

Etude sphère d'influence versus due diligence

Analyse des notions de « *due diligence* » et de « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE. (13 avril 2010)

Par Boris Loeve, Doctorant (Université Paris V)

Sous la direction de **Michel Doucin, ambassadeur chargé de la responsabilité sociale des entreprises**

Avec l'appui d'un comité d'experts composé de (*par ordre alphabétique*) **Hervé Ascensio, Isabelle Cadet, Isabelle Daugareilh, Jean-Claude Dupuis, Risa Lieberwitz, Louis-Daniel Muka Tshibende, Marie Nigon, Yann Queinnec et François-Guy Trebulle.**

Résumé :

1. La notion de « *due diligence* » recouvre des sens différents selon les domaines où elle est utilisée : on la retrouve dans le droit international de l'environnement, le droit de la protection diplomatique, le droit international des investissements, le droit comptable et le droit privé des affaires. Les caractéristiques communes à ces définitions révèlent que la « *due diligence* » est porteuse d'une obligation de moyens, exigeant la réalisation d'un comportement minimum et dont l'appréciation demeure largement subjective. En droit privé, elle est issue de la jurisprudence nord-américaine selon laquelle les dirigeants sont soumis à l'obligation fiduciaire envers les actionnaires, l'entreprise et l'ensemble des parties prenantes d'agir de bonne foi. Elle n'exige que le bon accomplissement de formalités, plus ou moins contraignantes, exigées par les habitudes du secteur d'activité. Elle permet alors à l'entreprise de se dégager de sa responsabilité et d'établir une présomption simple en faveur de celle-ci.

2. Le concept de « sphère d'influence », déjà reconnu dans la plupart des instruments internationaux relatifs à la RSE et par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, permet de déterminer le champ d'application – matériel comme temporel – des obligations des entreprises. ISO 26000 le définit 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 ». La définition de ce champ d'application est encadrée par des critères objectifs qui prennent en considération les caractéristiques du secteur, de l'entreprise, de la nature des produits, de leur processus de production et de commercialisation.

3. Le concept de sphère d'influence est adapté à une approche proactive du respect des droits car il invite les entreprises à jouer un rôle positif, ainsi que l'envisagent les Principes directeurs de l'OCDE : « Les entreprises multinationales étant fréquemment considérées comme des chefs de file dans leur secteur, il ne faut pas oublier qu'elles peuvent exercer un effet d'émulation sur les autres entreprises ». Le concept répond en outre tant aux exigences de la mise en œuvre de politiques de RSE qu'à celles d'une politique globale de développement durable.

4. Une responsabilité de l'entreprise étendue à sa sphère d'influence permet de mieux appréhender la notion de « groupe de sociétés » et de contourner la fiction juridique de l'indépendance des filiales vis-à-vis de la société mère, qui encourage le phénomène de « délocalisation des droits de l'homme ». L'entreprise multinationale, par son statut juridique, est mal appréhendée par le système juridique : ni l'ordre juridique national, ni l'ordre juridique international ne parviennent à la saisir dans sa réalité, c'est-à-dire dans sa globalité. Des efforts de meilleure prise en compte existent : le droit européen de la concurrence reconnaît, par exemple, la notion d'« unité économique » d'une société mère avec ses filiales et la notion « d'influence notable » sur celles-ci. Surtout, une construction jurisprudentielle qui s'appuie sur la notion de « sphère d'influence » est en cours : celle-ci permet au juge, saisi en cas de dommage, de rechercher derrière les apparences le pouvoir

réel ou les complicités. La Cour de Justice des Communautés Européennes a ainsi établi une présomption simple quant à « l'influence » qu'aurait, nécessairement, une société mère sur la filiale dont elle détient la totalité du capital.

5. Par l'ambivalence de sa signification, le concept de « *due diligence* » n'aide guère à dissiper la confusion existant en droit international autour des obligations en matière de droits de l'homme. Mais sa combinaison avec celui de sphère d'influence est susceptible d'aider à identifier les responsabilités des entreprises, notamment en matière de droits de l'Homme : la « *due diligence* », démarche d'identification des risques liés aux décisions de l'entreprise, est éclairée par la « sphère d'influence », méthode de définition d'un domaine d'application selon des critères objectifs. L'utilisation du processus de « *due diligence* » dans le domaine des droits de l'Homme ne semble pertinente que si elle est associée à celle de « sphère d'influence ».

L'activité des Nations Unies en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) est particulièrement intéressante en ce qu'elle a connu un renouveau avec la nomination du Professeur John Ruggie, le 20 avril 2005¹, en tant que Représentant Spécial du Secrétaire Général (RSSG) des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des entreprises. Son mandat, reconduit récemment, l'a amené à produire plusieurs rapports sur le thème du respect des droits de l'homme par les entreprises, lesquels constituent une contribution considérable et saluée de tous à la réflexion actuelle en matière de RSE. C'est dans cette dynamique encourageante que le 7 avril 2008, le RSSG John Ruggie a présenté au Conseil des droits de l'homme un rapport intitulé « *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights* »².

Une étude a été réalisée en mars-avril 2010 par un e-groupe de réflexion à la demande de l'Ambassadeur français chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises pour contribuer à ce travail et lui apporter un éclairage continental européen. Elle a porté sur le second volet de ce triptyque : l'obligation de « respect »³ pesant sur les entreprises en matière de droits de l'homme et plus particulièrement sur la question de son étendue et de son domaine d'application en questionnant deux notions traitées dans le rapport précité : celles de « *due diligence* »⁴ et celle de « sphère d'influence ». Le présent article est un résumé de cette étude⁵.

Il serait en effet réducteur de penser que la question du champ d'application des obligations des entreprises ne revêt qu'un aspect secondaire face à celle de la définition de leur contenu même. D'une part, en matière de respect des droits de l'homme, la définition du contenu des obligations paraît difficilement détachable de celle de leur champ d'application. D'autre part,

¹ Commission des droits de l'Homme, *résolution 2005/69*, 20 avril 2005.

² RUGGIE (J.), « Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights », *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/8/5, 7 avril 2008.

³ Se situant dans le champ particulier de la responsabilité sociale des entreprises, le terme « obligation » est ici utilisé dans son sens le plus large d'un « devoir, une contrainte imposés par des règles morales, des lois sociales » (dictionnaire Larousse), et ne se réfère pas exclusivement à l'obligation au sens juridique du terme, celle découlant d'un contrat ou d'une loi.

⁴ Mener une réflexion francophone sur cette question pose, inévitablement, le problème de la traduction des expressions anglo-saxonnes. En langue française, on retrouve la trace du concept de « *due diligence* » sous des appellations diverses : « devoir de vigilance », « diligence raisonnable », « diligence due », « obligation de vigilance » etc. Les traductions officielles retenues par les instruments internationaux, variées, attestent de la difficulté, révélatrice d'une problématique à part entière, dont la présente étude ne traitera pas. Dans un souci de neutralité, l'expression anglaise entre guillemets (« *due diligence* ») a été retenue ici..

