

RELATIONS RESPONSABLES ENTRE DONNEURS D'ORDRE ET FOURNISSEURS

Relations responsables et contenu des mesures de vigilance des sociétés mères ou sociétés donneuses d'ordre vis-à-vis de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs.

La mondialisation et la libéralisation des processus de production ont conduit à une complexification des chaînes d'approvisionnement. Cette tendance croissante entraîne un certain nombre de difficultés : augmentation de la sous-traitance, multiplication des lieux de production et existence d'incidents dans ces chaînes d'approvisionnement à l'autre bout du monde. C'est pourquoi, l'enjeu est à nouveau abordé dans différentes instances, notamment à la 105^e session de la Conférence internationale du travail de juin 2016 dont un des thèmes de travail est « Travail décent et chaînes d'approvisionnement mondiales ».

Il est aujourd'hui important que l'ensemble des acteurs se saisissent de ces questions pour s'assurer du respect des droits de l'homme et de l'environnement tout au long de la chaîne de valeur. Les entreprises ont une responsabilité en matière de respect des droits de l'homme : elles doivent en particulier mettre en place des procédures de « diligence raisonnable » pour identifier, prévenir et atténuer leurs éventuelles incidences négatives, et rendre compte de la manière dont elles y remédient. D'autres acteurs ont également un rôle à jouer: les Etats qui ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme ; Les partenaires sociaux, qui ont un rôle important dans le dialogue, permettant l'élaboration et la mise en pratique efficace de meilleures conditions de travail et de respect des droits de l'homme, et la société civile.

Conformément au mandat confié par le Premier Ministre, dans sa lettre du 21 décembre 2015, la Plateforme RSE va travailler à la définition et l'élaboration du contenu des mesures de vigilance ou des procédures de diligence raisonnables à mettre en œuvre par les entreprises. Ces travaux se placent dans la continuité de ceux menés précédemment par la Plateforme dans le cadre de son groupe de travail sur « Les implications de la responsabilité des entreprises sur leur chaîne de valeur^[1] ».

Mandat du Premier Ministre, adressé à la Plateforme RSE dans sa lettre du 21 décembre 2015 :

« Sans préjudice de l'achèvement des travaux en cours et des mandats que je lui ai confiés à la Conférence sociale d'octobre 2015, je sollicite la Plateforme pour contribuer, en 2016 [...] à :

- La contribution à la définition et à l'élaboration du contenu des mesures de vigilance que mettent en œuvre les entreprises.

Indépendamment de la poursuite du travail législatif relatif à la proposition de loi sur le « devoir de vigilance des entreprises », les débats parlementaires et consultations de la société civile et des entreprises ayant eu lieu à cette occasion ont révélé un besoin de définition et de clarification du contenu des plans de vigilance ou des procédures de diligence raisonnables évoquées dans la directive 2014/95/UE. Je souhaite que la Plateforme parvienne à dégager les bases d'un consensus national susceptible d'être pris en compte sur cette matière complexe et qui a déjà fait l'objet de travaux approfondis au niveau international. »

Éléments de contexte

Le devoir de vigilance dans les textes de référence internationaux :

Les textes internationaux en matière de responsabilité des entreprises tels que les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales demandent aux entreprises, afin de s'acquitter de leur responsabilité sociale, de mettre en œuvre des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris une procédure de diligence raisonnable fondée sur les risques, afin d'identifier et de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et d'en atténuer les effets, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles y remédient¹.

La norme ISO 26000 utilise la terminologie Devoir de vigilance et la définit comme une "démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités"

L'Organisation Internationale du Travail fait également état des procédures de gouvernance mises en œuvre afin de favoriser le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, en précisant que « les initiatives privées de contrôle de conformité sont des dispositifs privés qui sont volontairement instaurés par les entreprises principales ou des groupes

¹ Principe directeur n° 15 des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, 2011 et Principes généraux, II. A. 10 des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

d'entreprises pour veiller au respect des codes de conduite ou d'autres normes particulières². L'OIT affirme que d'autres aspects de gouvernance échoient à la puissance publique d'une part et aux partenaires sociaux d'autre part pour une promotion effective du travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales.³

L'OCDE pour sa part a élaboré des guides sectoriels d'application de ses principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales. L'organisation a ainsi publié un guide concernant plusieurs secteurs « à risques », en se fondant sur une approche autour de cinq principes, afin de pratiquer une diligence raisonnable effective et efficace. Ces guides concernent ainsi les minerais provenant de zones de conflit, la filière agricole et le secteur du textile-habillement. Il est également à noter qu'un guide général d'application des principes directeurs de l'OCDE pour une diligence raisonnable des entreprises est actuellement en cours d'élaboration au par l'Organisation de développement et de coopération.

