



# SOUS-TRAITANCE ET RESPONSABILITE SOCIALE

JAN CREMERS, MIJKE HOUWERZIJL



# SOUS-TRAITANCE ET RESPONSABILITE SOCIALE

Jan Cremers et Mijke Houwerzijl  
Faculte de droit de Tilburg

Bruxelles, Septembre 2021



# TABLE OF CONTENTS

RECOMMANDATIONS POLITIQUES POUR LUTTER CONTRE LA SOUS-TRAITANCE ABUSIVE	5
INTRODUCTION	6
<b>01 SOUS-TRAITANCE – D’UNE VÉRITABLE DIVISION À L’« ENVIRONNEMENT DE TRAVAIL FISSURÉ »</b>	<b>7</b>
1.1. Sous-traitance, outsourcing et externalisation des effectifs	7
1.2. Réglementation de la sous-traitance	8
1.3. Initiatives nationales intéressantes	11
<b>02 DILIGENCE RAISONNABLE</b>	<b>14</b>
2.1. Contexte	14
2.2. Débats sur le cadre réglementaire	15
2.3. Les perspectives nationales	18
<b>03 RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE</b>	<b>20</b>
3.1. Responsabilité de sous-traitance en matière de normes du travail, de sécurité sociale et d’impôts	20
3.2. Les perspectives nationales	22
<b>04 TRANSPARENCE ET REPORTING</b>	<b>24</b>
4.1. Divulgence d’informations environnementales, sociales et autres informations non financières	24
4.2. La réglementation du reporting non financier	26
4.3. Divulgence des informations sur la chaîne (de sous-traitance)	27
4.4. La mise en œuvre nationale et le projet de révision	28
<b>05 QUELQUES OBSERVATIONS</b>	<b>30</b>
5.1. Dispositions légales dans les chaînes	30
5.2. Problèmes de conformité et réparation	31
5.3. Un domaine étendu et un vaste ensemble de réglementations	32
RÉFÉRENCES	34

# RECOMMANDATIONS POLITIQUES POUR LUTTER CONTRE LA SOUS-TRAITANCE ABUSIVE

Pour garantir les droits des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement, la CES demande un cadre juridique général sur la sous-traitance, en vue de renforcer la responsabilité et la transparence, et d'assurer l'égalité de traitement, un travail décent et une application efficace tout au long de la chaîne.

Un cadre juridique européen sur la sous-traitance devrait comprendre notamment :

## DES MESURES POUR RENFORCER LA RESPONSABILITÉ

- une responsabilité solidaire et collective des entrepreneurs dans toute la chaîne devrait renforcer le respect des obligations légales et des normes du travail, y compris les conventions collectives applicables ;
- ces régimes de responsabilité devraient couvrir à la fois les situations de sous-traitance nationales et transfrontalières, notamment dans le cadre des marchés publics ;

## DES PRATIQUES GARANTISSANT UN TRAVAIL DÉCENT

- les droits des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation au conseil d'administration devraient être garantis comme moyen de renforcer l'influence des travailleurs sur le comportement des entreprises ;
- des systèmes d'alerte, des mesures de contrôle et d'audit et des procédures de suivi de la conformité, telles que les codes de conduite ou les accords-cadres internationaux, doivent être mis en place en collaboration avec les représentants des travailleurs et les syndicats ;
- il importe de lutter contre les accords de sous-traitance qui visent à contourner les conventions collectives ou permettent d'opter pour des accords moins favorables dans un même secteur d'activité. La négociation collective et les conventions collectives en vigueur doivent être appliquées tout au long de la chaîne de sous-traitance.
- le principe d'égalité de traitement et sa mise en œuvre pratique en termes de salaire égal pour un travail égal en un même lieu doivent être assurés, indépendamment de l'origine des travailleurs ou de la manière dont ils sont engagés ;

## DES NORMES POUR UNE TRANSPARENCE ACCRUE

- il convient d'introduire une limitation des niveaux de sous-traitance et l'interdiction de toute sous-traitance ultérieure dès que la sous-traitance de main-d'œuvre uniquement intervient dans une chaîne ;
- les initiatives obligatoires de reporting non financier devraient être rendues plus efficaces grâce à la formulation d'indicateurs plus précis et contraignants, qui demandent de « se conformer et d'expliquer » et non de « se conformer ou d'expliquer » ;
- il importe d'établir une obligation contraignante d'enquête et de vérification, par l'entrepreneur principal ou l'entreprise leader, de l'activité authentique du sous-traitant, de son bilan social et de sa conformité à la réglementation applicable ;

## DES OUTILS FAVORISANT UNE APPLICATION EFFICACE ET L'ACCÈS À LA JUSTICE

- il convient de (ré)instaurer des garanties de solvabilité assurant le paiement des salaires, des charges sociales et autres obligations sociales ;
- des mécanismes accessibles de réparation et de recouvrement par voie judiciaire doivent être mis à la disposition de tous les travailleurs et de leurs représentants pour signaler les abus et faire respecter leurs droits ;
- sanctions et indemnités dissuasives et effectives, y compris les paiements rétroactifs en cas de non-respect de la législation et/ou des conventions collectives applicables.

## INTRODUCTION

Le présent rapport s'inscrit dans un projet de la CES intitulé « Garantir les droits des travailleurs dans les chaînes de sous-traitance » et constitue la deuxième phase consacrée à l'étude et à l'analyse. L'objectif du projet est d'élaborer des arguments en faveur d'une approche européenne cohérente en matière de sous-traitance et d'aider à créer de meilleurs outils et conditions (un cadre juridique plus adéquat) pour que les représentants des travailleurs connaissent leurs droits et soient informés et consultés sur les pratiques de leur entreprise tout au long de la chaîne de sous-traitance. La première phase du projet a été consacrée à plusieurs études de cas. Cette deuxième phase consiste en une analyse du cadre juridique existant, vu sous différents angles, et des informations recueillies sur les divers aspects de la sous-traitance, tels que la diligence raisonnable, la transparence et les exigences de reporting, la responsabilité solidaire et les différentes personnalités juridiques traitées comme une seule entité économique et sociale.

Un contrat de sous-traitance est défini comme un contrat commercial (pour la fourniture) de services ou un contrat commercial (pour la fourniture) de main-d'œuvre, de travaux et de matériaux entre un entrepreneur principal et un fournisseur. Les parties au contrat de sous-traitance peuvent être désignées, d'une part, par les termes « entrepreneur principal » ou « entreprise utilisatrice » (parfois aussi par les termes « commettant », « entreprise cliente » ou « acheteur ») et, d'autre part, par les termes « fournisseur » ou « sous-traitant ». Nous utilisons ci-après les termes « entrepreneur principal » et « sous-traitant ».

La cartographie et la clarification du cadre juridique applicable sont importantes dans cette deuxième phase. La tâche principale a consisté en l'analyse du cadre juridique existant (et de son fonctionnement pratique) aux niveaux international, européen et national, en ce compris l'identification de ses failles et contradictions. L'analyse porte également sur les outils et pratiques législatifs et non législatifs dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises. L'examen du cadre juridique et réglementaire devait permettre d'identifier les dispositions existantes en matière de sous-traitance et de fournir une vue d'ensemble des instruments internationaux et nationaux pertinents traitant des chaînes de sous-traitance, y compris aux niveaux de l'ONU, de l'OIT et de l'OCDE. Le schéma ci-dessous résume ces aspects.

### Sous-traitance - Point de départ d'une analyse du cadre réglementaire

	A. NORMES INTERNATIONALES	B. DIRECTIVES OU RÈGLEMENTS EUROPÉENS	C. DISPOSITIONS NATIONALES
Réglementation de la sous-traitance (si elle existe)			
Diligence raisonnable			
Responsabilité solidaire			
Transparence et reporting			

Les sections suivantes examineront les quatre éléments identifiés dans ce schéma et seront suivies d'une section présentant quelques observations de base ainsi que d'une conclusion. Chaque section introduit brièvement l'élément du point de vue juridique et est suivie d'une réflexion sur ce qu'il implique pour les représentants des travailleurs en ce qui concerne les droits et les normes du travail. Chaque section examine les niveaux énumérés dans le schéma (international, UE, national) mais, compte tenu de la mission d'étude qui nous occupe, l'accent sera mis principalement sur les dispositions juridiques contraignantes. Par ailleurs, l'analyse nationale est consacrée à quelques exemples marquants.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> L'étude réalisée au cours de la deuxième phase s'est limitée à une analyse juridique. Notre principal point de référence est l'attention accordée aux droits des travailleurs dans des situations de sous-traitance telles qu'elles sont inscrites dans des cadres réglementaires et des dispositions légales contraignants.

# Sous-traitance – d’une véritable division à l’« environnement de travail fissuré »



## 1.1 SOUS-TRAITANCE, OUTSOURCING ET EXTERNALISATION DES EFFECTIFS

Ces dernières décennies, de nombreuses industries à forte intensité de main-d’œuvre ont connu une phase caractérisée par un processus d’outsourcing et d’externalisation des activités (Weil 2014). Par la sous-traitance, le processus de production prend la forme d’une chaîne fragmentée constituée d’activités multiples qui est aussi une chaîne de valeur. Le recours à la sous-traitance dans une chaîne de production ou de services peut être motivé par différents arguments : la recherche d’une spécialisation et d’un savoir-faire non disponibles en interne, le recours à des tâches spécifiques n’appartenant pas à l’activité principale de l’entreprise, la recherche d’efficacité, une division (traditionnelle) du travail avec des partenaires de longue date, basée sur la confiance mutuelle, des accords de routine ou historiques. En réalité, une chaîne repose sur, ou entraîne des relations stables entre un entrepreneur principal qui « délègue » une partie du travail à des sous-traitants spécialisés et privilégiés. Ainsi, les activités, réalisées simultanément ou à différentes étapes de chaînes de production ultérieures (parfois longues), sont exécutées par divers entrepreneurs ou sous-traitants. La chaîne forme un réseau ou un triangle de dépendance socio-économique hiérarchisé, fondé sur une série de contrats (commerciaux) intimement liés. La chaîne constitue une chaîne logistique (horizontale et verticale), ainsi qu’une chaîne de valeur de nature économique et productive. Des spécialités particulières ou des parties d’un processus de production sont sous-traitées à des entités juridiques externes, souvent de petites entreprises ou même des indépendants.

Toutefois, la sous-traitance et l’outsourcing à des entités indépendantes *de jure* n’entraînent pas une indépendance *de fait*. L’entreprise principale dicte et dirige le processus. Le sous-traitant s’engage à réaliser une activité spécifique en échange d’un prix convenu. Souvent, les entreprises de niveaux inférieurs dans la chaîne de valeur, à l’exception des sous-traitants spécialisés dans des technologies de pointe ou dans des activités à forte valeur ajoutée, ne sont pas en mesure d’agir sur un pied d’égalité avec l’entrepreneur principal et sont parfois contraintes d’accepter des contrats anormalement désavantageux pour la livraison de leurs produits ou services. Sous l’impulsion d’une division stable et coopérative du travail dans le processus de production amorcée dans les années 1980, la sous-traitance traditionnelle s’est transformée en un type d’outsourcing beaucoup plus dirigé par les coûts, et les entreprises ont remplacé les salariés directs par toutes sortes de « nouvelles » relations de travail. Le travail a été confié à des « tiers » externes et exécuté par des « employeurs » prétendant appartenir à d’autres branches, par des sous-traitants spécialisés, des agences d’intérim, des sous-traitants de main-d’œuvre uniquement et/ou des indépendants. Par conséquent, le modèle d’entreprise d’après-guerre selon lequel travailleurs qualifiés et non qualifiés fournissent leur travail sous la supervision et l’autorité d’un seul employeur responsable ne correspond plus au modèle standard. La possibilité d’externaliser certaines parties du processus de production et l’intensification de la sous-traitance, encouragées par une stratégie de réduction des coûts et d’évitement de l’emploi direct des travailleurs, ont favorisé l’émergence de toutes sortes de contrats (commerciaux) portant sur la « fourniture » de parties de la production ne s’inscrivant pas dans le modèle classique (Cremers 2009).