⁵ L'étude peut être lue dans son intégralité sur le site http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

les entreprises transnationales soulèvent la problématique de leur saisie par des instruments juridiques. Le champ d'application des normes adressées aux entreprises est une question d'ordre primordial.

Dans un contexte où s'élaborent ou se révisent actuellement de grands standards relatifs à la responsabilité sociale des entreprises (norme ISO 26000, révision des Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, initiatives européennes en matière de reddition, évolution du Pacte Mondial et de la Global Reporting Initiative, Code de conduite pour les acquisitions massives de terres agricoles, etc.) cette étude s'est efforcée aussi de préciser le contenu de ces deux notions à l'intention des négociateurs.

I - Les notions de « due diligence » et de « sphère d'influence » face à la problématique des droits de l'homme.

Après s'être intéressé au sens et à la pertinence de l'utilisation de la notion de « *due diligence* » dans le contexte des droits de l'homme (A), on examinera les fondements de la critique de celle de « sphère d'influence », telle qu'elle est formulée dans le rapport du RSSG (B).

A . La « due diligence » : une notion adaptée au contexte des droits de l'homme ?

La notion de « *due diligence* » couvre un large spectre de significations selon le contexte dans lequel l'expression est employée. On retrouve des références à ce concept dans des domaines divers allant du droit international de l'environnement au droit des sociétés. Une brève étude de son utilisation dans différents domaines permet toutefois de mettre en lumière les contours et les traits principaux de cette notion et de répondre à la question: cette notion est-elle adaptée à une utilisation dans le cadre des droits de l'homme ?

L'utilisation de la notion de « *due diligence* » dans les relations interétatiques

On retrouve le concept de « *due diligence* » dans le domaine du droit international de l'environnement, à travers le principe de l'utilisation non dommageable du territoire de l'Etat. Il a été défini par la Cour Internationale de Justice comme « l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »⁶. Cette obligation se rapproche d'un devoir de « prudence », de « diligence » : « Ainsi, l'interdiction de causer un dommage appréciable s'analyse-t-elle en une obligation de *due diligence*, obligation de moyens et non de résultats dont la signification n'est pas très éloignée de la notion de "bon père de famille" du droit civil français »⁷.

Comme le fait remarquer Hélène Ruiz-Fabri, ce concept met à la charge des Etats une obligation de moyen, et en aucun cas une obligation de résultat. Il suppose que son destinataire prenne toutes les mesures appropriées dans le but réaliser un objectif déterminé : « *Parties are required "to take all appropriate measures" with a view to reaching the result pursued by the obligations in point* »⁸. Si l'objectif à atteindre doit avoir été précisément déterminé, généralement par une norme (interne ou internationale), le comportement requis pour y parvenir ne l'est pas : l'exigence de « *due diligence* » impose seulement à son destinataire de prendre les mesures qui paraissent raisonnablement appropriées pour que la règle visée ne soit pas violée. Aussi, « le concept de *due diligence*

⁶ Cour Internationale de Justice, affaire du Détroit de Corfou, Rec. 1949, p.22.

⁷ RUIZ FABRI (H.), "règles coutumières générales et droit international fluvial", *Annuaire Français du Droit International*, volume 36, n°1, 1990, p. 841.

⁸ Working Group on Integrated Water Resources Management, *Draft concept of a guide for implementation of the Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes*, 3rd meeting, 22-24 October 2008, p. 2.

est aussi très restrictif sur le plan du droit des obligations, puisque l'exigible doit rester raisonnable »⁹.

L'utilisation de la « *due diligence* » en droit international de l'environnement met également en lumière la difficulté à identifier la teneur des obligations pesant sur le destinataire. En effet, si l'évaluation de l'accomplissement d'une obligation de résultat est aisée, celle du respect d'une obligation de moyen implique plus de difficultés, laissant place à une grande subjectivité quant à l'appréciation du caractère « raisonnable » ou « approprié » du comportement en cause : « *The due diligence nature of the obligations in point and the concept of "appropriateness" of the measures required involve a large measure of relativity as to both contents and time frame of the conduct which is to be taken by Parties* »¹⁰.

Certes, la notion de « *due diligence* » tient compte des circonstances particulières dans son appréciation. Mais c'est le comportement adopté dans ces mêmes circonstances qui est évalué, par rapport à un étalon de comportement jugé raisonnable *in abstracto*, c'est-à-dire en dehors de tout contexte : « *Due diligence in a broad sense refers to the level of judgement, care, prudence, determination, and activity that a person would reasonably be expected to do under particular circumstances* »¹¹.

La « *due diligence* » est également utilisée en droit international des investissements. Les standards de protection des investissements étrangers, tels que les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection pleine et entière », recouvrent plusieurs notions. Les tribunaux arbitraux retiennent tout d'abord l'obligation de vigilance, « également présentée comme l'obligation d'agir avec la *diligence due* pour assurer la protection de l'investissement étranger »¹². Dionisio Anzilotti l'explicite en ces termes : « Il est des devoirs internationaux qui consistent à exercer sur les individus soumis à l'autorité de l'Etat une vigilance correspondant aux fonctions et aux pouvoirs dont l'Etat est investi. Celui-ci n'est pas internationalement obligé d'empêcher d'une façon absolue que certains faits se réalisent ; mais il est tenu d'exercer, pour les empêcher, la vigilance qui entre dans ses fonctions ordinaires. Le défaut de vigilance est une inobservation du devoir imposé par le droit international, sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du terme »¹³. Cette définition du devoir de vigilance, rattaché à l'obligation de « *due diligence* », tend donc à ne reconnaître la responsabilité de l'Etat que dans la sphère de ses pouvoirs et fonctions dits « ordinaires ». Il ne lui est pas demandé de fournir aucun effort de vigilance supplémentaire qui dépasserait sa « vigilance ordinaire » pour empêcher que se produisent des actes dommageables sur son territoire.

La « *due diligence* » définit ainsi un standard de comportement jugé raisonnable de la part d'un Etat « normal » : « Dans toutes les mesures de répression, l'Etat doit développer, comme dans les mesures de prévention, l'activité d'un *Etat normal*. C'est donc selon le principe du *standard international* qu'il faudra apprécier si les mesures de prévention ou de réaction [...] sont ou non suffisantes au point de vue du droit des gens [...] »¹⁴. La notion de

⁹ DAUGAREILH (I.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

¹⁰ Working Group on Integrated Water Resources Management, *Draft concept of a guide for implementation of the Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes*, 3rd meeting, 22-24 October 2008, p. 2.

¹¹ US-Legal, *due diligence law and legal definition* (<http://definitions.uslegal.com/d/due-diligence/>)

¹² OCDE, *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement. Complément aux perspectives de l'investissement international*, publications de l'OCDE, 2006, p. 116.

¹³ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *Revue Générale de droit internationale public*, 1906, p. 291.

¹⁴ VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 325 (193), 1931, p. 388.

