

CHAINE D'APPROVISIONNEMENT ET RESPONSABILITE

Des moyens juridiques pour lier les sociétés mères

DOCUMENT DE TRAVAIL

Novembre 2007

Yann Queinnec

Sous la direction de William Bourdon, Président de Sherpa
Avec la participation de Marie-Caroline Caillet, Joseph Breham, Géraldine Bacri, Claire Menage et Nedji Mokrane

TABLE DES MATIERES

ABSTRACT	3
INTRODUCTION	6
1 PROBLEMES JURIDIQUES INDUITS PAR LA CHAINE D'APPROVISIONNEMENT	
1.1 Les obstacles liés à l'autonomie juridique des acteurs de la chaîne d'approvisionnement	8
1.1.1 Les problèmes liés à la compétence et à la loi applicable	8
1.1.2 Proposition de solution	9
1.2 La notion de groupe de sociétés	10
1.2.1 Tentative de définition du périmètre d'un groupe	10
1.2.2 Les outils permettant de lever le voile de la personnalité	11
1.2.2.1 Les critères applicables en droit de la concurrence	12
1.2.2.2 Les critères applicables en droit de la faillite	13
1.3 Chaîne d'approvisionnement externe au groupe	14
1.3.1 Définition du périmètre de la chaîne d'approvisionnement externe au groupe	14
1.3.2 Dispositifs de transparence existant	15
1.3.2.1 Sécurité alimentaire et droit européen	16
1.3.2.2 L'industrie du bois	16
1.3.2.3 L'industrie du diamant	17
2 IDENTIFICATION DES CONCEPTS JURIDIQUES UTILES	
2.1 Les obligations primaires	19
2.1.1 Les obligations primaires de nature conventionnelle	19
2.1.2 Les obligations primaires de nature contractuelle	20
2.1.2.1 Les clauses contractuelles et la chaîne d'approvisionnement	20
2.1.2.2 Proposition de solution	21
2.2 Les obligations secondaires	21
2.2.1 L'obligation de prévention	21
2.2.2 L'obligation de réparation	22
2.2.2.1 L'abus de droit	22
2.2.2.2 L'engagement unilatéral	23
2.2.2.2.1 Description du concept	23
2.2.2.2.2 Application aux engagements éthiques	23
2.2.2.3 Abus de droit et code de conduite	25
2.2.3 Les règles d'interprétation	27
2.2.4 Les outils de résolution des litiges	28
2.2.4.1 L'anticipation des litiges	28
2.2.4.2 La résolution des litiges	28
3 EVALUATION DES PROPOSITIONS	
3.1 Adidas et la procédure OCDE de circonstance spécifique	29
3.2 Le groupe Nike et la publicité mensongère	31
CONCLUSION	33
ANNEXES	34

ABSTRACT

This working document is the logical extension of the previous one, which attempted to redefine the liability regime for a group of companies.¹ After having examined the issue of seeking ways to make parent companies liable for the actions of their subsidiaries, the present document now examines the relationships that exist between a company and its commercial partners who are involved in the supply chain.²

The development which follows therefore aims to establish legally relevant criteria which will make it possible to oblige parent companies to **prevent** and **repair** damage perpetrated by partners who are involved in the supply chain (other entities in the group, suppliers, sub-contractors, agents, etc). Clearly, this can only be envisaged if it can be proven that the company could have contributed to these being avoided if it had fully exercised its influence.

The approach taken in this working document is as follows:

- firstly, **identification of the major legal problems** relating to the supply chain environment (1);
- secondly, **identification of useful legal concepts** which will enable direct liability of parent companies with respect to a supply chain to be apprehended (2);
- thirdly, **test of the proposals** with concrete cases (3).

¹ Cf our developments in the paper *Redefining corporation – How new EU Corporate Liability Rules could help?*, section 1.2.2.2 [September 2007].

² Version 3 of the Guidance provided in the "Global Reporting Initiative" (GRI) which suggests standardisation of the content of sustainable development reports published by companies, defines the limits of accountability for corporate social responsibility as follows: "...The limits of any sustainable development report should extend to include all entities with existing or potential measurable impacts on sustainability and/or over which the organisation exercises significant control or influence in terms of policies and financial and operational practices." (GRI 3, 2006, p.14) [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise: la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.4 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

1. IDENTIFICATION OF THE MAJOR LEGAL PROBLEMS RELATING TO THE SUPPLY CHAIN

Among others definition of the notion of supply chain we can retain is "a set of three or more entities (organizations or individuals) directly involved in the upstream and downstream flows of products, services, finances, and/or information from a source to a customer."³

Catching parent company liability through its supply chain generates obstacles linked to the notion of "**corporate veil**" and the need of **transparency** within complex supply chains.

Corporate veil - The paper will study already existing legal tools which enable the veil to be lifted on incorporation and thus make a parent company accountable.

Among others, competition law and bankruptcy law aim to ensure fair competition and the protection of the interests of adversely affected partners and third parties. We believe that interests affected by the negative externalities of multinational corporations in the course of their supply chain also fulfil these conditions. On the one hand, the aim is to ensure fair competition between companies (particularly those who have expressed ethical commitments), while on the other hand the aim is the prevention and reparation of social and environmental damages.

While we deem these objectives to be similar, they both apply to the extremely complex environment of the supply chain, which must be circumscribed in law.

Transparency within supply chain - Through the study of existing mechanisms (in matter of food safety, wood and diamond industries) the paper argues that the existence of several traceability and labelling procedures demonstrates that it is perfectly possible for the parent company to be fully aware of the supply chain, regardless of how long it is.

³ Journal of Business Logistics, Vol.22, No.2, 2001, *Defining Supply Chain Management* by John T. Mentzer The University of Tennessee, William DeWitt The University of Maryland, James S. Keebler St. Cloud State University, Soonhong Min Georgia Southern University, Nancy W. Nix Texas Christian University, Carlo D. Smith The University of San Diego and Zach G. Zacharia Texas Christian University.

While the perimeter of the obligation of transparency and the related liability rules differ depending on the procedures used, the obligation of transparency itself is vital because, when correctly applied, it demonstrates the following:

- **the existence of a direct influence of operators on their supply chain;**⁴
- **recognition that operators are subject to obligations of precaution and prevention.**

By extension, we consider that the safeguarding of the interests of third parties who have been victims of violation of environmental and/or human rights should legitimately benefit from such transparency measures.

The above points demonstrate that any attempt to improve the rules of the game will involve responding to the two following issues:

- 1. the need to overcome the legal obstacles relating to the legal autonomy² of supply chain stakeholders** ⇒ we believe that setting up a genuinely binding social and environmental reporting obligation for which the parent company is liable would remedy this problem. It would 1) ensure that the parent company's home country courts have jurisdiction and 2) oblige the company to prevent and repair damage generated throughout the supply chain.
- 2. On what legal basis can the liability of parent companies be sought with respect to a supply chain?** While the points above make the case for imposing greater transparency on the part of current companies with respect to their supply chain, ways of actually making it liable must

⁴ This cause-and-effect relationship between a certification procedure and the influence exercised by the expediting company over the companies that fall within the scope of such procedures is also recognized by some OECD National Contact Points, as Cornelia Heydenreich points out: "Some National Contact Points emphasise, especially Chapter 10 of the explanatory notes of the Guidelines, which directly concerns supplier's relations. The representatives emphasise potential realisation of 'direct influence' rather than of investments. Though direct investments may result in increased control and may imply direct influence, **direct influence can also result from the other circumstances: from market power or other corporate practices such as certification or systems that allow detailed tracking of a product following the supplier chain.** (...) There are also other corporate practices to exert control over companies: This is the case, if the supplier is made responsible for specific performances such as compliance with quality standards." [in *Where is the Limit to Corporate Responsibility? Trade Relations and Supply Chain Responsibility of Multinational Enterprises* - Germanwatch, 2004, pages 23ff].

also be identified. This is the aim of section 2, which aims to identify rules enabling both external commercial partners and third-party victims to institute direct proceedings against the parent company.

2. IDENTIFICATION OF USEFUL LEGAL CONCEPTS

The paper will use the distinction between primary and secondary obligations.

PRIMARY OBLIGATIONS

We have distinguished two categories of primary obligations:

1. Conventional obligations

Over and above the debate relating to the direct application to companies of certain international norms protecting fundamental rights (PIDCP, PIDESC, OECD Guidelines) it is commonly acknowledged that companies must respect the ECHR and certain ILO conventions or face direct legal action on the part of victims.

2. Contractual obligations

The EU could impose measures similar to those which exist in French law governing construction and public works:

- requiring subsidiaries and their first-line external partners to have all external partners approved by the parent company and inform the latter of the agreed contractual terms and conditions;
- imposing an obligation of oversight on parent companies requiring them to ensure that their subsidiaries and first-line external partners have properly complied with their obligations of information to the former.

We hold that measures of this kind have the merit of clarifying the limits of obligation of social and environmental reporting and extending these to governing the supply chain perimeter.

SECONDARY OBLIGATIONS

We have thus identified two fundamental secondary obligations relating to the **abuse of law** and **unilateral commitment**, which could be applied in several ways at the level of the European Union such that victims could take direct legal action against parent companies:

1. Precaution and Prevention

The importance of an obligation of information and the effects generated by the proposed reinforced obligation of reporting must be borne in mind in this respect. Such an obligation to report risks and the occurrence of damage in environmental and social terms should encourage parent companies to take all necessary means to prevent these. The issue for companies will be to anticipate any abuse of law and/or violation of their unilateral commitment.

2. Reparation - 4 levels of proceedings

Proceedings by competitors - We suggest that a new anti-competitive practice should be incorporated into competition law, defined as *acting contrary to commitments expressed in individual and/or corporate codes of conduct*.

Proceedings by external partners (sub-contractors / Suppliers) - the combination of the notions of abuse of law and unilateral commitment opens up avenues of civil liability proceedings against parent companies on the part of *external partners* who have been the victims of contractual conditions which do not enable them to fulfil their commitments, specifically to fulfil parent companies' own ethical commitments by which they are usually contractually bound. Proceedings of this type would be possible for the purposes of a recursory action if the sub-contractor has been held liable and been required to compensate for damages relating to the violation of a primary obligation. This would encourage multinational corporations to ensure that the terms of contract throughout their supply chains complied with the motion of a **sustainable contract**. Following this reasoning, it is quite conceivable that **employee representatives** from sub-contracting companies could launch such proceedings against the parent company of the prime contracting group.

Proceedings by third party victims - the benefits of an obligation of reporting combined

with the civil and criminal liability regime put forward in the previous working document should be borne in mind in this respect. This would enable civil or criminal liability proceedings to be initiated by victims against the parent company, with equitable arrangements as regards the burden of proof. In this respect, victims would fulfil the commonly accepted definition of **stakeholders**.

Consumer proceedings - in addition, it would be worth explicitly stating that *violation of a code of conduct can be understood as misleading or false advertising*. If consumer associations were able to initiate proceedings of this nature, this should have a significant impact, encouraging companies to adjust their practices throughout their supply chain.

The paper will also present various:

- **rules of interpretation** (good faith, constructive knowledge, legitimate expectations, *gestion en bon père de famille*, etc.). The use of these rules would namely avoid the current discretionary interpretation of CSR standards by multinational companies.
- **routes for dispute anticipation** (role of SRI, rating agencies, statutory auditors, financial market authorities) and **resolution** (referring namely to the role of OECD National Contact Points).

Note - All studies⁵ relating to procedures for controlling supply chains in all sectors of business, conclude that there is no legally efficient system guaranteeing the application of national and international standards. This document aims to suggest ways of filling this gap.

⁵ Several initiatives have been taken in the toy-making, electronics and shoe manufacturing industries with respect to the sub-contracting chain, including the following: Electronic Industry Code of Conduct (EICC), Ethical Trade Initiative (ETI) - *footwear and apparel elements*, Fair Labor Association (FLA), International Council of Toy Industries (ICTI), Social Accountability International Standard and Verification System (SA 8000), Worldwide Responsible Apparel Production (WRAP) *Meaningful change – Raising the Bar in Supply Chain Workplace Standards*, November 2006 drawn up by John Ruggie http://www.ksg.harvard.edu/mrcbg/CSRI/publications/workingpaper_2_9_casey.pdf. See also Richard Locke, Thomas Kochan, Monica Romis and Fei Qin, *Au-delà des code de conduite: l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike*, *Revue Internationale du Travail*, vol. 146 (2007), n°1-2, ILO.

INTRODUCTION

Ce document de travail constitue le prolongement logique du précédent consacré à la redéfinition du régime de responsabilité au sein d'un groupe de société. En effet, après s'être attaché à la recherche de moyens de responsabiliser la société mère pour les activités de ses filiales, le présent document s'intéresse aux relations entretenues par une société avec ses partenaires commerciaux intervenant dans la chaîne d'approvisionnement.⁶

Les développements qui suivent entendent donc établir des critères, juridiquement pertinents, permettant d'obliger une société mère à **prévenir et réparer** les dommages perpétrés par ses partenaires impliqués dans la chaîne d'approvisionnement (autres entités du groupe, fournisseurs, sous-traitants, agents, etc). Evidemment, ceci n'est envisageable qu'à la condition qu'il soit établi qu'elle aurait pu contribuer à les éviter en exerçant pleinement son influence.

Il n'est pas inutile à ce stade de se demander s'il est légitime voire même équitable de rechercher la responsabilité de la société mère? Selon-nous la réponse est positive. Principalement car une entreprise multinationale raisonne et agit aujourd'hui de façon globale, et son activité s'organise au travers des multiples entités qui la composent. Ce *modus operandi* largement répandu se traduit paradoxalement d'une part, par un éloignement et une autonomisation des structures du groupe⁷ et d'autre part, par une globalisation des achats, des campagnes marketing, des profits et des engagements éthiques qui sont exprimés à l'échelle du groupe. Ainsi, même dans une tendance à

⁶ Les lignes directrices de la « *Global Reporting Initiative* » (GRI) qui proposent une normalisation du contenu des rapports de développement durable publiés par les entreprises, définissent ainsi, dans la version 3, le périmètre de reddition sur la responsabilité sociale de l'entreprise : « ...Les limites d'un rapport de développement durable doivent s'étendre à toutes les entités qui produisent des impacts appréciables (réels ou potentiels) sur la durabilité et/ou sur lesquelles l'organisation exerce un contrôle ou une influence significative en matière de politiques et pratiques financières et opérationnelles... » (GRI 3, 2006, p.14) [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.4 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

⁷ Le contrôle de l'entreprise réseau qui résulte des nouvelles formes d'organisation de la production s'inscrit dans cette dernière approche. « Les entreprises réseaux sont des organisations décentralisées, composées par des centres de production et/ou de décisions relativement autonomes » (Mariotti, 2005, p.21) [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.13 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

l'autonomisation grandissante des filiales, la société tête de groupe exerce une influence majeure sur la conduite des opérations et en récolte les fruits (par la remontée des dividendes mais aussi par le jeu des management fees et prix de transfert).

Une fois ce constat réalisé, vient la recherche de solutions juridiques. C'est ici que réside une des difficultés majeures de l'exercice. Quels fondements juridiques peuvent justifier qu'un partenaire externe (**contractant**), quelque soit son rang ou encore un **tiers** victime puisse réclamer des dédommagements à la société-mère ? Le premier n'entretenant des relations qu'avec une filiale du groupe (partenaire de 1^{er} rang) ou avec un autre partenaire externe au groupe (partenaire de 2nd rang ou plus) et le second (tiers) n'ayant pas de relation directe, à l'exception notable des codes de conduites dont ils sont généralement destinataires.

Cette problématique introduit la notion de « sphère d'influence » dans le champ d'analyse, concept essentiel dénué de définition juridique. Observons qu'elle figure à l'article 1 des normes adoptées le 13 août 2003 par le Conseil économique et social de l'ONU⁸ ainsi que dans le mandat du Professeur John Ruggie désigné en 2005 en qualité de représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme, des sociétés, transnationales et autres entreprises.⁹

La démarche poursuivie dans ce document de travail consiste :

- dans un premier temps, à **identifier les problèmes juridiques majeurs** liés au contexte de la chaîne d'approvisionnement (1) ;
- dans un second temps, à **identifier les fondements juridiques** qui permettent d'appréhender la responsabilité directe de la société mère dans un contexte de chaîne d'approvisionnement (2) ;
- puis à **tester les propositions** sur la base de cas concrets (3).

⁸ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2.003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2.003.12.Rev.2.En).

⁹ Point (c) de la Résolution 2005/69 : « To research and clarify the implications for transnational corporations and other business enterprises of concepts such as 'complicity' and 'sphere of influence' » [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/28/PDF/G0611028.pdf?OpenElement>].

La détermination de ces critères impose évidemment un regard pragmatique sur l'organisation actuelle du commerce mondialisé. Les difficultés résident dans la complexification des structures d'entreprises et des schémas contractuels. En outre, les obstacles résultent de logiques de marché qui ne favorisent pas la construction de relations contractuelles pérennes,¹⁰ et génèrent des obstacles culturels.¹¹

Enfin, l'attitude des consommateurs est partie intégrante du problème comme l'illustre l'effet 4:40 selon lequel la plupart des produits dits « écologiques » tentent d'accéder entre 1 et 4 de part de marché. Ce rapport résulte du constat que si environ 40% des adultes sont convaincus de l'intérêt de consommer de tels produits, environ 4% seulement le traduisent en pratique.¹² Il est permis de considérer qu'une telle attitude des consommateurs résulte en partie de l'absence de règles du jeu claires leur permettant de distinguer les entreprises vertueuses des autres.

Cet état de fait empêche à ce jour les entreprises authentiquement engagées dans une démarche responsable d'en tirer l'avantage

¹⁰ Le fournisseur va, en général, privilégier la contrainte la plus forte (Abernethy et Chua, 1996); si les contrôles en matière de RSE ne sont pas très contraignants, la conformité deviendra purement formelle (Aubergier *et al.*, 2005). Cette logique de marché entraîne également une mise en concurrence et des changements fréquents de fournisseurs; si les relations ne sont qu'à court terme, il est impossible de construire un apprentissage durable de la RSE avec les fournisseurs. En d'autres termes, lorsque le contrôle inter-organisationnel économique obéit à une logique de marché, le contrôle RSE ne peut être mis en œuvre que symboliquement; si la famille de fournisseurs peut entraîner des risques de réputation importants, le contrôle deviendra bureaucratique, l'influence reste symbolique, avec une conformité *a minima* du fournisseur sans évolution notable de ses pratiques. [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.16 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

¹¹ Le contrôle inter-organisationnel est mis en œuvre avant tout par les acteurs opérationnels : acheteurs ou responsables de business units. Les systèmes d'incitation de ces acheteurs et leur culture sont très éloignés du développement durable et de la RSE. Leur formation et leur métier reposent sur la culture de l'efficacité technique et économique; pour beaucoup d'entre eux, les critères environnementaux, mais surtout les critères sociaux au-delà des législations, ne font pas partie des exigences « normales » de l'approvisionnement. La notion de coût global n'est pas un critère dans leurs décisions. Ils ne souhaitent pas faire de l'ingérence chez leur fournisseur, augmenter un niveau d'exigence et de contrôle déjà élevé et rendre la négociation encore plus tendue. De plus, leur système d'incitation repose sur des critères économiques de marge, donc ils ne souhaitent en aucun cas concéder une augmentation de prix pour obtenir une meilleure qualité RSE. Dans une enquête auprès des directeurs achats de 38 grandes entreprises françaises, O.Bruehl et O.Menue, (2006) l'évaluation des performances individuelles et collectives ne comporte la dimension développement durable que chez 10% des entreprises interrogées. Dans les entreprises pro-actives que nous avons rencontrées, des formations de sensibilisation des acheteurs démarraient mais les systèmes d'incitation et d'évaluation des acheteurs restaient basés sur des critères économiques (marge, qualité, délais). [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.17 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

¹² Ashok Ranchhod et Călin Gurău *Marketing Strategies – a contemporary approach*, p. 113, 2007, Prentice Hall Financial Times.

concurrentiel légitimement attendu. En ce sens, établir des règles plus claires et plus strictes constitue une réponse pour **rétablir des conditions de concurrence loyale** et permettre aux entreprises d'atteindre ce qui est communément désigné comme la « **triple bottom line** » : i.e. l'intégration dans les objectifs de l'entreprise des trois objectifs généralement assignés au développement durable : prospérité économique, justice sociale et qualité environnementale.¹³

Remarque - L'ensemble des études¹⁴ portant sur les dispositifs de contrôle des chaînes d'approvisionnement, tous secteurs confondus, concluent à l'absence de système juridique efficace garantissant l'application des normes nationales et internationales. Le présent document entend apporter des propositions pour combler ce vide.

