-rse-iso-26000.

70. Voy. *supra*, sect. I, C.

pays à avoir adopté la législation RSE. En février 2017, le Parlement néerlandais a adopté le projet de loi sur le devoir de diligence concernant le travail des enfants[71]. Ce projet de loi obligera les entreprises à identifier la présence du travail des enfants dans leurs chaînes d'approvisionnement et, le cas échéant, à élaborer un plan pour le combattre. Même le Royaume-Uni, qui depuis récemment n'est pas nécessairement marqué par une réflexion des plus avancées dans plusieurs questions de politiques publiques et sociales, a adopté en 2016 la clause de transparence de la chaîne d'approvisionnement de la loi sur l'esclavage moderne[72]. Cette clause oblige les entreprises britanniques à tracer régulièrement et rendre compte des mesures prises pour prévenir l'esclavage et la traite des êtres humains dans leurs chaînes d'approvisionnement.

Pourtant, ces développements sont liés aux obligations concrètes relatives aux droits des travailleurs, et plus généralement aux droits et libertés fondamentaux ainsi qu'à la protection de l'environnement, et relèvent de la responsabilité juridique dans le sens de *liability*, donc du devoir des entreprises. Les deux sections qui suivent parlent de ces développements récents.

## III. De la responsabilité au devoir sociétal : la loi française sur le devoir de vigilance des sociétés

Le 24 avril 2013 a eu lieu l'effondrement du *Rana Plaza*, un immeuble à Dacca, la capitale du Bangladesh, aussi appelé « catastrophe de Dacca ». Le *Rana Plaza* abritait des ateliers de confection textile dont l'effondrement avait provoqué la mort de près de 1.200 personnes. La loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre[73] (la loi Vigilance) est un achèvement d'un projet législatif qui avait débuté le 6 novembre 2013, à l'initiative des députés Danielle Auroi, Philippe Potier et Dominique Noguès, en réaction à la catastrophe de Dacca, de mettre en place un dispositif de vigilance qui n'est pas sans

71. *The Child Labour Due Diligence Law* (*Wet Zorgplicht Kinderarbeid*), consultable sur http://www.indianet.nl/170208e.html.
72. Section 54 du *Modern Slavery Act 2015* (Transparency in Supply Chains) Regulations 2015, 2015, n° 1833.
73. Ministère de l'Économie et des Finances, DG Trésor, « Nouvelle loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », publié le 9 mai 2017, https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2017/05/09/devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-des-entreprises-donneuses-d-ordre.

rappeler celui imposé par la loi Sapin 2[74] dans le domaine de la corruption[75]. Cette section présente la nouvelle loi (A) et discute les points essentiels de sa portée et de sa mise en œuvre (B).

### A. *PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA LOI*

Le 21 février 2017, l'Assemblée nationale a adopté cette nouvelle loi qui est censée élever la responsabilité sociétale de la chaîne de production et d'approvisionnement des entreprises au niveau des obligations juridiques contraignantes[76]. Plus précisément, la loi impose aux grandes entreprises et groupes français de veiller à ce que des violations graves des droits de l'homme, des libertés fondamentales et des atteintes graves à l'environnement ne soient pas commises dans leur chaîne de valeur. À cette fin, la loi oblige les acteurs concernés d'établir un plan de vigilance destiné à prévenir et détecter les violations desdits droits et libertés en France ou à l'étranger, par ses filiales, sous-traitants et fournisseurs, avec lesquels ils entretiennent une relation commerciale établie, dans la mesure où ces activités sont rattachées à la relation.

Ensuite, le 23 mars 2017, la loi Vigilance a été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel français par sa décision, tandis que les dispositions validées par le Conseil constitutionnel sont entrées en vigueur le 29 mars 2017[77].

En ce qui concerne le champ d'application de la loi, à savoir les entreprises concernées, elles doivent préparer et mettre en œuvre un plan de vigilance, et lors de la préparation du plan, les « parties prenantes » devraient être consultées[78]. Le plan doit énoncer « les mesures de vigilance raisonnable » pour identifier les risques et prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »[79]. La loi précise en outre que le plan comprendra les mesures suivantes :

- une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

74. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.
75. Ministère de l'Économie et des Finances, DG Trésor, « Nouvelle loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », publié le 9 mai 2017.
76. Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, promulguée le 27 mars 2017, *JORF*, n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 1.
77. Ministère de l'Économie et des Finances, DG Trésor, « Nouvelle loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », publié le 9 mai 2017.
78. Art. 1er Loi Vigilance.
79. *Ibid.*

- un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; et
- un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité[80].

Les entreprises soumises à la loi Vigilance sont les sociétés par actions dont le siège social effectif est fixé sur le territoire français. Une telle société française est soumise à la loi si elle emploie, en son sein ou dans ses filiales, au moins 5.000 salariés en France ou au moins 10.000 salariés dans le monde[81].

Plusieurs grandes sociétés françaises ont déjà mis en place des mesures de responsabilité sociétale des entreprises au travers des normes non contraignantes surveillées dans la présente contribution, y compris des plans de vigilance, parce qu'elles estiment que la RSE aura un éventuel impact financier positif[82].