La dépendance dans la chaîne peut avoir de sérieux inconvénients. On trouve au sommet du triangle des entreprises totalement légales, souvent établies depuis longtemps. Un pouvoir de négociation inégal dans la chaîne peut ouvrir la voie à des contrats commerciaux douteux qui définissent les transactions de marché

entre les différents niveaux et s'accompagnent d'un outsourcing et d'appels d'offres à des prix anormalement bas. Une chaîne axée sur les coûts peut facilement basculer dans l'économie informelle, en particulier lorsque de grandes entreprises bien établies confient le recrutement d'effectifs à des sous-traitants de main-d'œuvre uniquement qui répètent la démarche et la poussent encore plus loin en recourant à des agences d'intérim, à des gangmasters et à d'autres intermédiaires (Cremers 2009). La recherche des coûts nominaux de production les plus bas nuit aux investissements dans la technologie et la formation, ainsi qu'à l'amélioration de la productivité et de la qualité. Dans ce processus, les travailleurs sont sérieusement exposés au risque de violation partielle ou totale des normes de travail obligatoires basées sur l'égalité de salaire et d'autres principes d'égalité de traitement, ce qui a pour conséquence un déni des droits sociaux et l'absence d'accès aux services RH, l'absence d'infrastructures de formation et l'exclusion sociale et culturelle. Les risques sociaux cruciaux sont transférés de l'entrepreneur principal aux PME et/ou aux travailleurs individuels. Le segment inférieur correspond alors à celui d'un approvisionnement irrégulier de main-d'œuvre bon marché, se traduisant par une faible rémunération, de mauvaises conditions de travail, des conditions de santé et sécurité au travail inadéquates, un manque de responsabilité d'entreprise, des distorsions substantielles sur le marché du travail et parfois même de « l'esclavage moderne ».

## 1.2 RÉGLEMENTATION DE LA SOUS-TRAITANCE

Le point de départ de la fourniture de services ou de produits est un contrat en vertu duquel une personne ou une entreprise appelée « entrepreneur principal » s'engage à exécuter un projet spécifique pour une autre personne appelée « client » qui lui en paie le prix, sans qu'il y ait de relation de travail entre elles. Un sous-traitant est, en termes juridiques, une entreprise qui conclut avec cet entrepreneur principal un contrat pour la fourniture (de parties) du service ou du produit. De tels contrats de sous-traitance de services, de fournitures ou de travaux peuvent également être conclus entre le sous-traitant et des sous-traitants ultérieurs (y compris indépendants), ce qui rallonge la chaîne de valeur. La relation entre l'entreprise principale et les entités sous-traitantes (ultérieures) repose sur un contrat commercial et non un contrat de travail. Un contrat portant sur la fourniture de services ou de produits ne rend pas nécessairement l'entreprise principale ou le sous-traitant responsable envers l'autre des différents aspects d'activités non authentiques, au contraire. En fait, cette responsabilité (vis-à-vis des clients ou des travailleurs) peut varier en fonction de l'accord conclu entre les cocontractants. Dans la plupart des législations en vigueur, l'entité sous-traitante est l'employeur de ses travailleurs impliqués dans la fourniture des services et à ce titre, elle engage sa responsabilité en cas de violation des droits des travailleurs. L'application des règlements de SST dans l'UE constitue une exception claire dans ce domaine. Si un travailleur employé par un sous-traitant exerce des activités sur un lieu de travail de l'entreprise principale, la responsabilité de certains aspects de la santé et de la sécurité au travail est partagée.<sup>2</sup> Il est intéressant d'examiner s'il existe un recours comparable inscrit dans la législation nationale ou européenne pour lutter contre les effets négatifs potentiels liés au non-respect d'autres normes du travail et/ou aux violations du droit du travail.

Bien que la Commission européenne se penche sur la question depuis longtemps, aucune législation directe ne traite à ce jour la sous-traitance comme un phénomène de marché ayant un impact social, ou les sous-traitants comme des entités juridiques liées par des règles ou conditions spécifiques dans le domaine social. Dans une première communication de la Commission européenne, la sous-traitance est définie comme une situation dans laquelle une entreprise, le « donneur d'ordre », charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le « sous-traitant », de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux, consécutivement ou non à une commande d'un tiers (Commission européenne 1978).

En 1998, la Commission européenne a publié un vaste guide (*Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*) qui donne un aperçu des aspects pertinents de la sous-traitance dans les États membres à cette époque. Le titre du guide est quelque peu trompeur puisqu'il

<sup>2</sup> La directive-cadre de l'UE de 1989 sur la sécurité et la santé au travail (89/391/CEE) stipule qu'un « employeur prend les mesures appropriées pour que les employeurs des travailleurs des entreprises et/ou établissements extérieurs intervenant dans son entreprise ou son établissement reçoivent, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, des informations adéquates » concernant les risques pour la santé et la sécurité ainsi que les mesures prises (article 10). Elle a été mise en œuvre dans des directives sectorielles. La directive européenne de 1991 sur les agences intérimaires (91/383/CEE) ajoute que « sans préjudice de la responsabilité fixée par la législation nationale de l'entreprise de travail intérimaire, l'entreprise et/ou l'établissement utilisateurs sont, pendant la durée de la mission, responsables des conditions d'exécution du travail » (article 8). La directive européenne concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles (92/57/CEE) ajoute une disposition importante et introduit une coordination obligatoire entre les différentes parties d'une chaîne, y compris les indépendants sur site (de la phase de préparation du projet à l'achèvement d'un travail).

n'existe, outre le règlement des conditions générales des contrats commerciaux et quelques éléments concernant la responsabilité pour les produits défectueux, aucune législation sur la sous-traitance industrielle à l'échelle de l'Union européenne. Le guide, qui s'inscrit dans la politique européenne générale de promotion de la concurrence, a été et est publié par la DG Marché intérieur dans le but de faciliter l'amélioration des relations contractuelles entre les entrepreneurs principaux et les sous-traitants, en particulier lorsque ces relations ont des aspects transnationaux.<sup>3</sup>

Le guide de 1998 présente un glossaire et une approche comparative des systèmes juridiques régissant à l'époque les relations de sous-traitance dans chacun des États membres de la Communauté européenne. Son contenu couvre la description juridique de la sous-traitance, la détermination du droit applicable et de la juridiction compétente, l'effet contraignant des négociations préliminaires, les droits et obligations des signataires et d'autres questions liées au contrat. Il définit la sous-traitance comme une opération par laquelle une entreprise, appelée « sous-traitant », est mandatée par une autre entreprise, appelée « entrepreneur principal », pour fournir à cette dernière des biens ou services que l'entrepreneur principal utilisera à des fins commerciales propres, souvent, mais pas toujours, en incorporant ces biens ou services dans un tout. Dans cette opération commerciale, il n'existe pas de relation de travail entre les signataires.<sup>4</sup>

Deux chapitres du guide comparatif de 1998 présentent les liens possibles avec des questions relatives au travail, susceptibles d'être détaillés davantage. Un premier lien apparaît dans la section distinguant un contrat de fourniture de services d'un contrat de travail, le deuxième est évoqué dans les sections consacrées à la responsabilité.

#### **a. À quelques exceptions près, les contrats de sous-traitance industrielle ne sont pas soumis à des réglementations spécifiques en matière d'emploi**

La majorité des États membres n'ont pas de dispositions particulières sur la sous-traitance industrielle, de sorte que le sujet est traité conformément à la réglementation sur les relations commerciales prévue dans les codes civils nationaux. Le plus souvent, de telles dispositions légales sur la sous-traitance ne fournissent pas de critères clairs permettant de distinguer contrat de sous-traitance et contrat de travail (ou dans le vocabulaire de la common law britannique : un contrat « pour services » d'un contrat « de services »). Le guide de 1998 ne mentionne que quelques pays où la distinction avec les contrats de travail est explicitement introduite dans la réglementation des contrats de sous-traitance. Par exemple, en Finlande, le contrat de sous-traitance sera décrit comme un contrat de travail si un sous-traitant travaille pour un employeur dans les conditions typiques d'un contrat de travail. Dans ce cas, les règles du contrat de travail s'appliqueront (salaires, conditions de travail, et cetera), même si les parties ont convenu d'y renoncer. Entre-temps, les tribunaux de la plupart des autres pays de l'UE ont également adopté une approche de type « priorité du fond sur la forme » ou « primauté des faits ».<sup>5</sup> Cela signifie que les tribunaux peuvent requalifier un contrat, qui selon ses termes (stipulant les intentions des parties), a été identifié comme un contrat de sous-traitance, si l'exécution de ce contrat dans la pratique montre qu'en réalité (« compte tenu de toutes les circonstances ») il s'agit plutôt d'un contrat de travail. La question de savoir si la personne qui accepte de travailler pour une autre contre rémunération travaille en réalité dans une relation de subordination ou peut réellement décider en toute indépendance comment, quand et où travailler est fondamentale dans les procès pour qualification erronée.<sup>6</sup>

Du point de vue de la présente étude, il importe que le « risque » de requalification ne soit significatif que dans les relations contractuelles/de sous-traitance avec des (faux) indépendants. Ce risque peut en particulier avoir un impact dissuasif sur des entrepreneurs plus solides de la chaîne si ces entités entretiennent des relations contractuelles/de sous-traitance directes avec de nombreux (faux) indépendants. En revanche, les tribunaux agissent avec beaucoup de prudence dans les cas où il est allégué que la personnalité morale d'une entreprise (de sous-traitance) est utilisée comme un masque par l'autre partie contractante pour échapper à ses responsabilités d'employeur. Une preuve irréfutable doit généralement être fournie avant qu'un tribunal ne décide que l'employeur « réel » est une autre partie de la chaîne que l'employeur officiel. Il est donc très difficile de « soulever le voile corporatif » et de réussir à contester devant un tribunal les sociétés dites « boîtes aux lettres » qui agissent en tant qu'employeur officiel alors qu'en réalité, les salariés travaillent sous la supervision de la contrepartie contractuelle (l'entreprise utilisatrice).

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/growth/content/law-industrial-subcontracting-european-community-practical-guide-rev-ed-0\\_fr](https://ec.europa.eu/growth/content/law-industrial-subcontracting-european-community-practical-guide-rev-ed-0_fr)

<sup>4</sup> Il est intéressant de noter que le guide distingue les différents types de contrats de sous-traitance (liés aux produits, services et équipements). La sous-traitance de main-d'œuvre uniquement n'est pas mentionnée dans le guide.

<sup>5</sup> Toutefois, en Pologne, la description du statut de travailleur ou d'indépendant est soumise à la volonté des parties.

<sup>6</sup> Concernant les plateformes de petits boulots, des arrêts marquants de la Cour suprême du Royaume-Uni (19 février 2021) et de la Cour supérieure de Californie (10 août 2020) ont récemment requalifié des chauffeurs comme salariés d'Uber et Lyft, alors qu'ils étaient considérés jusqu'alors comme des « partenaires » indépendants collaborant à ces plateformes.

## b. D'une manière générale, les clauses excluant la responsabilité peuvent être considérées comme valables dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la politique publique

L'aperçu de 1998 révèle que dans l'exonération de responsabilité ou les clauses excluant la responsabilité, il est fait référence aux bonnes mœurs et à l'incompatibilité avec la politique publique, les règles obligatoires et les principes fondamentaux du droit. Cependant, les réglementations nationales de la plupart des pays ne sont pas plus précises à cet égard. Il est principalement question dans ce contexte de la responsabilité de la conception, des performances, de la qualité ou des défauts (cachés). La responsabilité contractuelle implique dans ces situations l'obligation pour un contractant qui ne remplit pas tout ou partie des obligations contractuelles de réparer le préjudice causé à l'autre partie soit par l'inexécution totale ou partielle, soit par l'exécution tardive des obligations contractuelles. Cela inclut la responsabilité du sous-traitant pour les dommages causés par ses salariés. Les dispositions de responsabilité liées aux droits des travailleurs ou aux normes du travail sont assez rares. Il est intéressant de noter que la réglementation portugaise stipule explicitement qu'il est interdit d'exclure ou de limiter dans les clauses contractuelles, directement ou indirectement, la responsabilité pour atteinte à la vie, à l'esprit, à l'intégrité corporelle et à la santé des personnes. En outre, il n'est pas possible d'exclure ou de limiter, directement ou indirectement, la responsabilité pour des actes commis par des agents et des salariés en cas de tromperie, de fausse déclaration, de négligence grave ou de faute.