1 PROBLEMES JURIDIQUES INDUITS PAR LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT

Contraintes liées à l'absence de définition précise des concepts

La notion de chaîne d'approvisionnement se définit généralement comme « le réseau global servant à fournir des produits et services des matières premières jusqu'aux clients finals à travers un flux rationalisé d'information, distribution physique, et argent »¹⁵. D'autres la définissent comme « a set of three or more entities (organizations or individuals) directly involved in the upstream and downstream flows of products, services, finances, and/or information from a source to a customer. »¹⁶

¹³ L'introduction de critères environnementaux et sociaux dans le contrôle de la gestion de la relation fournisseur fait entrer la RSE au cœur de l'activité économique, il n'est donc pas étonnant que les objectifs de rentabilité dominent et que les freins soient si importants dès qu'il y a un conflit entre les objectifs de la « triple bottom line ». [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.17 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

¹⁴ Plusieurs initiatives ont été prises dans le secteur des jouets, de l'électronique ou de la chaussure en matière de chaîne de sous-traitance comme par exemple : Electronic Industry Code of Conduct (EICC), Ethical Trade Initiative (ETI) - *footwear and apparel elements*, Fair Labor Association (FLA), International Council of Toy Industries (ICTI), Social Accountability International Standard and Verification System (SA 8000), Worldwide Responsible Apparel Production (WRAP) *Meaningful change – Raising the Bar in Supply Chain Workplace Standards*, novembre 2006 préparé pour John Ruggie http://www.ksg.harvard.edu/mrcbg/CSRI/publications/workingpaper_2_9_casey.pdf, Richard Locke, Thomas Kochan, Monica Romis et Fei Qin, *Au-delà des codes de conduite: l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike*, Revue Internationale du Travail, vol. 146 (2007), n°1-2, OIT.

¹⁵ Dictionnaire de l'APICS, American Production and Inventory Control Society

¹⁶ Journal of Business Logistics, Vol.22, No.2,2001, DEFINING SUPPLY CHAIN MANAGEMENT by John T. Mentzer The University of Tennessee,

Cette définition fait référence à la notion de réseau d'entreprises. Elle inclut à la fois les sociétés organisées au sein d'un groupe intégré (groupe de sociétés, 1.2) et les sociétés externes au groupe (ci-après désignées « *partenaires commerciaux* ») auxquelles ce dernier fait appel pour s'approvisionner en produits et services ou sous-traiter des travaux et services (1.3). Toute tentative d'amélioration des règles de responsabilité au sein de la chaîne d'approvisionnement impose au préalable de s'arrêter sur ces deux composantes. Il s'agit d'en délimiter le périmètre, d'identifier les obstacles et les moyens de les contourner. Mais avant cela, il est indispensable d'identifier les contraintes associées à l'autonomie juridique des acteurs de la chaîne d'approvisionnement (1.1).

1.1 Les obstacles liés à l'autonomie juridique des acteurs de la chaîne d'approvisionnement

1.1.1 Les problèmes liés à la compétence et à la loi applicable¹⁷

La majorité des affaires impliquant des entreprises multinationales posent un problème en matière de compétence juridictionnelle (quel juridiction ou forum est compétent pour juger de l'affaire ?).¹⁸

Lorsqu'un dommage a lieu à l'étranger mais que l'une des sociétés se situe par exemple en

France, les règles de droit français ne s'appliquent pas automatiquement. Le juge doit d'abord vérifier au regard des textes internationaux, européens et français s'il est compétent pour trancher ce litige et ensuite vérifier quelle loi va s'appliquer au litige.

Dans cet exemple, le risque est pour la loi française de perdre toute son efficacité face aux groupes de sociétés. En effet, si le législateur ne prévoit pas de moyens d'établir une présomption de faute sur la société mère et ne précise pas que le non respect de cette obligation de *reporter* est constitutif d'une faute, alors le risque sera que les entreprises continueront d'échapper quasi systématiquement à leur responsabilité en cas de dommage puisque la loi française ne s'appliquera pas au litige, le fait générateur de responsabilité se trouvant alors à l'étranger.

En effet, si le juge français est saisi par une personne non domiciliée en France pour un dommage subi à l'étranger, le juge français pourra tout de même être compétent au regard des règles de compétence européennes.¹⁹ Il devra alors déterminer quelle loi appliquer au litige. Selon que le nouveau règlement européen Rome II²⁰ s'applique ou qu'à défaut

¹⁹ Art.5-3 du Règlement Bruxelles I 44/2001 et la jurisprudence qui en découle, offrent au demandeur à l'action en responsabilité délictuelle le choix de saisir le juge du pays où a eu lieu le dommage ou le juge du pays où a eu lieu le fait générateur du dommage. Ainsi, si le fait générateur du dommage est la faute commise par la société mère dans la non remise du rapport, le fait générateur se situe bien en France et le juge français est compétent. La proposition d'ajouter la notion de faute dans l'article L.225-102-1 du code de commerce prend alors tout son sens.

²⁰ Depuis le 11 juillet 2007, la règle de conflit de loi du juge français en matière délictuelle est le règlement européen 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II ». La règle de principe de ce règlement, posé par l'article 4-1 est la **loi du lieu du dommage, indépendamment de la loi du lieu du fait générateur**. Le problème posé par les délits complexes est donc réglé. Quelques exceptions viennent tout de même atténuer cette règle générale. En matière **environnementale** notamment, le demandeur à l'action en responsabilité délictuelle aura pour autant la possibilité de **choisir entre la loi du lieu du dommage ou la loi du lieu du fait générateur**. Un doute subsiste pourtant concernant le **champ d'application du règlement**. En effet, l'article 2-d précise que « les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés (...) telles que (...) la responsabilité personnelle des associés et des organes pour des dettes de la société (...) ou de la personne morale (...) » sont exclues du champ d'application du règlement. Ainsi, si l'on considère que le règlement s'applique à une action en responsabilité contre une société pour violation de son obligation de *reporting* ayant entraîné un dommage, la loi applicable dictée par le règlement sera la loi du lieu du dommage qui dans le cas d'un groupe de sociétés, aura de très grande chance d'être à l'étranger. La protection voulue par le législateur français deviendra donc inefficace. Si l'on considère en revanche que le règlement ne s'applique pas, alors le juge français saisi et compétent devra alors appliquer la règle de conflit de lois française qui, bien que jurisprudentielle et donc moins précise, laisse le choix au demandeur entre la loi du lieu du dommage et celle du fait générateur, laissant ainsi le soin au défendeur de démontrer que le litige a des liens plus étroits avec le lieu du dommage. Laisser le choix au demandeur entre la loi du lieu du demandeur et celle du défendeur n'assure peut-être pas une prévisibilité judiciaire satisfaisante mais garantie en tout cas au demandeur de pouvoir bénéficier de la loi la plus favorable en matière de responsabilité et ce, surtout lorsque le lieu du dommage se situe

William DeWitt The University of Maryland, James S. Keebler St. Cloud State University, Soonhong Min Georgia Southern University, Nancy W. Nix Texas Christian University, Carlo D. Smith The University of San Diego and Zach G. Zacharia Texas Christian University.

¹⁷ We could also use the term "forum shopping" which is the informal name used by litigants; it refers to the choice plaintiffs have in international litigations to choose the country where the litigation will take place.

¹⁸ Thor Chemicals Holding Ltd/ Desmond Cowley case: Thor manufactured mercury-based chemicals in South Africa. In February 1992, several cases of poisoned workers were reported. 20 workers sued the parent company, based in England and its chairman Desmond Cowley, before the English High Court. The claimants alleged that the company had been negligent in its operation, supervision and monitoring as it had failed to protect the South African workers against the foreseeable risk of mercury poisoning. Thor raised the forum non conveniens defence, but the judge rejected its application and recognized the connection between the claim and England. In the RTZ case the main legal issue was again the forum one. A claim was brought by Mr. Connelly, a cancer victim employed at RTZ's Rossing uranium mine in Namibia, before the English Court. The defendant, RTZ, argued that England was not the appropriate forum. The claimant had therefore to prove why justice could not be done in the Namibian forum. The English judge stated that the appropriate forum was England as the claimant would not have been able to have access to the Namibian court because of lack of financial assistance there. Even though those two cases ruled in favour of the claimants, the existence of this doctrine does not provide sufficient predictability of outcome as the decision regarding jurisdiction is a matter of the judge's discretion.

ce soit les règles de conflit de loi françaises, le juge pourra appliquer la loi du pays où se situe le fait générateur du dommage. **Si l'on considère donc que la société mère n'a pas rempli son obligation de reporting, ce qui est à l'origine du dommage car elle n'a rien fait pour l'éviter, la loi française pourra alors s'appliquer.**

Nous renvoyons pour plus de détails au document de travail précédent.²¹

1.1.2 Proposition de solution

Le besoin d'éviter les obstacles juridiques liés aux règles du droit international privé

– nous estimons que l'établissement d'une obligation réellement contraignante de reporting social et environnemental pesant sur la société mère permet de répondre au problème. Cette réponse s'articulerait en deux temps qui ont fait l'objet du paper précédent :²²

- tout d'abord imposer à la société mère de rendre compte de son impact social et environnemental à l'échelle du groupe et déclarer que toute violation de cette obligation est constitutive d'une faute susceptible d'entraîner la mise en cause de sa responsabilité par un tiers ;
- puis établir un schéma permettant aux victimes de mettre en cause la responsabilité civile et/ou pénale de la société mère avec un régime d'administration de la preuve adapté. Le schéma de responsabilité proposé joue sur un équilibre de la charge de la preuve entre les victimes de dommages et la société mère débitrice de l'obligation de reporting à l'échelle du groupe.

L'obligation de reporting constitue en effet un outil précieux à deux niveaux :

- **Outil de prévention et de réparation des dommages**, la société mère étant censée, dans l'exercice de cette obligation de reporting, s'informer et informer de tout risque et de toute survenance d'incidents dans les structures du groupe et en tirer les conséquences en matière de prévention et de réparation (cf notre remarque ci-après).

dans un Etat ou les règles en matière de droit de sociétés et de responsabilité sont quasi inexistantes.

²¹ Voir Yann Queinnec *Redefining corporation – How new EU Corporate Liability Rules could help ?*, section 1.2.2.2 [septembre 2007].

²² Ibid.

- **Outil juridique donnant compétence au juge du pays d'origine** pour accueillir les recours de victimes situées à l'étranger. En effet, en donnant un caractère obligatoire à l'obligation de reporting, sa violation, par la société mère, pourra être invoquée devant les tribunaux de son pays d'établissement à l'appui d'un recours formé pour un dommage survenu à l'étranger, par toute victime, même étrangère. La juridiction saisie prendra en compte, lors de l'évaluation de la part de responsabilité de la société mère, le respect ou non de l'obligation de reporting comme constitutif du fait générateur, même indirect du dommage.

Remarque : Evidemment le dispositif ne dispense pas la victime d'apporter la preuve du **dommage**, de la **faute** et du **lien de causalité (conditions nécessaires pour que la responsabilité d'une personne soit engagée)**. Cependant, l'administration de la preuve, pesant sur la victime, sera facilitée²³ par la mention expresse du caractère fautif de la violation de l'obligation d'informer sur son impact social et environnemental entraînant implicitement pour la société mère l'obligation de tout mettre en oeuvre, à l'échelle du groupe, pour **prévenir les risques et contribuer à la réparation des dommages survenus**. Ainsi, 2 hypothèses se présentent :

- a. soit le risque lié à son activité **n'a pas été rapporté** par l'entreprise – ce faisant elle viole son obligation et commet une faute d'imprudence ou de négligence. Dans cette hypothèse, en cas de recours d'une victime démontrant la survenance d'un dommage lié à l'activité d'une filiale ou d'un **sous-traitant**,²⁴ la société mère doit démontrer quelles mesures alternatives elle a prises. Dans cette hypothèse la victime pourra se contenter de rapporter la preuve de l'absence de «reporting» adéquat.

²³ Nous privilégions en effet l'interprétation selon laquelle « *La charge de la preuve des justifications objectives, tout comme celle d'un moyen de défense pris de gains d'efficacité, pèse sur l'entreprise dominante* » – cette position est conforme par ailleurs au schéma de responsabilité mis en place dans le projet de directive 2007 sur la responsabilité environnementale s'agissant des exemptions. Cf Anne-Lyse Sibony et Eric Barbier de la Serre *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective* – RTD Eur. 43 (2), avr ?-juin 2007, p. 222)

²⁴ A la question de savoir jusqu'à quel niveau de sous-traitance la société mère doit-elle maîtriser les risques liés à son activité et donc assumer sa part de responsabilité en cas de dommage causé par le sous-traitant, cf. ci-après la notion de dépendance économique qui permet, à travers toute une liste de critères, d'établir le lien réel que la société mère a avec son sous-traitants. La société mère devrait donc prendre en compte, dans son rapport sociétal, tous les sous-traitants étant sous sa dépendance économique.

- b. soit le risque ou la survenance d'un dommage a été **rapporté mais la société mère n'a rien mis en oeuvre pour le prévenir ou le réparer** – dans cette hypothèse, l'inaction de la société mère en toute connaissance de cause constitue une faute et cela constituera un élément de preuve à charge.

Dans les deux hypothèses, ce sera au juge saisi, de considérer si la société mère a fait tout ce qui était possible (conformément à sa sphère d'influence) pour éviter ledit dommage dont se réclamerait la victime étrangère. Il devra alors évaluer sa responsabilité et sa contribution aux coûts de prévention et/ou de réparation du dommage.

Cet **allègement de la charge de la preuve pesant sur la victime** est à nos yeux un élément extrêmement incitatif pour que les sociétés mères, susceptibles d'être appelées à réparer les dommages causés par leurs filiales, mettent tout en oeuvre afin de réduire leurs impacts négatifs en matière sociale et environnementale à l'échelle du groupe.

1.2 La notion de groupe de sociétés

Nous tenterons de définir le périmètre d'un groupe de sociétés (1.2.1) et présenterons les outils qui permettent de lever le voile de la personnalité (1.2.2).

1.2.1 Tentative de définition du périmètre d'un groupe

Parmi les entités composant le groupe à la tête duquel se trouve une société mère, se trouve un grand nombre agissant dans le premier cercle de la chaîne d'approvisionnement. Les sociétés en question sont d'ailleurs le lieu des pratiques de prix de transfert et de management fees qui réclameraient une étude à par entière compte tenu de leur impact considérable dans la définition d'un groupe.

Ce sont ces filiales qui se trouvent le plus souvent au contact direct des opérateurs externes au groupe. Elles sont même souvent le lieu d'allers et retours entre la société mère et l'opérateur extérieur (1. réception d'instructions de la société mère, 2. commande de la filiale au sous-traitant conforme auxdites instructions, 3. réception ou, à tout le moins, contrôle qualitatif

et/ou quantitatif de l'opérateur externe par la filiale, 4. livraison du produit ou du service au consommateur final par la filiale directement ou après transfert à une autre entité du groupe et notamment la société mère ou via un réseau de distribution externe). En ce sens ces filiales « intermédiaires » sont, parmi les entités d'un groupe, les plus concernées par le quotidien de la chaîne d'approvisionnement. Elles sont bien souvent les interlocuteurs privilégiés, en leur qualité de co-contractant, des partenaires externes.

A part le droit allemand qui a donné une définition au groupe de sociétés sous la notion de *Konzern*, il n'existe pas de statut juridique du groupe alors que c'est, on le voit, un périmètre qu'il est important de délimiter. Non pas que le groupe soit ignoré, bien au contraire ; seulement il ne fait l'objet de considération juridique qu'incidemment au détour de dispositions plus larges ou dans la jurisprudence ce qui induit un statut juridique flou.²⁵

A l'instar du document de travail précédent au sujet de la responsabilité intra-groupe, dans les développements qui suivent, nous retiendrons la définition retenue par le droit comptable de l'Union Européenne. La 7^{ème} Directive,²⁶ par le biais de la définition du périmètre de consolidation, a délimité la sphère d'influence de la société mère et contribué ainsi implicitement à introduire une notion de groupe en droit positif.²⁷ Cette définition est la suivante :

Article premier

1. Les États membres imposent à toute entreprise qui relève de leur droit national l'obligation d'établir des comptes consolidés et un rapport consolidé de gestion si cette entreprise (entreprise mère): a) a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une entreprise (entreprise filiale),

ou

²⁵ Seul le droit allemand a aujourd'hui osé donner le statut juridique au groupe et des règles afférentes pour réguler son organisation.

²⁶ The Seventh Company Law Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, coordinates national laws on consolidated (i.e. group) accounts. This Directive defines in Article 1, the circumstances in which consolidated accounts are to be drawn up. Any company (parent company) which legally controls another company (subsidiary company) is under a duty to prepare consolidated accounts. The scope of these consolidated accounts should be adopted regarding the reporting obligation (coming from the Directive 2003/51/CE).

²⁷ Pierre Ramquet *Responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale*, séminaire de Milan du 6 au 7 novembre 1998.

b) a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise (entreprise filiale), et est en même temps actionnaire ou associé de cette entreprise,

ou

c) a le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise (entreprise filiale) dont elle est actionnaire ou associé, en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci, lorsque le droit dont relève cette entreprise filiale permet qu'elle soit soumise à de tels contrats ou clauses statutaires ; les États membres peuvent ne pas prescrire que l'entreprise mère soit actionnaire ou associé de l'entreprise filiale. Les États membres dont le droit ne prévoit pas un tel contrat ou une telle clause statutaire ne sont pas tenus d'appliquer cette disposition,

ou

d) est actionnaire ou associé d'une entreprise et aa) que la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de cette entreprise (entreprise filiale), en fonction durant l'exercice ainsi que l'exercice antérieur et jusqu'à l'établissement des comptes consolidés, ont été nommés par l'effet du seul exercice de ses droits de vote

ou

bb) qu'elle contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette entreprise (entreprise filiale), la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci.

Qu'est ce qu'une société mère ? - Une fois une définition du groupe arrêtée, se pose aussi la question de la définition d'une société mère. Est-elle la détentrice des actions « adn », la détentrice des actifs les plus importants, les plus stratégiques (comme la marque, les brevets), de la structure financière a travers laquelle remontent les profits consolidés, de la structure assurance, la détentrice des droits de vote ? Peut-être tout à la fois. La définition d'une société mère imposerait une étude à part entière et nous n'estimons pas être en mesure d'en proposer une qui fasse consensus. On peut cependant considérer que l'entité qui, à l'échelle d'un groupe, prend les engagements et en assume les responsabilités puisse ne pas être unique. Il serait donc concevable d'identifier, parmi les structures composant un groupe, celles qui solidairement devraient assumer les conséquences d'engagements non tenus.