### B. *MISE EN ŒUVRE ET QUESTIONS PRATIQUES*

Le *non-respect* des obligations de la loi peut entraîner des amendes pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros[83]. Dans le cas où la violation cause des *dommages*, le montant de l'amende peut être majoré jusqu'à trois fois, soit jusqu'à 30 millions d'euros[84]. Bien que les amendes maximales soient clairement identifiées, il reste difficile de savoir dans quelles conditions des sanctions peuvent être imposées et quels sont les critères d'évaluation de la taille d'une amende.

Ces amendes, qui sont payables à l'État, ne s'ajouteront finalement pas à des réclamations que les victimes peuvent faire valoir en droit civil pour réparation des préjudices causés par une violation[85]. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré les alinéas prévoyant l'imposition d'une amende civile, initialement prévus dans le projet de loi[86]. Le Conseil constitutionnel a fondé cette abrogation partielle sur le principe de légalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC), exigeant qu'une sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse réprimer que des manquements définis en des termes suffisamment clairs et précis (ce qui n'est pas le cas, selon le Conseil, de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » aussi bien que du périmètre des acteurs et activités entrant dans le champ du plan de vigilance)[87].

80. *Ibid.*
81. *Ibid.*
82. Voy. *supra*, sect. II, C.
83. Art. 1er Loi Vigilance.
84. Art. 2 Loi Vigilance.
85. En vertu des art. 1240 et 1241 C. civ. français.
86. Voy. la décision 2017-750 DC du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017.
87. *Ibid.* « Compte tenu [...] du caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans

Comme le législateur se réfère à une responsabilité civile extracontractuelle fondée sur la faute, la négligence ou l'imprudence, il s'agit donc des principes généraux des articles 1240 et 1241 du Code civil français, et il ne saurait être question ici d'une obligation de résultat, mais seulement d'une obligation de moyens.

La loi ne précise pas comment les entreprises concernées doivent mettre en œuvre le plan de vigilance ni comment une telle mise en œuvre est censée être évaluée. Il semble que la loi ne prévoit pas de cadre normatif permettant d'évaluer le degré de gravité des violations pertinentes. Il n'est pas clair si c'est l'administration de ces sociétés qui évaluera chaque plan et sa mise en œuvre, et si cette évaluation aura lieu avant ou après les faits.

Les termes-clés, tels que ceux relatifs à l'application, les sanctions, ou l'appréciation des risques utilisés par la loi Vigilance étant plutôt génériques et laissés indéfinis, la portée de différentes obligations imposées aux entreprises semble être assez vague. En effet, la loi et les travaux préparatoires[88] soulèvent une série de questions, notamment :

– quels risques doivent être couverts et quels risques peuvent ne pas être pris en compte ? Comment les risques devraient-ils être classés ? Bien que la cartographie devra être faite régulièrement, sa définition est inspirée de celle figurant à l'article 17 de la loi Sapin 2[89]. Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation dépendra surtout des secteurs d'activité des entreprises et des zones géographiques de leurs activités[90]. Donc, nous parlons ici bien d'une « cartographie » et non pas de classement de risques proprement dit. Il en va de même des « atteintes graves ». Le mécanisme d'appréciation du degré à partir duquel la gravité est couverte par la portée de cette loi n'est pas précisé. Quels sont les dommages environnementaux « graves » qui doivent être évités et sinon sanctionnés ? Est-ce que, par exemple, les dommages dus aux émissions de $CO_2$ sont interdits ? Et quelles violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont qualifiées de « graves » ? Pensez aux pays du Golfe, ou encore à l'Inde – faut-il complètement cesser ou sinon sanctionner le commerce avec des pays qui ont un système de castes ou qui n'emploient que des hommes dans certains secteurs d'activité et de production ?

le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait [...] retenir que peut être soumise au paiement d'une amende [...] la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis » (consid. 13).

88. Assemblée nationale, Travaux préparatoires de la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000030421923&type=general&legislature=14.

89. Voy. *supra*, cette section.

90. Art. 1er Loi Vigilance.

- quelles sont les mesures « raisonnables » ? Quand est-il possible qu'une mesure soit déraisonnable ? Le caractère raisonnable implique-t-il un standard de proportionnalité ?
- la loi est également silencieuse sur le contenu des mesures d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves qui sont jugées « appropriées » ;
- quelles sont les « parties prenantes » qui doivent être consultées ? Par exemple : s'agit-il des syndicats, des organisations de défense de l'environnement et des consommateurs, ou plutôt d'associations et partenaires sociaux, ou encore d'organisations non gouvernementales ? En outre, la consultation de ces parties prenantes non identifiées est-elle obligatoire ou facultative ? La façon dont la disposition est rédigée semble suggérer que la consultation n'est qu'une recommandation[91].