« *due diligence* » est donc significative d'un devoir minimum de la part de son destinataire, auquel il semble difficile de faillir, sauf négligence frappante¹⁵.

Au vu des divers domaines dans lesquels la notion de « *due diligence* » intervient en droit international, il résulte qu'elle n'exige, à travers les obligations qu'elle met à la charge des Etats, que la *réalisation d'un comportement minimal au regard des circonstances de l'espèce, dont l'appréciation est réalisée de manière subjective selon un standard moyen et défini in abstracto*. Les obligations de diligence « ne réclament que des comportements moyens »¹⁶.

L'utilisation de la notion de « *due diligence* » en droit privé

Le concept de « *due diligence* » en droit des sociétés peut être schématisé comme *l'exigence d'un niveau minimum de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur au sein de la décision de l'entreprise*. La « *due diligence* » peut être intégrée à toutes les activités que mène l'entreprise : transactions financières, fusions-acquisitions d'entreprises, contrats de sous-traitance etc. Elle peut par exemple répondre à la prise en compte d'une préoccupation environnementale dans la décision, ou de lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme financier¹⁷, ou, plus couramment, de viabilité économique de la décision. On peut donc utiliser ce concept pour la prise en compte de la préoccupation de respect des droits de l'homme dans le processus de décision de l'entreprise.

L'expression « *due diligence* » est « très largement issue de la jurisprudence nord-américaine [...], selon laquelle les dirigeants et les conseils d'administration sont soumis à l'obligation fiduciaire (*fiduciary duties*) envers les actionnaires, l'entreprise et la société en tant que telle, c'est à dire l'ensemble des parties prenantes. Cette obligation de fiducie (gérer pour autrui) est complétée par la notion de "*business judgment*", qui représente la marge raisonnable d'appréciation conférée aux dirigeants pour leur permettre de représenter l'intérêt d'une conduite des affaires efficace, pourvu que ces derniers agissent de bonne foi (*bona fide*) »¹⁸. Si l'expression anglo-saxonne est certes d'apparition récente, le principe qu'elle recouvre est en revanche aussi ancien que la naissance du commerce transnational : « *The concept of due diligence has been with us from the very beginning of transactions between strangers [...]. This practical advice forms part of the general process by which reasonable business people inform themselves about the transaction they are contemplating so they may satisfy themselves, their superiors, their shareholders, or their*

¹⁵ Un exemple d'une telle négligence peut être fourni par l'affaire « Wena Hotels LTD (Royaume-Uni) contre la république arabe d'Egypte » (*Wena Hotels Ltd. (Royaume-Uni) contre la République arabe d'Egypte*, CIRDI, ARB/98/4, 8 décembre 2000) : une société britannique avait conclu un contrat avec une société égyptienne en vue de la rénovation de deux hôtels sur le territoire égyptien. Suite à un litige portant sur le contrat de location, la société égyptienne a saisi, par la force, les immeubles en question. Le tribunal du CIRDI, saisi de l'affaire, ayant démontré que l'Egypte était parfaitement au courant de l'intention de sa société de saisir les immeubles, a de plus prouvé qu'aucune mesure préventive n'avait été prise pour protéger l'investissement de la société requérante après la saisie, ni pour tenter de restituer les immeubles à celle-ci. Enfin, l'Egypte avait refusé d'indemniser la société britannique ainsi que de poursuivre la société égyptienne en justice. En l'espèce, la République arabe d'Egypte avait fait preuve d'une négligence évidente quant à l'obligation de « *due diligence* » qui lui incombait¹⁵.

¹⁶ RUIZ FABRI (H.), « règles coutumières générales et droit international fluvial », *Annuaire Français du Droit International*, volume 36, , n°1, 1990, p. 841.

¹⁷ « Ordinance on Professional *Due diligence* in the Combating of Money Laundering, Organised Crime and Terrorist Financing (*Due diligence* Ordinance, DDO) », *Liechtenstein Law Gazette*, n°98, 23 février 2009.

¹⁸ NIGON (M.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse : http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

principals that the transaction is what it appears to be. The Americans may have come up with a catchy name in 'due diligence', but [...] they did not invent the concept »¹⁹.

L'équivalent français de l'expression anglaise « *due diligence* » se trouve dans les définitions de l'« audit préalable »²⁰ et de l'« obligation de vigilance ». L'audit préalable est une « investigation qui implique le recours à des experts, notamment comptables, financiers, juridiques ou fiscaux, dont les conclusions serviront de base à la prise de décision d'un investisseur »²¹, tandis que l'obligation de vigilance est un « ensemble de prescriptions légales imposant aux établissements de crédit et à toute personne recueillant des fonds des contrôles visant à identifier leur interlocuteur et l'origine de leurs ressources »²². La « *due diligence* » est donc avant tout un processus visant à introduire une dimension de prudence, à travers la réalisation d'un audit préalable ou de contrôles divers, dans la prise de décision, vis-à-vis de facteurs extérieurs.

La « *due diligence* » doit être intégrée au processus de décision lui-même. Elle est devenue d'usage général face à la multiplication des régimes de responsabilités, notamment en matière d'environnement, pouvant toucher l'entreprise : « *Due diligence is used any time the law imposes duties of careful investigation or for private reasons, the parties to a transaction want to be as informed as reasonably possible about all of its material aspects* »²³. Le processus de « *due diligence* » vise donc à protéger l'entreprise elle-même des éventuels aspects néfastes, notamment sur le plan financier, inhérents à la décision qu'elle prend : « *An efficient due diligence process can save companies from making costly mistakes that may have profound consequences for the firm's other operational areas and/or its corporate reputation* »²⁴.

Le destinataire étant encouragé à prendre une décision à la lumière d'une investigation préalable raisonnablement menée, le caractère raisonnable semble être laissé à l'appréciation d'un tiers (qui n'est pas un juge) sans que ne soient définis les critères de jugement applicables. Le caractère subjectif attaché au concept de « *due diligence* », déjà remarqué en droit international, se retrouve donc dans le droit des entreprises. On retrouve cette subjectivité dans l'ébauche d'une « théorie des apparences » qui est parfois attachée à la description de la mise en œuvre du processus de « *due diligence* » par l'entreprise, faisant primer la perception extérieure – l'apparence – à la réalité de la situation de fait dans l'identification des violations des droits de l'homme : « *The focus of due diligence should be to identify risks to the rights of people (...). These risks may arise from company involvement in human right abuse, or from the perception on the part of stakeholders that the company is a participant in abuses* »²⁵. A ce titre, conformément à l'exigence de « comportements moyens » décrite en amont, le processus de « *due diligence* » tel qu'il est entendu dans le droit des entreprises, permet à celui qui l'applique de se contenter du bon accomplissement des formalités, plus ou moins contraignantes, exigées par celui-ci. L'accomplissement de ces formalités dégage alors l'acquéreur de sa responsabilité quant aux suites de l'opération : « *In the USA, the American Society of Testing and Materials has developed a Phase I scope*

¹⁹ DUFFY (J.P.), *Some thoughts of due diligence, or the importance of due diligence in business transactions* (www.bergduffy.com/Personnel/Articles/95ddartl.htm), p. 1.