L'affaire de la société Metaleurop, qui a suscité tant d'émotions dans les medias français en 2004, illustre bien l'importance, dans certains

cas, d'associer la société mère aux problèmes rencontrés par sa filiale. A l'instar de ce que nous allons développer ci-après, il était question dans cette affaire d'attirer la société mère dans la procédure de redressement et liquidation judiciaire pour lui faire supporter les conséquences sociales et environnementales de la faillite de sa filiale.²⁸ Le juge a donc été amené à utiliser plusieurs outils pour lever le voile de la personnalité juridique des sociétés du groupe. Cela montre de toute évidence le rôle primordial et central de la société mère dans un groupe de sociétés. En effet et comme nous allons le voir, quelque soit le domaine, le juge a bien souvent besoin de recourir à des expédients pour rapprocher la société mère de sa filiale en cas de problèmes pourtant en théorie propres a cette dernière.

Ces outils devraient être aujourd'hui insérés dans un instrument juridique contraignant qui permettrait d'étendre la responsabilité à la société mère en cas de dommage causé par la filiale en matière de droits de l'Homme, et d'environnement.

1.2.2 Les outils permettant de lever le voile de la personnalité

Le problème des groupes de société est l'opacité de leur structure. Comme nous l'avons vu, peu de législations nationales ont pris en compte de manière expresse la notion de groupe de société. Or, si l'on ne connaît pas la structure du groupe, il est encore plus difficile alors de mettre en œuvre la responsabilité de la société mère, et les sociétés l'ont bien compris, c'est la raison pour laquelle elles n'ont aucun intérêt à rendre public la structure de leur groupe. Il est pourtant crucial de connaître quels sont les rapports entre la mère et ses filiales. Le paradoxe est que les juges nationaux, dans certains domaines du droit, n'hésitent pas à trouver des outils juridiques pour lever le voile de la personnalité. Il serait donc peut-être temps de donner une réalité législative a un phénomène bien réel et donc d'aider les juges nationaux en uniformisant les règles afférentes aux groupes de sociétés.

Nous évoquerons ci-après les différents outils issus du **droit des faillites** et du **droit de la concurrence** existant pour lever le voile de la personnalité. Ces outils se fondent sur la notion générique d'abus de droit. L'abus de droit est

²⁸ Cour de Cassation française, Chambre commerciale, 05-10.094 arrêt du 19 avril 2005 No. 866.

une notion cardinale des droits occidentaux. Elle permet de sanctionner tout usage d'un droit qui dépasse les bornes de l'usage raisonnable.

Défini au cours du XIXe siècle par la jurisprudence, la théorie de l'abus de droit correspond finalement à deux grandes formes d'abus : l'abus-social et l'abus-intention-de-nuire. L'abus social est l'acte de détourner les termes d'une loi pour atteindre un objectif contraire à celui qu'elle poursuivait. Quant à l'abus-intention-de-nuire, il correspond à l'acte de n'utiliser un droit que dans la seule intention de nuire à autrui.

L'abus-social est un important outil d'évolution juridique entre les mains des tribunaux qui s'en servent pour faire évoluer des notions de droit en réinterprétant les objectifs des textes législatifs, selon les évolutions sociales qui les entourent.

Par exemple, c'est par le jeu de l'abus-social qu'a pu être dégagé le principe, alors contra legem, de l'indemnisation de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à la fin du XIXe siècle. Commenant par indemniser les travailleurs en qualifiant certains licenciements d'abusifs, c'est peu à peu que le droit a déterminé les critères qui finissaient par émerger de la jurisprudence.

L'abus de droit est donc tout à la fois un instrument limitant la portée des droits qui peuvent être consentis à une personne juridique, et un important outil d'évolution juridique entre les mains des juges.

En matière de chaîne d'approvisionnement, l'abus de droit consisterait à **se servir de l'ordre juridique d'un Etat étranger** (ce qui n'est pas répréhensible en soi en vertu du principe de la loi d'autonomie en matière contractuelle) **dans le seul but d'échapper à ses obligations vis-à-vis de son ordre juridique de rattachement.**

Nous renvoyons par ailleurs le lecteur à nos propositions en matière d'obligation de reporting renforcée qui a aussi pour effet d'obliger directement la société mère à informer de l'impact social et environnemental de ses filiales.²⁹

1.2.2.1 Les critères applicables en droit de la concurrence

En droit européen et français de la concurrence, le groupe de société est appréhendé de manière économique en cas d'abus de position dominante et d'entente anti-concurrentielle.

La société tout d'abord est définie économiquement³⁰ : elle comprend toute entité exerçant une activité économique. Elle est de plus comprise comme une entité autonome,³¹ ce qui n'équivaut pas à la doter d'une personnalité juridique distincte ; en fait, elle peut désigner tous les opérateurs économiques qui exercent une activité commerciale et qui interviennent sur un marché, qu'ils soient constitués sous forme de société ou non, et qui disposent d'une autonomie suffisante pour décider de commettre ou de participer à la mise en oeuvre d'une pratique anticoncurrentielle.

Cette particularité du droit de la concurrence a fondé l'élaboration d'une jurisprudence qui a cherché à appréhender, autrement qu'au travers de sa seule forme juridique, la responsabilité de l'entité au sein de laquelle les pratiques ont pu être mises en oeuvre.

Pour des détails sur les infractions reconnues par le droit de la concurrence en matière **d'ententes, de position dominante ou d'abus de dépendance économique** nous renvoyons le lecteur en annexe (Tableau 2). Ces infractions démontrent l'existence de moyens juridiques efficaces permettant d'éviter l'obstacle de l'autonomie juridique afin notamment de remonter à la responsabilité de la société mère.

Certaines sociétés se retrouvent donc dans une position de **dépendance économique** et pour cette raison, la société qui détient la position dominante devrait être en mesure d'influencer les actes de la société qu'elle domine.

Il est intéressant d'évoquer le récent arrêt rendu par le TPI dans le dossier Microsoft.³² Cet arrêt retient notamment que Microsoft, par son refus de divulguer à ses concurrents des informations sur l'interopérabilité, a abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC. Nous considérons que ce dossier est emblématique

²⁹ Cf section 1.1.2.

³⁰ CJCE, 23 avril 1991, Höffner, aff. C-641/90, Rec p 1979, att. 21.

³¹ CJCE, 12 juillet 1984, Hydrotherm, aff. 170/83, Rec. p 2999.

³² 17 septembre 2007, affaire T-201/04 de la grande chambre du TPICE.

des moyens d'ingérence dont peut se doter l'Union Européenne lorsqu'un intérêt majeur doit être protégé. Au cas particulier il s'agit de rétablir les conditions d'une concurrence effective et le tribunal n'hésite pas, pour y mettre fin, à limiter l'exercice de droits de propriété intellectuelle.

1.2.2.2 Les critères applicables en droit de la faillite

A part le droit allemand qui a donné une définition au groupe de sociétés sous la notion de *Konzern*, aucun pays européen ne reconnaît la personnalité juridique au groupe de sociétés.

En Belgique³³, chaque entreprise garde son individualité propre et le groupe n'est pas sujet de droit en tant que tel, la théorie anglaise du "lifting the veil" est inopérante. La perméabilité entre les sociétés n'est reconnue que de manière très épisodique.

La jurisprudence a comblé ces lacunes en **étendant la faillite au maître d'affaire pour corriger une application strictement légaliste de la responsabilité limitée**. Les juges se sont basés sur un double fondement : **la simulation** (contrat de société fictif, pas d'affectio societatis) ou **l'abus de personnalité morale**. L'arrêt de principe en la matière est celui de la Cour de cassation, en date du 1^{er} juin 1979 qui expose les conditions d'application de cette théorie pour les gérants personnes physiques³⁴. Il faut donc une confusion des patrimoines (comptes communs, pas de comptabilité distincte, paiement des dettes de l'autre) mais aussi et surtout prouver que les conditions de faillite sont remplies au niveau personnel de chaque « maillon » capitalistique. Le même raisonnement est appliqué pour les groupes. En effet il ne suffit pas d'avoir un contrôle sur l'autre société, les conditions de faillite doivent être remplies dans la société dominante. Par une application des principes de la responsabilité civile, l'assimilation des rapports internes entre gérant et personne morale sont de nature a priori à

priver les tiers de recours à leur encontre (art. 1165 CC belge). Quand les faits constitutifs de l'inexécution sont tels qu'ils apparaissent comme un manquement à l'obligation générale de prudence, de diligence et de compétence, une faute aquilienne peut être établie. Il en a été déduit des normes ou standards de comportement s'imposant à tous (compétence ou devoir d'habileté, bonne foi, loyauté, honnêteté envers les tiers.) La doctrine belge l'a même établi en **devoir de prévoyance et de précaution**. L'affaire retenue à titre d'exemple est le fait de poursuivre une activité déficitaire³⁵. Un acte de concurrence déloyale peut aussi fonctionner pour cette reconnaissance.

Le droit français de la faillite a développé la **théorie de la fictivité et de l'apparence**. La jurisprudence se base soit sur le caractère fictif de la société, la confusion des patrimoines, ou l'immixtion de la société mère dans les relations contractuelles de la société débitrice : donc sur **l'apparence de la situation qu'elle a fait naître chez les tiers**. La Cour de Cassation a retenu un faisceau d'indices tels que l'opposabilité des marchés passés par une autre société quand la raison sociale est identique (même siège social, même succursale, même numéro de téléphone), quand la société mère s'interpose entre sa filiale et les acheteurs ; ou encore quand la société mère dirige l'ensemble des opérations de facturation et livraison et que les autres sociétés ne sont que des agences. Il faut donc une confusion caractérisée des patrimoines. L'imbrication doit être telle qu'on ne peut les distinguer : les actifs et les passifs ont été volontairement mélangés par un abus de biens sociaux ou par l'absence de comptabilité distincte, ou encore par des flux anormaux (sans contrepartie pour les sociétés concernées) existant entre les sociétés apparentées.

Le droit anglais³⁶ de la faillite a par contre lui développé cette **théorie du lifting the veil of incorporation**. Le principe de personnalité propre d'une société a été posé dans le

³³ Articles 35-6°, 123 et 147 ter des Lois coordonnées sur les sociétés commerciales ? DATE

³⁴Cour de Cassation belge, 1^{er} juin 1979, Numéro de rôle : 2502 et base légale : Art 442 du code de commerce « De la seule circonstance que la patrimoine d'une société de personnes à responsabilité limitée, déclarée en état de faillite, et celui d'un des gérants de celle-ci sont confondus il ne peut légalement se déduire que ce gérant est aussi en état de faillite, la faillite de celui-ci ne pouvant être déclarée que s'il est établi que ce gérant est commerçant, qu'il a cessé ses paiements et que son crédit est ébranlé (2). » <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>

³⁵ Cour d'appel de Mons, 20 mai 1985 : La faute de gestion simple peut également engendrer la responsabilité aquilienne si elle constitue une violation à l'obligation générale de prudence. « Administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu, et que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes...s'il apparaît que suivant les prévisions raisonnables, l'entreprise n'a que des chances très réduites de sortir des difficultés, le conseil d'administration commet une faute en poursuivant ses activités. »

³⁶ Myfanwy Badger – *Transboundary Accountability for Transnational Corporations : Using Private Civil Claims*, working paper, March 2006.

Salomon vs Salomon case en 1897, A.C. 22³⁷ mais dans certains cas on accepte de lever le voile de corporation, quand il y a une confusion évidente de patrimoines, une domination abusive, une sous capitalisation, une fictivité d'une des personnes morales, ou encore une intégration économique des différentes sociétés. Cela a été affirmé dans des hypothèses de fraude : *Gildford motor company V Horne case* [1933] Ch. 935, où on refusa le bénéfice de la séparation des patrimoines car la société avait été créée dans le but manifeste de détourner la loi, d'échapper à ses obligations contractuelles ou de porter préjudice aux créanciers. **La théorie du mandat implicite** : *agency* peut aussi être opérant pour lever le voile. L'arrêt *Smith, Stone and Knight v. Birmingham* 1939, 4 All E.R. 116, a développé des tests permettant d'identifier l'existence d'un mandat implicite entre les entités par 5 critères³⁸. Un autre critère existe³⁹ : voir si la filiale n'a pas été créée que pour faciliter la pénétration de la société mère dans un marché étranger ou de favoriser ses propres intérêts. **La filiale est alors instrumentalisée par la société mère.**

ENSEIGNEMENTS

Il résulte des développements qui précèdent que plusieurs dispositifs permettent de percer le voile de la personnalité et ainsi responsabiliser la société mère :

1) droit de la concurrence

Les outils issus du droit de la concurrence sont particulièrement intéressants dans le contexte de la chaîne d'approvisionnement où se retrouvent les notions d'abus de droit et d'engagement unilatéral constitutifs dans

certaines circonstances d'effets anti-concurrentiels.

2) droit des faillites

L'un des objectifs principaux du droit des faillites étant la sauvegarde des intérêts des partenaires/créanciers de l'entreprise en difficulté, il recherche les moyens d'appeler la société mère à contribution. Par extension, nous considérons que la sauvegarde des intérêts des tiers que sont les victimes de violation de l'environnement ou de droits de l'homme devrait légitimement bénéficier de tels dispositifs.

On peut donc résumer que le droit de la concurrence et le droit des faillites visent à assurer une concurrence loyale et la protection des intérêts des partenaires ou tiers lésés. Nous sommes d'avis que les intérêts remis en cause par les externalités négatives des entreprises multinationales dans le cadre de leur chaîne d'approvisionnement répondent aussi à ses conditions. Il s'agit en effet d'assurer, d'une part, une concurrence loyale entre les acteurs (particulièrement entre ceux qui expriment des engagements éthiques) et d'autre part, la prévention et la réparation des dommages sociaux et environnementaux.

Si toutefois les objectifs nous semblent similaires, ils s'inscrivent dans l'environnement extrêmement complexe de la chaîne d'approvisionnement qu'il impose de circonscrire juridiquement.

1.3 Chaîne d'approvisionnement externe au groupe

1.3.1 Définition du périmètre de la chaîne d'approvisionnement externe au groupe

La chaîne d'approvisionnement désigne le « *réseau global servant à fournir des produits et services des matières premières jusqu'aux clients finals à travers un flux rationalisé d'information, distribution physique, et argent* ». ⁴⁰ Comme toutes les autres, cette

³⁷Création d'une personne morale, une corporation de manufacture de cuir, du nom de Salomon Co. à laquelle il vend son entreprise. Pour payer cet achat, il prend pour lui la totalité des actions, sa famille recevant le reste et formant avec lui le conseil d'administration de la nouvelle corporation. Pour couvrir le reste du prix de vente, Salomon fait un prêt à la corporation couverte par une garantie générale sur les actifs globaux de la corporation. Plusieurs années après, la corporation a des problèmes et est mise en liquidation. Salomon perd la valeur de ses actions bien sûr, mais poursuit la corporation pour se faire rembourser son emprunt et il rafle les actifs restants de la corporation devant les autres créanciers, résumé des faits in <http://www.er.ugam.ca/nobel/r22714/jur1031/8bh02.rtf>

³⁸ Les profits sont traités comme ceux du holding, les administrateurs et officiers sont nommés par le holding, le holding est le niveau dirigeant de la personne morale, les profits résultent de la compétence et de l'action des dirigeants du holding ou encore il existe un contrôle effectif et constant sur la filiale.

³⁹ Insolvency Act, 1986, section 213 (fraudulent trading).

⁴⁰ Dictionnaire de l'APICS, American Production and Inventory Control Society

définition de la notion de chaîne d'approvisionnement démontre sa position fondamentale dans la vie des affaires. On peut dire qu'elle désigne la circulation de valeur de la conception d'un produit ou d'un service, jusqu'à sa délivrance au consommateur final, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une entreprise. En somme, la chaîne d'approvisionnement s'arrête là où commence la consommation du produit ou du service.⁴¹ L'illustration suivante figure cette position stratégique :

Doc.1

Ce positionnement spatio-temporel effectué, si on détaille plus avant les éléments composant la chaîne d'approvisionnement on observe l'omniprésence du contrat. Qu'il soit numérique, formalisé sur papier, ou simplement oral, le tissu constituant la chaîne d'approvisionnement se compose de contrats, organisant des opérations très hétérogènes ainsi que l'illustre le document n°2 :

Doc.2

Une analyse plus détaillée du contenu des contrats s'impose également pour une complète appréhension des données du problème. Le périmètre de cette étude ne permet évidemment pas d'établir un recueil exhaustif des termes contractuels usités. On peut néanmoins identifier les éléments principaux trouvés usuellement dans les termes des contrats :

- Conditions d'achat/de sous-traitance (qui comprennent : clauses financières, clause de responsabilité, clause d'exclusivité, clause juridictionnelle, clause compromissoire, droit applicable, etc.), c'est ici que se retrouve le plus souvent les clauses d'engagement éthique ;
- Cession de droits d'utilisation de propriété industrielle (brevets, dessins et modèles, marques, logiciels, etc.) => interoperabilité (cas Microsoft)

On peut donc conclure que **le contrat est l'adn de la chaîne d'approvisionnement.**⁴²
C'est donc dans les règles régissant les contrats

que l'on peut puiser des sources d'une réforme efficace des règles de responsabilité applicable à la chaîne d'approvisionnement. Notre objectif est donc ici de trouver les éléments permettant d'enrichir l'adn des contrats pour résoudre les dommages auxquels leur exécution peut donner lieu. Notre étude, dans sa deuxième partie, se fondera donc sur les contrats pour trouver comment remonter la chaîne et rendre responsable la société mère.

Mais avant cela, l'évocation de certains dispositifs démontre qu'il est possible techniquement de dévoiler la composition d'une chaîne d'approvisionnement, préalable indispensable à la recherche de responsabilités.

1.3.2 Dispositifs de transparence existant

L'une des difficultés soulevées par la chaîne d'approvisionnement est celle de son périmètre qui peut être plus ou moins étendu. La commande ou le projet initié par l'entreprise principale peut en effet nécessiter l'intervention de deux ou trois sous-traitants seulement, ou au contraire peuvent faire intervenir des dizaines de sous-traitants et sous contractants. Nombreux sont ceux qui estiment, les entreprises en premier lieu, que demander à la société située au sommet de la chaîne de maîtriser et contrôler⁴³ ses sous traitants lorsque la chaîne semble aussi longue, est trop compliqué. Pourtant, des mécanismes ont déjà été mis en place dans divers secteurs industriels pour faire face aux problèmes posés par ces chaînes de contrats. Nous renvoyons le lecteur en annexe pour une liste des initiatives principales des industriels des secteurs du textile, de la chaussure, de l'électronique et du jouet.⁴⁴

⁴³ « Le contrôle a pour but de réduire l'incertitude et d'imposer le pouvoir de l'entreprise cliente. Comme le souligne Nogatchewsky (2004), l'influence est d'autant plus significative que le sous-traitant ou le fournisseur dépend économiquement (volume d'affaire et nature de l'activité) du donneur d'ordres ; cependant cette dépendance économique ne s'accompagne pas d'une possibilité de contrôle semblable à un contrôle au sein de l'organisation. Les décisions de management sont le fait du fournisseur ; il pilote son entreprise et ne souhaite pas voir son client s'immiscer dans son management. Il y a asymétrie d'informations et risque d'opportunisme (approche transactionnelle). D'ailleurs, l'impossibilité d'obtenir des informations au-delà des fournisseurs de premier rang dans la chaîne d'approvisionnement est un argument fort pour limiter le champ de la responsabilité à ce niveau. Ces caractéristiques structurent les approches théoriques transactionnelles ou relationnelles du contrôle inter-organisationnel » [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.11 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

⁴⁴ Voir aussi le document *Meaningful change – Raising the Bar in Supply Chain Workplace Standards*, novembre 2006 préparé pour John Ruggie

⁴¹ A l'exception notable évidemment du service après-vente qui constitue un volet d'activité lui aussi largement externalisé.