La loi clarifie toutefois les questions suivantes. Premièrement, elle explique que les fournisseurs directs aussi bien que les sous-traitants (c'est-à-dire fournisseurs de fournisseurs) sont visés par d'éventuels plans de vigilance. Il ne s'agit que des fournisseurs et sous-fournisseurs qui entretiennent une relation commerciale « établie », c'est-à-dire directe, avec la société concernée soumise au plan ou avec les entreprises qu'elle contrôle[92]. Le Conseil constitutionnel a précisé que ces mesures ne s'appliquent qu'à la partie des activités de ces fournisseurs et sous-traitants qui se rattache à la relation avec le groupe concerné[93].

Quel devrait être le « mécanisme d'alerte » requis ? Ici, la loi suggère qu'il s'agit de diligences raisonnables (*due diligence*) ayant vocation à s'assurer qu'ils ne présentent pas de risque en matière d'atteintes graves aux droits fondamentaux et à l'environnement. Ce processus impliquera que chaque maillon d'une chaîne de production ou d'approvisionnement faisant partie de la même société transmette l'ensemble des informations nécessaires pour s'assurer de ses processus internes de prévention des risques concernés afin que la société ne participe pas, par un de ses intermédiaires, à la violation des droits et libertés protégés par la loi Vigilance. La loi aussi bien que les travaux préparatoires sont toutefois silencieux quant à la forme ou le modèle du processus de ces diligences raisonnables[94].

91. *Ibid.*
92. Selon le titre II de l'article L 233-16 du Code de commerce français.
93. Il y a relation commerciale établie lorsque celle-ci a un caractère suivi, stable et habituel et où les parties peuvent raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial. Voy. art. L. 442-6-I-5° C. comm. La notion de la « relation commerciale établie » s'applique à toute relation commerciale, aussi bien à l'achat de biens que de services, et s'étend au-delà d'une relation purement contractuelle en couvrant toute forme de relation d'affaires. Voy. la décision 2017-750 DC du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017.
94. Assemblée nationale, Travaux préparatoires de la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000030421923&type=general&legislature=14.

Il convient donc d'observer que la mise en œuvre de la loi Vigilance semble être à la fois originale et problématique. En effet, d'un côté, la loi impose des obligations juridiques en matière de la RSE sur l'ensemble de la chaîne de production et d'approvisionnement des grandes entreprises, ainsi impliquant les responsabilités pénale et civile. Pourtant, ces obligations sont en même temps relativement vagues et indéfinies. Les effets possibles de cette loi sur le comportement exact des entreprises ne semblent pas avoir été correctement appréciés. Donc, la question de savoir si la loi améliorerait le respect des droits fondamentaux et réduirait les dommages environnementaux à l'étranger reste ouverte.

La loi autorise le Conseil d'État à émettre des décrets d'application qui peuvent apporter des clarifications et précisions à la loi. De tels décrets pourraient préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, aussi bien que d'ajouter des mesures plus précises à inclure dans le plan de vigilance. Ces décrets définissant à la fois la portée et la rigueur du régime des responsabilités civile et pénale des chaînes de valeurs contribueraient à accroître la sécurité juridique.

Si aucun décret n'est émis, le pouvoir judiciaire devrait faire face à une tâche ardue pour résoudre les problèmes qui surgiront inévitablement en appliquant la loi. Étant donné que la loi semble laisser beaucoup de discrétion aux juges, ces derniers seraient placés dans la situation plutôt délicate de devoir rendre des jugements de principe (ou même des jugements dits politiques) sans beaucoup d'orientation de la part du législateur.

La toute première plainte invoquant cette loi a été déposée en janvier 2018 au parquet de Paris pour pratiques trompeuses de *Samsung*[95]. À savoir, le 11 janvier 2018, deux ONG, *Peuples solidaires* et *Sherpa*, ont déposé une plainte avec constitution de partie civile à l'encontre de la maison mère *Samsung* et de sa filiale française, *Samsung Electronics France* (SEF), pour « pratiques commerciales trompeuses », et notamment, en matière de conditions de travail des ouvriers, visant à sanctionner l'écart important entre les engagements éthiques du groupe et les violations des droits fondamentaux des ouvriers qui auraient été constatées dans ses usines de Chine, du Vietnam et de Corée du Sud. En se basant sur la loi, les ONG ont soutenu que ces pratiques étaient en pleine contradiction avec les engagements éthiques dont le groupe *Samsung* fait un argument commercial et de réputation, et exige de ses fournisseurs la même conformité avec ces engagements[96]. Ce sont justement les engagements éthiques volontaires du groupe faisant partie des standards de la RSE discutés dans la section précédente et la réalité constatée (semaines à rallonge, travailleurs mineurs, travailleurs sous-payés, etc.) dans les fabriques de *Samsung* par les ONG de terrain qui contrastent[97]. Pourtant, en mars 2018, le

95. *Reuters*, « Plainte contre Samsung en France pour pratiques trompeuses », 11 janvier 2018, https://fr.reuters.com/article/topNews/idFRKBN1F00HT-OFRTP.
96. *Id.*
97. *Id.*

dossier a été classé sans suite, laissant pour le moment la question de l'application de la loi Vigilance sans réponse quelconque[98].