Les membres du G7, réunis les 7 et 8 juin 2015 à Elmau en Allemagne, ont également apporté leur soutien aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et appelé à leur promotion et leur application, notamment par la mise en œuvre de Plans nationaux en la matière⁴. Ils se sont également prononcés pour la mise en œuvre de procédures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, reconnaissant la responsabilité conjointe des gouvernements et des entreprises dans la promotion de meilleures conditions de travail dans des chaînes de valeur plus durables⁵.

La diligence raisonnable dans les textes européens

La **directive européenne** 2014/95/UE, qui devra être transposée avant fin 2016, exige des grandes entreprises cotées de plus de 500 salariés de publier une **déclaration non financière** comportant une description des politiques RSE (questions sociales et de personnel, environnementales, respect des droits de l'homme, lutte contre la corruption), y compris les **procédures de diligence raisonnable mises en œuvre**.

La directive européenne 2014/24/UE, qui devra être transposée avant fin 2016, impose aux Etats-membres et aux pouvoirs adjudicateurs (l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de

² Rapport Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, Bureau International du Travail, 2016

³ Déclaration de Mr Jeannerot, du 30 mai 2016, représentant du gouvernement français au BIT, sur le devoir de vigilance.

⁴ La Plateforme RSE travaille actuellement à l'élaboration de ce Plan national qui sera adressé au gouvernement français.

⁵ "We strongly support the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and welcome the efforts to set up substantive National Action Plans. In line with the UN Guiding Principles, we urge private sector implementation of human rights due diligence. We will take action to promote better working conditions by increasing transparency, promoting identification and prevention of risks and strengthening complaint mechanisms. We recognize the joint responsibility of governments and business to foster sustainable supply chains and encourage best practices. To enhance supply chain transparency and accountability, we encourage enterprises active or headquartered in our countries to implement due diligence procedures regarding their supply chains, e. g. voluntary due diligence plans or guides". Leaders' Declaration G7 Summit, 7–8 June 2015

droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public) d'exclure de tout marché tout opérateur économique qui aurait été condamné notamment pour fraude, corruption, traite et exploitation d'êtres humains (art.57), de « prendre toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. » (art.18). Cette obligation s'étend aussi aux sous-traitants (art.71)

Recommandation du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les droits de l'homme et les entreprises⁶

En mars 2016, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation incitant les Etats membres de cette institution à légiférer pour « exiger des entreprises qu'elles respectent les droits de l'homme, y compris le cas échéant en faisant preuve de diligence raisonnable ».

Cette recommandation précise que cette obligation de diligence raisonnable doit refléter les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Dispositions législatives françaises.

Une proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

Une **proposition de loi**, actuellement en discussion au Parlement, prévoit l'obligation pour certaines grandes sociétés d'établir, de mettre en œuvre de manière effective et de publier un **plan de vigilance comportant les mesures de vigilance raisonnable** propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires et de corruption résultant des activités de la société, de ses filiales, et de ses sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie.

Par ailleurs, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique prévoit aussi la mise en œuvre de mesures de vigilance visant à lutter contre la corruption.

⁶<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec%282016%293&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true>

Exemples de dispositions spécifiques :

- Obligations de vigilance des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre :

Les maîtres d'ouvrages et donneurs d'ordre doivent vérifier la régularité de leurs cocontractants au regard de la législation du travail depuis 1991 (déclarations préalables etc.), à peine notamment d'être solidairement tenus aux dettes sociales et fiscales dues pour des salariés dissimulés par leurs cocontractants. Ce devoir de vigilance s'est progressivement renforcé. Notamment les lois « Savary » du 11 juillet 2014 et « Macron » du 6 août 2015, ont étendu les obligations de vigilance des Maîtres d'ouvrages et donneurs d'ordre en matière d'hébergement, de paiement des salaires et de respect des droits fondamentaux et renforcé les régimes de responsabilité en cas d'infraction. Ces textes visent à empêcher les détachements frauduleux et à assurer une protection uniforme des droits des travailleurs.

- Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, issue de la mise en œuvre au niveau national du règlement européen n°995/2010 - RBUE - « système de diligence raisonnée ».

Le système de diligence raisonnée implique une connaissance de l'origine du bois, l'identification et l'évaluation des risques d'illégalité de la récolte du bois et la mise en place de mesures d'atténuation de ces risques. Notamment, en cas de risques identifiés, l'importateur ne peut poursuivre la relation d'affaires, dès lors que ces risques de participer à une récolte illégale n'ont pas été maîtrisés.

- Obligation de vigilance des organismes financiers (art. L. 561-5 à 561-22 du code monétaire et financier).