⁴² Remarquons d'ailleurs que c'est un contrat aussi qui est à l'origine d'une société qui peut croître et devenir une entreprise multinationale.

Nous nous arrêterons sur trois des plus connus au niveau international concernant l'industrie du bois et du diamant, le secteur alimentaire étant quant à lui particulièrement régulé au niveau européen.

1.3.2.1 Sécurité alimentaire et droit européen

Des mesures ont été prises au niveau européen pour permettre un suivi permanent de certaines chaînes de contrats.⁴⁵ Le but était alors de protéger le consommateur européen des droits relatifs à la santé. C'est ainsi qu'en matière alimentaire, divers instruments sont venus réguler les divers contrats passés au sein d'une chaîne alimentaire pour permettre un contrôle efficace de l'origine des produits. **Les procédures de traçabilité au sein de cette autorité concernent toutes les étapes de la chaîne alimentaire.** Afin d'assurer une certaine efficacité de ce processus, **un régime de responsabilité a également été mis en place.**

Les professionnels de la chaîne ont ainsi une **obligation de prudence vis-à-vis des risques suspects ou avérés.** Les principes de précautions et de prévention jouent ainsi leur rôle pleinement. Le professionnel a l'obligation d'informer les autorités concernées quand il croit qu'une denrée ne remplit pas les conditions prescrites par la loi ; il est en effet considéré par le règlement comme *« le mieux a même d'élaborer un système sur de fourniture de denrées »*. Les professionnels ont donc l'obligation de mettre en place **un système de gestion et d'évaluation de la sécurité alimentaire tout au long de la chaîne d'approvisionnement.** Ces dispositions européennes ont permis de mettre en place des systèmes très efficaces au niveau européen. .

Finalement, le but de ces procédés de traçabilité est de connaître la provenance du produit, les modifications et les mélanges qu'il a subit en interne à l'entreprise et au final, qui a été le maillon suivant de la chaîne alimentaire.

[http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_29_casey.pdf]

⁴⁵ Le **règlement 178/2002** est entré en vigueur depuis le 1er janvier 2005 ; il donne un certain nombre d'obligations aux industriels et aux distributeurs. Afin de répondre à ces obligations, des mesures doivent être mises en place. Ainsi, les industriels et distributeurs du secteur doivent : assurer un archivage des flux pendant 5 ans ; savoir restituer l'information dans un délai de ... 4H ; assurer la traçabilité immédiate de l'étape précédente et suivante, la traçabilité totale étant reconstituée par les Autorités.

1.3.2.2 L'industrie du bois

L'industrie du bois a, quant à elle, fait l'objet d'une évolution tout au long de ces 25 dernières années, pour aboutir aujourd'hui à un processus de traçabilité et de labellisation assez efficace. Les données sont différentes de celles que nous avons vu en matière de chaîne alimentaire puisque **les processus mis en place ici ne se limitent pas au territoire européen mais sont internationaux** ; en revanche, ils sont moins contraignants. Un label de certification dit FSC⁴⁶ peut ainsi être attribué mais après un audit d'un organisme de contrôle indépendant. Le plus innovant est en fait une **certification de la chaîne de traçabilité valable 5 ans**, qui est devenu au fil du temps un passage obligé des sous traitants, ou des différents opérateurs économiques entrant dans la chaîne de production du produit fini que le consommateur achètera. **Les contrôles s'effectuent surtout au niveau des « points critiques de contrôles »**⁴⁷ où le bois certifié pourrait se mélanger avec le non certifié. Ce label authentifie un engagement et une pratique déjà concrétisée de l'acteur économique. Il s'agit d'une assurance pour le co-contractant ou le sous-contractant du respect de ces normes. D'autres mécanismes ont également été mis en place dans ce secteur comme le Plan for Endorsement Forest Certification (PEFC) de 1999 ou encore la norme ISO 14 001, qui impose le respect de la loi du pays du siège qui demande la certification. Cette dernière est établie par des organismes internationaux de normalisation. Le PEFC n'est qu'un engagement de l'entreprise à mettre en œuvre pour le futur, les normes incluses dans le procédé.

Ces processus ne sont pas obligatoires et nécessitent la volonté des entreprises elles-mêmes de s'y soumettre. Ce sont donc aux entreprises de mettre en place des systèmes de traçabilité adéquats. L'idée d'un bois certifié est tout de même un atout majeur pour leur commercialisation et bon nombre d'entreprises s'y sont soumises mais malheureusement surtout dans les pays du Nord. Il convient cependant d'observer que de nombreuses ONG émettent des réserves sur l'efficacité de ces mécanismes, considérant qu'ils offrent des labellisations à peu de frais sans offrir toutes les garanties.⁴⁸

⁴⁶ Forest Stewardship Council Certificate cf en annexe, Tableau 2.

⁴⁷ Pour plus de détails cf. tableau 2 en annexe.

⁴⁸ Voir notamment les critiques émises sur le Forest Stewardship Council Certificate, <http://www.novethic.fr/novethic/site/article/index.jsp?id=101476>.

1.3.2.3 L'industrie du diamant

L'industrie du diamant et l'intervention de la communauté internationale. C'est à la suite du conflit Sierra Léonais que le processus Kimberley a vu le jour. Ce processus a eu pour premier but de combattre ce que l'on a appelé les « diamants du sang », le conflit était en effet étroitement liée à la conquête des mines de diamants. Il regroupe aujourd'hui 71 pays, certains d'entre eux ayant même intégrés cet accord international dans leur législation interne. Le but de cet accord est de pouvoir contrôler toute la chaîne logistique, et ce, en partant de la mine et jusqu'à l'export. Des points de contrôle spécifiques sont mis en place au niveau de la production artisanale de diamants, du commerce, du taillage polissage etc. Toute la difficulté réside dans le caractère transfrontalier de ce secteur, ces différentes étapes ayant lieu dans des entreprises variées, situées dans des États différents. Une fois vérifiée la conformité des diamants aux normes édictées, les pierres peuvent porter la certification du processus de Kimberley.

Les entreprises de leur côté doivent mettre en place un système de contrôle interne, désigner une autorité responsable des importations et des exportations, conserver certaines données etc. Ce processus est guidé par l'idée d'auto-régulation de chaque participant, assermentée par des autorités indépendantes et par le principe de transparence, concrétisé par des visites de contrôle. La participation de la société civile fait l'originalité de ce mécanisme qui nécessite tout de même la volonté des entreprises d'y participer pour une totale efficacité. Par peur d'une image négative envers le grand public, la grande majorité des entreprises concernées ont aujourd'hui pris part à ce mécanisme. On peut néanmoins observer l'absence de volonté affichée à ce jour d'étendre le dispositif de Kimberley à l'industrie du rubis dont la Birmanie fournit à elle seule 90% de la production mondiale.⁴⁹

Certains pays ont intégré des législations contraignantes concernant les industriels du diamant qui ne respecteraient pas les prescriptions édictées. A titre d'exemple, le Canada et les États-Unis ont transposé ce texte dans leur législation interne par des peines pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement. L'Union Européenne a adopté un règlement pour contrôler ce procédé.

Un éventail plus précis est disponible dans en annexe (Tableau 1).

ENSEIGNEMENTS

Il résulte des développements qui précèdent que l'existence de plusieurs dispositifs de traçabilité et de labellisation démontre la connaissance de la chaîne logistique par l'entreprise principale, peu importe l'importance de cette chaîne, est tout à fait possible.

Si le périmètre de l'obligation de transparence et les règles de responsabilité associées diffèrent selon les dispositifs, il n'en reste pas moins que cette obligation de transparence est essentielle car, correctement appliquée, elle démontre :

- **l'existence d'une influence directe des opérateurs sur leur chaîne d'approvisionnement ;**⁵⁰
- **la reconnaissance d'une obligation de précaution/prévention pesant sur les opérateurs.**

A l'instar des enseignements précédents tirés de l'étude des dispositifs permettant de lever le voile de la personnalité, ceux que nous venons d'évoquer sur la traçabilité visent à défendre des intérêts (santé alimentaire, biodiversité) jugés suffisamment importants pour légitimer une telle ingérence des autorités.

Par extension, nous considérons que la sauvegarde des intérêts des tiers que sont les victimes de violation de l'environnement ou de droits de l'homme devrait légitimement bénéficier de tels dispositifs de transparence. C'est d'ailleurs l'objectif du processus de Kimberley qui vise à éviter que les diamants soit le fruit du sang.

⁴⁹ <http://www.leblogluxe.com/2007/11/vers-une-pnurie.html>.

⁵⁰ Cette relation de cause à effet entre un dispositif de certification et l'influence qu'exerce la société qui le diligente par rapport aux entités qui y sont soumis est aussi reconnue par certains Points de Contact Nationaux OCDE ainsi que le fait remarquer Cornelia Heydenreich: "Some National Contact Points emphasise, especially Chapter 10 of the explanatory notes of the Guidelines, which directly concerns suppliers relations. The representatives emphasise potential realisation of 'direct influence' rather than of investments. Though direct investments may result in increased control and may imply direct influence, **direct influence can also result from the other circumstances: from market power or other corporate practices such as certification or systems that allow detailed tracking of a product following the supplier chain.** (...) There are also other corporate practices to exert control over companies: This is the case, if the supplier is made responsible for specific performances such as compliance with quality standards." [Where is the Limit to Corporate Responsibility? Trade Relations and Supply Chain Responsibility of Multinational Enterprises - Germanwatch, 2004, pages 23 et suivantes].

Cet état de fait légitime selon nous le recours à une obligation de transparence renforcée que nous avons préconisé précédemment et dont nous avons rappelé les principes section 1.1.2. Son périmètre devrait couvrir les deux niveaux de la chaîne d'approvisionnement, i.e. intra groupe et extra-groupe.

SYNTHESE DE LA PREMIERE PARTIE

Il résulte des développements qui précèdent que toute tentative d'amélioration des règles du jeu implique de répondre aux deux problématiques suivantes :

1. le besoin d'éviter les obstacles juridiques liés à l'autonomie juridique² des acteurs de la chaîne d'approvisionnement ⇒ nous estimons que l'établissement d'une obligation réellement contraignante de reporting social et environnemental pesant sur la société mère permet de répondre au problème. Elle permet 1) de donner compétence à la juridiction du pays d'établissement de la société mère et 2) l'oblige à prévenir et réparer les dommages générés au cours de la chaîne d'approvisionnement. Nous renvoyons le lecteur à la section 1.1.2 ainsi pour plus de précisions, au document de travail précédent.⁵¹

⇒ **Se pose alors la question incidente du périmètre et du contenu de cette obligation de reporting renforcée.** S'agissant du **contenu**, nous renvoyons le lecteur aux travaux réalisés par Garde⁵² pour ECCJ en considérant par ailleurs que chaque situation d'entreprise est différente et impliquera une application personnalisée pour refléter la réalité économique. S'agissant du **périmètre**, nous considérons qu'au-delà de la distinction communément admise entre périmètre intra-groupe et périmètre externe, **la limite du périmètre de reporting pourrait valablement se**

⁵¹ Cf nos développements dans le paper *Redefining corporation – How new EU Corporate Liability Rules could help?*, section 1.2.2.2 [septembre 2007].

⁵² Philip Gregor - *How can reporting become a relevant tool for corporate accountability at the European level?* [discussion paper for ECCJ, seminar held by Forum citoyen pour la responsabilité sociale des entreprises, octobre 2007].

fonder sur la notion de dépendance économique (au sens large) telle qu'elle est entendue dans le droit comptable et le droit de la concurrence.⁵³ Cette notion permettrait d'intégrer toutes les circonstances dans lesquelles une influence peut être exercée par l'entreprise dominante. **Ainsi, l'existence d'une procédure de certification des partenaires externes d'un groupe ou l'insertion des termes du code de conduite d'un groupe parmi les termes des contrats formant sa chaîne d'approvisionnement doivent entraîner l'obligation de rapporter l'impact social et environnemental desdits partenaires externes.**

2. Sur quelles bases juridiques rechercher la responsabilité des sociétés mères dans un contexte de chaîne d'approvisionnement ? En effet, si les développements précédents ont permis de justifier l'imposition d'une plus grande transparence de la part des sociétés-mères sur leur chaîne d'approvisionnement, reste à identifier les moyens de la rendre effectivement responsable. C'est précisément l'objet de la section 2 qui vise à identifier des règles permettant aux partenaires commerciaux externes d'une part, et aux tiers victimes d'autre part d'exercer une action directe contre la société mère.

A ce stade de l'étude il est important de faire part de la stratégie qui sous-tend les propositions qui vont suivre.

Stratégie

Il convient, selon-nous, pour rendre le dispositif efficient et responsabiliser la société mère, de prévoir la possibilité de recours directs à deux niveaux : celui des partenaires commerciaux externes d'une part et celui des tiers victimes d'autre part Plusieurs raisons légitiment cette stratégie :

⁵³ Dr. Michael Stephan fait référence aux standards internationaux, "concrete regulations on dependencies resulting from concentration on turnovers are provided by the International Rules on Accounting. Based on SFAS N°131n the US-American accounting addresses relationships based on dependency detached from investment relationships and requires companies to include related information if they earn at least ten per cent of their turnovers with a single customer" [Responsibility of Multinational Enterprises within the Supply Chain – The theory of business Management's view of the 'investment Nexus' concept – in *Where is the Limit to Corporate Responsibility ? Trade Relations and Supply Chain Responsibility of Multinational Enterprises* – Germanwatch, 2004, pages 34 et suivantes].

- Premièrement, un recours en justice formé par une victime dans le pays d'accueil entraînant la sanction du partenaire externe, permettrait à ce dernier de se retourner contre la société mère du groupe ayant sollicité ses services, lorsqu'il est avéré (en application des règles que nous allons tenter de définir dans les développements qui suivent) qu'elle a contribué à la survenance du dommage.
- Deuxièmement, lorsque les dysfonctionnements du système judiciaire du pays d'accueil ne permettent pas un tel recours, la victime (le partenaire externe du groupe, ses employés ou un tiers) aurait la possibilité de former un recours direct dans le pays d'origine de la société mère.
- Troisièmement, les principes qui seront développés ci-après devraient permettre aux partenaires commerciaux externes du pays d'accueil d'anticiper les risques. Il pourront arguer devant la société mère que les termes du contrat, conclu avec sa filiale basée localement, ne lui permettent pas de garantir la non survenance de dommages d'ordre sociaux ou environnementaux, et que, de ce fait, le respect des engagements éthiques transféré qui lui sont transférés sont inaténiables et de ce fait abusifs.⁵⁴

Ainsi, les possibilités pour la société mère d'échapper à ses responsabilités seraient réduites.

2 IDENTIFICATION DES CONCEPTS JURIDIQUES UTILES

Nous avons identifié plusieurs outils juridiques susceptibles d'apporter des réponses aux questions soulevées plus haut. Nous les étudierons en distinguant les *obligations primaires* (2.1) des *obligations secondaires* (2.2),⁵⁵ c'est-à-dire entre les normes posant une prescription ou une habilitation, d'une part, et celles qui indiquent comment reconnaître, produire ou appliquer les normes précédentes d'autre part.

2.1 Les obligations primaires

Ce que nous appellerons les obligations primaires, posent des prescriptions d'action ou d'abstention, en d'autres termes des obligations de faire et de ne pas faire. Nous tenterons dans les développements qui suivent d'identifier ces normes parmi le corpus existant, auxquelles les acteurs d'une chaîne d'approvisionnement seraient susceptibles d'être soumis.

2.1.1 Les obligations primaires de nature conventionnelle

Au cours d'une chaîne d'approvisionnement transfrontalière, chaque acteur de la chaîne est soumis à des règles traditionnelles relatives au domaine fiscal, contractuel, douaniers etc. Ces règles peuvent être issues de conventions internationales ou de législations nationales. Toutes ces obligations primaires sont loin d'être liées à la problématique de la RSE, entendue comme un ensemble de règles relatives au comportement citoyen de l'entreprise. Si toutes les conventions internationales en matière de droits de l'Homme et d'environnement étaient directement applicables aux entreprises multinationales, le grand débat actuel relatif au caractère volontaire ou obligatoire des normes incluses dans la RSE n'aurait pas lieu. Parmi les sources primaires conventionnelles susceptibles de s'appliquer aux entreprises deux catégories peuvent être identifiées :

⁵⁴ Ceci répondrait à l'observation suivante : "The simplified approach of 'outsourced responsibilities', but not 'shared responsibilities' demonstrates how difficult it is for MNCs to ensure the application of CSR, especially when commercial interests enter into direct conflicts with the compliance with CSR". [[Yun Gao "Secondary Effect" in *Implementation of CSR in Supply Chain in Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Organisation internationale du Travail, 2007, document de travail n°182, p.120 - <http://www.oit.org/public/french/bureau/inst/download/dp18207.pdf>.]

⁵⁵ This dichotomy results from Herbert Hart who made the distinction between « les 'normes primaires' et les 'normes secondaires', c'est-à-dire entre les normes posant une prescription ou une habilitation, d'une part, et celles qui indiquent comment reconnaître, produite ou appliquer les normes précédentes d'autre part. Comme l'observe alors Norberto Bobbio, « un ordre juridique est un système qui tend à se maintenir en équilibre dynamique, utilisant des règles du second degré soit pour la conservation soit pour la transformation des règles du premier degré » [*Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires, la règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 104 - in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphanie Rials, PUF, 2003, p. 1342].

- Les obligations primaires directement applicables aux entreprises et directement invocables par les particuliers devant leurs juges nationaux. Il s'agit en particulier de la CEDH, de certaines conventions de l'OIT et partiellement de la convention de New York de 1990 sur les droits de l'enfant.
- Les obligations primaires sur lesquelles il existe encore un débat concernant leur applicabilité directe. Deux théories opposent le monde juridique. La première considère que ces conventions ne créent pas directement d'obligations à la charge des entreprises. Les États sont tenus de les faire respecter aux entreprises par le biais de leurs lois nationales. La seconde théorie considère que les entreprises sont directement tenues par les instruments internationaux, sans qu'il soit nécessaire que les conventions ne soient traduites dans le droit national. Le critère déterminant de ces deux théories est la qualité de sujet de droit international des entreprises multinationales. Si cette qualité est reconnue, ce que nous pensons, alors l'applicabilité directe de ces conventions est acquise.⁵⁶ Ces obligations rassemblent la majorité des instruments internationaux, en particulier les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits culturels, économiques et sociaux.

Ces obligations primaires devraient constituer le cadre général de règles à respecter pour les MNC. Mais outre ces règles générales, des règles de nature contractuelle pourraient être mises en place au niveau européen pour inciter les entreprises de l'Union à contrôler leur chaîne d'approvisionnement au regard de ces normes.