Vu les incertitudes concernant l'application de la loi Vigilance, la question de savoir si la nouvelle loi réduira la volonté des grandes entreprises de négliger des obligations sociétales strictes reste en suspens. En effet, étant très différentes des normes non contraignantes telles que les standards ISO 26000, et autres normes de la RSE, les obligations d'une vigilance rigoureuse peuvent réduire la flexibilité et étouffer l'innovation, et donc une partie des gains financiers. Étant donné que la loi impose des obligations de moyens et non pas de résultat, et que l'appréciation des risques, de mise en œuvre des obligations, aussi bien que des éventuelles sanctions semble vague, il n'est pas impossible que certains grands acteurs négligeront tout simplement de telles obligations sociétales strictes qui seront susceptibles d'avoir un impact financier négatif.

Le point important et définitivement positif est que le *devoir*, comme concept impliquant des obligations juridiques contraignantes (*liability*), et non pas *une responsabilité* non contraignante (*responsibility*) au sein et au travers des chaînes globales de valeur, n'avait jamais auparavant été aussi clairement défini par les juristes et les législateurs. Il semble que le législateur français a maintenant tenté d'opérationnaliser le concept à travers cette nouvelle loi. Nous avons donc non seulement une nouvelle pratique juridique, mais aussi une nouvelle doctrine qui se développe.

## IV. Règlement de l'Union européenne sur les minerais provenant de zones de conflit

Le 17 mai 2017, le texte d'un nouveau règlement sur la diligence raisonnable (*due diligence*) des chaînes globales de valeur a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne*[99]. Cette nouvelle législation, connue sous le nom de « règlement sur les minerais provenant de zones de conflit », s'appliquera au commerce de quatre minerais – l'étain, le tantale, le tungstène et l'or – dont la provenance est des zones de conflits armés ou passe par le travail forcé. Cette section présente le règlement (A), et ensuite elle discute la portée et la mise en œuvre du règlement (B) ainsi que quelques questions pratiques en particulier (C).

98. Sherpa, 25 juin 2018, https://www.asso-sherpa.org/samsung-sherpa-actionaid-france-deposent-plainte-constitution-de-partie-civile-contre-leader-mondial-smartphone.

99. Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, *J.O.*, L-130/1.

### A. *PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU RÈGLEMENT*

Le règlement est la contrepartie européenne de la législation des États-Unis sur les minerais de conflit, à savoir, la loi « Dodd-Frank » (notamment, l'article 1502 de la loi Dodd-Frank de 2010 sur la réforme de Wall Street et sur la protection des consommateurs) qui couvre les mêmes quatre minerais[100]. Dans une mesure plus large, le règlement de l'UE repose sur les principes directeurs préexistants du HCDH[101] et de l'OCDE[102], élaborés respectivement sur les questions des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, et sur les concepts de la responsabilité de la chaîne d'approvisionnement et de production et la diligence raisonnable en ce qui concerne les minerais de conflit[103]. Avec ce règlement, l'UE vise à aller au-delà des lignes directrices et impose une forme de responsabilité contraignante (*liability*) sur les chaînes de valeur pour les importateurs européens des quatre minerais.

Le règlement vise à empêcher que les minerais provenant des zones de conflit ne soient exportés vers l'UE et que les fonderies et les raffineries de l'UE s'abstiennent de les utiliser. Pour atteindre cet objectif, le règlement exige que les minerais en question soient importés dans l'UE à partir de « sources responsables », puisque le règlement est conçu pour « assurer la transparence et la sécurité en ce qui concerne les pratiques d'approvisionnement des importateurs de l'Union, ainsi que des fonderies et affineries qui s'approvisionnent en zone de conflit ou à haut risque »[104]. Comme il est difficile pour les consommateurs de savoir si un produit qu'ils ont acheté finance un conflit, des violations des droits de l'homme ou d'autres crimes dans les pays tiers, le règlement vise donc à combler ce vide.

Il convient de noter que la clause standard exigeant que, dans le cas de violations de la part des entreprises, le législateur national adopte des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées est absente du texte. En cas de manquement par une entreprise, la Commission a déclaré que si « un État membre constate une infraction au règlement de la part d'un importateur de l'UE, il (i) ordonnera à l'entreprise de

100. Commission européenne, « À la une : Règlement sur les minerais provenant de zones de conflit », 2017, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/index_fr.htm.
101. Conseil des droits de l'homme, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations unies », A/HRC/17/31, 2011.
102. Le guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, « OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas », 3e éd., 2016, http://www.oecd.org/corporate/mne/mining.htm.
103. Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, *J.O.*, L-130/1, titre 5.
104. Art. 1er, § 1er, *ibid.*

remédier au problème dans un délai imparti, et (ii) assurera un suivi approprié pour veiller à ce qu'elle le fasse »[105].