Les prestataires de services bancaires sont soumis à des obligations de vigilance à l'égard de leur clientèle dans le cadre de leurs obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ils doivent identifier le client et, le cas échéant son bénéficiaire effectif,

Éléments de définition :

- **Diligence raisonnable (ONU)** : Dans le cadre des Principes directeurs, la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme comprend une procédure de gestion continue, qu'une entreprise raisonnable et prudente se doit de réaliser, à la lumière des circonstances (à savoir le secteur, le contexte d'exploitation, la taille et autres facteurs similaires pour accomplir sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme⁷.
- **Diligence raisonnable (OCDE)** : Les principes directeurs de l'OCDE parlent également de diligence raisonnable des entreprises, pour désigner les « processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet[tent] aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question »
- **Diligence raisonnée** : Dans le cadre de son Règlement sur la filière bois, l'Union européenne a mis à jour un élément de diligence raisonnée qu'elle qualifie ainsi : « La diligence raisonnée représente l'ensemble des précautions prises par une entreprise pour évaluer et réduire le risque d'écouler du bois ou les dérivés du bois d'origine illégale ». Si ce Règlement s'applique donc à un secteur particulier, on peut cependant considérer que le procédé et les mesures qui le composent peuvent être retenus de manière plus générale et concerner l'ensemble des secteurs.
- **Relations commerciales établies** : La relation commerciale peut aussi bien être précontractuelle, contractuelle ou post-contractuelle, et concerne des rapports de tous types entre professionnels. La relation est établie si elle présente un caractère suivi, stable et habituel, peu important qu'elle ait été formalisée par un contrat ou non⁸⁹.
- **Sphère d'influence** :
 - La sphère d'influence est définie par la norme ISO 26000¹⁰ comme « un domaine, des relations politiques, contractuelles ou économiques à travers lesquelles une entreprise peut influencer les décisions ou les activités d'autres entreprises ou de personnes individuelles ». Elle désigne l'aire d'exercice d'un pouvoir entendu comme la capacité pour une entreprise d'orienter les conduites et l'activité d'autres, sans remettre en cause leur autonomie juridique.

⁷ Guide interprétatif, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Haut-Commissariat pour les droits de l'homme des Nations Unies.

⁸ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 24 novembre 2009, 07-19.248

⁹ Article L 442-6 Code de commerce

¹⁰ ISO 26000, Guidance on social responsibility, ISO/TMB WG SR, 4 sept. 2009.

- Selon l'ONU¹¹, l'influence exercée sur une entité (commerciale, gouvernementale ou non gouvernementale) est définie par la capacité de modifier les pratiques de ses relations commerciales. Cette capacité est déterminée par différents facteurs :
 - a) Le degré de contrôle direct par l'entreprise sur l'entité, s'il existe ;
 - b) Les termes du contrat entre l'entreprise et l'entité ;
 - c) La proportion d'affaires que l'entreprise représente pour l'entité ;
 - d) La capacité de l'entreprise à susciter l'entité à améliorer les résultats en matière de droits de l'homme en termes d'échanges à venir, d'avantages liés à la réputation, d'aide au renforcement des capacités, etc. ;
 - e) Les avantages à travailler avec l'entreprise à la réputation de l'entité et l'atteinte à sa réputation si la relation se termine ;
 - f) La capacité de l'entreprise à susciter d'autres entreprises ou organisations à améliorer leurs propres résultats en matière de droits de l'homme, notamment à travers les associations commerciales et les initiatives incluant divers acteurs ;
 - g) La capacité de l'entreprise à s'engager avec le gouvernement local ou central en exigeant de meilleurs résultats en matière de droits de l'homme par l'entité, à travers la mise en œuvre de règlements, contrôles, sanctions, etc.

- **Chaîne de valeur :**

- Selon le guide interprétatif des PDNU, la chaîne de valeur d'une entreprise commerciale englobe les activités qui transforment les entrées en sorties en additionnant une valeur ajoutée. Elle inclut des entités avec lesquelles elle entretient des relations commerciales directes ou indirectes et qui soit a) fournissent des produits ou des services qui contribuent aux propres produits et services de l'entreprise, soit b) reçoivent des produits ou services de l'entreprise.¹²

- Selon l'OIT¹³, on désigne par « chaîne de valeur » la gamme complète des activités nécessaires pour amener un produit ou un service, de la conception à l'élimination finale après usage, en passant par la production (impliquant une combinaison de transformations physiques et l'intervention de divers services) et la livraison au consommateur final.

- **Chaîne d'approvisionnement :**

¹¹ Guide interprétatif, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Haut-Commissariat pour les droits de l'homme des Nations Unies.

¹² Guide interprétatif, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Haut-Commissariat pour les droits de l'homme des Nations Unies.