²⁰ Il est rappelé que, comme exprimé en introduction de la présente étude, celle-ci a choisi de ne pas prendre partie sur la question de la traduction française de l'expression anglaise « *due diligence* ». Quelques développements éclairant cette question peuvent toutefois être trouvés dans les échanges entre les membres du groupe de travail, reproduits dans l'annexe ci-jointe.

²¹ Journal Officiel de la République française, 28 décembre 2006 (<http://www.dglf.culture.gouv.fr/cogeter/28-12-06-economie.htm>).

²² *Ibidem*.

²³ DUFFY (J.P.), *Some thoughts of due diligence, or the importance of due diligence in business transactions* (www.bergduffy.com/Personnel/Articles/95ddartl.htm), p. 1.

²⁴ US-Legal, *due diligence law and legal definition* (<http://definitions.uslegal.com/d/due-diligence/>)

²⁵ TAYLOR (M. B.), ZANDVLIET (L.), FOROUHAR (M.), «Due diligence for human rights: a risk-based approach», *Harvard University, working paper n°53*, Octobre 2009, p. 7.

which if completed gives the purchaser 'innocent purchaser status' »²⁶. En « droit américain, [la due diligence] établit une présomption en faveur de la direction de l'entreprise. Or une présomption, même simple, complique les choses du point de vue de la preuve et limite en tout cas la portée de l'action : il suffit que l'entreprise ait fait des démarches préalables à son opération pour s'acquitter de son obligation »²⁷.

Cette notion est-elle adaptée à la problématique des droits de l'homme ?

Par l'ambivalence de sa signification, le concept de « *due diligence* » n'aide guère à dissiper la confusion existant en droit international autour des obligations en matière de droits de l'homme. Le sens qu'on lui attribue diffère selon qu'il est utilisé en droit international ou dans le contexte du droit des entreprises. Le domaine de la RSE étant nourri à la fois par le droit international (par l'élaboration de normes ou de recommandations à l'échelle internationale) et par le droit des entreprises (auxquelles il s'adresse dans sa finalité), l'utilisation de la notion de « *due diligence* » dans ce domaine est ambivalente.

D'un côté, elle ouvre des perspectives intéressantes : « Les dirigeants ne sont pas censés se substituer aux gouvernements pour faire valoir les droits de l'homme et l'intérêt général. Mais ils ne peuvent pas non plus se retrancher derrière les carences des gouvernements dans ce domaine sans, en quelque sorte, devenir complice de ces carences. De leur côté, les gouvernements ont le devoir d'encourager la bonne conduite sociétale des entreprises et doivent faciliter le respect des normes éthiques. C'est dans cette articulation entre gouvernance publique (les Etats) et gouvernance privée (les organisations) que la notion de « *due diligence* » prend toute sa signification en tant que règle applicable en droit privé et en droit public, qu'elle devient source et modèle de comportement »²⁸.

A ce flou s'ajoute la question de l'adéquation de son contenu à la problématique des droits de l'homme : subjectivité, obligations de moyen, exigence de comportements seulement minima, lien flou avec les possibilités d'engagement de la responsabilité... sont-ce des principes sur lesquels fonder le respect des droits de l'Homme ? L'adoption de la « *due diligence* » sans clarification préalable ni étayage par des concepts qui lui confèrent une dimension plus ambitieuse ne semble, au total, pas suffisante pour préciser l'étendue des obligations incombant aux entreprises dans le domaine des droits de l'homme.

La critique de la notion de « sphère d'influence » est-elle pertinente ?

Dans son rapport « *Protect, Respect and Remedy* »²⁹ du 7 avril 2008, John Ruggie émet une critique de la notion de « sphère d'influence » : *"It is necessary to point out that my report in fact finds that the concept of 'sphere of influence' is unhelpful for further elucidating the boundaries of the responsibility to respect. Instead, I refer to the concept of 'due diligence' as a useful tool"*³⁰. Notre étude s'est interrogée sur les fondements d'une critique qui remet en cause la place qu'occupe la notion de « sphère d'influence » au sein de la RSE.

²⁶ FARTHING (E.), "Environmental Due diligence – Development and Process", *Due diligence Review: M&A Behind the Scenes*, 2004, p. 18.

²⁷ DUGAREILH (I.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

²⁸ NIGON (M.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

²⁹ RUGGIE (J.), « Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights », *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/8/5, 7 avril 2008.

³⁰ RUGGIE (J.), *Response by John Ruggie to Ethical Corporation Magazine*, 10 juin 2008 (<http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5949>).

La « sphère d'influence » : un concept déjà reconnu par d'autres normes de RSE

Adoptés en 1997, puis révisés en 2000, les Principes Directeurs de l'OCDE ont été les premiers à définir la notion d'influence. Au sein des 11 principes directeurs, le dixième prévoit que les entreprises devraient « encourager, dans la mesure du possible, leur partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite des affaires conforme aux Principes directeurs »³¹. Les commentaires, reproduits dans le même document, font référence à « la capacité des entreprises d'influencer la conduite de leurs partenaires commerciaux »³² et au fait que « les entreprises multinationales ont certaines responsabilités à d'autres stades du cycle de vie du produit »³³. Cette idée d'influence est présentée comme positive, pouvant, à terme, favoriser les investissements étrangers : « Les entreprises multinationales étant fréquemment considérées comme des chefs de file dans leur secteur, il ne faut pas oublier qu'elles peuvent exercer un effet d'émulation sur les autres entreprises. Faire en sorte que l'environnement des pays, dans lesquels les entreprises multinationales opèrent, bénéficie également des technologies disponibles, est un moyen important de soutenir les activités d'investissement international sur un plan plus général »³⁴. Les Principes Directeurs de l'OCDE ont été adoptés à ce jour par 42 Etats, dont 12 non membres de l'Organisation.

L'expression « sphère d'influence » a ensuite été introduite dans le domaine de la RSE par le Pacte mondial des Nations Unies en 2000. Celui-ci « invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer *dans leur sphère d'influence* un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption »³⁵. Il est également fait référence à cette notion dans le premier des dix principes qui le constituent³⁶. Ce sont, à ce jour, plus de 5000 entreprises sur les cinq continents ont adhéré au Pacte Mondial.

Enfin le projet de norme ISO 26 000, dont les travaux ont débuté en 2005 en associant 90 Etats, se réfère lui aussi, à plusieurs reprises, à la notion de sphère d'influence³⁷. Cette référence a précisément rencontré l'opposition du RSSG dans une note adressée au groupe de travail chargé de la rédaction de l'instrument : « *In short, I have serious concerns about these inconsistencies regarding the sphere of influence : within the ISO Guidance document itself, and between it and the UN 'protect, respect and remedy' framework* »³⁸.