Ainsi, l'accent est mis sur la conformité et non pas sur la sanction. Les États membres sont libres d'imposer les peines qu'ils jugent appropriées. Le droit civil national et les responsabilités civiles peuvent donc s'appliquer à des violations qui constituent également des actes illégaux vis-à-vis des tiers. Ici, il convient de préciser que l'application du droit civil dépendra de chaque juridiction, comme nous avons déjà vu dans ce chapitre avec l'exemple français où la version finalement adoptée de la loi Vigilance exclut les alinéas prévoyant l'imposition des amendes civiles. Vu le fondement de cette décision, c'est-à-dire le principe de légalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la DDHC de 1789, exigeant qu'une sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse réprimer que des manquements définis en des termes suffisamment apparents et précis, il n'est pas clair si les sanctions civiles s'appliqueront en France sous le nouveau règlement de l'UE. En effet, si le Conseil constitutionnel français maintient que la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » aussi bien que du périmètre des acteurs et activités entrant dans le champ du plan de vigilance sont des termes insuffisamment clairs et précis pour que le droit civil français s'y applique, la mise en œuvre du règlement sur les minerais provenant de zones de conflit peut s'attendre à une réaction similaire.

### B. *PORTÉE ET MISE EN ŒUVRE DU RÈGLEMENT*

Bien que la portée du sujet du règlement soit confinée à seulement quatre éléments (minerais ou métaux), le champ d'application géographique potentiel du règlement est mondial. Contrairement à la loi Dodd-Frank, qui s'applique uniquement à la République démocratique du Congo (RDC) et à neuf pays voisins, le règlement sur les minerais des conflits couvre les marchandises provenant des opérations minières dans les « zones de conflit ou à haut risque » dans le monde entier[106]. De tels domaines comprennent des zones « en situation de conflit armé ou une zone fragile à l'issue d'un conflit, ainsi qu'une zone caractérisée par une gouvernance et une sécurité déficientes, voire inexistantes, telle qu'un État défaillant, et par des violations courantes et systématiques du droit international, y compris des atteintes aux droits de l'homme [...] »[107].

En d'autres termes, tous les pays qui exportent vers l'UE, qu'ils exportent des matières premières ou des métaux produits de ces quatre minerais, entrent potentiellement dans le champ d'application du régime de diligence raisonnable du règlement[108]. L'absence d'une liste positive de zones couvertes crée un risque d'incohérence

105. *Ibid.*
106. *Ibid.*
107. Art. 2, § f, *ibid.*
108. Commission européenne, « À la une : Règlement sur les minerais provenant de zones de conflit », 2017, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/index_fr.htm.

ainsi que des risques d'inconformité. La question de savoir si une région est une « zone de conflit » ou « à haut risque » nécessite une évaluation qui peut parfois produire des réponses plus ou moins ambivalentes[109].

Les entreprises seront donc confrontées à des risques de manquement si elles ne sont pas en mesure de déterminer avec certitude si une région particulière avec laquelle elles travaillent est à haut risque dans le sens du règlement. Cependant, deux dispositifs sont destinés à atténuer ces risques. Premièrement, la Commission a été chargée d'élaborer des lignes directrices (non contraignantes) pour les opérateurs économiques afin de créer la certitude et la cohérence entre les pratiques des opérateurs économiques, en particulier les petites et moyennes entreprises (PME) de l'UE[110]. Ces lignes directrices devraient expliquer la meilleure façon d'appliquer les critères d'identification des zones de conflit et à haut risque du règlement[111].

En outre, la Commission a été chargée de rassembler une liste des zones touchées par les conflits et à haut risque en fonction de l'analyse des experts[112]. Cette liste doit être mise à jour régulièrement. Les entreprises qui opèrent dans des zones de conflit qui ne figurent pas sur la liste doivent également respecter les obligations de diligence raisonnable. Ainsi, la liste aide, mais n'éliminera pas les risques d'incertitude et de manquement. Si une région figure sur la liste des zones de conflit et à haut risque, une entreprise sera probablement inclinée à la traiter comme telle, même si son évaluation suggère le contraire. Si une région n'est pas sur la liste, une entreprise pourrait soit éviter la région, soit effectuer sa propre évaluation. Dans tous les cas de figure, les sociétés-importatrices des minerais et produits concernés dans l'UE seront obligées d'appliquer une sorte de principe de précaution – au sens où, en cas d'informations insuffisantes, les opérations seront évitées complètement. Les effets positifs d'une telle précaution excessive sur le commerce européen aussi bien que mondial semblent plus qu'ambivalents.

109. Cela est surtout le cas de conflits armés intra-étatiques, où la frontière entre un conflit armé, une violence et un état à haut risque n'est pas si claire et facilement définissable, surtout en termes de droit international.

110. Commission européenne, « À la une : Règlement sur les minerais provenant de zones de conflit », 2017, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/index_fr.htm.

111. Voy. art. 14, § 1, du Règlement (UE) 2017/821.

112. En vertu de l'article 14, § 2, du règlement, la Commission chargera un groupe d'experts externes de dresser une liste des zones de conflit et à haut risque, qui sera régulièrement mise à jour. Cette liste : (i) sera indicative – elle donnera une indication des pays qui sont actuellement touchés par un conflit ou qui pourraient l'être ; (ii) ne sera pas exhaustive, mais basée sur l'analyse, par des experts externes, des lignes directrices et les autres informations disponibles provenant, entre autres, des universités et des mécanismes de devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement. Voy. Recommandation (UE) 2018/1149 de la Commission du 10 août 2018 concernant des lignes directrices non contraignantes pour l'identification des zones de conflit ou à haut risque et des autres risques pour la chaîne d'approvisionnement en vertu du règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil, pt 11.