2.1.2 Les obligations primaires de nature contractuelle

2.1.2.1 Les clauses contractuelles et la chaîne d'approvisionnement

Les entreprises installées sur le territoire européen sont soumises à un certain nombre de règles dans leur rapport avec d'autres professionnels installés aussi sur le territoire d'un État, membre de l'union européenne ou non⁵⁷. Comme nous l'avons vu dans la première partie de ce rapport, les institutions européennes et les États membres n'ont pas hésité à réguler les chaînes logistiques en matière d'alimentation pour une plus grande sécurité du consommateur. Réguler des chaînes logistiques et donc des chaînes de contrats, n'est pas chose facile, surtout lorsque la chaîne se perd dans des pays extérieurs à l'Union. Cela est pourtant nécessaire, car, que la sous-traitance ait lieu à l'extérieur ou au sein de l'UE, les consommateurs européens seront concernés par le produit fini. Or, l'UE véhicule un certain nombre de valeurs et garantit une certaine protection des droits de ses « citoyens ». **A ce titre, elle se doit d'imposer aux entreprises de contrôler leur chaîne d'approvisionnement et de réduire les effets inévitables de certaines clauses contractuelles usuelles.**

A ce jour, deux types de clauses se retrouvent principalement dans les contrats de sous-traitance :

- des clauses qui limitent la responsabilité des uns et des autres, ce qui crée des responsabilités en cascades, situation qui peut aboutir à une irresponsabilité de fait de tous.
- des clauses qui imposent au sous-contractant de respecter les règles internationales relatives à la corruption, aux droits de l'Homme etc, mais où aucune sanction n'est prévue en cas de violation. Le résultat est alors le même, il sera difficile de trouver le vrai responsable de la violation de telles dispositions et de le sanctionner.

⁵⁶ Sur la qualité de sujet international des entreprises multinationales cf. les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : un statut juridique en mutation. disponible sur <http://www.asso-sherpa.org/reflexions/SHERPA%20Etude%20Juridique%20OCDE%20V150607.pdf> En particulier la postface.

⁵⁷ Voir par exemple : en matière sidérurgique, une décision de 1963 de la Haute Autorité de la CECA qui imposait aux entreprises de lui fournir un certain nombre d'informations sur les entreprises extérieures avec qui elles comptaient contracter.

2.1.2.2 Proposition de solution

La législation française offre un exemple de ce qu'il serait possible d'imposer aux entreprises européennes ayant recours à la sous-traitance.

En matière de contrats de bâtiments, ou de travaux publics, qui **implique la conclusion de nombreux contrats de sous-traitance**, le Maître de l'ouvrage, c'est à dire le contractant principal, ainsi que l'entrepreneur, c'est à dire la personne chargée d'exécuter ces travaux, doivent respectées plusieurs obligations concernant les sous-traitants⁵⁸.

- L'entrepreneur (deuxième maillon de la chaîne), a une obligation, au moment de la conclusion du contrat, **de faire accepter tous les sous-traitants et les conditions de paiement de chacun au maître de l'ouvrage** (1^{er} maillon de la chaîne). L'entrepreneur doit également informer le Maître de l'ouvrage de toutes les prestations qu'il envisage de sous traiter et plus précisément, les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel. L'entrepreneur doit donc évaluer à l'avance ses besoins, et avoir choisi préalablement les entreprises auxquels il entend sous-traiter le service ; le maître d'ouvrage étant ainsi au courant de chaque détail de la chaîne. Si l'entrepreneur doit faire appel à de nouveaux sous-traitants en cours d'exécution du contrat, ce sera à la condition de les avoir préalablement déclarés au maître de l'ouvrage.
- Quant au maître de l'ouvrage, il a un **devoir de vigilance** puisque c'est à lui qu'incombe la charge de s'assurer que l'entrepreneur et ses sous-traitants ont bien respectées leurs obligations d'information à son égard ; si tel n'est pas le cas, il devra les mettre en demeure de le faire. Le maître de l'ouvrage n'a donc pas un rôle passif à l'égard de la chaîne de contrats et **doit en garder la maîtrise**.

En cas de non respect de certaines règles du droit du travail, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur peuvent être tenus responsables solidairement si par exemple l'entrepreneur a employé illégalement des sous-traitants.

Ce type d'obligation se retrouve dans les contrats de certains secteurs, notamment le

secteur pétrolier, mais cela dépend de la volonté des cocontractants eux-mêmes d'insérer ce type de clause. **En les soumettant, de manière contraignante, à ce devoir de vigilance et d'information, les entreprises situées au sommet de la chaîne logistique pourraient ainsi voir leur responsabilité mise en œuvre en cas de non respect de ces obligations.** Le processus actuellement en cours au sein de l'Union européenne en matière de droit des contrats devrait tout mettre en œuvre pour imposer de telles obligations aux entreprises située au sommet d'une chaîne de contrats et en tirer les conséquences en cas de non maîtrise de la chaîne. Nous ne prétendons pour autant pas qu'une telle gestion de la chaîne puisse être possible pour n'importe quelle entreprise, mais bon nombre d'entreprises cotées pourraient y être soumises, eu égard à leur taille et aux moyens dont elles disposent.

2.2 Les obligations secondaires

Les obligations secondaires s'attachent à établir les conséquences de la violation des normes primaires. Elles indiquent les procédés par lesquelles les obligations primaires devront être utilisées et comment elles devront être respectées et leurs violations sanctionnées.⁵⁹ Les obligations secondaires que nous avons dégagé dans cette partie sont donc des moyens permettant d'obliger les entreprises (la société mère particulièrement) à réparer les dommages survenus au cours de la chaîne logistique (indépendamment de la responsabilité de la société ayant directement commis le dommage) et de les pousser à tout mettre en œuvre pour les éviter.

2.2.1 L'obligation de prévention

Nous rappellerons seulement ici nos développements sur les **effets préventifs de l'obligation de reporting** proposée (cf section 1.1.2) qui consistent à inciter les sociétés mères à mettre tout en oeuvre pour prévenir les risques afin d'éviter la mise en cause de leur responsabilité.

Rappelons aussi que nous avons proposé d'intégrer en droit communautaire une obligation générale. Cette dernière pouvant

⁵⁸ Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975, modifiée par la Loi MURCEF n°2001-1168 du 11 déc 2001

⁵⁹ in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphanie Riels, PUF, 2003, p. 1342.

consister à imposer aux sociétés mères, dirigeants et actionnaires :

- D'exercer leurs droits et obligations afin d'influer positivement, à la mesure de leur degré d'influence respectif, sur des considérations d'intérêt général;
- De fonder leurs décisions et actes à travers le filtre des notions de *principe de précaution* et de *développement durable*.

Imposer une telle règle de conduite générale aurait l'avantage d'inciter les juridictions saisies de litiges à apprécier les faits soumis à sa lumière.

Appliqué au contexte de la chaîne d'approvisionnement, ces règles permettraient de construire en jurisprudence le concept de **contrat durable**.⁶⁰ Evidemment le périmètre de cette étude ne nous permet pas de développer sur ce sujet, mais nous pouvons d'ores et déjà considérer qu'un contrat imposant à un sous-traitant de respecter les engagements éthiques du donneur d'ordre, sans pourtant que les conditions financières consenties lui permettent de faire les investissements nécessaires ne répondrait pas à la notion de contrat durable. On peut aussi le définir par la négative et de façon un peu absolue comme *tout contrat dont l'exécution n'entraîne pas directement ou indirectement de violation des obligations primaires étudiées précédemment*.

2.2.2 L'obligation de réparation

Deux notions permettent de mettre en œuvre la responsabilité de l'entreprise située au sommet de la chaîne logistique. Il s'agit de la notion d'**abus de droit** d'une part et de celle d'**engagement unilatéral** d'autre part.

2.2.2.1 L'abus de droit

L'abus de droit est communément admis par l'ensemble des systèmes de droit connus comme une source de responsabilité.⁶¹ « La

notion d'abus de droit vient prohiber une conduite qui, prima facie, est permise mais qui, in fine et toutes choses considérées, s'avère prohibée ». ⁶²

Nous l'avons vu précédemment, l'abus de droit constitue la base de dispositions impératives notamment en droit de la concurrence et droit des faillites qui s'autorisent à remonter au niveau de la société mère pour la sanctionner. On peut donc légitimement étendre l'usage de cette notion à la défense d'autres intérêts relevant de la défense de l'environnement et des droits de l'homme.

Rappelons d'ailleurs, pour faire écho à la section 2.1.1 sur les obligations primaires de nature conventionnelle, les termes des articles 5 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et 17 de la CEDH qui emploient la même formule pour évoquer la notion de l'abus d'un droit conférer par l'un de ces textes: « *Aucune disposition du présent Pacte (convention) ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte.* »

La pratique qui consiste à identifier les dispositifs légaux les plus favorables (en matière de droit social, de droit de l'environnement ou de droit fiscal par exemple), aussi légitime qu'elle soit, peut, sous certaines conditions que nous étudierons plus loin, **entraîner la mise en cause de la responsabilité civile ou pénale sur la base de la notion d'abus de droit**.

Il importe maintenant d'étudier plus précisément la nature juridique de l'engagement unilatéral, concept identifié également comme un outil juridique à part entière source d'obligation indéniable et

⁶⁰ Il s'agirait d'une réponse à l'observation selon laquelle "while MNCs are promoting CSR on one hand, the delivery schedule and price given are more and more tight on the other hand. Unconvinced suppliers see MNCs as the beneficiary profiting from a vicious competition in developing countries" [Yun Gao "Secondary Effect" in implementation of CSR in Supply Chain in Governance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises, Organisation internationale du Travail, 2007, document de travail n°182, p.121 - <http://www.oit.org/public/french/bureau/inst/download/dp18207.pdf>.]

⁶¹ Les principaux Etats qui ont adopté dans leur législation un principe général sanctionnant l'abus de droit : Code civil suisse (art.2) qui pose

en principe que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi », C. civ. allemand [BGB], art. 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui », C. civ. italien, art. 833, mais limité au droit de propriété, C. civ. autrichien, art. 1295, al. 2, C. civ. espagnol, art. 7, à la formulation très large, C. civ. luxembourgeois, art. 6, al. 1er). En dehors de l'Europe, le droit d'autres pays comportent des dispositions comparables : C. civ. du Québec [1991], art. 7 : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi » ; C. civ. du Liban : doit réparation « celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but auquel ce droit lui a été conféré ».

⁶² Laurent Eck, controverses constitutionnelles et abus de droit.

susceptible, à ce titre d'aider à construire un schéma de responsabilité adapté au contexte de la chaîne d'approvisionnement.

2.2.2.2 L'engagement unilatéral

Apparu sous l'ancien droit romain, le contrat unilatéral est l'une des figures maîtresses du droit des obligations ; il est universellement connu par les systèmes de droit.⁶³

Après une description du concept, nous évoquerons son intérêt pour appréhender les conséquences de la violation des chartes éthiques.

2.2.2.2.1 Description du concept

Parmi les définitions que l'on peut retenir, l'engagement unilatéral est « l'acte par lequel une personne manifeste l'intention de se lier personnellement par la seule expression de sa propre volonté, en vue de créer une obligation à sa charge ».⁶⁴

Le droit européen a consacré l'engagement unilatéral de volonté dans les Principes du droit européen des contrats, dont l'article 2 :107 affirme que « la promesse qui veut être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur ».⁶⁵ Cette promesse est évidemment révocable par le débiteur.

La source purement volontaire et unilatérale de l'engagement exclut donc la nécessité de l'acceptation du créancier et c'est tout son intérêt dans notre recherche de lien entre des tiers victimes et une entreprise. En effet, cette promesse est ainsi génératrice de droits pour ses destinataires qui peuvent s'en prévaloir lorsque les engagements qui l'accompagnent ne sont pas tenus.

L'infraction de publicité mensongère figure parmi les moyens déjà utilisés pour mettre en

cause la responsabilité de l'émetteur de tels engagements.

La Cour Suprême de Californie a en effet affirmé dans l'arrêt *Kasky c. Nike* de mai 2002 que le non respect d'un engagement pris dans un code de conduite peut être sanctionné sur le fondement de la publicité mensongère.⁶⁶ M. Marc Kasky invoquait le message transmis aux clients dans les déclarations de l'entreprise sur son respect des droits fondamentaux. L'entreprise soutenait un respect éthique dans ses relations contractuelles.⁶⁷

2.2.2.2.2 Application aux engagements éthiques

Les chartes éthiques édictent des engagements dont la violation est source de débats encourageants.⁶⁸ Toutefois, plusieurs questions se posent sur les critères que doivent remplir les codes de conduite pour être qualifiés d'engagement unilatéral.

Quel est leur contenu ?

Le contenu de ces codes donne l'apparence d'un droit plutôt dur,⁶⁹ avec des appellations telles que code de conduite, d'éthique, de déontologie, de principes. Ils tendent à énoncer les règles auxquelles l'entreprise souhaite se soumettre pour encadrer ses activités comme l'illustre l'exemple suivant:

⁶³ François-Luc Simon *La spécificité du contrat unilatéral*, Revue trimestrielle de droit civil, Avril/Juin 2006, p. 209. Voir aussi Marie-Laure Izorche, 2000, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille citée in André Sobczak *La responsabilité sociale de l'entreprise – Menace ou opportunité pour le droit du travail ?* - Relations Industrielles/Industrial Relations, 2004, Vol. 59, N°1, p.33.

⁶⁴ Amsatou Sos Sidibe in *Le secret médical aujourd'hui*, p.7 [http://www.afrology.com/soc/pdf/secretmedic.pdf]

⁶⁵ D. Mazeaud, La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 141 et s. spéc. P. 152 [in François-Luc Simon *La spécificité du contrat unilatéral*, Revue trimestrielle de droit civil, Avril/Juin 2006, p. 233 et 234] voir aussi le rapport de la Commission du 23 septembre 2005 http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumb&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=456.

⁶⁶ *Kasky c. Nike* (2002), 27 Cal. 4th 939 (n°S087859, 2 mai 2002). Après avoir été débouté en première instance, sa requête a été accueillie en 2002 par la Cour Suprême de Californie. Nike a donc porté l'affaire devant la Cour Suprême, qui s'est déclarée incompétente en juillet 2003 renvoyant l'espèce à une cour fédérale pour juger du fond de l'affaire. Ne voulant pas être sur la sellette médiatique, l'entreprise a décidé de passer un accord où elle s'engageait à financer des programmes d'audits, d'éducation et de crédit pour un total de 1.5 million de dollars auprès d'une ONG *Fair Labor Association*.

⁶⁷ On retrouve ce même concept pour Ikea, qui dans son catalogue s'engage expressément : « Ces fournisseurs appliquent tous le code de conduite Ikea qui définit les exigences minimum que mes fournisseurs doivent respecter en matière d'éthique, de conditions de travail et de respect de l'environnement. »

⁶⁸ Une récente publication française rassemblant les positions de juristes de droit des affaires est révélatrice des progrès en cours sur la question. Benoît Le Bars y affirme par exemple « *Allant plus loin, il est même possible de considérer que si la société a choisi de traduire les règles du gouvernement d'entreprise sous forme de code de déontologie ou de charte, la violation des principes édictés par la charte elle-même pourrait également recevoir une qualification juridique. Ainsi, pour les associés, la violation de la charte des administrateurs pourrait relever de la responsabilité contractuelle. Pour les tiers, non contractants au regard des statuts de la société, la violation d'un principe édicté par la charte pourrait éventuellement être mise en avant pour caractériser une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité de la société ou des dirigeants* » [Le contrôle des entreprises – évolution et perspectives, l'Harmattan, 2007, p.132]. Nous considérons que la notion d'engagement unilatéral trouve justement sa place pour légitimer juridiquement la mise en cause de la responsabilité civile de la société émettrices des engagements par des tiers victimes de leur violation.

⁶⁹ Tiré de « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », Marie BRAC, allocataire de recherche Université Paris X, Nanterre, <http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf>

Code d'éthique des affaires de la société Accenture : « *la société et tous ses salariés s'engagent à respecter toutes les lois en vigueur dans le monde entier.* »

Ces codes entendent le plus souvent se soumettre aux grandes règles de droit international tels que les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, les règles relatives à la corruption ou au droit du travail et de plus en plus les codes éthiques font références au respect de l'environnement.⁷⁰

La nature des engagements est globale, autant au plan géographique que temporel. En ce sens les engagements éthiques reflètent fidèlement la notion de développement durable - « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* »⁷¹.

Qui en sont les destinataires ?

Le périmètre de l'engagement au sein de l'entreprise qui l'exprime est généralement calqué sur le groupe de sociétés et étendu expressément aux sous-traitants et fournisseurs, comme l'illustre le Code de conduite du groupe Lafarge : « *le code de conduite des affaires a pour objet de fixer certaines règles de conduite applicables à tous les collaborateurs du groupe (...) ainsi qu'aux représentants, mandataires, consultants et autres prestataires externes étant amenés à agir pour le compte du Groupe ou de ses différentes entités* ».

On peut même valablement considérer que le périmètre s'étend à celui de la **marque ombrelle** de l'entreprise. Les engagements éthiques sont en effet sensés véhiculer les valeurs de la marque ombrelle et des autres marques représentant les produits/services du

⁷⁰ Selon une étude d'Alpha, « Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, mars 2004, disponible sur : <http://alpha-etudes.com/admin/upload/rp290304sy.pdf>, les normes les plus citées dans les codes éthiques sont : les conventions de l'OIT, la DUDH, la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, les principes directeurs OCDE, la Convention de l'OCDE sur la corruption, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la Déclaration de principes du BIT, le Global Reporting Initiatives, le Global Compact, les Normes et référentiels (SA 8000, AA 1000).

⁷¹ En 1984, l'Assemblée générale des Nations unies confie à Mme Gro Harlem Brundtland, alors Premier ministre de la Norvège, le mandat de former et de présider la Commission mondiale de l'environnement et du développement, aujourd'hui connue pour avoir promu les valeurs et les principes du développement durable. Cf. le rapport intitulé *Notre avenir à tous* remis en 1987 http://www.wikilivres.info/wiki/index.php/Rapport_Brundtland. Cette définition résulte des termes du rapport Brundtland remis en 1987 par la Commission mondiale de l'environnement et du développement aux termes de ses travaux.

groupe. Remarquons d'ailleurs que le périmètre de la marque ne se confond pas avec la sphère d'influence de l'entreprise au sens qui nous intéresse pour responsabiliser la société mère. En revanche le périmètre de la marque, plus large que la sphère d'influence, peut servir à délimiter le périmètre des sujets de droit destinataires des engagements et susceptibles d'en reprocher le non respect.

Quel est le degré des engagements ?

Les codes de conduite individuels ou collectifs peuvent être **soit des actes réglementaires de droit privé** pouvant avoir force obligatoire comme les règlements intérieurs, **soit des actes à portée contractuelle** s'ils sont, par exemple, annexés au contrat de travail.

Ils sont par ailleurs et avant tout des outils de communication véhiculant l'image d'une entreprise qui prend au sérieux sa responsabilité sociale et environnementale. Ce à travers une sémantique souvent très large et neutre pour éviter qu'elle n'engage juridiquement l'entreprise.

Très souvent, les codes ne prévoient pas ou peu de mécanismes de contrôles réels. Le plus souvent il s'agit d'un contrôle interne. Code d'éthique Electrolux : « le non respect des dispositions du Code pourra entraîner des mesures disciplinaires. »

S'agissant de leur portée juridique, il convient de distinguer les professionnels des tiers. Pour les professionnels on peut se référer aux usages des chartes éthiques des entreprises qui selon certains auteurs entrent dans la *Lex mercatoria*.⁷²

En effet, plusieurs arguments permettent de conclure au caractère contraignant des chartes éthiques **entre professionnels** sur le fondement du droit des contrats. Le Code of Labour Practices for the Apparel Industry dispose par exemple : « *Where there is repeated failure to observe or to ensure observance of the code by a particular contractor, subcontractor, supplier or licensee, the agreement should be terminated* ». ⁷³ Il est aussi

⁷² Fabrizio Marrella - *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* - pp.25-26 ; Farjat - *Nouvelles Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Fouchard, P. Lyon-Caen, A. and Kahn, P. (eds.) *Les transformations de la régulation juridique* (Paris : LGDJ, 1998), pp. 151-178.