Les arguments soulevés à l'encontre de la « sphère d'influence »

Selon le rapport du RSSG, la notion de sphère d'influence serait tout d'abord elle-même sujette à influence et son interprétation ferait débat : « Les entreprises s'efforcent d'en réduire la portée (par exemple le périmètre de l'usine) tandis que les ONG cherchent à l'étendre (à leurs yeux, payer des impôts à un régime politique méprisant les droits de l'homme équivaut à soutenir ceux qui violent ces mêmes droits) »³⁹. Pour John Ruggie, « *using influence as a basis for assigning responsibility invites strategic manipulation [...] because influence can only be defined in relation to someone or something. Thus, it is itself*

³¹ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2008, p. 17.

³² OCDE, *ibidem*, p. 45.

³³ OCDE, *ibidem*, p. 53.

³⁴ OCDE, *ibidem*, p. 54.

³⁵ Texte du Pacte mondial des Nations Unies (<http://www.un.org/fr/globalcompact/principles.shtml>)

³⁶ « Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme dans leur sphère d'influence ».

³⁷ Par exemple, « *Clause 5 (...) provides guidance on the relationship between an organization, its stakeholders and society, recognizing the core subjects and issues of social responsibility and an organization's sphere of influence* ».

³⁸ RUGGIE (J.), *Note on ISO 26,000 Guidance Draft Document*, p. 3.

³⁹ LEISINGER (K.), « Droits de l'homme et responsabilité des entreprises », *InfoSud, tribune des droits humains*, 30 septembre 2008 (<http://www.humanrights-geneva.info/Droits-de-l-homme-et,3555>).

subject to 'influence' »⁴⁰. La définition qu'offre l'ISO 26000 permet pourtant d'encadrer de manière objective cette appréciation selon les circonstances en requérant la présence d'un critère prédéfini d'identification du domaine de responsabilité. La section 7.3.2. du texte, intitulée « *An organization's sphere of influence* », prend soin de préciser ce que l'on entend par « influence » dans le cadre des activités d'une entreprise et quelles sont les entités sur lesquelles elle peut exercer une influence⁴¹. Au demeurant, il est important de rappeler que le travail d'interprétation *in concreto* que nécessite l'application de toute notion théorique, quelle qu'elle soit, relève du rôle du juge lorsqu'il est saisi d'un litige en ce sens. En effet, « l'application de tout principe dépend des circonstances, dès lors il faut avoir le courage de laisser s'établir des lignes rouges. C'est le rôle dévolu aux organisations et aux personnes habilitées à dire le droit quand elles sont saisies d'un cas »⁴².

D'autre part, le rapport du RSSG du 7 avril 2008 propose une distinction entre les activités sur lesquelles les entreprises ont un effet direct, et celles sur lesquelles elles n'ont qu'une capacité d'influence : « *Companies cannot be held responsible for the human rights impacts of every entity over which they may have some leverage, because this would include cases in which they are not contributing to, nor are a causal agent of the harm in question [...]* »⁴³. Cette proposition semble s'appuyer sur une lecture déformée du concept de sphère d'influence. En effet, la sphère d'influence est un concept unitaire, qui n'a de sens que considéré comme tel. En effet, « la notion de sphère d'influence a ceci de particulièrement intéressant qu'elle permet un contrôle de l'influence par cercles concentriques (idée de sphère) qui suggère une gradation dans l'influence qui peut être corrélée avec une gradation dans la responsabilité : plus le tiers est proche du noyau, plus il est sous influence, et plus ledit noyau peut être regardé comme moteur de son action ou, en tout état de cause, en position de l'influencer. L'influence étant pouvoir, elle induit des devoirs et/ou des obligations »⁴⁴.

Elle permet le « développement d'un rapport organique ouvert »⁴⁵ dans la détermination de l'étendue des obligations incombant aux entreprises. Comme le rappellent les termes de l'ISO 26 000, la responsabilité de respecter les droits de l'homme doit être fonction de la capacité d'influence en fonction de ces mêmes cercles d'influence : « Le projet ISO rend explicite le fait que contrairement à la responsabilité liée au contrôle, la responsabilité *stricto sensu* liée à l'influence n'implique pas directement une obligation de réparer mais une obligation de prévention et que cette responsabilité d'agir est proportionnelle au niveau d'influence de l'entreprise »⁴⁶. Cela signifie que « la responsabilité ne sera pas nécessairement associée au constat de l'existence d'une influence, mais [...] il devra en être tenu compte et ceci sous toutes ses formes (responsabilité juridique comme économique etc.) »⁴⁷. « *An organization's opportunities to support human rights will often be greatest among its own operations and employees and its suppliers, peers or competitors, with its*

⁴⁰ RUGGIE (J.), *Note on ISO 26,000 Guidance Draft Document I*, p. 2.

⁴¹ Cf. ISO 26 000, *Guidance on social responsibility*, ISO/TMB WG SR, 4 septembre 2009 ; article 7.3.2.

⁴² QUEINNEC (Y.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

⁴³ RUGGIE (J.), *Note on ISO 26,000 Guidance Draft Document*, p. 2.

⁴⁴ TREBULLE (F.-G.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

⁴⁵ TREBULLE (F.-G.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

⁴⁶ DUPUIS (J.-C.), EYQUEM-RENAULT (M.), *A la recherche des nouvelles frontières de l'entreprise*, Novembre 2009, p. 10.

⁴⁷ TREBULLE (F.-G.), *ibidem*.

ability to influence weakening outward along the value chain, in broader communities and beyond »⁴⁸.

Enfin, plutôt que l'instauration d'une responsabilité sur un domaine étendu véhiculée par l'idée de « sphère d'influence » de l'entreprise, qui en pratique ne concernerait que certains droits, le RSSG plaide pour l'instauration d'une responsabilité restreinte, mais qui concernerait tous les droits humains, conformément au principe d'indivisibilité des droits de l'homme: *«The norms would have extended to companies essentially the entire range of duties that States have, separated only by the undefined concepts of 'primary' versus 'secondary' obligations and 'corporate sphere of influence'. This formula emphasizes precisely the wrong side of the equation: defining a limited list of rights linked to imprecise and expansive responsibilities, rather than defining the specific responsibilities of companies with regard to all rights»⁴⁹*. La norme ISO 26000 ne voit pas de contradiction entre l'objectif de couvrir l'ensemble des droits de l'homme que l'on peut s'attendre à voir revendiquer dans le domaine de l'entreprise et l'utilisation du concept de sphère d'influence. En se référant notamment à la Charte des droits de l'homme, c'est-à-dire la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes Internationaux, ainsi qu'à sept autres instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme⁵⁰, le texte de l'ISO 26000 couvre l'ensemble des droits humains. Ses auteurs n'ont donc pas fait leur l'idée d'une éventuelle contradiction entre responsabilité appréciée au travers de la sphère d'influence et approche globale des droits de l'homme.

II - L'utilisation de la « due diligence » pour réaliser les objectifs de la RSE en matière de droits de l'homme est-elle pertinente ?