Sur le plan géographique, le règlement affecte principalement les entreprises basées dans l'UE et opérant dans les industries qui utilisent les quatre minerais concernés pour fabriquer leurs produits. Ces industries incluent essentiellement les secteurs électronique, aérospatial, automobile et de la communication. Les entreprises de ces secteurs utilisent des minerais se situant potentiellement dans la portée du règlement pour fabriquer des produits tels que les ordinateurs portables, les téléphones, les voitures et les avions. Selon les estimations de la Commission, le règlement s'appliquera directement aux importateurs européens, soit entre 600 et 1.000 entreprises, et concernera indirectement environ 500 fonderies et affineries d'étain, de tantale, de tungstène et d'or, qu'elles soient implantées ou non sur le territoire de l'UE[113].

Similaire à la loi Vigilance française, le règlement prévoit que les importateurs européens de minerais ou de métaux en question doivent établir un programme de vérification préalable de toute la chaîne d'approvisionnement et conserver des documents démontrant le respect des obligations imposées par le règlement, y compris les résultats des vérifications indépendantes de tiers. La Commission clarifie que les entreprises qui pratiquent la diligence raisonnable doivent vérifier « à la source » puisqu'ainsi elles peuvent s'assurer qu'elles ne contribuent pas à financer un conflit ou d'autres pratiques « à haut risque »[114].

Le règlement requiert que les importateurs suivent les lignes directrices de l'OCDE en matière de diligence raisonnable, précitées, qui énoncent cinq étapes, à savoir : (i) établir des systèmes solides de gestion de l'entreprise ; (ii) recenser et évaluer les risques associés à la chaîne d'approvisionnement ; (iii) concevoir et mettre en œuvre une stratégie pour réagir aux risques recensés ; (iv) effectuer un audit indépendant mené par des tiers sur le devoir de diligence de la chaîne d'approvisionnement ; et (v) publier chaque année un rapport sur l'exercice du devoir de diligence concernant la chaîne d'approvisionnement.

Les importateurs concernés doivent également mettre en place « une chaîne de responsabilité ou un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement »[115]. Un tel système exige « (i) la description des minerais, y compris leur nom commercial et leur type ; (ii) le nom et l'adresse du fournisseur auquel s'est adressé l'importateur de l'Union ; (iii) le pays d'origine des minerais ; (iv) les quantités extraites et les dates d'extraction, le cas échéant, exprimées en volume ou en poids ; (v) lorsque les minerais proviennent de zones de conflit ou à haut risque, ou lorsque d'autres risques affectant la chaîne d'approvisionnement et énumérés dans le guide de l'OCDE sur le devoir de diligence ont été constatés par l'importateur de l'Union, d'autres informations conformément aux recommandations spécifiques pour les opérateurs économiques en amont du guide de l'OCDE sur le devoir de diligence, telles que la mine d'origine, les lieux où les minerais sont groupés, commercialisés ou transformés,

113. *Id.*
114. Voy. art. 5, § 1, pts a) et b), du règlement.
115. Art. 4, (f), Règlement (UE) 2017/821.

ainsi que les impôts, droits et redevances versés [...] »[116]. En somme, le respect du règlement exigera énormément d'information, de documents, et de vérification de la part des États membres, mais surtout des entreprises concernées.

### C. *Quelques questions pratiques*

Tout d'abord, il convient de noter que le volume et la diversité de données nécessaires pour respecter le règlement imposeraient des coûts considérables aux opérateurs réglementés. Toutefois, dans le scénario du « *business as usual* » des marchés concurrentiels, ces coûts supplémentaires pourraient inciter certaines entreprises à réduire les coûts ailleurs dans leurs opérations – notamment les salaires des travailleurs – ou pourraient entraîner des prix plus élevés. Par conséquent, la question des coûts de conformité soulèverait des problèmes des effets du règlement sur l'approvisionnement en minerais, comme cela a déjà été partiellement noté dans la sous-section précédente. Après tout, le législateur de l'UE souhaite protéger uniquement les fonderies, les raffineries et les utilisateurs de minerais responsables[117].

Ensuite, le règlement s'appliquera directement aux importateurs basés dans l'UE, que ce soit sous forme de minerais ou de produits transformés, dont les volumes annuels d'importation dépasseront les seuils bien définis – notamment les quantités de ces seuils seront définies à l'annexe I du règlement. Les fonderies et les raffineries sont soumises au règlement, mais il n'y a pas quantité de telles opérations sur le territoire de l'UE. Les importateurs des minerais ou métaux concernés sont également contraints, mais, contrairement à la loi Dodd-Frank, les utilisateurs en aval de ces minerais opérant au-delà de la phase des métaux, y compris les importateurs européens de produits finis contenant les minerais concernés, ne semblent pas être soumis au règlement[118]. Compte tenu de l'accent mis par le règlement sur les entreprises en amont et de l'exemption générale pour les entités en aval (sauf celles qui importent des produits au stade de métaux), certaines sociétés pourront être incitées à se relocaliser stratégiquement.