⁷³ Clean Clothes Campaign, Code of Labour Practices for the Apparel Industry including Sportswear, February 1998 [reproduced in R. Mares, *Business and human rights: A compilation of documents* (Boston: Martinus Nijhoff, 2004 - cité in Fabrizio Marrella - *Human Rights*,

concevable qu'en application des règles UNIDROIT et plus précisément sur le fondement de la notion de « *legitimate expectations* », ⁷⁴ une partie à un contrat puisse le résilier au motif que des engagements unilatéraux figurant dans la charte éthique de son cocontractant n'ont pas été respectés.

Evidemment, l'intégration des chartes éthiques dans la *lex mercatoria* n'a pas d'effet direct sur les **tiers victimes** de violations des droits de l'homme ou de l'environnement qui ne sont pas parties au contrat. Cependant, cette entrée des chartes éthiques dans le corpus de règles applicables lors d'un litige opposant deux professionnels ouvre des perspectives intéressantes qui nous permettent de soutenir que chaque citoyen étant destinataire de ces engagements, ces derniers deviennent pour eux des droits subjectifs dont ils peuvent se prévaloir.

Remarque - Il est important d'observer ici que lorsque M. Kasky utilise le recours pour publicité mensongère à l'encontre de Nike, il touche indirectement au but sans toutefois garantir la réparation des victimes directes. C'est seulement sous la condition de renoncer à sa plainte que Nike consent à financer des programmes d'audit, d'éducation et de crédit au bénéfice des victimes. C'est afin d'éviter aux victimes d'avoir recours à de telles procédures 'subsidiaries' pour obtenir réparation, que le rapprochement entre la notion de code de conduite et d'engagement unilatéral nous semble pertinente.

Ainsi les codes de conduites constituent-ils des engagements unilatéraux source d'obligations pour l'entreprise émettrice et de droits pour ses destinataires. Leur violation doit permettre aux victimes (partenaires commerciaux externes ou tiers) disséminés tout au long de la chaîne d'approvisionnement de s'en prévaloir sur le fondement de la responsabilité civile. ⁷⁵

Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade – p.25]

⁷⁴ Selon les termes des Principes UNIDROIT, art. 1.8 « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle suscite chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* » [Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004 - <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/biackletter2004.pdf>].

⁷⁵ Bien évidemment, les fondements de telles actions différaient selon que le demandeur soit un partenaire commercial ou un tiers ; les premiers pourraient mettre en jeu la responsabilité civile contractuelle de la société émettrice, sur le fondement du contrat qui les lie ; les tiers se prévaleraient quant à eux de la responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle. Cette distinction entre les deux régimes de

2.2.2.3 Abus de droit et code de conduite

Considérant la teneur des codes de conduite des entreprises multinationales on peut valablement soutenir qu'ils sont la manifestation d'une volonté, l'exercice de leur liberté d'expression⁷⁶ sur laquelle elles fondent leur communication en vue notamment d'obtenir l'adhésion de différentes catégories de destinataires (salariés, actionnaires, contractants professionnels, consommateurs ou tiers ainsi que nous l'évoquerons ci-après). La violation desdits engagements de faire ou de ne pas faire sera l'expression d'un abus du droit que constitue la liberté d'expression. En effet, une promesse exprimée publiquement (ce qui est toujours le cas des chartes éthiques) que l'on ne se donne pas les moyens de respecter est un abus de la liberté d'expression.

Nous considérons ainsi qu'un lien doit être créé entre la notion d'abus de droit et la teneur des engagements éthiques émis par l'entreprise. **Dans le contexte de la chaîne d'approvisionnement, l'abus doit être constaté lorsque les modalités de recours aux *partenaires externes* (et notamment dans le cas où les conditions financières négociées ne permettent pas au partenaire externe de faire les investissements nécessaires au respect desdits engagement) entraînent ou risquent d'entraîner des conséquences pour l'environnement ou des individus qui vont à l'encontre des engagements éthiques exprimés par l'entreprise et par extension à l'encontre de l'ordre public européen.**

responsabilité civile est plus connue des systèmes de droit romano germanique que ceux de la Common Law.

⁷⁶ Dans l'affaire *Kasky v Nike*, Nike a fait référence à l'article 1 de la constitution américaine qui reconnaît le droit à la liberté d'expression. La réponse de la Cour Suprême de Californie consiste à rejeter l'application de l'article 1 au motif qu'il s'agit d'une « discours commercial » en précisant : « *Our holding...in no way prohibits any business enterprise from speaking out on issues of public importance or from vigorously defending its own labor practices. It means only that when a business enterprise, to promote and defend its sales and profits, makes factual representations about its own product or its own operations, it must speak truthfully...* » [in *Legal issues in corporate citizenship*, Février 2003, p.19 and 20 - <http://www.observatoriorsc.org/descargas/biblioteca/documentos/guias/legalacioninCSR.pdf>]

ENSEIGNEMENTS OBLIGATIONS PRIMAIRES ET SECONDAIRES

OBLIGATIONS PRIMAIRES

Nous avons distingué deux catégories d'obligations :

3. Obligations conventionnelles

Au-delà du débat sur l'application directe aux entreprises de certaines normes internationales protégeant des droits fondamentaux (PIDCP, PIDESC, principes directeurs de l'OCDE) il est incontestable que les entreprises doivent respecter la CEDH et certaines conventions de l'OIT sous peine de recours direct des victimes.

4. Obligations contractuelles

A l'instar du dispositif existant en droit français dans le secteur du bâtiment et travaux publics, l'UE pourrait imposer :

- aux filiales et à leurs partenaires externes de 1^{er} rang de faire accepter tous les partenaires externes par la société mère et d'informer cette dernière des conditions contractuelles consenties ;
- à la société mère, une obligation de vigilance consistant à s'assurer que ses filiales et les partenaires de externe de 1^{er} rang ont bien respecté leurs obligations d'information à son égard.

Ces mesures ont selon nous pour mérite de préciser les contours de l'obligation de reporting social et environnemental en l'étendant aux termes contractuels formant la chaîne d'approvisionnement.

OBLIGATIONS SECONDAIRES

Nous avons donc identifié deux obligations secondaires fondamentales, l'**abus de droit** et l'**engagement unilatéral**, qui pourraient trouver plusieurs traductions à l'échelle de l'Union Européenne permettant le recours direct des victimes à l'encontre de la société mère:

3. Précaution/Prévention

Nous rappelons ici l'importance de l'obligation d'information et les effets induits de l'obligation de reporting renforcée proposée. Cette

obligation de rapporter les risques et la survenance de dommages en matière sociale et environnementale doit inciter les sociétés mères à tout mettre en oeuvre pour les prévenir. Il s'agit pour les entreprises d'anticiper tout abus de droit et violation d'engagement unilatéral.

4. Réparation – 4 niveaux de recours

Recours des concurrents - Nous suggérons l'insertion en droit de la concurrence d'une nouvelle pratique anti-concurrentielle qui consisterait à *contredire les engagements exprimés dans les codes de conduite individuels ou collectifs*.

Recours des partenaires externes (sous-traitants / Fournisseurs) - la combinaison des notions d'abus de droit et d'engagement unilatéral ouvre des possibilités de recours en responsabilité civile à l'encontre de la société mère de la part des *partenaires externes* victimes de conditions contractuelles ne leur permettant pas d'honorer tous leurs engagements et notamment le respect des propres engagements éthique de la société mère qui leur incombe contractuellement. Un tel recours serait notamment possible dans le cadre d'une action récursoire, si le sous-traitant a du engager sa responsabilité et réparer un dommage lié à la violation d'une obligation primaire. Cela inciterait les entreprises multinationales à s'assurer que les termes des contrats au long de leurs chaînes d'approvisionnement répondent à la notion de **contrat durable**. Selon notre raisonnement, il serait par ailleurs tout à fait envisageable que les **représentants de salariés** des sociétés sous-traitantes initient une telle procédure à l'encontre de la société mère du groupe donneur d'ordre.

Recours des tiers victimes – nous rappelons ici les vertus de l'obligation de reporting adossée au régime de responsabilité civile et pénale proposé dans le précédent document de travail. Elle permet l'action en responsabilité civile ou pénale des victimes à l'encontre de la société mère et un aménagement équitable de la charge de la preuve. Les victimes visées ici répondent à la définition communément admise de **partie-prenante**.

Recours des consommateurs – en complément, il serait intéressant de mentionner expressément que *la violation d'un code de conduite relève de la publicité trompeuse ou mensongère*. Un tel recours, ouvert notamment

aux associations de consommateurs devrait avoir un impact important pour inciter les entreprises à modifier leurs pratiques au sein de leur chaîne d'approvisionnement.

2.2.3 Les règles d'interprétation

Quelques remarques sur les règles d'interprétation applicables aux situations litigieuses s'imposent.

La **bonne foi** est un principe universellement consacré par le droit, inhérent à tout ordre juridique. Elle est *un impératif juridiquement contraignant, encore qu'aux contours imprécis, de la moralité internationale*.⁷⁷ Selon monsieur Osman, il s'agit d'"un principe de base qui domine la formation, l'exécution des contrats internationaux, ainsi que l'interprétation".⁷⁸ Selon ce principe, être de bonne foi c'est faire preuve d'un esprit loyal, sincère, honnête ; c'est être fidèle à la parole donnée ; c'est tenir ses promesses.⁷⁹

Selon le principe de **constructive knowledge** « *if one by exercise of reasonable care would have known a fact, he is deemed to have had constructive knowledge of such fact* ». ⁸⁰ En l'occurrence, en application de ce principe et considérant que les entreprises sont censées ne pas ignorer la loi (à l'instar de tout autre sujet de droit) elles ne peuvent ignorer que toute violation de leurs engagements unilatéraux puisse les exposer à une contrainte proportionnée.

La notion « **d'attente légitime - legitimate expectation** » de l'investisseur est devenue usuelle pour analyser le standard de « traitement juste et équitable ». En application de ce principe une entreprise ne peut avoir des attentes contraires au droit coutumier international et contraires à des droits fondamentaux, a fortiori lorsqu'ils sont traduits dans son code de conduite.⁸¹

⁷⁷ Pierre Lalive, "Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'État", dans *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Némésis, 1986, p. 432.

⁷⁸ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 27.

⁷⁹ In *Dictionnaire de la Culture juridique*, PUF, 2003, p.143.

⁸⁰ Yann Queindec, *Propositions pour un arbitrage international*, intervention à l'occasion des 1ères Rencontres internationales pour le droit d'accès à l'eau, Marseille, 25 novembre 2006, p.9].

⁸¹ Pour plus d'information sur l'importance du rôle de la coutume internationale pour contribuer à l'établissement d'un cadre juridique de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, cf Yann Queindec, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – un statut juridique en mutation*, juin 2007
<http://asso->

La gestion en bon père de famille - Issu du concept de *bonus pater familias* du droit romain, ce modèle comportemental est devenu une notion cadre du droit civil français soumise à l'appréciation souveraine du juge. Cet homme, le bon père de famille est censé être diligent, attentif. Il doit s'occuper des biens comme s'il s'agissait des siens et doit surtout agir avec prudence dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette évocation de l'époque de rédaction du code civil est sous jacente au terme même de bon père de famille, mais le contenu de cette notion a su évoluer avec les mœurs d'aujourd'hui. Il reste une base de référence⁸². On peut rapprocher ce concept de celui de l'homme raisonnable⁸³ du droit anglais mais la construction n'est pas la même.⁸⁴ Nous pouvons en déduire aujourd'hui une préférence pour la notion de raisonnable. Le juge saisi sera donc tenu de se poser la question suivante « qu'est ce qu'un homme raisonnable aurait fait dans telle situation ? ».

sherpa.org/reflexions/SHERPA%20Etude%20Juridique%20OCDE%20V150607.pdf.

⁸² « Type de l'homme normalement prudent, soigneux et diligent, auquel se réfère le Code civil pour déterminer notamment les obligations qui pèsent sur celui qui a la conservation (C. civ., a. 1137, 1880, 1962), l'administration (C. civ. a. 450, 1374) ou la jouissance (C. civ. a. 601, 1728, 1806) du bien d'autrui, en supposant chez le père de famille, érigé en modèle, la vertu moyenne d'une gestion patrimoniale avisée ; référence traditionnelle comparable à celle de la personne raisonnable, Association Henri Capitant, dirigé par G. CORNU, Vocabulaire juridique.

⁸³ « Le standard de « l'homme raisonnable » n'est pas unique, mais qu'il varie en fonction de la difficulté et des caractères propres à l'activité exercée. Pour apprécier, par exemple, les devoirs qui s'imposent à un professionnel dans l'exercice de sa profession, le juge ne se réfère évidemment pas à ce que l'on aurait pu attendre normalement d'un profane, mais à ce qu'il était raisonnable d'exiger d'un « bon professionnel de sa spécialité (...) autrement dit, le standard de l'homme raisonnable doit être adapté à la nature de l'activité visée », en ayant toujours égard au contexte, suivant le postulat selon lequel « le principe de l'appréciation [se fait] in abstracto car le propre de l'homme raisonnable consiste précisément à ajuster son comportement aux circonstances auxquelles il se trouve confronté à chaque instant », G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} éd. L.G.D.J. 1998, n° 464, cité in On "Reasonableness" in International Commercial Law, Guillaume Weiszberg, Thèse soutenue le 7 novembre 2003 à l'Université de Panthéon Assas (Paris II), Prix de Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

⁸⁴ M. SEYRAT a d'ailleurs écrit une thèse sur ce thème et a défini précisément ce concept en montrant sa différence de formation entre les systèmes de droit romano germanique et la Common Law - S. SEYRAT, *Le bon père de famille, la signification et la fonction dans le droit*, th. Paris II 1985, dir. D. TALLON, « Le droit français, en cette matière, "descend" du principe général préétabli au cas particulier alors que le droit anglais "construit" non pas des principes généraux mais des "standards" à partir des cas particuliers. Le droit français déduit des solutions à partir des principes généraux et la référence au comportement du "bon père de famille" de l'article 1137 du C. civil en est un. (...) En droit anglais la démarche est à la fois inverse et différente. A partir des données de l'expérience vécue, les juristes anglais "dégagent", "induisent" des règles de droit sélectives qui ne montent pas jusqu'au niveau des grands principes mais jusqu'à celui du raisonnable. Il se bâtit ainsi une conception de l'homme raisonnable sous forme de modèles. L'effort que se doit de faire le juge anglais (après la disparition du jury civil) pour expliquer pourquoi est admis ou rejeté tel argument des parties le pousse à décrire le comportement "tel qu'il doit être" et donc à une élaboration descriptive (quelque peu moralisatrice ?) du comportement. Le "reasonable man" prend ainsi forme ».

La règle d'interprétation selon laquelle *la loi contractuelle établie sous l'influence dominante d'une partie doit s'interpréter en faveur de l'autre* est aussi d'une grande utilité en ce qu'elle peut rétablir des équilibres entre donneur d'ordre et partenaires de la chaîne d'approvisionnement.⁸⁵

L'usage de ces principes d'interprétation communément admis permettrait au juge ou tout autre institution chargée de dire le droit, saisi d'un recours, de considérer à leur lumière l'attitude de l'entreprise et particulièrement les disparités entre ses engagements et les faits constitutifs de dommages qui les contredisent. Leur utilisation raisonnée fera cesser l'interprétation discrétionnaire des standards de responsabilité sociale et environnementale faite aujourd'hui par les entreprises multinationales.

2.2.4 Les outils de résolution des litiges

2.2.4.1 L'anticipation des litiges

Nous ne développerons pas ici, mais il convient d'insister sur l'importance d'impliquer les fonds d'investissements, agences de notation éthique, les institutions de labellisation, les commissaires aux comptes et les autorités des marchés financiers qui ont, chacun à leur niveau, un rôle crucial. Ils doivent exercer leur rôle sur la base des informations sociales et environnementales objet de l'obligation de reporting renforcée et en tirer toutes les conséquences (refus ou retrait d'investissement, mauvaise notation, systématisation de la constitution de réserves dans les comptes sociaux, réserves voire refus de certification des comptes sociaux, etc.).

L'Organisation Mondiale des Douanes (OMD) pourrait également jouer un rôle fondamental dans la surveillance de la chaîne logistique. Le Cadre de Normes Safe de l'OMD constitue en effet « *un mécanisme efficace pour protéger la chaîne logistique internationale contre les effets du terrorisme et d'autres formes de criminalité transnationale.*⁸⁶ » Il serait donc envisageable d'imposer aux entreprises de présenter aux douanes un document certifiant du respect des

normes environnementales et des droits de l'Homme dans la fabrication de leurs produits.

Le rôle préventif de l'obligation de reporting ne pourra jouer pleinement qu'à la condition de l'implication de tous ces acteurs qui contribuent ainsi à informer les consommateurs. Le rôle des parties prenantes est aussi un maillon crucial.

2.2.4.2 La résolution des litiges

Hormis le recours judiciaire en responsabilité civile ou pénale que nous avons préconisé au travers particulièrement du schéma de responsabilité induit par l'obligation de reporting renforcée, il serait souhaitable d'établir des ponts avec les dispositifs existant en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Nous pensons précisément aux Points de Contacts Nationaux chargés du contrôle de la bonne application des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Les points de contact nationaux de l'OCDE seraient utilement impliqués à deux niveaux.

- 1) à tout le moins pour assurer un rôle de relais auprès des juridictions saisies qui manquent souvent de moyens pour mener à bien les investigations requises par des litiges extraterritoriaux. On pourrait même leur attribuer un rôle de supervision de la bonne exécution des mesures de réparation et d'amélioration des pratiques;
- 2) au stade des procédures de circonstances spécifiques, ils pourraient utilement favoriser la résolution des litiges – ceci implique cependant une réforme de leur mode de fonctionnement et une évolution vers une procédure d'arbitrage. On peut en effet imaginer que les PCN deviennent, à l'instar du CIRDI en matière d'arbitrage sur des sujets de droit de l'investissement, un outil d'arbitrage dédié à la responsabilité sociale et environnementale des entreprises.⁸⁷

⁸⁵ Catala [Revue JP Commerciale, 2007, p.187].

⁸⁶ OMD, « Cadres de Normes Safe », disponible sur le site de l'OMD : www.coomd.org. Cette proposition serait de surcroît tout à fait en accord avec nos développements sur le recel situés dans le paper précédent.

⁸⁷ Notons que le recours à l'arbitrage constitue une solution pour éviter les obstacles du Droit International Privé sur le fondement de la violation de l'ordre public : « D'après la jurisprudence française, le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris est autorisé, à titre exceptionnel (...) à apporter son concours à la constitution d'un tribunal arbitral lorsque « l'attitude du Juge étranger normalement compétent équivaudrait, à l'égard du demandeur à l'arbitrage, à un véritable déni de justice » [Homayoon Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, 2005, p. 63 et 64].

3 EVALUATION DES PROPOSITIONS

Prolongement logique de la section précédente, il s'agit à présent, d'établir, sur la base des fondements juridiques identifiés, une grille de lecture des situations que peuvent rencontrer les entreprises multinationales afin de permettre à une entreprise donnée, aux parties prenantes et aux magistrats éventuellement saisis de résoudre une situation litigieuse.

Nous avons identifié deux cas emblématiques ayant donné lieu à deux types de recours distincts, l'un faisant appel à la procédure de circonstance spécifique de l'OCDE et l'autre utilisant la voie judiciaire.