Alors que les deux notions semblent difficilement utilisables de manière isolée dans un tel contexte (A), le concept de « due diligence » semble de surcroît ne pas être en mesure de répondre aux exigences posée par la RSE et par le développement durable (B).

A. Seule l'utilisation complémentaire des notions de « due diligence » et de « sphère d'influence » permet de répondre aux défis posés par les caractéristiques des sociétés multinationales

La nécessité d'instruments internationaux en matière de RSE est apparue en réponse à l'absence de statut juridique défini pour l'entreprise multinationale. Sujet de droit national et personne morale, l'entreprise multinationale n'est pas pour autant reconnue comme responsable, au civil comme au pénal, dans tous les Etats⁵¹. Lorsqu'elle l'est, la loi nationale est applicable aux établissements situés sur le territoire de cet Etat, mais celle-ci ne connaît, en principe, pas d'application extraterritoriale. Ainsi, les filiales étrangères d'une société

⁴⁸ ISO 26 000, *Guidance on social responsibility*, ISO/TMB WG SR, 4 septembre 2009, article 6.3.2.2.

⁴⁹ RUGGIE (J.), « Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights », *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/8/5, 7 avril 2008, pp. 14-15.

⁵⁰ « *The elimination of all forms of racial discrimination, elimination of all forms of discrimination against women, measures to prevent and eliminate torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, rights of the child, involvement of children in armed conflicts, sale of children, child prostitution and child pornography, protection of migrant workers and their families, protection of all persons from enforced disappearances* ».

⁵¹ En France, l'article 121-2 du Code Pénal reconnaît explicitement la responsabilité des personnes morales : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

multinationale ne sont-elles généralement pas soumises à la loi de l'Etat d'accueil de la société mère pour les faits dont elles sont les auteurs sur un territoire étranger⁵².

Le « chantage à la localisation » par lequel des entreprises nationales et transnationales obtiennent de certains Etats qu'ils renoncent à leur appliquer les lois en vigueur sur leur territoire [explique] l'existence de véritables « zones franches, qui sont plusieurs milliers aujourd'hui [...] : des espaces où les entreprises ont obtenu la mise entre parenthèses du droit international et du droit national »⁵³. Cette situation de fait est renforcée par le principe d'autonomie juridique des filiales vis-à-vis de la société mère, fiction juridique visant à limiter la responsabilité de cette dernière dans l'exercice de son activité.

L'entreprise multinationale ne se voit pas reconnaître de personnalité juridique internationale et ne peut donc pas être, en règle générale, directement destinataire des droits et obligations émanant des conventions internationales. Les normes « glissent » sur elle, elles n'y ont pas de prise juridique.

Se pose alors le problème : comment un concept traduisant concrètement un processus particulier peut-il être utilisé pour définir un champ d'application ? Le rapport précité soulève lui-même la question : « *If companies are to carry out due diligence, what is its scope?* »⁵⁴.

La notion de « sphère d'influence » possède justement la particularité d'établir un champ d'application, de « préfigurer [...] un périmètre de responsabilité de l'entreprise qui ne se limite pas à celui dessiné par le droit des sociétés »⁵⁵. La problématique de l'insaisissabilité juridique des entreprises multinationales trouve ici une réponse adéquate : « L'employeur (juridique) partage souvent le pouvoir de direction avec d'autres parties prenantes, notamment des clients-donneurs d'ordre. La tentative d'élargissement de la frontière spatiale semble donc avoir partie liée avec la fragmentation du pôle patronal et la multi-polarisation des relations professionnelles que les entreprises en réseau ont engendrées via une nouvelle division du travail »⁵⁶. Une responsabilité de l'entreprise étendue à sa sphère d'influence permet de mieux appréhender la notion de « groupe de sociétés » et ses conséquences et de contourner la fiction juridique de l'indépendance des filiales vis-à-vis de la société mère : « La notion de sphère d'influence permet de dépasser les effets de l'autonomie juridique des sociétés constitutives de l'entreprise-réseau. Elle permet au juge saisi en cas de dommage (et pas seulement en cas de violation directe d'un droit de l'homme) de rechercher derrière les apparences le pouvoir réel ou les complicités. Cette notion permet au juge de mettre en œuvre la doctrine *piercing the veil* »⁵⁷. Ainsi « une filiale à 100%, une filiale « simple », un fournisseur en situation de dépendance économique, un sous-traitant etc., tous sont susceptibles de voir leur position dans la sphère de

⁵² La loi française du 9 mars 2004 (dite loi Perben II) introduit toutefois à l'article 113-6 du Code pénal la disposition suivante : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Cependant la mise en œuvre de cette disposition reste difficile car elle exige une triple condition : l'infraction doit être incriminée dans le droit du pays étranger où a été commis l'acte, il doit y avoir une dénonciation officielle des autorités étrangères et enfin le Ministère Public français doit prendre l'initiative de saisir la juridiction française.

⁵³ DOUCIN (M.), *Dialogue interactif avec le Représentant spécial du Secrétaire général pour les droits de l'Homme et les entreprises. Question posée par l'Ambassadeur Michel Doucin au nom de la délégation française*, Conseil des droits de l'homme, Genève, 27 mars 2007.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ DAUGAREILH (I.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse : http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

⁵⁶ DUPUIS (J.-C.), EYQUEM-RENAULT (M.), *A la recherche des nouvelles frontières de l'entreprise*, Novembre 2009, p. 11.

⁵⁷ DAUGAREILH (I.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse : http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

responsabilité appréciée au regard d'éléments concrets indépendamment de leur indépendance juridique théorique »⁵⁸.

Le périmètre d'action de l'entreprise en matière de respect des droits de l'homme est illustré par des cercles concentriques d'influence, dans lesquels entrent en jeu les facteurs extérieurs, de manière à adapter le régime de responsabilité en fonction de la réalité de la situation. C'est ainsi que le *Global Compact* décrit le concept de sphère d'influence. Certaines entreprises, en conformité avec leur engagement auprès du Pacte Mondial des Nations Unies, intègrent dores et déjà ce concept dans leur démarche de respect des droits de l'homme. Sa transcription en termes concrets semble alors réalisable. L'utilisation de la notion de « sphère d'influence » doit donc venir compléter l'approche basée sur la « due diligence », permettant de définir de manière objective et selon des critères préétablis la zone d'application de celle-ci. « Les concepts de "*due diligence*" et de "*sphere of influence*", loin d'être alternatifs ou contradictoires sont [...] complémentaires, le premier servant de base à la responsabilité sociétale, le second définissant l'étendue de celle-ci dans la chaîne de production »⁵⁹.

Du reste, la jurisprudence utilise couramment des notions qui peuvent être rapprochées de celle de sphère d'influence, dans l'attribution de la responsabilité à des entreprises multinationales. Dans ce domaine, « l'action de la RSE est complémentaire des évolutions de la jurisprudence qui accordent une importance croissante à la notion de groupe et tentent de reconstruire l'unité juridique et économique perdue de l'entreprise »⁶⁰.