Depuis la publication du guide en 1998, la réglementation nationale de la sous-traitance n'a pas évolué de manière significative. Toutefois, certaines initiatives nationales majeures (Espagne, Finlande, Allemagne) sont examinées ci-dessous. Mais nous nous intéresserons d'abord à la jurisprudence européenne. Dans le cadre de la réglementation des marchés publics, une limitation de la sous-traitance a fait l'objet de délibérations judiciaires. Globalement et au fil des ans, la CJUE a souligné qu'une interdiction ou une limitation de la sous-traitance ne peut être autorisée que dans les situations où le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut vérifier les « capacités techniques et économiques » d'un sous-traitant, la sous-traitance ne peut être interdite ou limitée, du moins pas au stade de l'appel d'offres. Ces dernières années, la CJUE a rappelé que les restrictions quantitatives systématiques de la sous-traitance étaient contraires au droit européen des marchés publics.<sup>7</sup>

En 2016, la CJUE a estimé dans une affaire (*Wrocław*, C-406/14), toujours sur la base de la précédente directive 2004/18, que la position principale en vertu du régime de passation des marchés de l'UE était qu'il ne devait pas y avoir de limitation de la sous-traitance, sauf dans des circonstances particulières où la restriction peut se justifier par un intérêt légitime à assurer la bonne exécution du contrat. Au préalable, l'avocat général avait déjà déclaré que les restrictions à la sous-traitance contrevenaient à l'un des objectifs des directives de l'UE sur les marchés publics, qui « visent à éviter les obstacles à la liberté de fournir des services pour l'attribution de marchés publics de services et de travaux, mais aussi à garantir l'ouverture des marchés publics à la concurrence ». Selon cet avis, les possibilités de sous-traitance sont susceptibles d'encourager les petites et moyennes entreprises à s'impliquer sur le marché (transnational) des marchés publics et devraient leur permettre de participer aux procédures d'appel d'offres et d'obtenir des marchés publics, quelle que soit la taille de ces contrats.<sup>8</sup>

Dans une deuxième affaire d'impact transfrontalier (*Borta UAB*, C-298/15), la CJUE a jugé en 2017 que les restrictions de la législation lituanienne par lesquelles un adjudicataire était lui-même obligé d'effectuer directement les « travaux principaux » étaient contraires à la liberté d'établissement et de fourniture de services. Les articles 49 et 56 du TFUE doivent être interprétés comme excluant une telle disposition du droit national. Une

<sup>7</sup> Néanmoins, bien que la directive 2014/24 ne définisse pas le terme de « sous-traitance », l'article 63(2) de la directive 2014/24 comprend une disposition qui peut être considérée comme autorisant une limitation de la sous-traitance. « Pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques [...] par un participant dudit groupement ». Dans ce cas, l'entrepreneur doit effectuer ces tâches directement. Il est interdit de sous-traiter ces tâches ou de les confier à des tiers. La sous-traitance est définie dans les dispositions nationales d'application de certains États membres. Par exemple, en Pologne, un contrat de sous-traitance est défini comme un contrat écrit à titre onéreux ayant pour objet les services, fournitures ou travaux qui font partie du marché public conclu entre un opérateur économique sélectionné par le pouvoir adjudicateur et une autre entité (sous-traitant). De même, les dispositions italiennes définissent la sous-traitance comme un contrat selon lequel un entrepreneur confie à des tiers l'exécution d'une partie des services ou travaux faisant l'objet du marché public. Les définitions nationales, lorsqu'elles sont utilisées, ont des caractéristiques communes, en ce sens qu'elles précisent ou impliquent que la sous-traitance ne peut concerner qu'une ou plusieurs parties d'un contrat. Parfois, la législation nationale précise une part maximale du marché qui peut être sous-traitée à des tiers, exprimée en pourcentage de la valeur totale du marché.

<sup>8</sup> <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd449974eab6894bc6be5cb39fda79f4f2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRc-3n0?text=&docid=171642&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=887188>

restriction prescrite n'est justifiée que dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime dans l'intérêt public et où elle respecte le principe de proportionnalité.<sup>9</sup>

Enfin, il convient de noter que dans le projet de révision de la directive sur le détachement des travailleurs (ci-après DDT), une disposition a été incluse concernant les travailleurs détachés dans des chaînes de sous-traitance, établissant l'égalité de rémunération entre les travailleurs détachés et ceux employés par l'entrepreneur principal, ces normes étant incluses sur une base volontaire (proportionnée et non discriminatoire) dans les accords individuels d'entreprise. Cette disposition a été supprimée de la version finalement adoptée. Il aurait fallu que les mêmes obligations soient imposées également à tous les sous-traitants nationaux. La disposition proposée était directement liée à l'arrêt de la CJUE dans *RegioPost* C-115/14 sur les marchés publics, après lequel il est apparu clairement que les États membres peuvent imposer l'obligation de respecter les taux de rémunération minimums légaux applicables aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants.

## 1.3 INITIATIVES NATIONALES INTÉRESSANTES

La réglementation nationale la plus étendue sur la sous-traitance a été conclue en **Espagne** en 2006 et constituait le tout premier résultat d'une initiative législative populaire (ILP) traitant des questions d'emploi à être présentée au Parlement espagnol (Muñoz de Bustillo Llorente 2016). En octobre 2006, le gouvernement espagnol a approuvé une loi visant à contrôler la sous-traitance dans le secteur de la construction, principalement motivée par la constatation que le recours à de longues chaînes de sous-traitance était l'une des principales causes du taux élevé d'accidents dans l'industrie. La loi prévoit que les entreprises doivent engager une proportion obligatoire de travailleurs sous contrat de travail direct et permanent (au moins 10 % de l'effectif d'une entreprise sur une période de 18 mois après l'entrée en vigueur de la loi, passant à 20 % au cours des 18 mois suivants, pour finir à 30 %). La loi prévoit que les entreprises qui envisagent de sous-traiter s'inscrivent avec l'adresse de leur siège social, fournissent des garanties de qualité et de solvabilité, et que la relation entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants soit consignée et maintenue dans un *cahier de sous-traitance* sur le chantier.

L'article 4 de la loi espagnole établit que les entreprises qui souhaitent être engagées ou travailler en sous-traitance pour des travaux de construction doivent être inscrites au registre des sociétés accréditées (REA - *Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción*). Cette exigence s'applique aux entreprises nationales et aux prestataires de services transfrontaliers qui transfèrent des travailleurs en Espagne. Une autre disposition importante est l'introduction d'une restriction à trois niveaux successifs de sous-traitance pour les activités spécialisées et à un seul niveau pour les emplois à forte intensité de main-d'œuvre. La chaîne de sous-traitance doit s'interrompre chaque fois qu'il est fait référence à un sous-traitant indépendant ou à un « sous-traitant nécessitant une main-d'œuvre abondante », une entreprise ou une agence qui fournit uniquement des travailleurs (sous-traitance de main-d'œuvre uniquement). Les sous-traitants (et travailleurs indépendants) externes ne seront pas autorisés à sous-traiter le travail qui leur a été confié, ni à une autre entreprise sous-traitante ni à d'autres travailleurs indépendants (article 5). Des niveaux supplémentaires ne sont acceptables qu'à la suite de complications techniques dans la production, pour des activités spécialisées en cas de force majeure ou après accord de l'équipe de supervision architecturale. Si l'entrepreneur principal ne respecte pas ces dispositions légales, la responsabilité subsidiaire est applicable. La responsabilité est étendue à toutes les obligations en matière de travail et de sécurité sociale (article 6.2). Par exemple, la responsabilité de l'entrepreneur peut être engagée en cas de non-paiement des cotisations sociales des salariés de l'entreprise de sous-traitance.<sup>10</sup>

La loi a été évaluée au niveau de l'UE, principalement par rapport au fonctionnement du marché intérieur, comme contenant des « restrictions » à la liberté de fournir des services. La justification invoquée, à savoir la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs sur site, peut être vue comme un motif de santé publique, et c'est probablement la raison pour laquelle la loi n'a pas fait l'objet de procédures d'infraction à l'échelle européenne. Les exigences ont été clarifiées par la première disposition additionnelle du décret royal

<sup>9</sup> <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189626&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=-first&part=1&cid=705342>

<sup>10</sup> Dans une certaine mesure, cette loi fait suite à la mise en œuvre de la directive européenne de 1992 sur les chantiers temporaires et mobiles qui prescrit des mesures de coordination et de coopération sur les chantiers de construction. La loi (Ley 32/2006 du 18 octobre 2006) a été modifiée en 2009. Le texte consolidé est consultable sur : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-18205-consolidado.pdf>

1109/2007 du 24 août 2007, qui stipule que les fournisseurs transfrontaliers doivent être inscrits au registre de l'autorité du travail sur le territoire de laquelle ils vont effectuer leur première prestation de services en Espagne. Cette inscription n'est pas nécessaire si la durée du service transfrontalier ne dépasse pas huit jours.<sup>11</sup>

La loi est toujours en vigueur. Cependant, il n'est pas facile de trouver des preuves tangibles de son fonctionnement réel. Mais plus important encore, sous l'effet de la crise financière, de l'effondrement et de la restructuration ultérieurs du secteur de la construction, et de la prolifération de très petites entreprises hors de portée des mécanismes traditionnels d'application des normes, la législation a dû fonctionner dans un environnement complètement bouleversé. Son champ d'application s'est dès lors sensiblement réduit.

Les forces motrices derrière la loi, à savoir les syndicats espagnols, ont généralement l'impression que si dans de grands projets d'investissement (impliquant de grandes entreprises), le niveau de conformité à la loi est raisonnable, celui-ci est faible dans le secteur déréglementé des microentreprises (et de l'emploi informel). Une évaluation détaillée de l'inscription obligatoire au *Registro de Empresas Acreditadas* (REA) a été publiée en 2019 (Romero-Barriuso et al. 2019). L'analyse révèle que les organismes publics espagnols, lorsqu'ils agissent en tant qu'entrepreneurs dans le secteur de la construction, transgressent dans une large mesure l'obligation d'inscription. Le taux d'inscription de 13,4 % parmi les administrations publiques, les conseils municipaux et les conseils provinciaux, contraste fortement avec les données des entreprises du secteur privé où ce même taux atteignait plus de 90 %. Selon les auteurs, cette attitude permissive de non-respect du devoir d'inscription auprès du REA par les administrations publiques engagées dans des activités de construction, comme l'exige la loi, est un mauvais exemple pour la société. Le comportement des administrations publiques doit constituer un modèle à suivre et un exemple pour les autres. Fait intéressant, la plupart des entreprises privées estiment que le REA est un bon instrument pour contrôler la sous-traitance dans le secteur de la construction et qu'il a amélioré la solvabilité et la qualité des entreprises du secteur.

Une deuxième innovation juridique intéressante a été adoptée en **Finlande**, en plus de la loi sur les marchés publics.<sup>12</sup> Le pays a adopté la loi générale sur les obligations et la responsabilité de l'entrepreneur lorsque le travail est sous-traité (1233/2006, ci-après la loi sur la responsabilité de l'entrepreneur) en novembre 2006 et a complété la loi en 2012 par des obligations renforcées pour le secteur de la construction. La loi a été modifiée à plusieurs reprises. Elle s'applique à tous les secteurs qui recourent à la sous-traitance ou à des travailleurs intérimaires. Au moment de l'introduction de cette loi, la sous-traitance se développait dans la construction et s'étendait à d'autres secteurs. Selon le législateur, les longues chaînes de sous-traitance auraient pu entraîner des situations de travail sans retenue d'impôt sur les salaires des effectifs, sans paiement de la TVA ou des pensions ou sans respect des conditions prévues par les conventions collectives. Par conséquent, il a été jugé nécessaire d'adopter une loi qui impose aux utilisateurs de la sous-traitance (clients et entrepreneurs principaux) de garantir le respect des obligations légales et autres. Le postulat de base est qu'avant de conclure un accord, un entrepreneur doit s'assurer que ses partenaires contractuels respectent leurs obligations légales.<sup>13</sup>

Selon la loi finlandaise sur les obligations de l'entrepreneur, un entrepreneur a l'obligation de vérifier les antécédents des parties contractantes avec lesquelles est conclu un accord impliquant du travail intérimaire ou du travail spécifique sous-traité. Il appartient à toute entreprise agissant en tant qu'entrepreneur dans une chaîne contractuelle d'exiger les informations mentionnées dans la loi. La loi sur la responsabilité de l'entrepreneur s'applique aussi bien aux sous-traitants et aux sociétés faisant appel à des intérimaires nationaux qu'étrangers. Les sociétés qui recourent à grande échelle à la sous-traitance ou à des travailleurs intérimaires, en particulier dans le secteur de la construction, doivent solliciter et obtenir des documents attestant de certaines inscriptions et du paiement des impôts ainsi qu'une référence aux conventions collectives applicables ou conditions similaires. Ces sociétés sont tenues de fournir des extraits du registre du commerce et de comptes prouvant que l'entreprise est inscrite au registre des paiements anticipés. Les sous-traitants étrangers doivent présenter des informations correspondant aux clarifications et certificats exigés par la loi sous la forme d'extraits de registre prévus par les lois du pays d'activité, ou fournir des certificats similaires ou d'autres documents généralement acceptables.