¹³ Guide à l'usage des praticiens du développement économique, des gouvernements et des entreprises privées, Le développement des chaînes de valeurs au service du travail décent, Bureau international du travail, 2012

- Selon l'OCDE, l'expression « chaîne d'approvisionnement » désigne l'ensemble des activités, organisations, acteurs, technologies, informations, ressources et services intervenant dans la production [d'un bien ou d'un service] depuis le produit original en aval jusqu'à son incorporation dans le produit final destiné aux consommateurs finaux.
- Pour le Conseil canadien sectoriel de la chaîne d'approvisionnement, la gestion de la chaîne d'approvisionnement comprend la planification et la gestion de toutes les activités d'approvisionnement, de sourcing et de conversion, ainsi que toutes les activités de gestion de la logistique. Elle inclut également la coordination et la collaboration avec des partenaires. Il peut s'agir de fournisseurs, de fournisseurs de services de tierce partie, d'intermédiaires et de clients.
- **Droit souple, droit dur et 'smart mix'**: Le Conseil d'Etat¹⁴ propose une définition du droit souple qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives:
 1. ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
 2. ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
 3. ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

Le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2013, établit non seulement une distinction mais aussi une échelle de **normativité graduée du droit**, allant du droit souple, ne créant pas directement d'obligation, au droit dur, créant des obligations. L'existence de cette normativité graduée montre qu'il existe entre le droit dur et le droit souple un continuum. La distinction entre droit souple et droit dur n'implique pas de les considérer comme deux ensembles entièrement séparés.

La stratégie 2011-2014 de l'UE¹⁵ propose une nouvelle voix combinant caractère volontaire et caractère contraignant. La Commission parle de «**smart mix**», c'est-à-dire d'une combinaison intelligente entre «des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires».

¹⁴ *Etude annuelle du Conseil d'Etat, Le droit souple, Conseil d'Etat, 2013*

¹⁵ *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM(2011) 681, 2011*

Axes de travail du futur GT

- Identifier les champs d'application du devoir de vigilance des entreprises (en précisant à la fois les entreprises concernées par l'obligation de vigilance et son étendue dans les chaînes d'approvisionnement).
- Préciser le rôle des autres parties prenantes (Etats, consommateurs, ONGs, syndicats, populations locales, organisations) et l'intérêt que représente pour elles la mise en place de mesures de vigilance.
- Clarifier le contenu des plans de vigilance et des procédures de diligence raisonnable évoquées dans la directive 2014/95/UE, ainsi que les mesures de suivi, d'application et de contrôle.
- Identifier les domaines couverts par les mesures de vigilance : atteintes aux DH et aux libertés fondamentales, conditions de travail, dommages corporels ou environnementaux graves risques sanitaires, corruption active ou passive...
- Intégrer la question des relations responsables (liens entre de nouvelles pratiques responsables et conditions équitables de marché).
- Promouvoir la notion d'achats responsables.

Une attention particulière sera portée aux relations responsables des sociétés donneuses d'ordre à l'égard de leurs sous-traitants, particulièrement les petites et moyennes entreprises.

Méthodologie de travail

Le futur groupe de travail capitalisera sur les travaux de la Plateforme, et particulièrement sur les avancées effectuées dans le cadre du GT3.

Le futur groupe de travail pourra procéder à de nouvelles auditions qu'il jugera pertinentes.

A titre indicatif, les auditions suivantes pourraient apporter des éléments nouveaux et utiles aux discussions du futur groupe de travail :

- **PCN** : Audition de Maylis Souque, Secrétaire générale du PCN français et/ou Jean-Marie Paugam, Président du PCN français.
- **DG Trésor** : Audition d'Emmanuel Monnet, Chef de bureau Stabilité financière, Comptabilité, Gouvernance des entreprises.
- **OCDE** : Audition de Tyler Gillard, Directeur de la Division Conduite responsable des entreprises.
- **OIT** : Audition de Cyril Cosme/ Frédérique Dupuy, Directeur et adjointe au directeur du Bureau français de l'OIT.
- **ISO 20 400** : Audition de Guy Isimat-Mirin, Chef de la délégation française à l'ISO, Vice-Président de l'ObsAR.
- **ONU**: audition d'un member du working group on business and human rights
- **Chercheurs/experts** : ayant publié sur la question du devoir de vigilance/ mesures de diligence

Calendrier

Les membres du groupe de travail restreint se sont prononcés pour une présentation de la feuille de route du futur groupe de travail « Relations responsables et contenu de mesures de vigilance des sociétés mères ou sociétés donneuses d'ordre vis-à-vis de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs » lors de la plénière du 5 juillet 2016.

Une reprise des travaux est attendue pour septembre 2016. La constitution du groupe de travail fera l'objet d'un appel à candidature auprès des membres de la Plateforme, dès la feuille de route du groupe de travail validée en Bureau. Les travaux du groupe et notamment certaines auditions pourront donc commencer dès le mois de juillet. Le groupe de travail appelle de ses vœux une clôture de ses travaux avant le mois de décembre 2016.