Finalement, l'article 17, (2), du règlement énonce qu'au « plus tard le 1er janvier 2023, et tous les trois ans par la suite, la Commission réexamine le fonctionnement et l'efficacité du présent règlement. [...] Cet examen permet d'apprécier la pertinence et la mise en œuvre de ces mécanismes de devoir de diligence et les effets du système de l'Union sur le terrain, ainsi que la nécessité de prendre des mesures obligatoires supplémentaires pour veiller à ce que le marché total de l'Union ait une influence suffisante sur la chaîne d'approvisionnement mondiale responsable pour

116. *Id.*
117. « Pour aider les entreprises, la Commission européenne établira une liste dite "blanche" des fonderies et affineries mondiales reconnues pour s'approvisionner de façon responsable ». Voy. Commission européenne, « À la une : Règlement sur les minerais provenant de zones de conflit », 2017, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/index_fr.htm.
118. *Id.*

les minerais ». Cela signifie que, par le réexamen, la Commission pourra ordonner aux États membres d'imposer des sanctions fermes en cas de non-respect persistant des obligations du règlement.

## V. Conclusions

Les entreprises multinationales détiennent une position particulière au sein de la création et le transfert des standards dits de durabilité et autres normes éthiques dans la réglementation formelle de toutes les juridictions, ainsi que dans la création de lignes directrices solides et quasi universelles pour les producteurs, que ce soit détaillants ou grossistes. Dans divers CGV, que ce soit des chaînes de production alimentaire ou d'automobiles, les détaillants ou les assembleurs de taille exigent du reste de la chaîne d'approvisionnement la certification par les standards reconnus, rationalisant et contrôlant ainsi des processus de production et des systèmes de qualité des fournisseurs. Une entreprise dominante de la chaîne ne recourt pas facilement à un fournisseur qui ne produit pas clairement selon des standards spécifiques, en raison des coûts de contrôle de qualité sur l'ensemble de la chaîne.

À la lumière de ce qui précède, les études sur les chaînes de valeur suggèrent que l'accès aux marchés occidentaux dépend de plus en plus de la participation à des réseaux de production globaux dirigés par des multinationales, et surtout des entreprises des pays les plus industrialisés, en suivant les standards et les normes non contraignantes établis, commandés, ou au moins « co-développés » par ces mêmes entreprises[119].

Pour les compagnies liées aux chaînes d'approvisionnement pour la fabrication originale de produits ou d'équipements, où la multinationale acheteuse donne toutes les spécifications aux entreprises contractantes (fournissant des assemblages et des pièces de rechange certifiées, par exemple), la certification du système de qualité est essentielle. Il est attendu des entreprises qu'elles prouvent la conformité aux standards de durabilité en démontrant l'efficacité dans les affaires et la satisfaction de la clientèle, mais aussi en montrant la responsabilité et la durabilité du processus de production et même de la façon dont l'entreprise est gérée. Le problème est que la conformité avec les standards de la responsabilité et la durabilité du processus de production établie essentiellement « sur papier » au travers de la certification durable ne correspond pas toujours à la réalité sur le terrain, surtout quand ces lieux se situent dans des économies non occidentales. L'affaire *Samsung* en France, précitée, en est un exemple illustratif.

119. Voy. T. Sturgeon, « Modular Production Networks: A New American Model of Industrial Organization », *Industrial and Corporate Change*, vol. 11, n° 3, 2002, pp. 451-96 ; M.A. Schilling et K. Steensma, « The Use of Modular Organizational Forms: An Industry-Level Analysis », *Academy of Management Journal*, vol. 44, n° 6, 2001, pp. 1149-68.

De tels standards globaux tels que l'ISO, en particulier l'ISO de la dernière génération, créent de nouvelles barrières d'entrée aux chaînes globales de valeur qui peuvent avoir des conséquences distributives, en posant ainsi des questions d'accès et de contrôle.

Le droit joue également un rôle crucial en conciliant le statut des relations entre les entreprises dominantes, les premiers fournisseurs et les commerçants au sein d'une chaîne d'approvisionnement au niveau international, et en les organisant selon des objectifs de durabilité ou de développement d'un pays, modifiant ainsi la logique même de la prise de décision au sein des CGV. En façonnant la relation entre les différents acteurs d'une chaîne de valeur, la politique économique intérieure d'un pays, un membre « platine » de l'OCDE pour la plupart, affecte également la répartition de la valeur le long de différentes juridictions et peut influencer la mesure dans laquelle les décisions d'approvisionnement prises par les sociétés transnationales, ainsi souvent définissant et orientant le développement national des pays du Sud.

Dans ce sens, la France a adopté une nouvelle loi, notamment la loi Vigilance discutée dans ce chapitre, qui est censée élever la responsabilité sociétale des entreprises faisant partie d'une chaîne de valeur au niveau des obligations juridiques contraignantes. La loi française et les autres réglementations et législations en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement, discutées dans ce chapitre, visent à éviter de placer un producteur alimentaire ou d'automobiles, un mineur, une fonderie ou un affineur responsables dans un pays avec une faible gouvernance ou dans une zone à haut risque dans une position concurrentielle désavantageuse.