<sup>11</sup> <https://app.mapfre.com/fundacion/html/revistas/seguridad/n110/articulo2En.html>

<sup>12</sup> Pour consulter le dernier texte consolidé en anglais, voir : <https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061233.pdf> et pour une explication en anglais : [https://tyosuojelu.julkaisuverkossa.fi/tilaajavastuulaki\\_EN/#/article/1/page/1](https://tyosuojelu.julkaisuverkossa.fi/tilaajavastuulaki_EN/#/article/1/page/1)

<sup>13</sup> Les partenaires sociaux du secteur de la construction ont publié un Guide for employment of foreigners in Finland (en anglais) qui explique la loi : <https://www.rakennusteollisuus.fi/globalassets/tyoelama/tyovoima/guide-for-employment-of-foreigners-2013.pdf#page=1&zoom=auto,-82,554>

Les évaluations mettent en évidence l'incertitude quant à l'applicabilité de la loi, la facilité avec laquelle les obligations peuvent être contournées et l'absence de sanctions dissuasives. Il est manifestement fastidieux d'obtenir les informations requises sur les entreprises étrangères. Les entrepreneurs critiquent surtout la « charge administrative ». Ces dernières années, les dispositions de la loi finlandaise sur les obligations de l'entrepreneur ont fait débat dans plusieurs procédures judiciaires : forme juridique d'une entreprise étrangère correspondant à celle d'une société anonyme, application dans certains secteurs, application de valeurs limites et de seuils, indicateurs de l'authenticité des informations fournies par un cocontractant, négligence des obligations de publication et nécessité d'évaluer le fond, non seulement en ce qui concerne l'inscription au registre, mais aussi l'engagement réel dans les opérations.<sup>14</sup>

Enfin, il convient de mentionner une initiative législative récente en **Allemagne**, complétant la loi de 2017 relative à la protection des droits des travailleurs dans l'industrie de la viande (*Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft* : GSA) qui étend la responsabilité solidaire de l'entrepreneur et du sous-traitant pour les cotisations de sécurité sociale aux entreprises de l'industrie de la viande (voir la section 3 ci-dessous pour plus de détails sur le système allemand de responsabilité de la chaîne). Un récent rapport du WSI fait observer que les effets de cette législation spécifique sont jusqu'à présent limités (Erol 2021). Depuis 2017, le recours aux (faux) travailleurs détachés a baissé, mais on ne note aucune baisse substantielle du nombre de travailleurs en sous-traitance (plutôt un remplacement des travailleurs détachés par des travailleurs migrants employés par des agences d'intérim ou des sous-traitants allemands) ni aucune amélioration significative de leurs conditions.<sup>15</sup>

Les vagues répétées de COVID-19 ont ravivé l'inquiétude de la population concernant les abus de main-d'œuvre qui touchent depuis longtemps le secteur allemand de la transformation de viande. Cela a conduit à la promulgation de la loi sur le contrôle de la sécurité au travail (*Arbeitsschutzkontrollgesetz*) de décembre 2020, qui prévoit une inspection renforcée des conditions de santé et de sécurité, ainsi qu'une interdiction du travail contractuel et des restrictions strictes sur le recours aux travailleurs intérimaires dans l'industrie de la viande. Pour les entreprises d'abattage, de découpe et de désossage de plus de 50 salariés, une interdiction des contrats de services (à partir du 1er janvier 2021) et une interdiction du travail intérimaire (à partir du 1er avril 2021) sont mises en place. Pendant une période transitoire de trois ans, le travail intérimaire peut être utilisé dans d'autres parties du secteur de la transformation de la viande à condition qu'une convention collective s'applique et que les intérimaires représentent au maximum 8 % de l'emploi sur le lieu de travail, mesuré en termes d'heures de travail annuelles. En outre, la durée maximale de la mission pour les intérimaires sera de 4 mois et les mêmes salaires et conditions s'appliqueront dès le premier jour de la mission aux effectifs de base et aux travailleurs intérimaires. L'espoir est qu'en autorisant le travail intérimaire à la seule condition qu'une convention collective soit conclue, la négociation collective bénéficie d'un regain d'intérêt du côté de l'employeur. Cela pourrait contribuer à mettre fin à la concurrence destructrice des prix et à l'externalisation du recrutement motivée par les coûts.

<sup>14</sup> Voir : <https://www.tyosuojelu.fi/web/en/grey-economy/contractor-s-obligations-and-liability>

<sup>15</sup> Pour une analyse juridique des pratiques de sociétés boîtes aux lettres concernant les travailleurs détachés dans le secteur de la viande en Allemagne, voir Houwerzijl 2017.

## 2.1 CONTEXTE

La diligence raisonnable est devenue une pratique courante (et un terme commun) aux États-Unis après l'adoption du Securities Act en 1933. Elle nécessite une enquête, un audit ou un examen raisonnables. Depuis l'adoption de cette loi, les négociants et courtiers en valeurs sont tenus de divulguer intégralement des informations majeures sur les instruments qu'ils vendent. Faute de communication de ces informations aux investisseurs potentiels, les courtiers et négociants sont passibles de poursuites. Tant que les courtiers et négociants exerçaient une « diligence raisonnable » ou appliquaient un soin raisonnable lors de leurs enquêtes sur les sociétés dont ils vendaient des titres, et qu'ils divulguaient pleinement les résultats, ils ne pouvaient être tenus pour responsables des informations que leurs enquêtes n'avaient pas permis de révéler. L'analyse des investissements portait sur la valeur, au sens de la performance financière. Dans ce contexte, la diligence raisonnable désignait la vérification et l'enquête sur les opérations commerciales, comme l'évaluation des actifs en cas de reprises, et impliquait la divulgation des informations trouvées. Le rapport Freshfields de 2005 est souvent considéré comme une étape charnière par les investisseurs institutionnels et les conseillers en affaires, car il a remis en question l'orthodoxie de marché alors dominante selon laquelle les considérations et critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ci-après ESG) pris en compte par les fonds de pension et autres institutions financières et intermédiaires dans les décisions d'investissement étaient illégaux ou constituaient un manquement aux obligations fiduciaires. Le rapport examine l'association entre les considérations ESG et la prise de décision d'investissement. Il parle des « intérêts extra-financiers des épargnants en lien avec leurs intérêts financiers », plus tard définis comme des intérêts sociaux et environnementaux qui se concrétisent dans des traités, normes et déclarations internationaux, en particulier ceux qui émergent des processus délibératifs démocratiques des Nations Unies (Freshfields Bruckhaus Deringer 2005).<sup>16</sup>

Au fil des ans, l'Initiative financière du Programme des Nations Unies pour l'environnement (UNEP FI) a travaillé avec le secteur des services financiers et ses parties prenantes pour mieux comprendre l'interaction à double sens entre l'investissement et le contexte environnemental et social dans lequel il intervient. L'intégration des critères ESG, y compris le comportement social et environnemental des entreprises, a été de plus en plus acceptée comme une considération valable et pertinente pour l'investissement. Dans ce contexte, l'utilisation de l'expression « diligence raisonnable » s'est étendue à une pratique plus vaste ; elle s'applique désormais à l'enquête ou au soin qu'une entreprise ou une personne raisonnable est normalement censée mettre en œuvre avant de conclure un accord ou un contrat commercial avec une autre partie. La notion de diligence raisonnable introduite par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et par la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, plus tard intégrée dans les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, est la principale référence dans le contexte international actuel. Selon ces documents, la diligence raisonnable doit « identifier, prévenir, atténuer et rendre compte » des impacts négatifs de l'entreprise sur les droits de l'homme et l'environnement et s'étendre à d'autres domaines de conduite responsable des affaires.

<sup>16</sup> À l'été 2020, l'administration Trump a formulé un règlement visant à limiter l'utilisation des considérations ESG dans la prise de décision d'investissement. Le texte réaffirme un retour à l'interprétation standard des directives fiduciaires selon laquelle seuls les risques financiers et les rendements doivent être pris en compte dans la gestion des fonds de pension financés par des employeurs américains. Les « objectifs non pécuniaires », par exemple en matière de politique (publique), ne doivent pas orienter les investissements de retraite. L'administration Biden a prévu d'inverser la règle. Le département américain du Travail a annoncé le 10 mars 2021 qu'il n'appliquerait ni la règle définitive, ni les mesures d'exécution. <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ebsa/laws-and-regulations/laws/erisa/statement-on-enforcement-of-final-rules-on-esg-investments-and-proxy-voting.pdf>

Le 25 mai 2011, les pays membres de l'OCDE ont ajouté un autre aspect à la diligence raisonnable et accepté de revoir leurs lignes directrices en promouvant des normes plus strictes en ce qui concerne la conduite des entreprises, y compris les droits de l'homme. La révision de 2011 a conduit à une extension des Principes directeurs de l'OCDE, en particulier à d'autres domaines, tels que l'environnement et le changement climatique, ainsi qu'aux risques liés aux conflits, à la corruption, aux droits du travail, à la divulgation et aux intérêts des consommateurs. La nouvelle définition exigeait d'une entreprise qu'elle enquête sur ses partenaires tiers pour vérifier toute violation potentielle des droits de l'homme. Conformément aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, tous les membres « chercheront des moyens de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même s'ils n'ont pas contribué à ces incidences ».<sup>17</sup>

Une récente publication de l'OCDE fournit une analyse de l'application des objectifs de *Conduite responsable des entreprises* (ci-après les objectifs de CRE). Le rapport souligne comment les membres de l'OCDE et les adhérents aux instruments de l'OCDE (*la Recommandation de l'OCDE sur les marchés publics et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*) intègrent les objectifs de CRE et la diligence raisonnable fondée sur les risques dans leurs systèmes de marchés publics. L'une des principales conclusions est qu'une majorité des pays analysés promeut certains objectifs environnementaux par l'entremise des marchés publics, mais seuls quelques-uns disposent de cadres complets couvrant tous les objectifs de CRE tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Plus des deux tiers des centrales d'achat vérifient si l'entrepreneur principal respecte les exigences en matière d'environnement, de droits du travail et d'intégrité fixées dans un contrat, mais ne vérifient pas dans la même mesure la conformité au niveau du sous-traitant. Dans la pratique, les processus de passation des marchés publics comprennent rarement une approche cohérente de la diligence raisonnable. L'OCDE recommande l'adoption d'une approche globale pour la prise en compte des objectifs de CRE dans les systèmes de passation des marchés publics, couvrant les aspects des objectifs de CRE tout au long de la chaîne d'approvisionnement et à tous les stades du cycle de passation des marchés publics, avec une attention particulière accordée aux obligations contractuelles (OCDE 2020).

À cet égard, on peut également se reporter à l'article 12.5 de la directive d'exécution 2014/67, relative au détachement de travailleurs, qui permet aux États membres, sur une base volontaire, de prévoir une « clause de sauvegarde en matière de diligence raisonnable », selon laquelle un entrepreneur qui a assumé ses obligations de diligence raisonnable telles que définies par le droit national n'engage pas sa responsabilité. Les exigences spécifiques ne sont pas définies et sont laissées, selon le considérant 37, à la discrétion des États membres. Elles peuvent inclure, entre autres, des mesures prises par l'entrepreneur concernant la documentation du respect des exigences administratives et des mesures de contrôle afin d'assurer un suivi efficace du respect des règles applicables au détachement des travailleurs.