Le droit européen de la concurrence reconnaît, par exemple, la notion d'« unité économique » d'une société mère avec ses filiales. Selon une jurisprudence constante dans ce domaine, le comportement anticoncurrentiel d'une filiale peut être imputé à la société mère, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes. C'est le cas lorsque il est avéré que la filiale n'agit pas librement sur le marché mais se contente d'appliquer les instructions qui lui sont dictées par la société mère, eu égard notamment aux liens économiques et organisationnels pouvant exister entre les deux. Ainsi, au regard du droit européen de la concurrence⁶¹, société mère et filiale ne sont alors que des composantes d'une même entité économique et ne forment donc qu'une seule entreprise.

Allant plus loin encore, la Cour de Justice des Communautés Européennes a établi une présomption simple quant à l'influence qu'aurait, nécessairement, une société mère sur la filiale dont elle détient la totalité du capital. Cette « présomption capitalistique »⁶² a été affirmée dans une décision du 25 octobre 1983 : « AEG n'ayant pas contesté qu'elle pouvait influencer de manière déterminante la politique de distribution et de prix de ses filiales, il reste à examiner si elle a effectivement fait usage de ce pouvoir. Une telle vérification apparaît cependant superflue dans le cas de TFR qui, étant une filiale à 100 % d'AEG, suit nécessairement une politique tracée par les mêmes organes statutaires qui fixent la politique d'AEG »⁶³. Cette jurisprudence de la CJCE a récemment été confirmée par son arrêt du 10 septembre 2009 concernant la société *Akzo Nobel NV*⁶⁴. Cette présomption peut être

⁵⁸ TREBULLE (F.-G.), *ibidem*.

⁵⁹ NIGON (M.), *ibidem*.

⁶⁰ DUPUIS (J.-C.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : gouvernance partenariale de la firme ou gouvernance de réseau ? », *Electronic working papers series*, Groupe de recherche en économie et management des organisations, E.S.D.E.S. Lyon, n°2007-02, p. 18.

⁶¹ Notamment les articles 81 et 82 du traité CE.

⁶² DEBROUX (M.), « Sanction des cartels en droit communautaire : définition et conséquences d'une responsabilité de groupe », *Concurrences*, n°1-2008, p. 3.

⁶³ C.J.C.E., *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken*, 25 octobre 1983, affaire 107-82, §50.

⁶⁴ C.J.C.E., *Akzo Nobel NV*, 10 septembre 2009, affaire C-97/08 P, §15 : Rappelant dans un premier temps la jurisprudence relative à l'unité économique des sociétés, la Cour affirme que dans le cas où une société mère est détentrice de la totalité du capital de sa filiale (cas des « filiales à 100% ») « ladite société était en mesure d'exercer une influence décisive sur la politique commerciale de ses filiales, dont elle détenait, directement ou indirectement, la totalité du capital, et qu'il était possible de supposer qu'elle l'a effectivement fait ».

renversée par la société si elle prouve, notamment par des éléments économiques et organisationnels, que la filiale agit indépendamment de ses propres directives.

La jurisprudence européenne évolue donc vers la reconnaissance de plus en plus explicite de la notion de groupe de sociétés, notion se rapprochant de celle de sphère d'influence dans la mesure où elle permet d'élargir l'octroi de la responsabilité d'une société aux actes commis par les entités sur lesquelles elle a une influence directe. Cette évolution se fait d'autant plus ressentir que cette décision vient directement contredire un arrêt antérieur du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes du 26 avril 2007⁶⁵.

Le droit national des pays européens s'inscrit également dans cette évolution. Ainsi, « la notion d'influence est présente dans l'évocation de la consolidation (article L-233-16 du Code de commerce français) qui évoque le fait que la consolidante exerce « une influence notable » sur la filiale. Cet article propose une lecture ouverte de l'influence qui peut procéder d'un contrat ou de clauses statutaires et retient que « l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise »⁶⁶.

L'utilisation complémentaire des notions de « due diligence » et de « sphère d'influence » permet la prise en compte de ces nouvelles formes d'organisation des entreprises. Il s'agit d'un enjeu crucial en matière de RSE : « L'éclatement de l'entreprise fait qu'il existe une distance croissante entre le décideur et la figure de l'employeur (juridique) ; il y a de moins en moins identité entre décideur et employeur. La désintégration des entreprises et le développement du travail autonome font que le pouvoir de décision est distribué dans des réseaux d'acteurs économiques et est moins concentré sur la figure de l'employeur [...]. Prenant acte de cette réalité, la RSE traduit un ajustement de la régulation socioéconomique et vise à durcir la responsabilité du décideur, à la rendre moins lâche, en l'enserrant dans ses différents rôles économiques : employeur certes mais surtout producteur et investisseur. L'action de la RSE se traduit ainsi notamment par le développement du consumérisme politique et de l'actionnarisme. Elle accompagne la recomposition du rapport salarial qui cherche également à s'ajuster à la réalité des entreprises-réseau internationalisées : reconnaissance juridique de la notion de groupe, internationalisation des structures syndicales, signatures d'accords-cadres, etc. »⁶⁷.

B. La « due diligence » face aux concepts dynamiques de RSE et de développement durable

La « due diligence » face au concept dynamique de RSE

Le concept même de « due diligence » semble, à plusieurs égards, peu adapté à une utilisation dans le domaine de la RSE. Le Livre vert de la Commission européenne décrit celle-ci comme « l'intégration *volontaire* par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales [...]. A cet effet, les entreprises adoptent un comportement socialement responsable en allant au-delà des prescriptions légales et elles s'engagent dans cette démarche volontaire parce qu'elles jugent qu'il y va de leur

⁶⁵ Dans cet arrêt, la détention de la totalité du capital d'une filiale était seulement considérée comme un indice de l'influence exercée sur elle par la société mère, mais qui « ne suffit pas, à lui seul, pour permettre d'imputer la responsabilité du comportement de celle-ci à la société mère » (T.P.I.C.E., *Bolloré SA*, 26 avril 2007).

⁶⁶ TREBULLE (F.-G.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

⁶⁷ DUPUIS (J.-C.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : gouvernance partenariale de la firme ou gouvernance de réseau ? », *Electronic working papers series*, Groupe de recherche en économie et management des organisations, E.S.D.E.S. Lyon, n°2007-02, pp. 17-18.

intérêt à long terme »⁶⁸. Cette définition articule les normes de RSE, notamment d'origine internationale, avec le droit interne en vigueur : « La RSE serait complémentaire du droit, celui-ci étant considéré comme étant et comme devant rester le mode privilégié de régulation des relations sociales, politiques et économiques »⁶⁹. Les normes internationales en matière de RSE n'ont pas pour but d'amener les entreprises à respecter ce que la loi impose déjà sur le territoire où elles sont implantées, mais de les encourager à « adopter une politique globale et volontaire, ce que ne prend pas en compte la notion de *due diligence* »⁷⁰.