3.1 Adidas et la procédure OCDE de circonstance spécifique

3.1.1 Faits. En 2002, Clean Clothes Campaign Allemagne (CCC) a porté plainte devant le Point de Contact National allemand, ou est situé le siège social d'Adidas, pour non respect des principes directeurs de l'OCDE dans deux usines sous-traitées par Adidas en Indonésie. Conformément à la procédure de circonstance spécifique de l'OCDE, un processus de discussion a donc été mis en place entre les parties, le PCN se limitant alors à son rôle de médiateur.

Deux ans plus tard, Adidas a fait certains efforts pour par exemple réhabiliter certains travailleurs qui avaient été licenciés pour des motifs illégaux et mettre en place un meilleur processus de contrôle de sa chaîne de sous-traitance. Pour autant, les conclusions de ce cycle de négociations ont été peu positives, puisque **les parties ne se sont pas entendues sur les moyens d'actions à mettre en place et sur les violations des droits allégués dans la plainte.**

3.1.2 Reproches à l'encontre d'Adidas.

Il était en effet reproché à Adidas d'avoir **refusé aux travailleurs de ces usines le droit de s'organiser et de procéder à des négociations collectives.** CCC lui reprochait d'avoir utilisé des moyens de pressions et d'intimidations contre les travailleurs syndiqués qui souhaitaient négocier plus de salaires lorsqu'ils faisaient des heures supplémentaires, heures qui étaient perçues par certains et non par d'autres. Les actes d'intimidations

pouvaient aller de l'intimidation pour leur santé ou leur sécurité, jusqu'à des arrestations ou des licenciements ou des délocalisations dans d'autres usines.

Il était aussi reproché à Adidas de **ne pas respecté un niveau de vie minimum pour ses employés, à un tel point que pour certains, cela pouvait se qualifier de travail forcé.**

En matière de discrimination, les employés syndiqués étaient discriminés ; mais la catégorie d'employés subissant le plus ces discriminations étaient les femmes qui étaient obligées de vivre séparément de leurs enfants. Les conditions de travail des femmes étaient donc en inadéquation avec une vie de famille.

Des allégations **en matière de sécurité et de santé** dans les usines ont été également avancées.

3.1.4 Obligations primaires de nature conventionnelles dont Adidas était accusé par CCC d'avoir violées :

- OECD guidelines, Partie I, Chap. IV paragraphe IV.1, sub paragraph IV.1.A:

"Enterprises should respect the right of their employees to be represented by trade unions and other bona fide representatives of employees, and engage in constructive negotiations, either individually or through employers' associations, with such representatives with a view to reaching agreements on employment conditions."

- OECD guidelines, Partie I, Chap. IV paragraphe IV.1, sub paragraph IV.1.D:

"Enterprises should not discriminate against their employees with respect to employment or occupation on such grounds as race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, unless selectivity concerning employee characteristics furthers established governmental policies which specifically promote greater equality of employment opportunity or relates to the inherent requirements of a job."

- Partie II, chapitre II paragraphe II.7

“Enterprises should develop and apply effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of confidence and mutual trust between enterprises and the societies in which they operate.”

- conventions internationales de l'OIT

3.1.5 Issue du litige. Finalement, et conformément à la procédure proposée par l'OCDE qui est basée sur le volontariat, Adidas n'a aucunement eu l'obligation de réparer les dommages subis par les victimes de ces violations et les mesures à mettre en place pour améliorer la situation sont restées de sa propre initiative.

3.1.6 Critiques sur la procédure OCDE. CCC regrette aujourd'hui que le PCN n'ait pas de pouvoirs d'investigations plus étendus, notamment un budget propre lui permettant de faire de réelles investigations. En effet, CCC, petite ONG, a dû elle-même trouver les fonds nécessaires pour prouver les faits reprochés, ce qui crée inévitablement un **déséquilibre des parties** face à une entreprise dont le chiffre d'affaires se compte en centaines de millions de dollars. CCC n'a donc pas pu procéder à toutes les investigations qui auraient été nécessaires. CCC regrette également qu'un **processus d'appel** ne soit pas mis en place au sein de cette procédure de plainte pour l'obtention de meilleurs résultats. Si la procédure portée devant le point de contact national pouvait aboutir à **des actions judiciaires**, les victimes auraient certainement pu obtenir des dédommagements, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.⁸⁸

3.1.7 Adidas et la gestion de sa supply chain aujourd'hui. La base du programme de gestion de la chaîne de sous-traitance d'Adidas se trouve dans ses Standards of Engagements (SoE) dont la gestion est confiée au Social and Environmental Affairs, qui est une équipe de 33 personnes chargées de vérifier le respect du SoE au sein de la chaîne de sous-traitance mais aussi au sein du groupe.

Le SoE a été complété en 2004 par des lignes directrices distribuées dans un premier temps en interne puis en 2005 aux différents sous-traitants du groupe. L'une de ces lignes directrices prévoit **l'application des SoE et**

des sanctions et réparation en cas de violation de celui-ci. Ces sanctions peuvent se traduire par la résiliation d'accords en cas de sérieuse violation et de non respect à répétition ; des préavis de stoppage d'activités dans des cas où les processus utilisés dans l'usine peuvent avoir des conséquences néfastes sur l'environnement ; des investigations par des tiers lorsque la violation des SoE ou des lois locales devient un problème d'intérêt public ; des warning letters en cas de non respect répété des SoE ; la mise en place de projets spéciaux pour réparer des problèmes particuliers

Selon le rapport d'activité d'Adidas de 2004, plusieurs warning letters ont par exemple été envoyés à des sous-traitants :

“Typically, warning letters were issued because of excessive working hours, double bookkeeping and the falsification of payroll and time records, lack of management commitment to remedial actions (usually over extended periods of time and following frequent requests and visits), plus other issues such as the presence of banned chemicals, poor health and safety and forced labour. On any given issue, three warning letters will usually result in an immediate recommendation to terminate.”

Adidas présente également dans son rapport d'activité les différents moyens qu'ils comptent utiliser pour mieux gérer leurs chaînes de sous-traitance tel que des audits (par des équipes internes au groupe ou externe), des formations à l'attention des managers de certaines usines pour une meilleure application des SoE, ou encore des certifications pour s'assurer que leur sous-traitants se conforment bien aux SoE.

3.1.8 Quelle aurait été l'impact de nos propositions dans les mêmes circonstances ?

Les propositions avancées dans ce document auraient pu s'exprimer à divers niveaux :

Prévention - Précisons tout d'abord qu'en application de l'obligation de reporting social et environnemental contraignante que nous proposons, Adidas aurait été fortement incitée à prévenir la survenance des dommages en usant de toute son influence. Ceci aurait pu se traduire par une sélection rigoureuse des partenaires externes et l'instauration de relations durables, le surcoût engendré

⁸⁸ propositions de Clean Clothes Campaign, 15 sept 2004, "Clean clothes campaign Germany's final assessment on the outcomes of the OCDE complaint case", disponible sur www.oecdwatch.org

constituant un gage de fiabilité de sa chaîne d'approvisionnement et de diminution des risques judiciaires.

Résolution du litige – Le recours à la procédure offerte par les Points de Contacts Nationaux OCDE réformés et correctement financés aurait pu intervenir via une procédure relevant plus de l'arbitrage que de la médiation, avec la mise en place d'un suivi des mesures correctives adaptées impliquant les parties prenantes.

Sanction – Les fonds d'investissements, les agences de notation éthique, les commissaires aux comptes auraient chacun à leur niveau exercé leur rôle contribuant à modifier l'attitude d'Adidas. Par ailleurs, des associations de consommateurs auraient été en mesure de faire pression sur Adidas en déposant un recours pour publicité mensongère.

Réparation – En cas d'échec des dispositifs précédents, les employés auraient pu (individuellement, ou via leurs représentants syndicaux ou toute autre ONG dûment mandatée) exercer directement un recours en responsabilité civile à l'encontre de la société mère.

3.2 Le groupe Nike et la publicité mensongère

Le cas de Nike donne une autre illustration de la maîtrise que peut avoir une société sur sa chaîne de sous-traitance en matière de RSE.

3.2.1 Nike et ses sous-traitants. Les critiques contre Nike ont commencé à être particulièrement vives dans les 90 ; elles concernaient principalement les conditions déplorables que les travailleurs de ses usines de sous-traitance au Pakistan, au Cambodge, au Vietnam, ou encore en Chine devaient supporter. Dans un premier temps, Nike a refusé d'endosser une quelconque responsabilité à l'égard de ces travailleurs, ne les considérant pas comme ses propres salariés. En 1992, Nike a fini par reconnaître l'importance qu'il y avait à faire respecter les normes de droit international par ses sous-traitants et leur a alors imposé des codes de conduite à afficher dans leurs usines. Ces codes se sont révélés inefficaces et Nike a dû procéder à des contrôles plus en profondeur. Pourtant, cela n'a pas empêché les violations de droits de l'Homme de se perpétuer et Nike a dû subir,

outre les multiples campagnes des ONG à son encontre, une action en justice.

3.2.2 Le cas Kasky contre Nike devant les cours américaines. En 1998, un citoyen américain a ainsi intenté un procès contre la firme Nike sur les conditions de travail dans les usines de ses sous-traitants, sur le fondement de la publicité mensongère. Les deux premières instances ont considéré que les déclarations de Nike concernant sa politique de respect des droits de l'Homme n'étaient pas assimilables à de la publicité. Mark Kasky s'est donc retourné vers la Cour suprême californienne qui, à l'inverse, a jugé que les déclarations publiques de l'entreprise étaient bien assimilables à une communication publicitaire et donc susceptibles d'inciter à l'achat de ses produits. Nike a alors déposé un recours devant la Cour suprême fédérale des États-Unis, car selon elle, cette décision mettait en cause la liberté d'expression des entreprises. Celle-ci s'était déclarée incompétente en juillet 2003. Pourtant, en qualifiant d'abusives la manière dont Nike a usé de sa liberté d'expression, il est fort à penser que Nike aurait été condamnée à des dommages et intérêts.

3.2.3 Issue du litige. Trois mois plus tard, l'affaire avait été conclue par un accord entre les deux parties qui ont estimé de concert " *qu'il est plus utile de renforcer les dispositifs de surveillance des conditions de travail chez les sous-traitants et d'améliorer ces conditions de travail que perdre encore temps et argent en procédures.*" Nike s'est alors engagé à verser 1,5 million de dollars pour mettre en place des programmes d'audits et financer des programmes d'éducation. L'intégralité des 1,5 million de dollars a été versée à la Fair Labor Association, une organisation américaine qui rassemble des entreprises, des universités, des associations de consommateurs et des ONG et dont la mission est de travailler sur l'évaluation des conditions de travail et l'amélioration des pratiques chez les sous-traitants de ses adhérents.

3.2.4 La prise de conscience de Nike. Il faut noter qu'à la différence de la France où le rapport sociétal est devenu obligatoire, aux États-Unis, la publication d'un tel rapport reste volontaire. Rien n'est donc prévu en cas de déclarations mensongères. Le problème est alors celui de la certification du rapport par des organismes externes aux groupes. De nombreuses entreprises font aujourd'hui appel

à ce genre d'organismes pour éviter de tels débours judiciaires. Mais Nike a été encore plus loin en publiant en 2005 dans son rapport de responsabilité sociale, la liste et la localisation de ses ateliers de productions afin de permettre une évaluation indépendante des conditions de travail. Nike était alors la première entreprise multinationale à publier volontairement l'ensemble de sa chaîne d'approvisionnement et de production.

3.2.5 Des violations persistantes dans la chaîne de sous-traitance. Dans ce rapport, Nike y admettait en outre que « *dans certaines usines où sont fabriqués ses produits, les travailleurs subissent diverses formes de harcèlement et sont obligés d'accepter des heures supplémentaires de travail* ». Le groupe reconnaît par ailleurs que des « *pratiques montrées du doigt sont toujours appliquées dans certains ateliers où les ouvriers sont exploités* ». Selon un audit, réalisé par Nike, des cas de harcèlement, physique ou verbal, ont été recensés dans plus d'un quart de ses usines du Sud-Est asiatique. Entre 25% et 50% des ateliers de la région restreignent l'accès aux toilettes ou à des points d'eau pendant le temps de travail. Dans plus de la moitié des ateliers asiatiques, l'activité normale de production amène les ouvriers à travailler pendant plus de 60 heures par semaine, selon l'audit du groupe. Un travailleur qui refuse des heures supplémentaires est sanctionné dans 10% des sites de production.

3.2.6 Quelle aurait été l'impact de nos propositions dans les mêmes circonstances

Les propositions avancées dans ce document auraient pu s'exprimer à l'instar du cas précédent.

Observons d'ailleurs que les pratiques actuelles de Nike qui se sont considérablement améliorées en matière de transparence, se rapprochent des exigences inhérentes à l'obligation de reporting contraignante que nous proposons sans toutefois permettre à toutes victimes et notamment aux travailleurs de ces usines, d'intenter une action en responsabilité civile contre Nike. En effet, Nike, par ce rapport, reconnaît expressément les violations qui ont lieu chez ses sous-traitants. Des mesures sont prises, comme la réalisation d'audits, mais elles restent insuffisantes. Ces audits permettent en effet de confirmer si oui ou non Nike respecte ses obligations primaires,

mais ne permet pas aux victimes d'obtenir réparation des violations qu'elles subissent si la réponse est négative, et Nike ne sera pas non plus sanctionné puisque les actes que l'entreprise décidera de prendre pour éviter de telles violations reste du domaine purement volontaire.

Comme le reconnaît Hannah Jones, vice présidente de Nike, en charge de la responsabilité sociale, " (...) *Aucune compagnie ne peut changer seule les pratiques de tout un secteur mais nous savons que pour répondre aux demandes des consommateurs sur cette question, il faut travailler avec les parties prenantes*".

CONCLUSION

Comme nous l'indiquions en introduction, l'ensemble des mécanismes mis en place pour contrôler le respect des droits de l'homme et de l'environnement dans le contexte des chaînes d'approvisionnement bute sur l'absence de dispositif juridique contraignant. Les propositions issues de ce document visent à combler ce vide. Loin de bloquer la liberté d'initiative des entreprises européennes, l'application de ces mesures améliorera la prévisibilité des risques et la sécurité juridique à la fois des entreprises et des victimes. C'est aussi d'une exigence de concurrence loyale qu'il s'agit. De tels mécanismes mettront en valeur les entreprises dont les pratiques sont en adéquation avec leurs engagements éthiques et qui souffrent de la concurrence déloyale de certains concurrents pour lesquels il ne s'agit que d'une façade marketing non suivi d'effets.

Il devraient permettre aux entreprises de contribuer, à la mesure de leur influence, au développement durable et d'atteindre ce qui est communément désigné comme la « triple bottom line » : i.e. l'intégration dans les objectifs de l'entreprise des trois objectifs généralement assignés au développement durable : prospérité économique, justice sociale et qualité environnementale.⁸⁹

Les effets induits par de tels critères imposent de s'interroger sur leur réception par les marchés financiers. Il est intéressant d'observer que Gary Pfeiffer (PDG de Dupont), en réponse aux défenseurs de la durabilité qui disent souvent « *Wall Street ne comprend rien à la durabilité* » affirme au contraire que « *L'obsession légendaire de Wall Street pour le court terme est en réalité une obsession pour de l'accumulation de marges futures.* » En d'autres termes explique-t-il, « *Wall Street est satisfait lorsqu'une entreprise :*

- *gagne plus d'argent dans le futur,*
- *gagne de l'argent aujourd'hui plutôt que demain,*
- *prend moins de risques.*

⁸⁹ L'introduction de critères environnementaux et sociaux dans le contrôle de la gestion de la relation fournisseur fait entrer la RSE au cœur de l'activité économique, il n'est donc pas étonnant que les objectifs de rentabilité dominant et que les freins soient si importants dès qu'il y a conflit entre les objectifs de la « triple bottom line ». [in *Contrôle et RSE aux frontières de l'entreprise : la gestion responsable de la relation fournisseurs dans les grands groupes industriels*, p.17 - <http://www.iae.univ-poitiers.fr/afc07/Programme/PDF/p202.pdf>].

Dans un marché en évolution rapide, ces trois critères peuvent constituer un argument pour investir dans l'innovation durable. Si l'on prend les critères en commençant par le dernier, on observera que des choix économiques responsables réduisent souvent les risques, en particuliers les risques de procès et de changement de réglementation. »⁹⁰

En adossant aux dispositifs volontaires des dispositifs de sanction prévisibles, il est permis de dire que les entreprises seront incitées, plus que jamais, à mettre tout en oeuvre pour réduire, prévenir et réparer les dommages sociaux et environnementaux générés par leur activité.

Pour y parvenir les entreprises multinationales devront modifier certaines attitudes de défiance. Il n'est plus acceptable par exemple que, sous couvert d'organisations représentatives,⁹¹ les entreprises multinationales investissant en Chine s'opposent à l'adoption de normes du travail conformes à celles de l'OIT.⁹²

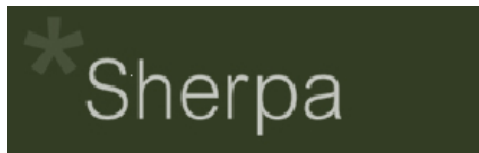
**Ce document de travail sera discuté à
Milan le 17 décembre 2007 à l'occasion du
séminaire organisé par ECCJ.**

Association Sherpa
77 Boulevard Sébastopol - 75001 Paris
Tel: 33-1 42 21 33 25 - Fax: 33-1 42 60 19 43
E-mail: contact@asso-sherpa.org
Website: www.asso-sherpa.org

⁹⁰ Alex Steffen, *Changer le Monde – Un guide pour le citoyen du XXI^e siècle*, p. 400, 2007, La Martinière.

⁹¹ The American Chamber of Commerce in Shanghai, The US-China Business Council, European Chamber are among the organisation defending the interest of numerous major multinationals in China. Annabel Short [présentation au Point de Contact National OCDE polonais, Varsovie, le 14 novembre 2007].

⁹² Yun Gao, décrit le contexte comme suit: "The number of opinions received by the legislative body amounted to a record in the history of pre-legislation consultation with the public", "Some labour academicians name the situation as: the unprecedented crisis of labour law in the context of globalisation", "Many commentators rightly pointed out that the behaviour of MNCs in China is in direct contradiction with CSR commitment that they have been promoting for years, and the conduct of MNCs just confirms the mistrust from those who doubt with MNCs' motivation in promoting CSR." [Yun Gao "Secondary Effect" in *Implementation of CSR in Supply Chain in Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Organisation internationale du Travail, 2007, document de travail n°182, pp.122 - <http://www.oit.org/public/french/bureau/inst/download/dp18207.pdf>].