Selon le rapport 2019 de la Commission européenne sur l'application et la mise en œuvre de la directive d'exécution 2014/67, seize États membres ont introduit l'option d'une défense fondée sur la diligence raisonnable. Dans huit cas, elle s'est traduite par une évaluation globale de la diligence de l'entrepreneur dans des cas particuliers (Chypre, République tchèque, Estonie, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Pologne et Royaume-Uni). Douze États membres (Autriche, Belgique, Croatie, République tchèque, France, Hongrie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Slovaquie et Espagne) ont formulé des critères explicites quant aux obligations qu'a l'entrepreneur de contrôler et/ou encourager le respect par un sous-traitant comme stipulé par la loi, le degré de détail allant d'une indication très générale en Pologne à une énumération des critères en Croatie. La loi italienne prévoit la diligence raisonnable dans le seul secteur du transport routier (Commission européenne 2019).

## 2.2 DÉBATS SUR LE CADRE RÉGLEMENTAIRE

La diligence raisonnable peut s'appliquer à la suite d'une action volontaire ou d'une obligation contraignante. Les sujets de préoccupation, toujours plus nombreux, couvrent des questions telles que les finances et la situation commerciale de l'entreprise, les transactions internationales, la propriété intellectuelle, immobilière et personnelle, la couverture d'assurance et de responsabilité, les questions de travail, les droits des travailleurs et les avantages sociaux, les questions juridiques et fiscales, l'environnement et la durabilité.

<sup>17</sup> OCDE 2011, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>

Si l'on survole la littérature produite ces dernières décennies, il semblerait que l'on assiste à une augmentation spectaculaire de la réglementation. Ainsi, le Financial Times expliquait en mai 2020 : « Depuis 2018, plus de 170 mesures réglementaires liées aux questions ESG (environnementales, sociales et de gouvernance) ont été proposées à l'échelle mondiale, soit plus que durant les six années précédentes combinées. » *Datamaran*, une plateforme d'analyse logicielle qui identifie et surveille les risques externes, y compris ESG, a estimé, en 2018, à 72 % la hausse des réglementations ESG et à plus de 4000 le nombre d'initiatives réglementaires ESG obligatoires et non obligatoires.<sup>18</sup> Selon d'autres experts, le rythme des changements réglementaires concernant les critères ESG (compte tenu des efforts accrus en la matière consentis par l'UE, l'ONU, l'OCDE et les gouvernements nationaux) a nettement augmenté depuis lors (Parsons 2020). Les auteurs constatent également une croissance exponentielle du contentieux et se réfèrent aux chiffres du *Sabin Center for Climate Change* de l'Université de Columbia et du *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment* de la London School of Economics and Political Science. Au cours des deux décennies allant de 1986 à 2006, on n'a recensé dans le monde que quelques affaires de responsabilité en matière d'environnement et changement climatique, contre plus de 1000 durant les 10 années écoulées entre 2010 et 2020.<sup>19</sup> Les affaires portées devant les tribunaux, qui relèvent principalement du droit civil et sont souvent intentées contre une société mère pour des préjudices découlant d'activités de sa filiale, soulèvent des questions relatives à la responsabilité et au devoir de diligence de la société mère. Cependant, on peut se demander si les considérations sociales jouent un rôle fondamental dans le contexte ESG. Cela demande des analyses davantage axées sur la pratique.

Dans le plan d'action de la Commission européenne sur le financement de la croissance durable du 8 mars 2018, il est explicitement fait référence aux méthodes d'élaboration et de publication des stratégies de durabilité, y compris la diligence raisonnable appropriée tout au long de la chaîne d'approvisionnement et les objectifs mesurables de durabilité. Mais le plan n'explore pas plus avant la dimension sociale. Et bien que dans son rapport de mai 2018 sur le financement durable, le Parlement européen ait demandé à la Commission de fournir une proposition législative pour un cadre global et obligatoire de diligence raisonnable comprenant un devoir de diligence, ce devoir porte principalement sur le climat et les autres risques environnementaux. Dans le rapport, une seule phrase est consacrée aux normes minimales relatives aux risques ESG qui devraient inclure des exigences sociales minimales pour les investissements, y compris en matière de droits des travailleurs, de santé et de sécurité. Cela contraste fortement avec l'exigence d'une législation européenne contraignante qui renforce la protection des personnes et des communautés, des travailleurs et de leurs représentants, des défenseurs des droits de l'homme et de l'environnement, formulée en octobre 2019 par 80 ONG et syndicats.<sup>20</sup>

Ces dernières années, certains experts ont évalué les pratiques de diligence raisonnable et examiné l'impact des exigences réglementaires pour la conduite de l'entreprise (activités propres ou de la chaîne).<sup>21</sup> Étonnamment, la conclusion la plus claire est qu'en raison de l'absence d'exigences réglementaires ou légales pour la mise en œuvre de la diligence raisonnable, la réglementation est actuellement le facteur qui incite le moins les entreprises à faire preuve de diligence raisonnable. D'autres facteurs, comme la pandémie actuelle de coronavirus, ont bien plus de poids. La proportion de sociétés qui, soit dans les états financiers de 2020, soit dans ceux de 2019 déposés en 2020, évoquaient leurs initiatives en matière de gestion des risques, a fortement augmenté.<sup>22</sup> Mais même dans ce cas, l'accent est clairement mis sur le contrôle des risques et des opportunités, et non sur le respect des droits sociaux fondamentaux, tels que l'égalité de traitement, la dignité ou les conditions de travail équitables.

La bonne gouvernance fait débat depuis des années sur la scène internationale : si l'approche privilégiée initialement était celle d'une législation non contraignante, elle a évolué vers l'exigence, de la part des entreprises, d'une réglementation de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Ce débat sur la réglementation de la diligence raisonnable a surgi dans l'actualité de l'UE au printemps 2020 avec l'annonce faite par le commissaire européen à la Justice, Didier Reynders, selon laquelle la Commission souhaite introduire

<sup>18</sup> <https://www.datamaran.com/non-financial-reporting-directive/>

<sup>19</sup> <http://climatecasechart.com/about/>

<sup>20</sup> [https://corporatejustice.org/final\\_cso\\_eu\\_due\\_diligence\\_statement\\_03.10.19-compressed.pdf](https://corporatejustice.org/final_cso_eu_due_diligence_statement_03.10.19-compressed.pdf)

<sup>21</sup> La Commission européenne a commandé à un consortium (BI-ICL, Civic Consulting et LSE) une étude assortie de rapports par pays, publiée en janvier 2020 : Study on due diligence requirements through the supply chain(Luxembourg). Le rapport de synthèse accorde peu d'attention aux droits des travailleurs ; priorité est donnée aux questions relatives à l'environnement et aux droits de l'homme. Cependant, les droits des travailleurs sont également traités dans le rapport complet.

<sup>22</sup> Si l'environnement a fait l'objet d'une attention particulière durant des années, *Datamaran* indique qu'aujourd'hui, la pandémie a mis davantage en avant les aspects « sociaux » du développement durable.

des règles obligatoires pour les entreprises en matière d'environnement et de droits de l'homme. Le cadre juridique européen annoncé visait à fixer l'obligation de diligence raisonnable des entreprises, dans le but de prévenir et d'atténuer les impacts sur les droits de l'homme et l'environnement, et à garantir l'accès à des mécanismes de réparation permettant d'appliquer la responsabilité de la société mère dans la surveillance des comportements de ses filiales et de la chaîne d'approvisionnement à l'étranger. Lors d'un événement en ligne de haut niveau organisé le 29 avril 2020 par le groupe de travail sur la conduite responsable des entreprises du Parlement européen, le commissaire a présenté les conclusions de l'étude de la Commission concernant les options visant à réglementer les exigences de diligence raisonnable. Il ressort des conclusions que selon une majorité d'intervenants, les dispositifs actuels de mesures volontaires n'ont pas réussi à changer significativement la façon dont les entreprises gèrent leurs impacts sociaux, environnementaux et de gouvernance. Par ailleurs, ces dispositifs volontaires n'offrent pas de réparation aux victimes. Alors que la transposition en normes juridiques (contraignantes) de la norme de diligence raisonnable prévue par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme est de plus en plus discutée dans les États membres, seule une entreprise sur trois dans l'UE assume actuellement son devoir de diligence raisonnable qui prend en compte tous les impacts sur l'environnement et les droits de l'homme. Une large coalition d'organisations de la société civile et de syndicats a farouchement soutenu la publication des conclusions de cette étude sur les exigences de diligence raisonnable à travers la chaîne d'approvisionnement. Cette coalition prétend que les résultats confirment l'échec des mesures volontaires. Elle répète qu'il est urgent de prendre des mesures réglementaires au niveau de l'UE afin de protéger les travailleurs, les communautés et l'environnement contre les impacts systématiques, continus et de plus en plus graves sur les droits humains (sociaux) et l'environnement, liés aux chaînes d'approvisionnement mondiales des entreprises et des institutions financières.

En réponse, la commission des affaires juridiques du Parlement européen a préparé un rapport d'initiative législatif sur la diligence raisonnable et la responsabilité des entreprises, assorti de recommandations à l'attention de la Commission européenne.<sup>23</sup> Le rapport, adopté en mars 2021 à une large majorité, envoie un signal fort concernant le soutien du Parlement européen à l'introduction d'une diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme. En septembre 2020, la commission JURI du Parlement européen a publié le projet accompagné de recommandations ainsi qu'une proposition de directive visant à prévenir et atténuer les effets négatifs sur les droits de l'homme, l'environnement et la gouvernance, et à s'assurer que les entreprises puissent être tenues pour responsables de ces impacts et que toute personne ayant subi un préjudice puisse effectivement exercer son droit d'obtenir réparation. Une directive doit s'appliquer à l'ensemble des entreprises relevant du droit d'un État membre ou établies sur son territoire, et prévoir un dispositif harmonisé de diligence raisonnable obligatoire, étendue aux filiales et à la chaîne d'approvisionnement opérant en dehors de l'UE. Elle devrait comprendre un système spécifique de sanctions pour tous les États membres et une adaptation des règles européennes en matière de droit applicable et de compétence, afin de garantir l'applicabilité des lois nationales résultant de la directive et de dépasser les limites de la compétence extraterritoriale dans les dénonciations de violations des droits de l'homme commises par les entreprises dans des pays tiers.

<sup>23</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html)

## 2.3 LES PERSPECTIVES NATIONALES

L'investissement durable est passé de l'idée d'un investissement de niche à celle consistant à attirer suffisamment de capitaux de départ pour avoir une incidence significative sur les défis mondiaux (Morgan Stanley 2018). Cela contraste avec les périodes précédentes. La question est donc de savoir ce qu'il implique pour les travailleurs et les syndicats. Assistons-nous à un véritable tsunami réglementaire ou s'agit-il d'un emballement des cabinets de consultants (Parsons et al. 2020) ? Et sommes-nous vraiment en passe de remplacer la facilitation (tacite) des stratégies de tourisme financier visant à se soustraire aux normes du travail par l'obligation, pour les entreprises, d'assumer la responsabilité des conditions de travail du personnel de leurs fournisseurs dans toute la chaîne de valeur transnationale ?

La réglementation relative à la diligence raisonnable la plus remarquable au niveau national en Europe est certainement la loi dite du « devoir de vigilance » adoptée en **France** en mars 2017.<sup>24</sup> La loi se fonde sur les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, et définit les obligations incombant aux entreprises, mais aussi aux États, d'identifier, prévenir et atténuer les risques liés aux droits de l'homme découlant des activités et relations d'affaires. Plusieurs experts ont examiné le contenu de cette réglementation du « devoir de diligence » (Clerc 2021, Savourey 2020, Collinet 2020) et depuis, une première action en justice a été engagée. Invoquant cette loi, des ONG ont intenté une action contre la multinationale de l'énergie *Total SE* qu'elles accusent de ne pas avoir surveillé les méthodes utilisées par ses sous-traitants en Ouganda pour acquérir des terres.<sup>25</sup> Notons qu'il est également fait référence à la loi dans un accord CEE (groupe Korian).

La loi française sur le devoir de vigilance est le seul exemple législatif à ce jour qui impose une obligation générale de diligence raisonnable en matière d'impact sur les droits de l'homme et l'environnement. La loi impose un devoir de vigilance aux grandes entreprises (employant 5000 salariés en France, ou 10 000 dans le monde).