Dans la pratique, cependant, les opérateurs responsables risqueront de faire face à des coûts plus élevés, car ils devront faire preuve de diligence raisonnable et fournir les preuves nécessaires pour pouvoir démontrer qu'ils sont en effet responsables, et ainsi ils pourront être autorisés à exporter vers l'UE. Ces coûts supplémentaires forceront probablement ces opérateurs soit à augmenter leurs prix, ce qui n'est pas une option viable sur les marchés concurrentiels, encore moins quand il s'agit des PME ; soit à réduire d'autres coûts, tels que les salaires des ouvriers (ou augmenter leur durée de travail tout en gardant le même salaire).

Des arguments standards souvent entendus du côté du commerce équitable, selon lesquels des prix plus élevés des opérateurs responsables représentent des salaires plus élevés pour les ouvriers ou travailleurs dans ces pays tiers où la production en amont est basée, ne sont pas toujours fondés. C'est-à-dire des prix plus élevés reflètent souvent des coûts de production plus élevés dus à l'obtention des données et la production de la documentation nécessaire pour une diligence raisonnable. Dans le cas du règlement de l'UE sur les minerais provenant de zones de conflit, le respect du règlement exigera de la part des entreprises concernées les volumes et la diversité de données nécessaires qui sont plus que considérables[120].

120. Voy. *supra*, sect. IV, B et C.

En poursuivant notre exemple du règlement de l'UE sur les minerais provenant de zones de conflit, il est possible qu'en limitant l'importation de ces minerais et produits concernés aux acheteurs responsables, l'UE présume qu'elle priverait les groupes rebelles de leurs revenus, et ainsi couperait le financement de ces groupes ce qui mettrait fin au conflit. Cependant, si les groupes rebelles perdent ces revenus miniers, ils ne changeront probablement pas de camp, de convictions ou d'intérêts, mais chercheront peut-être d'autres sources de revenus. Ces activités alternatives ne seront ainsi éventuellement pas moins problématiques d'un point de vue éthique. Pensez par exemple aux revenus provenant de la vente de types de bois protégés, d'animaux protégés, de substances addictives, de prostitution forcée et de traite des êtres humains. Chacune de ces activités crée un plus grand potentiel de violations des droits fondamentaux et de détérioration de l'environnement que l'exploitation des quatre minerais concernés.

En somme, d'un côté, la loi Vigilance aussi bien que le règlement de l'UE sur les minerais de conflit, et d'autres législations les plus récentes étudiées dans ce chapitre, imposent des obligations juridiques en matière de la RSE sur l'ensemble de la chaîne de production et d'approvisionnement des entreprises travaillant à échelle mondiale, ainsi impliquant la responsabilité pénale et civile. De l'autre côté, étant donné que cette nouvelle législation impose des obligations de moyens et non pas de résultat, et que l'appréciation des risques, de la mise en œuvre des obligations, aussi bien que des éventuelles sanctions semble vague, il n'est pas impossible que certains grands acteurs visés négligeront tout simplement de telles obligations sociétales strictes qui réduiront leurs chiffres d'affaires.

De surcroît, les obligations de la nouvelle législation – française et communautaire – examinées en détail sont de nature vague et indéfinie. Les effets possibles de cette législation sur le comportement exact des entreprises ne semblent pas avoir été correctement appréciés. Donc, la question de savoir si la législation améliorerait le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et réduirait les dommages environnementaux dans les pays tiers reste encore ouverte.

Finalement, si dans les mois et les années qui viennent, les législateurs respectifs n'apportent pas davantage de clarifications et précisions aux législations nationales et européennes concernées, c'est aux juges nationaux et communautaires qu'il reviendrait de résoudre les problèmes qui surgiront inévitablement en appliquant la législation. Étant donné que cette dernière semble laisser beaucoup de discrétion aux juges, ils seront alors amenés à rendre des jugements assez « politiques ». La plainte du janvier 2018 au parquet de Paris contre *Samsung* basée sur la loi Vigilance invoquait la contradiction des engagements RSE auxquels le groupe *Samsung* adhère lui-même avec des pratiques du groupe dans les fabriques en Asie ne respectant pas les droits fondamentaux documentés par des ONG de terrain. Le jugement étant évidemment attendu, l'affaire a été classée sans suite en mars 2018, nous laissant avec encore plus de questions et sans aucune réponse. En outre, il convient d'observer que le contenu de cette plainte démontre justement que la conformité avec les engagements volontaires de durabilité, impliquant les formalités administratives de

la certification durable, ainsi que la préparation et l'émission de tous les documents nécessaires, ne garantit point une conformité, et même un respect basique des droits fondamentaux et principes éthiques sur le terrain – surtout quand il s'agit de production dans des pays non occidentaux.

Un point plutôt positif est que le devoir impliquant des obligations juridiques contraignantes, et non pas la responsabilité non contraignante au sein et au travers des chaînes globales de valeur, n'avait jamais auparavant été aussi clairement défini par le législateur ni la doctrine. Aujourd'hui, nous avons de nouvelles théories et pratiques juridiques du devoir et de la responsabilité contraignante dans des chaînes globales de valeur qui sont en développement.