ANNEXES

Tableau 1 – règles existantes en matière de transparence de la chaîne d’approvisionnement

DOMAINE	NORME	DESTINATAIRE	PROTECTION MISE EN PLACE	NIVEAU DE CONTROLE AUTORITE DE CONTROLE	RÉGIME DE RESPONSABILITÉ
Industrie diamantaire	<p>KPCS Kimberley Process Certification Scheme</p> <p>Système de certification du Processus de Kimberley (à partir du 1/01/2003)</p> <p><u>Texte fondateur</u> : Déclaration d’Interlaken 5 novembre 2002</p>	<p>Destinataires réels : 71 pays signataires en 2006 de l’accord.</p> <p>Observateurs :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Industriels du diamant : Charte annexée (valeur déclarative) signée - ONG : Participation au processus dans son ensemble 	<ul style="list-style-type: none"> - Présidence tournante du Processus : UE (DG Relations Extérieures de la Commission) depuis 01/01/2007, 2006 : Botswana, 2005 : Russie, 2004 : Canada, 2003 : Afrique du Sud - législation nationale obligatoire à transposer avec système de contrôle intégré (autorité nationale responsable) - Toute cette industrie est verrouillée car un diamant ne peut provenir que d’un pays signataire de l accord - Certificat : définitions des normes minimales requises⁹³ - Obligation de fournir et de publier sur un intranet des statistiques à jour (détection d’anomalies) 	<p>NIVEAU - traçabilité de la mine à l’export (Points de contrôles spécifiques : production artisanale, commerce, taillage, polissage)</p> <p>AUTORITE -autoévaluation et autorégulation par le pays signataire mais doit être assermenté par une autorité indépendante.</p> <ul style="list-style-type: none"> - -mission ad hoc d’experts financé par tous les pays signataires (évaluation par les pairs) - -inspections nationales des imports et des exports - -participation importante des ONG dans le procédé - Pas de mécanisme de suspension en cas de non conformité 	<p>Obligation de résultat pour les pays ⁹⁴ donc législations nationales contraignantes à mettre en place⁹⁵</p> <p>Volontariat pour l’industrie du diamant représenté par le World Diamond Council</p> <p>Pouvoir de dénonciation donc des ONG :</p> <p>Campagne <i>Combating Conflicts Diamonds</i></p>

⁹³Titre « Certificat du processus de Kimberley » avec un énoncé « Les diamants bruts contenus dans ce chargement ont été traités conformément aux dispositions du système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts ». Mentions obligatoires : pays d’origine, traduction anglaise, numérotation unique plus le code pays, certifié inviolable et infalsifiable, date de délivrance et d’exportation, autorité émettrice, identité importateur, exportateur, poids et masse carats, valeur en \$ US, nombre de lots, système harmonisé des marchandises, validation par l’autorité d’exportation

⁹⁴ Décision par consensus tous les ans lors de la réunion plénière

⁹⁵ **Canada.** *Loi sur l’exportation et l’importation des diamants bruts* (LEIDB), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003. Paragraphe 41(1) pénalités prévues : a) si mise en accusation, l’amende est fixée par le tribunal plus un emprisonnement maximal de 10 ans, ou l’une de ces peines; b) par procédure sommaire, une amende maximale de 25 000 \$ et un emprisonnement maximal de 12 mois, ou l’une de ces peines.

Etats-Unis. Le « *Clean Diamond Trade Act* », entrée en vigueur 30 juin 2003, amendes et peines d’emprisonnement pouvant aller jusqu’à dix ans. **SECTION 8. ENFORCEMENT.** (a) IN GENERAL.—In addition to the enforcement provisions set forth in subsection (b)—(1) a civil penalty of not to exceed \$10,000 may be imposed on any person who violates, or attempts to violate, any license, order, or regulation issued under this Act; and (2) whoever willfully violates, or willfully attempts to violate, any license, order, or regulation issued under this Act shall, upon conviction, be fined not more than \$50,000, or, if a natural person, may be imprisoned for not more than corporation who willfully participates in such violation may be punished by a like fine, imprisonment, or both. (b) IMPORT VIOLATIONS.—those customs laws of the United States, both civil and criminal, including those laws relating to seizure and forfeiture that apply to articles imported in violation of such laws shall apply with respect to rough diamonds imported in violation of this Act. (c) AUTHORITY TO ENFORCE.—the United States Bureau of Customs and Border Protection and the United States Bureau of Immigration and Customs Enforcement are authorized, as appropriate, to

<p>Industrie du bois</p>	<p>FSC (Forest Stewarship Council Certificate) Projet soutenu et établi avec le soutien d ONG telles que WWF et Greenpeace</p>	<p>Entreprises du bois</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Mise en place de contrôle à des points de contrôle précis pour ne pas mélanger les bois - Cahier des charges technique précis adapté à chaque pays, région. - séparation physique des matériaux obtenue par stockage ou par différenciation des lignes de production. - identification du bois par marquage sur la grume, le plot, la palette ou l'emballage.tenue d'une documentation sur les contrats de vente, d'achat, procédés internes à l'entreprise. - Vérification de l'atmosphère de l'entreprise : contrats entre fournisseurs et sous traitants qui doivent avoir un numéro de certificat FSC aussi ; rapport exact entre vendu et acheté. - Pour être labellisé il faut atteindre le pourcentage requis de bois ou de service certifié, pourcentage variant en fonction du type d'entreprise. - Le respect des normes internationales est intégré au certificat. 	<p>NIVEAU – Traçabilité de toute la chaîne par ce certificat valable pendant 5 ans quand tout le respect de ce processus est établi.</p> <p>AUTORITE - Audit d'un organisme de contrôle indépendant sur 3 critères essentiels (environnement, droits sociaux des communautés et travailleurs du domaine forestier et une gestion économique viable)</p>	<p>Volontariat au départ mais qui est devenu un passage obligé pour travailler dans ce secteur là.</p>
<p>Industrie du bois</p>	<p>PEFC Plan for Endorsement Forest Certification Projet soutenu par associations de travailleurs</p>	<p>Entreprises du bois</p>	<p>Norme de certification avec un spectre moins large : seules les dispositions forestières ou nationales sont demandées.</p>	<p>NIVEAU : traçabilité de toute la chaîne mais qui atteste d'une volonté de mise en œuvre future.</p>	<p>Volontariat au départ mais qui est devenu un passage obligé pour travailler dans ce secteur là.</p>

enforce the provisions of subsection (a) and to enforce the laws and regulations governing exports of rough diamonds, including with respect to the validation of the Kimberley Process Certificate by the exporting authority. http://www.treasury.gov/offices/enforcement/ofac/legal/statutes/pl108_19.pdf
Union Européenne. Règlement CE N° 2368/ 2002 du Conseil du 20 décembre 2002 mettant en oeuvre le système de certification du processus de Kimberley pour le commerce international des diamants bruts rend applicable le processus directement dans tous les états membres.

DOMAINE	NORME	DESTINATAIRE	PROTECTION MISE EN PLACE	NIVEAU DE CONTROLE AUTORITE DE CONTROLE	RÉGIME DE RESPONSABILITÉ
Traçabilité alimentaire	<p>Règlement 178/2002, entré en vigueur le 1/ 01/ 2005</p> <p>Transcription en droit français depuis le 1 01 2003 et par la Loi n° 2004 – 232. Depuis 2007, principe de précaution et la traçabilité sont devenus obligatoires (conditionne l'agrément sanitaire et la responsabilité de l'entreprise).</p>	Tout pays et tout citoyen de l'UE puisque norme directement applicable en tant que telle.	<p>Contrôles <i>à tous les stades</i> mais aussi sur l'hygiène du personnel, le prélèvement d'échantillons, l'examen des systèmes de contrôle mis en place par l'entreprise...</p> <p>Traçabilité⁹⁶ globale d'une denrée alimentaire de la production jusqu' à la distribution de façon segmentée. La vision globale est obtenue par les autorités compétentes. L'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments a même été mise en place pour permettre d'évaluer les risques, les gérer et les communiquer⁹⁷. Chaque professionnel est tenu de l'amont avec son fournisseur et de l'aval avec son propre client.</p> <p>Obligation de suivi des lots donc connaissance du jour de remise des lots</p> <p>Si suspicion de risque sanitaire ou de non-conformité du produit, obligation de ne pas empêcher ou décourager l'action des autorités compétentes et d'informer effectivement les consommateurs (Article 19 §1, 20 §1 Règlement 178 / 2002)</p> <p>CQ retrait possible dans la chaîne de production ou rappel auprès des consommateurs</p>	<p>Contrôle interne par l'entreprise et la traçabilité globale est assurée par l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments (Règlement (CE) No 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002)</p> <p>Contrôle possible « <i>à tous les stades de la production, de la fabrication et de l'importation dans la communauté, du traitement, de l'entreposage, du transport, de la distribution et du commerce</i> », Directive du Conseil du 14 juin 1989 relative au contrôle officiel des denrées alimentaires (89/397/CEE), article 4.1 alinéa 3.</p>	<p>Obligation de prudence, précaution, prévention, et d'information pour les professionnels du secteur.</p> <p>Obligations de loyauté et de transparence pour les industriels et les distributeurs envers les consommateurs, (contrôle, archivage des flux, obligation de restitution dans les 4heures, assurer la traçabilité précédente et suivante).</p>

⁹⁶ Définition selon l'International Standard Organisation de la Traçabilité : « aptitude à retrouver l'historique, l'utilisation, ou la localisation d'un article ou d'une activité, au moyen d'une identification enregistrée. Elle permet de suivre et donc de retrouver un produit ou un service depuis sa création (production) jusqu'à sa destruction (consommation) », cité in www.wvf.fr/content/download/442/2066/version/1/file/Proforet5.pdf

⁹⁷ Règlement (CE) No 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002.

Tableau 2 – Règles applicables en droit européen de la concurrence et exemple français de transposition

IDENTIFICATION DES NOTIONS-CLES	NORMES FRANÇAISES ET EUROPEENNES	CONDITIONS	APPLICATION AU GROUPE	CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE DE LA SOCIETE-MERE
<p>La société comprend toute entité autonomeⁱ exerçant une activité économiqueⁱⁱ ; elle vise tous les opérateurs économiques exerçant une activité commerciale et intervenant sur un marché, constitués sous forme de société ou non, et disposant d'une autonomie suffisante pour décider de commettre une pratique anticoncurrentielle.</p>	<p>Articles 81-1 TCE^{vi} et L-420-1 du code de commerce français^{vii} prohibent l'entente anti-concurrentielle.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Au moins deux entreprises autonomes. <p>En droit français, « <i>Sont considérées comme autonomes, les structures qui définissent leur propre stratégie commerciale, financière et technique et qui peuvent s'affranchir du contrôle hiérarchique de la société mère.</i> »^{viii}</p>	<p>L'entente intragroupe n'est pas prohibée car elle associe deux filiales non autonomes d'un même groupe^{ix}.</p>	<p>La filiale citée sur la liste des membres du groupement constitutif de l'entente est responsable de l'entente, SAUF SI</p> <ul style="list-style-type: none"> - plusieurs filiales du même groupe ont participé à l'infraction - ou si des preuves précises impliquent la société-mère^x. <p>Le TPICE^{xi} a confirmé^{xii} : la société-mère est responsable si un membre du directoire de la société-mère a participé aux réunions de l'entente en qualité de représentant de la filiale.</p>
<p>Le groupe de société estⁱⁱⁱ un ensemble constitué de la société-mère et de ses filiales dans la mesure où les filiales sont dépendantes de la société-mère, et où la société-mère exerce un pouvoir de direction sur ses filiales. En droit français, la dépendance est reconnue lorsque plus de 50% du capital de la filiale est détenu par la maison-mère^{iv}.</p> <p>La position dominante est une position de puissance économique permettant à une entreprise, individuellement ou conjointement avec d'autres, de se comporter de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte du consommateur^v.</p>	<p>Articles 82 TCE^{xiii} et L 420-2 du code de commerce français^{xiv} prohibent l'abus de position dominante (APD).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - une position dominante détenue individuellement ou collectivement - une exploitation abusive de cette position - une affectation du commerce intérieur (en droit français) et du commerce entre États-membres (en droit communautaire) - Le TPICE^{xv} a posé quelques conditions : les membres de l'entente doivent connaître le comportement des autres membres, il doit y avoir une coordination tacite inscrite dans la durée entre les membres, et la réaction des concurrents ne doit pas remettre en cause les résultats prévus de l'action commune. 	<p>L'article L 420-1 vise expressément les pratiques mises en œuvre "par une entreprise ou un groupe d'entreprises".</p> <p>Le groupe peut détenir une position dominante de manière</p> <ul style="list-style-type: none"> - individuelle : s'il est envisagé comme une seule entité économique ; alors, la mère sera responsable en cas d'abus. - collective : s'il est envisagé comme la réunion de plusieurs sociétés ; alors les filiales pourront être responsables. 	<p>Détention individuelle^{xvi} : « <i>la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société</i> ».</p> <p>Plusieurs critères sont proposés pour retenir la détention individuelle^{xvii}.</p> <p>La jurisprudence française reprend ce critère de l'autonomie de décision, et ajoute des critères économiques de participation au capital. Cf. décisions du Conseil de la Concurrence sur la Française des Jeux^{xviii} et sur TF1^{xix}</p> <p>Détention collective : chaque membre détenant cette position sera responsable d'un abus, si les entreprises en cause sont liées par des liens commerciaux^{xx}, contractuels^{xxi} ou qui résultent du marché oligopolistique^{xxii}.</p>
	<p>Article L 442-6-1^{xxiii} du code de commerce français prohibe l'abus de dépendance économique.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - une situation de dépendance économique, - une exploitation abusive de cette situation par le cocontractant, client ou fournisseur, - une affectation réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. 	<p>L'article vise expressément « <i>l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises</i> »</p>	<p>CA Versailles 15 janvier 2004, 2004-235274 : il n'y a pas de dépendance lorsqu'un partenaire s'oblige envers un seul co-contractant. Un sous-traitant ne peut invoquer un état de dépendance économique vis-à-vis de l'entrepreneur principal alors que, filiale d'un groupe de sociétés, sa société a été constituée pour exécuter le contrat de sous-traitance.</p>

Tableau 3 – Législation française en matière de contrats de sous-traitance dans le domaine du bâtiment

Conditions d'engagement de la responsabilité du maître d'ouvrage pour des actions de son entrepreneur, par les sous-traitants :				Type de responsabilité engagée
Vis-à-vis du contrat	Vis-à-vis du sous-traitant	Vis-à-vis de l'entrepreneur	Vis-à-vis du maître d'ouvrage	
Contrat général de sous-traitance au sens de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ⁹⁸ .	Il doit respecter la procédure prévue d'action directe contre le maître d'ouvrage ⁹⁹ , et invoquer un dommage .	Une faute de l'entrepreneur, qui ne respecte pas son obligation d'information du maître d'ouvrage ¹⁰⁰ et qui ne paie pas les sommes dues au sous-traitant dans le mois.	Une faute du maître d'ouvrage qui : - recourt à celui qui exerce le travail dissimulé ¹⁰¹ - n'a pas procédé aux vérifications obligatoires, alors que l'entrepreneur est verbalisé pour travail dissimulé. ¹⁰² - n'est pas intervenu pour faire cesser la situation, alors qu'il était informé par écrit de l'existence d'une situation de travail dissimulé chez un sous-traitant. ¹⁰³	Le sous-traitant de 1 ^{er} rang bénéficie d'une action directe ¹⁰⁴ en recouvrement de ses créances, contre le maître d'ouvrage pour les sommes non payées par l'entrepreneur. En plus, le maître d'ouvrage peut être solidaire financièrement de l'entrepreneur, en cas de travail dissimulé (travail clandestin) et peut voir engager sa responsabilité pénale.
Contrat de sous-traitance en matière de travaux publics ou de bâtiments ¹⁰⁵	idem	Idem	Une faute quasi-délictuelle ¹⁰⁶ du maître d'ouvrage, qui ne respecte pas son devoir de vigilance ¹⁰⁷	En plus de l'action directe, le maître d'ouvrage peut engager sa responsabilité civile quasi-délictuelle.

⁹⁸ Art 1 : l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

⁹⁹ Loi n° 75-1334 du 31 déc 1975. Art. 12 : Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

¹⁰⁰ Loi n° 75-1334 du 31 déc 1975. Art. 3 : l'entrepreneur... doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage.

Art. 5 (tel que modifié par Loi MURCEF n°2001-1168 du 11 déc 2001) : l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

¹⁰¹ Loi n° 91-1383 du 31 déc 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin (Section 2 du code du travail : travail dissimulé). Art L. 324-13-1 : Toute personne condamnée pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé est tenue solidairement avec ce dernier au paiement de ...

¹⁰² Art. L324-14 : Toute personne qui ne s'est pas assurée, lors de la conclusion d'un contrat et tous les six mois ... que son cocontractant s'acquitte de ses obligations...sera tenue solidairement avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé, au paiement de...

¹⁰³ Art. L 324-14-1 : Le maître de l'ouvrage...informé...de l'intervention d'un sous-traitant...en situation irrégulière...enjoint aussitôt par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à la personne avec laquelle il a contracté de faire cesser sans délai la situation. A défaut, il est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges...

¹⁰⁴ Loi n° 75-1334 du 31 déc 1975. Art. 12 : Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

¹⁰⁵ Au sens des art. L 241-1 et L.242-1 modifiés par la loi du 4 janvier 1978

¹⁰⁶ Civ. 3ème, 14 novembre 2001, Bull. n° 131, cassation au visa de l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975

¹⁰⁷ Art 14-1 Loi n° 75-1334 du 31 déc 1975 : Le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 (acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage et agrément de ses conditions de paiement) ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5 (en cas de sous-traitance en cascade dans un marché public), mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations.



ⁱ CJCE, 12 juillet 1984, Hydrotherm, aff. 170/83, Rec. p 2999

ⁱⁱ CJCE, 23 avril 1991, Höffner, aff. C-641/90, Rec p 1979, att. 21

ⁱⁱⁱ CJCE, 23 avril 1991, Höffner, aff. C-641/90, Rec p 1979, att. 21

^{iv} Définition donnée par l'article 354 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 : Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première.

^v CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission, aff. 27/76, Rec. p 207

^{vi} Art 81-1 TCE : « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement

subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

^{vii} article L. 420-1 du Code de commerce : Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique

répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

^{viii} Décision du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur les routes départementales de l'Isère

^{ix} CJCE, 24 octobre 1996, Viho, aff. C-73/95 P, Rec. p I-5487. CJCE, 13 juillet 1966, Gründig, aff. 56/64, Rec p 429.

^x décision "carton" du 13 juillet 1994 (94/601/CE) de la Commission Européenne points 147 et s.

^{xi} Arrêt T-309/94 du 14 mai 1998, NV Koninklijke KNP BT contre Commission

^{xii} Point 43

^{xiii} article 82 TCE : Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

^{xiv} Article L 420-2 code de commerce : Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

^{xv} TPICE Laurent Piau 26 janvier 2005

^{xvi} Arrêt de la CJCE du 21 février 1973 Continental Can

^{xvii} Pour apprécier la détention individuelle, la Commission Européenne, au point 78 des Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché 2002/C 165/03, a proposé plusieurs critères^{xviii} : la taille globale de l'entreprise, le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer, les avancées ou la supériorité technologiques, l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs, l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières, la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés), les économies d'échelle, les économies de gamme, l'intégration verticale, l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé, l'absence de concurrence potentielle des entraves à l'expansion.

^{xviii} Décision du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir : les sociétés saisissantes faisaient valoir que des pratiques de soutien, constitutives d'un abus de position dominante devaient être imputées à la société mère la Française des Jeux, et à sa filiale ayant bénéficié de ce soutien, la société Française de Maintenance. Le Conseil a relevé que cette filiale ne disposait d'aucune autonomie par rapport à sa société mère car celle-ci détenait 90 % de son capital, la filiale réalisait 60 % de son chiffre d'affaires avec elle, la plupart des dirigeants de la filiale exerçaient également des responsabilités au sein de la mère et la gestion de la filiale et la détermination de sa stratégie commerciale étaient étroitement contrôlées par la société mère.

^{xix} Dans sa **Décision du 13 février 2001 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires visuels, le Conseil a sanctionné la société TF1** en relevant que sa filiale, auteur des pratiques, ne disposait d'aucune autonomie juridique et d'action par rapport à sa société mère, était détenue à plus de 99 % par TF1 et que son Conseil d'administration était composé de dirigeants de la mère.

^{xx} arrêt du 7 octobre 1999, **Irish Sugar** du TPICE

^{xxi} **CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, Rec p 1477**

^{xxii} CJCE, 16 mars 2000, **Compagnie Maritime Belge**

^{xxiii} Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2° a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6 ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.