*La loi s'étend aux activités des filiales, sous-traitants et entreprises commerciales d'entreprises françaises dans la chaîne d'approvisionnement « avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie ». Afin de s'acquitter de leur obligation légale, les entreprises doivent mettre en œuvre un « plan de vigilance » qui doit inclure des mesures raisonnables pour identifier correctement les risques et prévenir les violations graves des droits de l'homme et de l'environnement (Smit et al 2020).*

La loi vise à empêcher les grandes entreprises de se cacher derrière leur statut d'acheteurs. Elle établit la responsabilité entre la société mère d'une entreprise et ses filiales et sous-traitants en cas de violation des droits humains ou environnementaux. En un mot, elle pose des limites à la doctrine du « voile corporatif ». Selon cette doctrine, les sociétés étaient toujours considérées comme (un ensemble d') entités juridiques distinctes, même dans le cas de sociétés mères et de filiales, et, par conséquent, une société mère ne pouvait être tenue pour responsable du mauvais comportement des échelons inférieurs d'une chaîne de production ou de services. Cette loi vise à prévenir les risques et les violations graves que peuvent générer les activités de grandes entreprises françaises en matière de droits humains, de santé des travailleurs et d'environnement. La responsabilité s'étend aux activités de la société mère, mais aussi aux filiales, sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Les entreprises doivent publier un plan annuel de « devoir de diligence » définissant une série de mesures préventives. Les plans de vigilance doivent inclure des mesures raisonnables adéquates pour identifier les risques et prévenir les impacts graves sur les droits humains et les libertés fondamentales, sur la santé et la sécurité des personnes et sur l'environnement, résultant des activités de l'entreprise, de ses filiales, fournisseurs et sous-traitants. Les plans doivent être préparés en collaboration avec les parties prenantes de l'entreprise et inclure un processus d'évaluation de la chaîne de valeur, une cartographie des risques, des mesures d'atténuation et de prévention des risques, des mécanismes d'alerte et des systèmes de surveillance de la mise en œuvre efficace et efficiente des mesures.

<sup>24</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>, en anglais : <https://vigilance-plan.org/wp-content/uploads/2019/06/2019-VPRG-English.pdf#page=80>

<sup>25</sup> <http://ens-newswire.com/2019/10/23/total-sued-under-frances-new-duty-of-vigilance-law/>

Le mécanisme d'alerte doit permettre aux travailleurs, aux ONG et, par exemple, aux citoyens vivant à proximité d'un site ou d'une usine, d'informer les entreprises de tout risque non identifié ou de tout effet indésirable pouvant découler de leurs activités. L'information doit être ouverte au public et disponible sur le site internet de l'entreprise et sur un site internet qui fournit la liste des entreprises visées par la loi sur le devoir de vigilance.<sup>26</sup>

Près de 4 ans après l'adoption de la loi, l'évaluation de son fonctionnement reste assez timide. Selon une liste publiée en juin 2020, 72 (soit 27 %) des 265 entreprises identifiées qui seraient soumises au devoir de vigilance n'avaient pas publié de plan de vigilance au cours des trois dernières années, malgré leur obligation légale de le faire. Parmi elles, citons des géants de l'économie française comme McDonald's France, Yves Rocher, Avril, Castorama, EuroDisney, Bigard, France Télévisions, KPMG et Picard (Bommier et al. 2020). Les entreprises nient souvent que la taille de leurs effectifs dépasse le seuil fixé ou prétendent que ce seuil ne s'applique qu'au territoire français.

Le devoir de vigilance impose aux entreprises d'identifier et de surveiller les risques et d'agir en conséquence par des mesures d'atténuation et de prévention continues. Cependant, les plans sont souvent trop généraux ou vagues et ne donnent pas d'indication claire sur les lieux de travail ou de noms d'entités où les risques apparaissent. Les cartographies des risques ne font pas mention de risques environnementaux graves ou de menaces pour les droits des travailleurs et présentent donc un niveau de détail insuffisant. Par ailleurs, on ne sait pas toujours exactement où se situent les systèmes d'alerte dans l'entreprise (service RH ou direction ?). Mais plus fondamentalement encore, certaines critiques avancent que la loi est bien trop théorique ; il est difficile de s'attaquer à une entreprise disposant d'un plan de prévention des risques. Parfois, les systèmes d'audit sont trop faibles pour protéger les travailleurs et les lanceurs d'alerte.

Certains experts concluent que, pour assurer une mise en œuvre efficace, la France doit réfléchir à l'éventualité de renforcer la loi, notamment en envisageant la possibilité de créer et de prononcer des peines civiles ou des sanctions pénales. L'application de la loi devrait également s'appuyer sur une liste, établie chaque année par les autorités françaises, des entreprises qui entrent dans le champ d'application de la loi sur le devoir de vigilance (Sherpa 2020). Les ONG concernées recommandent au niveau européen une politique publique de reporting pays par pays afin que les grandes entreprises soient obligées de publier chaque année un certain nombre d'informations d'intérêt général sur leurs activités pays par pays (liste de toutes leurs filiales et activités, chiffre d'affaires, bénéfices, impôts payés, nombre de salariés, subventions reçues, valeur des actifs, nombre de ventes et d'achats). D'autres plaident pour une directive au niveau européen prévoyant un « plan de vigilance » assorti de mesures raisonnables mais adéquates pour identifier les risques et prévenir les impacts graves sur ces droits. Une telle directive devrait inclure des dispositifs de surveillance interne appropriés (tels qu'un « comité de vigilance » avec représentation des parties prenantes, y compris les syndicats et les représentants des travailleurs), une supervision externe appropriée (par l'intermédiaire d'un organisme public de surveillance chargé de mettre en place des normes) et des recours adéquats, en ce compris des sanctions pénales, le reversement des bénéfices et des dommages-intérêts punitifs (Clerc 2021).

<sup>26</sup> <https://plan-vigilance.org/>

## 3.1 RESPONSABILITÉ DE SOUS-TRAITANCE EN MATIÈRE DE NORMES DU TRAVAIL, DE SÉCURITÉ SOCIALE ET D'IMPÔTS

En général, les mesures applicables en matière de responsabilité de la sous-traitance concernant les salaires et la santé et la sécurité au travail ont été établies au niveau national dans le but principal de protéger à la fois la concurrence loyale et les travailleurs engagés dans une chaîne de sous-traitance. En outre, la responsabilité de la sous-traitance en ce qui concerne les cotisations de sécurité sociale et les impôts existe et vise surtout à protéger les revenus de l'État et des fonds d'assurance sociale.

Au niveau du droit international, on déplore un manque de dispositions claires concernant la responsabilité dans les chaînes de production (Vytopil 2015). Le plus souvent, la doctrine du « voile corporatif », selon laquelle des entités juridiques distinctes telles que les sociétés mères et filiales ne sont responsables que de leurs propres infractions, exonère une société mère de la responsabilité des obligations d'une filiale – même si elle détient 100 % des actions de celle-ci – et la tient moins responsable encore des violations de la loi par des sous-traitants.

À l'échelon européen, plusieurs directives ont été adoptées en matière de responsabilité de sous-traitance transfrontalière. Pour une vue d'ensemble complète, nous nous référons aux études menées en 2008, 2012 et 2016, qui ont analysé la législation européenne sur les systèmes juridiques dans les États membres et révélé des failles ainsi que des pratiques frauduleuses (Houwerzijl 2008, Jorens 2012, Haidinger 2016). La dernière mise à jour concernant ces pratiques et les solutions possibles a été faite en 2017 dans un rapport commandé par le Parlement européen (ci-après : l'étude 2017 du PE).<sup>27</sup> Il fournit un aperçu des dispositions en vigueur au niveau de l'UE en matière de responsabilité et une vue d'ensemble complète des systèmes juridiques en place dans cinq États membres de l'UE concernant la responsabilité dans les chaînes de sous-traitance.<sup>28</sup>

Au niveau de l'UE, la directive 2009/52/CE sur les sanctions à l'encontre des employeurs prévoit - du moins en théorie - les mesures les plus étendues en matière de responsabilité de la sous-traitance. La directive introduit la responsabilité de la chaîne (à l'entrepreneur intermédiaire supérieur suivant dans une couche de sous-traitance) dans les secteurs sans responsabilité de la chaîne. Cette responsabilité de la sous-traitance vise uniquement les employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Par l'introduction d'un dispositif de responsabilité, la directive a pour vocation de réduire l'attrait, pour les employeurs, d'embaucher des travailleurs en séjour irrégulier dans l'UE. L'article 8 prévoit une responsabilité solidaire directe de l'entrepreneur dont l'employeur est un sous-traitant direct. En outre, si l'employeur est un sous-traitant, l'entrepreneur principal et tout sous-traitant intermédiaire peuvent également être passibles d'amendes, s'ils savaient que le sous-traitant employait des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Ainsi est établie une responsabilité de chaîne complète, impliquant en principe la meilleure protection et le plus grand effet préventif possibles, car chaque maillon de la chaîne de sous-traitance est un débiteur potentiel. Toutefois,

<sup>27</sup> A. Heinen, A. Müller, B. Kessler, *Liability in Subcontracting Chains: National Rules and the Need for a European Framework*, Bruxelles : juin 2017, commandé par le Parlement européen.

<sup>28</sup> Allemagne, Italie, Hongrie, Pays-Bas, Pologne.

la formulation de l'article 8.2 suggère que tous les maillons doivent savoir (« l'entrepreneur principal et tout sous-traitant intermédiaire, s'ils savaient que le sous-traitant employait des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier »). On peut donc envisager une autre interprétation au sens d'une responsabilité distincte des intervenants de la chaîne qui savent par rapport à ceux qui ne savent pas. En outre, les États membres peuvent « modérer » la responsabilité de la chaîne en exemptant l'entrepreneur qui s'est acquitté de ses obligations de diligence raisonnable (article 8.3). Selon l'étude 2017 du PE, il est ainsi très facile d'échapper à la responsabilité si l'employeur possède et présente une déclaration écrite dans laquelle le sous-traitant direct confirme n'employer aucun ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier. Dans ce cas, il sera encore plus difficile de prouver la connaissance de l'entrepreneur ou d'autres maillons de la chaîne.

Dans cet aperçu, une attention particulière est portée à la mise en œuvre de la directive d'exécution 2014/67 sur le détachement de travailleurs, qui comprend à l'article 12 une disposition sur la responsabilité solidaire transfrontalière pour le paiement des salaires dans les chaînes de sous-traitance. La directive d'exécution avance une notion de responsabilité solidaire directe, étendant la responsabilité au seul maillon supérieur dans la chaîne en ce qui concerne les rémunérations nettes impayées (conformément aux taux de rémunération minimums de l'État hôte) et/ou les cotisations dues aux fonds communs ou aux institutions des partenaires sociaux réglementées par la loi ou la convention collective (dans la mesure où elles sont couvertes par l'article 3.1 de la DDT). Si les États membres sont tenus d'introduire cette responsabilité de sous-traitance dans le secteur de la construction et de couvrir au moins la rémunération nette impayée correspondant aux taux de rémunération minimums (article 12.1), ils peuvent la prévoir dans tout secteur, y compris pour davantage d'intervenants que le seul entrepreneur direct et selon un champ d'application plus large que les taux de rémunération minimums (articles 12.2 et 12.4). Au lieu d'un tel système de responsabilité de sous-traitance, les États membres peuvent prendre d'autres mesures d'exécution appropriées (article 12.6).<sup>29</sup> Toutes ces mesures doivent être prises sur une base non discriminatoire et proportionnée. Une mesure « d'accompagnement » qui renforcerait l'instrument de responsabilité est prévue à l'article 11 de la directive d'exécution. Cette disposition permet aux syndicats et autres tiers, tels que les associations, organisations et autres entités juridiques ayant un intérêt légitime dans le respect de la DDT, de s'engager, au nom ou en soutien aux travailleurs détachés, et avec leur approbation, dans toute procédure judiciaire ou administrative.