L'approche *a minima* que véhicule la « *due diligence* » dans le domaine des droits de l'homme contredit la nature même des normes de RSE. La mise en œuvre du processus de *due diligence* dans les entreprises ne se traduit tout au plus que par l'exigence d'une « accommodation » de l'activité de l'entreprise pour qu'elle soit en conformité avec ses obligations incontournables en matière de droit de l'homme: « *There are due diligence processes that a corporation must undertake to meet its general legal obligations that either accommodate or are at least amenable to consideration of human rights laws or standards* »⁷¹.

La référence à des obligations légales, mêmes générales (« *general legal obligations* »), renvoie aux règles déjà imposées par la loi, qu'elles soient d'origine nationale ou issues d'instruments internationaux, dont le respect est d'une autre nature que les comportements impulsés par les normes de RSE. Alors que « les principes éthiques commandent d'aller au delà des prescriptions légales, la démarche [...] se borne à faire en sorte de les respecter quand il y en a et si c'est opportun »⁷².

La notion de « *due diligence* » ne permet en outre pas facilement d'englober les droits économiques, sociaux et culturels (DESC) au sein du corpus de droits que l'entreprise devrait prendre en compte dans ses activités. Issus du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, les DESC comprennent une série de dispositions, concernant notamment le droit à un niveau de vie décent, recoupant les exigences de la RSE⁷³. Nombre de droits figurant dans ce Pacte sont considérés par la doctrine comme des droits programmatiques, non immédiatement exigibles parce qu'ils supposent qu'un opérateur (un Etat en l'espèce) leur confère préalablement un contenu réel en les appliquant dans ses actes. Le Pacte de 1966 ayant valeur de traité international, il s'adresse aux Etats qui y sont parties, invités à créer les conditions d'application de ces droits-programmatiques, et non, en principe, aux personnes privées. Si les entreprises ne sont donc pas tenues d'en respecter le contenu, l'Etat a la charge de faire respecter ses dispositions par les entreprises installées sur son territoire. Mais, en exigeant l'adoption d'un comportement de prudence minimum par l'entreprise, la notion de « *due diligence* » exclut

⁶⁸ Livre vert de la Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, Juillet 2001.

⁶⁹ DAUGAREILH (I.), « Responsabilité sociale des entreprises transnationales : analyse critique et prospective juridique », publié en espagnol sous le titre "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica" in *Cuadernos de relaciones laborales*, n°1, vol.27, p.93-123, 2009, p. 3.

⁷⁰ DOUCIN (M.), intervention orale devant le groupe de travail ISO 26000 de l'AFNOR, 4 février 2010.

⁷¹ ROBINSON (A.A.), *Corporate duty and human rights under Australian law*, prepared for the Special Representative, p. 1 (<http://business-humanrights.org/Updates/Archive/SpecialRepPapers>).

⁷² CADET (I.), *extrait des échanges du groupe de travail*, reproduits dans la version complète de la présente étude, consultable à l'adresse :

http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

Cf « ISO 26000 : innovation ? », Actes du colloque de l'ADERSE Association pour le Développement et l'Enseignement de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise, 24-26 mars 2010, La Rochelle.

⁷³ Par exemple, l'article 6 du Pacte exige que « les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit »(Article 6 §1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

ceux des DESC qui ne sont pas effectifs du corpus des droits de l'homme, conséquence regrettable dans une perspective de RSE selon laquelle l'entreprise est invitée à aller au delà de ce qu'impose déjà la loi. La « *due diligence* » exclut ainsi de conférer une valeur normative à ces droits au regard des activités des entreprises.

Ajoutons que ce niveau d'exigence minimal « serait dommageable non seulement pour les droits de l'homme, mais pour les entreprises elles-mêmes, qui risquent d'être trompées sur le risque juridique qu'elles encourent, [...] car de nombreux droits internes les rendent responsables bien au-delà de ce que suggère le concept de "*due diligence*", y compris en s'appuyant sur des obligations issues du droit international - comme l'*Alien Tort Claims Act* aux Etats-Unis »⁷⁴.

La « *due diligence* » face aux exigences de développement durable

La responsabilité sociale des entreprises n'est pas étrangère au concept de développement durable qui s'est peu à peu imposé dans le vocabulaire de l'entreprise, à l'échelle mondiale. L'interprétation de la RSE en tant que « l'application dans l'entreprise de la notion de développement durable » est ainsi « couramment admise »⁷⁵. Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ainsi que le texte de la norme ISO 26000 l'affirment explicitement⁷⁶.

Le concept de développement durable sur lequel prend appui la RSE ne doit donc pas être exclu de la définition du champ d'application des normes internationales en matière de respect des droits de l'homme par les entreprises. A ce titre, il serait réducteur d'estimer que la stratégie de développement durable n'aurait d'impact qu'en matière de protection de l'environnement et non en matière de protection des droits de l'homme. L'être humain est au centre de la biosphère, dont il est une composante. Protection de l'environnement et protection des droits de l'homme sont donc interdépendantes et difficilement détachables. On retrouve cette vision dans la définition même du concept de « développement durable » tel qu'il avait été décrit dans le Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU – dit rapport Brundtland – d'avril 1987. D'après celui-ci, « le développement durable répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ».

Il y a donc un aspect temporel du champ d'application de la responsabilité sociale des entreprises qui demande à être pris en compte. La notion de « sphère d'influence » permet, dans une interprétation extensive, de recouvrir non seulement un champ matériel, mais aussi un champ temporel. Une entreprise doit alors tenir compte, dans la conduite de ses activités, des impacts de ces dernières sur les générations futures, répondant ainsi aux exigences de durabilité sur lesquelles s'appuie la RSE. Cet aspect est particulièrement pertinent vis-à-vis des entreprises menant des activités en lien direct avec la préservation de l'environnement. Il s'agit des entreprises exploitant directement des ressources naturelles épuisables, telles les sociétés d'exploitation forestière ou minière, mais également celles dont la durée du cycle de vie des produits est très longue : l'industrie nucléaire ou chimique.

Ainsi, derrière un débat – apparemment théorique – entre les notions de « *due diligence* » et de « sphère d'influence » apparaissent au fond des enjeux importants et concrets quant au champ et au degré de responsabilité des entreprises. La notion de « *due diligence* »,

⁷⁴ ASCENSIO (H.), *ibidem*.

⁷⁵ DUFOURCQ (E.) (prés.), BESSE (G.) (rapporteur), *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises, synthèse des travaux du groupe inter-directions*, La documentation française, Mars 2004.

⁷⁶ Au sein des Principes Directeurs de l'OCDE, les entreprises sont invitées à « conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable » (OCDE, *Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 2008, p. 22). L'ISO 26000 affirme de son côté que : « *The aim of social responsibility is to contribute to sustainable development* » (ISO 26 000, *Guidance on social responsibility*, ISO/TMB WG SR, 4 septembre 2009, p. vi).

déconnectée de celle de « sphère d'influence », ne peut prétendre répondre aux ambitions de développement durable et aux espoirs d'un capitalisme humanisé.