Dans leur mise en œuvre, certains pays ont introduit de nouvelles mesures en matière de responsabilité solidaire, notamment dans le cadre des marchés publics et concernant le travail intérimaire. Néanmoins, des différences considérables ont été observées dans l'étude 2017 du PE en ce qui concerne l'étendue de la mise en œuvre entre les États membres examinés : alors que l'Allemagne, l'Italie<sup>30</sup> et les Pays-Bas appliquent des systèmes très étendus et élaborés de responsabilité de la chaîne, couvrant parfois même toutes les composantes salariales, la Pologne, le Royaume-Uni et, dans une certaine mesure, la Hongrie poursuivent une politique strictement conforme aux exigences minimales de la directive d'exécution.<sup>31</sup>

Conformément aux évaluations précédentes, les auteurs de l'étude 2017 du PE ont considéré que l'efficacité de la mesure de responsabilité de la chaîne prévue par la directive d'exécution était limitée, car il est relativement facile de la contourner par l'entremise d'une société boîtes aux lettres.<sup>32</sup> En outre, la disposition comporte une clause de sauvegarde dépourvue de toute définition de la diligence raisonnable, ce qui entraîne une large marge d'interprétation et donc un flou juridique.<sup>33</sup> En outre, la responsabilité reste limitée au secteur de la construction malgré les preuves évidentes d'une pratique de la sous-traitance étendue à d'autres secteurs comme le transport, la transformation de la viande, l'agriculture et d'autres secteurs à forte intensité de main-d'œuvre (bien que les États membres soient libres d'étendre le champ d'application à ces secteurs).

Selon le rapport 2019 de la Commission européenne,<sup>34</sup> sur la base des réponses à un questionnaire envoyé au Comité d'experts sur le détachement des travailleurs, les règles de responsabilité n'ont pas encore été appliquées fréquemment dans la pratique puisque l'on n'enregistre pas à ce jour d'affaires judiciaires pertinentes.

<sup>29</sup> Seuls le Danemark et la Finlande en ont fait usage, selon le rapport 2019 de la CE.

<sup>30</sup> Concernant l'Italie, l'évaluation a montré des règles très strictes en matière de responsabilité, mais comme le recours aux sous-traitants étrangers et aux travailleurs détachés est moins fréquent que dans d'autres États membres et que l'Italie est « traditionnellement confrontée à des problèmes d'application des règles », il existe des doutes quant à l'impact préventif réel.

<sup>31</sup> Le rapport (2016) Transnational posting of workers within the EU. Guidelines for administrative cooperation and mutual assistance in the light of Directive 67/2014/EU ENACTING (VS /2015/0013) inclut également un examen des règles de responsabilité de la sous-traitance en Belgique, en Allemagne, en Italie et en Roumanie.

<sup>32</sup> Toutefois, en raison de la récente mise en œuvre, on ne disposait mi-2016 d'aucune donnée fiable ni d'expérience pratique concernant les mesures d'accompagnement des articles 4 et 11 de la directive d'exécution.

<sup>33</sup> En revanche, le paragraphe (2) du premier projet d'article 12 comprenait une proposition de diligence raisonnable préstructurée suggérant comment celle-ci pourrait être raisonnablement exécutée et mise en œuvre dans la législation nationale.

<sup>34</sup> Bruxelles, 25/09/2019, COM (2019) 426 final.

Néanmoins, plusieurs États membres (Belgique, Bulgarie, Croatie, Danemark, Allemagne, Finlande, Italie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas et France) ont indiqué que l'introduction de ces règles avait renforcé la protection effective des droits des travailleurs dans les chaînes de sous-traitance. Il est à noter en particulier que 15 des 27 États membres actuels semblent appliquer des dispositions en matière de responsabilité de sous-traitance aux seuls prestataires de services étrangers, bien qu'il soit clairement stipulé qu'il n'est pas permis de mettre en place un système de responsabilité de sous-traitance applicable aux seuls prestataires de services transfrontaliers, car ce genre de dispositif discriminerait directement ces derniers.<sup>35</sup> Ce système pourrait décourager les clients finaux et les entrepreneurs de conclure des contrats ou de sous-traiter à des entreprises établies dans d'autres États membres.<sup>36</sup>

## 3.2 LES PERSPECTIVES NATIONALES

Dès avant l'adoption de la DDT en 1996, l'Allemagne avait introduit un régime de responsabilité de la chaîne pour le secteur de la construction, qui s'était progressivement étendu à d'autres secteurs « à haut risque » et avait été associé au paiement des salaires dans des conventions collectives plus vastes. Depuis l'entrée en vigueur d'un salaire minimum légal en 2015, l'instrument de responsabilité de la chaîne s'applique indépendamment de secteurs économiques particuliers. Conformément à l'article 14 de la loi nationale sur le détachement des travailleurs (*Arbeitnehmerentsendegesetz : AEntG*) en lien avec l'article 13 de la loi sur le salaire minimum (*Mindestlohngesetz : MiLoG*), l'entrepreneur est tenu pour responsable du paiement du salaire (minimum) ainsi que des paiements du fonds social. Selon l'article 8 de l'*AEnt*, la responsabilité s'applique indépendamment de toute faute ou responsabilité. En outre, cette responsabilité s'applique indépendamment des mesures préventives de l'entrepreneur. Même la diligence raisonnable la plus complète n'empêchera pas une responsabilité éventuelle puisqu'il n'existe pas de clause de sauvegarde. Par conséquent, les travailleurs non rémunérés ont le droit de réclamer leur salaire net directement à l'entrepreneur sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures préalables contre leur employeur. La seule lacune évidente concernant la protection est que dans la plupart des cas, le client final n'est pas considéré comme relevant de la MiLoG et de l'*AEntG*.<sup>37</sup> Dans le cadre des marchés publics, en particulier, on peut parler d'occasion manquée puisque les soumissionnaires publics sont exempts de toute responsabilité.

Les travailleurs intérimaires (TI) sont normalement exclus du champ d'application de la responsabilité de la chaîne, puisque le contrat entre une agence d'intérim et l'entreprise utilisatrice est considéré comme un contrat commercial. Toutefois, dans les chaînes de sous-traitance, une exception s'applique si une agence d'intérim a été mandatée par un entrepreneur direct ou un sous-traitant de l'entrepreneur principal pour exécuter les obligations contractuelles. Bien que ce cas de figure soit une exception, il devrait s'appliquer à presque toutes les chaînes de sous-traitance impliquant des agences d'intérim en tant que sous-traitants. Une réforme plus générale intervenue en 2017 en Allemagne a renforcé la position des TI et s'est attaquée à plusieurs formes abusives de travail intérimaire telles que le phénomène du « Chain Leasing » (*Kettenverleih*) dans le cadre de la sous-traitance. La révision de la loi a rendu cette pratique impossible. Depuis le 1er avril 2017, le « Chain Leasing » est interdit conformément à l'article 1er de l'*AÜG*. Les travailleurs intérimaires ne peuvent être engagés que par leur employeur contractuel et non par des tiers. Toute violation est sanctionnée par une amende élevée et la relation de travail du travailleur intérimaire fera l'objet d'un contrat d'emploi à durée indéterminée avec l'entreprise utilisatrice contractante (article 10a de l'*AÜG*). Une deuxième pratique de contournement abordée par la réforme est « la cession cachée de travailleurs intérimaires » (« *verdeckte Arbeitnehmerüberlassung* »). Elle implique souvent de faux indépendants.

Une étude antérieure (Cremers 2019) faisait déjà référence à la loi autrichienne de lutte contre la fraude sociale (« *Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz* », *SBBG*) qui définit les personnes morales artificielles ou les sociétés « fictives » (« *Scheinfirmen* »). La législation utilise le terme pour désigner des personnes morales sans actifs (c'est-à-dire des sociétés boîtes aux lettres, ayant souvent leur siège social dans des locaux vides). Ces entreprises n'ont pour objet que l'inscription des salariés auprès d'organismes de sécurité sociale, sans intention de payer d'impôts ni de cotisations sociales. Les entreprises apparaissent dans les « pyramides de sous-traitance » (chaînes étendues de sous-traitants) et dans les réseaux étendus d'entreprises (aux niveaux national

<sup>35</sup> La législation nationale sur les règles de responsabilité en Autriche, en Estonie, en Hongrie et en Italie semble s'appliquer à toute situation (pas seulement à la sous-traitance) où un employeur conclut un contrat avec un prestataire de services établi dans un autre État membre.

<sup>36</sup> COM (2019) 426 final, p. 17-18. Ces 15 États membres sont l'Autriche, la Bulgarie, la Croatie, la République tchèque, l'Estonie, la Hongrie, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

<sup>37</sup> Étude 2017 du PE, p. 74. Également, et de manière étendue concernant l'affaire dite du « Mall of Berlin » (Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 03.05.2017 – Az. 14 Ca 14814/16) : Vladimir Bogoeski 2016.

et transnational). Combinée à la loi relative à la lutte contre le dumping salarial et social (« Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz », LSD-BG) entrée en vigueur le 1er janvier 2017, cette législation, fortement axée sur le secteur de la construction, peut être appliquée dans les situations de sous-traitance. La responsabilité du client/de l'entreprise utilisatrice fait l'objet d'une disposition clé. L'article 9 de la LSD-BG garantit les droits à rémunération des salariés d'autres pays, détachés ou embauchés pour travailler dans l'industrie de la construction autrichienne. Toutefois, cette responsabilité est limitée au client immédiat, à moins que des preuves évidentes de fraude ne soient disponibles au départ. Dans les cas graves de dumping salarial, le législateur peut appliquer des sanctions sévères, mais aussi le retrait des licences commerciales.

Aux **Pays-Bas**, la responsabilité de la chaîne est dans une certaine mesure couverte par les dispositions prévues dans des conventions collectives généralement contraignantes. Plusieurs conventions collectives sectorielles qui sont généralement contraignantes, par exemple dans le secteur de la construction et les métiers associés, le secteur de la métallurgie et le secteur du transport international, incluent une référence importante à l'obligation de vérifier le respect du noyau dur des dispositions des conventions sectorielles en vigueur au moment d'engager des entreprises et des sous-traitants. L'entrepreneur principal doit s'assurer que les travailleurs concernés reçoivent les salaires et indemnités auxquels ils ont droit en vertu de ces conventions sectorielles. L'entreprise utilisatrice principale est responsable de la bonne application du contrat en vigueur dans le secteur et doit informer le sous-traitant et/ou l'agence des dispositions concernées. Tout non-respect ou manquement à ce devoir d'information et de vérification confère aux syndicats le droit d'aller en justice et d'ordonner une indemnisation par voie de procédure civile. Ce devoir est également prévu à l'article 16 de la convention collective généralement contraignante du secteur des agences d'intérim, qui stipule que le travailleur intérimaire a droit à la rémunération en vigueur dans l'entreprise utilisatrice.<sup>38</sup> Il existe depuis lors une jurisprudence qui sanctionne ce non-respect de dommages et intérêts.<sup>39</sup> La jurisprudence a également défini que ce devoir allait au-delà de la fourniture d'informations de base et supposait une vérification réelle.<sup>40</sup>

Dans le sillage de la mise en œuvre de la DDT révisée, la **Suède** a adopté en novembre 2020 un projet de loi introduisant une notion d'« employeur économique » dans le droit fiscal suédois.<sup>41</sup> La loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Il en résulte une responsabilité fiscale suédoise applicable à de nombreux travailleurs de courte durée et voyageurs d'affaires employés à l'étranger qui, auparavant, n'étaient pas soumis à l'impôt en Suède. Ce nouveau concept d'employeur signifie que l'évaluation relative à la personne à considérer comme l'employeur, du point de vue fiscal, se fonde désormais sur le bénéficiaire du travail fourni par le salarié. Cela entraîne des changements dans la « règle des 183 jours » que la Suède applique conformément à l'article 15 de la convention fiscale de l'OCDE. Par conséquent, la règle des 183 jours entraîne généralement des exonérations fiscales pour les personnes étrangères jusqu'à six mois, si le salarié reste employé par l'employeur étranger dans sa propre juridiction et si cet employeur paie effectivement le salaire. Selon la nouvelle législation, la règle des 183 jours ne s'appliquera plus si les activités du salarié sont considérées comme une embauche de main-d'œuvre pour une entreprise suédoise. La définition d'« embauche de main-d'œuvre » pour les employeurs non-résidents comprend les situations où :

- l'employeur non-résident met directement ou indirectement une personne à disposition pour effectuer un travail ;
- l'entreprise du client est située en Suède ; et
- le travail est effectué en tant que partie intégrante des activités du client et sous le contrôle et la direction de celui-ci.

Ainsi, la nouvelle législation entraînera une taxation suédoise dès le premier jour pour de nombreux salariés étrangers travaillant temporairement en Suède. Cela signifie que les employeurs étrangers non établis de façon permanente en Suède devront désormais eux aussi retenir l'impôt à la source pour leurs salariés (dans la mesure où le travail a été effectué en Suède) et se conformer aux obligations de déclaration telles que l'inscription auprès de l'administration fiscale suédoise (STA). Une exemption s'applique si le travail en Suède ne dépasse pas 15 jours consécutifs et est d'une durée maximale de 45 jours par année civile. En outre, si la limite de 45 jours est dépassée, seuls les jours excédentaires serviront à déterminer si le travail effectué en Suède peut être considéré comme une embauche de main-d'œuvre.

<sup>38</sup> Pour consulter le texte en anglais de la convention collective 2019-2021 dans le secteur des agences d'intérim, voir : <https://www.abu.nl/app/uploads/2019/11/CAO-voor-Uitzendkrachten-2019-2021-december-2019-EN.pdf>

<sup>39</sup> <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECL:NL:RBNNE:2015:1076>

<sup>40</sup> <https://www.sprengersadvocaten.nl/publicaties/schadevergoeding-voor-vakbond/>

<sup>41</sup> Cette partie du rapport est tirée de [New rules on posting of workers in Sweden - Newsletters - International Law Office](#)

# Transparence et reporting

# 4

## 4.1 DIVULGATION D'INFORMATIONS ENVIRONNEMENTALES, SOCIALES ET AUTRES INFORMATIONS NON FINANCIÈRES

Au vu de la multitude de publications observées ces dernières décennies concernant le reporting non financier, on pourrait facilement conclure à l'intensification des publications sur l'impact sociétal et les conséquences du comportement des entreprises. L'intérêt pour ces informations, notamment après la crise financière, a conduit à de nouvelles initiatives en matière de cadres, codes, règles, pratiques et manuels consacrés au reporting, qui aident les entreprises tout au long du processus de divulgation. De manière générale, le cadre réglementaire applicable et le contexte sociétal dans lequel une entreprise opère, le dialogue avec ses parties prenantes et d'autres facteurs, comme la transparence sur les choix éthiques et les normes (appliquées), jouent un rôle de premier plan. Cependant, il n'existe pas d'objectifs ni de normes obligatoires universels pour ce genre de divulgation. Les entreprises ont le choix et appliquent différents types de reporting : rapports séparés consacrés à des sujets, des thèmes, des objectifs ou des exigences particuliers, rapports intégrés couvrant tous les sujets ou rapports mixtes et interconnectés.

Le reporting non financier, en particulier la divulgation d'éléments spécifiques au développement durable, devient une pratique courante pour les grandes et moyennes entreprises ; il est toutefois beaucoup moins fréquent parmi les PME. De plus, ce n'est pas la quantité qui compte ; tout l'enjeu réside dans la qualité de ce type d'information. Les évaluations révèlent souvent que les entreprises utilisent un langage et une terminologie génériques, vagues et non spécifiques. Et en général, les indicateurs clés de performance sociale sont moins fréquents que les paramètres davantage établis relatifs aux droits de l'homme et à l'environnement. Les objectifs de développement durable sont considérés comme la feuille de route d'une transformation mondiale. Les approches de l'économie circulaire qui intègrent la durabilité sont de plus en plus souvent présentées comme celles adoptées par de « grandes entreprises » qui profitent de nouvelles et meilleures opportunités de croissance et de profit, allant bien au-delà des rapports environnementaux, sociaux et de gouvernance, animées par la volonté de remodeler des secteurs entiers pour privilégier la création de valeur à long terme. Le reporting social est moins commercialisable et les indicateurs sociaux se limitent souvent à des informations concernant la diversité dans le recrutement et la sécurité et la santé des travailleurs.<sup>42</sup>

Une nouvelle branche de conseil et d'assistance à l'élaboration d'une stratégie de reporting et de processus de divulgation vers l'extérieur a vu le jour ces dernières décennies : il s'agit de services de conseil aux entreprises qui fournissent des références (voire des plans complets) aux sociétés désireuses de publier des rapports.<sup>43</sup> On peut craindre d'obtenir de ce genre de services des produits clonés ou d'assister à un rituel annuel de reporting fondé sur des « formules toutes faites », c'est-à-dire des déclarations génériques qui ne sont pas spécifiquement adaptées à l'entreprise en particulier et aux risques auxquels elle est confrontée (SASB 2017).

<sup>42</sup> Il est intéressant de noter que les évaluations révèlent des différences entre les continents. Par exemple, le rapport State of Disclosure in 2017 de la Sustainability Accounting Standards Board Foundation (SASB) indique : dans les entreprises établies aux États-Unis, les conseils d'administration considèrent souvent la maximisation de la valeur pour les actionnaires comme la priorité absolue de leur devoir fiduciaire. Dans le même temps, les entreprises d'autres régions du monde, plus particulièrement en Europe, prennent généralement en considération les intérêts d'un groupe plus large de parties prenantes, incluant les salariés et les clients. En raison de cette différence, ces entreprises peuvent être culturellement plus sensibles à leur impact sur le développement durable et plus enclines à divulguer des informations pertinentes (SASB 2018), <https://www.sasb.org/knowledge-hub/state-of-disclosure-2017/>

<sup>43</sup> Par exemple, la plateforme en ligne Reporting Exchange ([www.reportingexchange.com](http://www.reportingexchange.com)) enregistre les détails des dispositions de reporting qui influencent directement ou indirectement la manière dont les entreprises divulguent leurs informations. Sa bibliothèque d'indicateurs organise, classe et structure les indicateurs que les entreprises appliquent couramment au reporting externe.

Dans une première évaluation, on a observé plusieurs déclarations très similaires, probablement préparées par les mêmes consultants mandatés par les entreprises (Cremers 2013). Les critiques parlent d'entreprises engagées dans « l'impact washing » : elles prétendent dans leurs rapports soutenir les objectifs de développement durable, ce que dément leur conduite.<sup>44</sup>

*ShareAction*, une ONG qui mobilise les investisseurs afin qu'ils prennent des mesures pour améliorer les normes du travail, faire face à la crise climatique et résoudre les problèmes urgents de santé mondiale, comme l'obésité infantile, a publié un rapport qui approfondit un peu plus l'engagement en faveur des droits de l'homme et du travail dans les documents politiques et les rapports publiés par les entreprises (ShareAction 2020). Dans le cadre de l'ambition à l'horizon 2030, les Objectifs de développement durable des Nations Unies s'engagent sous l'Objectif 8 à mettre fin à l'esclavage moderne, en assurant la protection des droits du travail et des conditions sûres pour tous les travailleurs, tandis que l'une des cibles de l'Objectif 16 comprend la réduction significative de toutes les formes de violence. L'évaluation de ShareAction a porté sur 75 des plus grands gestionnaires d'actifs au monde et sur leur performance en matière d'investissement responsable, l'un des trois domaines d'intérêt étant les droits de l'homme (avec le changement climatique et la biodiversité). L'évaluation a révélé que l'argent de l'industrie est massivement utilisé d'une façon qui, au mieux, ignore les violations des droits de l'homme et du travail et qui, au pire, y contribue. Alors que 76 % des plus grands gestionnaires d'actifs au monde déclarent s'engager en faveur des droits de l'homme, s'ils sont évalués, seuls 4 % d'entre eux prennent des engagements politiques fermes et spécifiques en faveur des droits de l'homme et du travail. La principale référence aux questions relatives au travail sont le risque financier, le plus souvent lié à la santé et à la sécurité au travail, ainsi que les risques opérationnels, tels que les troubles au sein du personnel dus à de mauvaises pratiques de travail, une fidélisation insuffisante du personnel et une faible productivité.

D'autres études confirment la conclusion selon laquelle l'accent est principalement mis sur le « E », le reporting social faisant l'objet de moins d'attention. Trois organisations caritatives (*Friends Provident Foundation*, *Joffe Trust* et *Blagrave Trust 2021*) ont conclu dans leur analyse d'impact ESG relative au secteur de l'investissement que les questions sociales n'étaient dans certains cas pas du tout couvertes. Selon les ONG, le « S d'ESG » devrait être davantage prioritaire. Les questions sociales clés, du travail et des conditions de travail décentes, en ce compris la promotion d'une rémunération équitable, à la diversité de la main-d'œuvre et du management et au paiement responsable des impôts, nécessitent une attention et une intégration beaucoup plus grandes.

Dans une perspective plus large de l'engagement en faveur des instruments des droits de l'homme, une évaluation de 2017 a révélé que l'application des normes en matière de droits de l'homme manquait de cohérence dans l'UE, en raison d'une adoption et d'une mise en œuvre inégales des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Bien que l'UE ait approuvé les principaux instruments internationaux visant à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, il existe un fossé dans la politique européenne entre les droits civils et politiques, qui sont applicables et prioritaires, et les droits économiques, sociaux et culturels. En outre, les mêmes auteurs écrivent qu'il reste un écart considérable dans la transposition de l'approbation en un soutien concret et dans la sensibilisation et le respect de ces instruments par l'UE elle-même, par les États membres, dans les pays tiers, et par les entreprises opérant au sein de l'UE et des marchés mondiaux (FRAME 2017). L'engagement de l'UE dépend en grande partie de la volonté des États membres de jouer le jeu, ce qui constitue une autre faiblesse. En interne, certains États membres mettent en œuvre des réformes qui s'opposent clairement à un tel engagement, et l'UE peine actuellement à mettre en place des instruments efficaces pour faire face à ces évolutions. Trop souvent, les considérations relatives aux droits de l'homme sont de facto remplacées par des « intérêts durs », ignorant le risque accru de pauvreté, le creusement des inégalités ou l'érosion de la protection sociale. Cette réalité va de pair avec un niveau relativement faible de connaissance de l'engagement de l'UE parmi les fonctionnaires européens : organisés de manière rigide en silos, ils peinent à réfléchir à des questions transversales au sein de leurs administrations spécialisées. La cohérence nécessite la coordination des politiques économiques, sociales et environnementales aux niveaux interne et externe. Tous les niveaux de pouvoir, des États membres de l'UE aux institutions de l'UE et autres organes européens, doivent agir de manière à ne pas contrebalancer l'engagement par des politiques contradictoires. Cela nécessite une approche fondée sur les droits, et non fragmentaire, qui harmonise les politiques de façon verticale entre l'UE et ses États membres et de façon horizontale entre les institutions de l'UE comme les directions générales de la Commission ou les groupes de travail du Conseil.

<sup>44</sup> Selon un article du Responsible Investor (02/10/2020) : « La plupart des informations standardisées fournies par les entreprises ne couvrent que les indicateurs de performance ESG traditionnels, par exemple les émissions de carbone, la consommation d'eau et les taux d'accidents du travail. Les rapports relatifs aux ODD sont généralement anecdotiques, car ils concernent des projets et initiatives spécifiques et ne procèdent pas à une évaluation complète de l'impact des entreprises sur la société et l'environnement tout au long de la chaîne de valeur. » <https://www.responsible-investor.com/articles/assessing-company-alignment-with-the-un-sdgs>

## 4.2 LA RÉGLEMENTATION DU REPORTING NON FINANCIER

La publication de rapports peut reposer sur des exigences légales contraignantes ou s'inscrire dans un cadre volontaire qui fournit des orientations et suggère des codes à l'entité qui publie. Le caractère « contraignant » varie ; la plupart des exigences peuvent être considérées comme du « droit mou », associées (uniquement) à des normes et des attentes normatives (Global Reporting Initiative 2018, Alliance for Corporate Transparency 2019, EFRAG 2021).

« Se conformer ou expliquer » est l'instrument généralement appliqué dans la gouvernance d'entreprise et l'un des principes clés utilisés dans la surveillance. En raison du caractère volontaire et de l'absence de mécanismes de surveillance stricts, les adhérents ne sont souvent pas enclins à adopter des mesures coûteuses pour se conformer aux exigences. Les entreprises adoptent plutôt des mesures symboliques et peu coûteuses pour donner l'impression de respecter leurs obligations. Bien que les dispositions de loi relatives aux rapports d'entreprise semblent s'être multipliées ces dernières années, on continue de déplorer l'absence de législation concrète en matière de diligence raisonnable obligatoire sur les normes de travail. Presque tous les systèmes légaux de reporting faisant l'objet d'exigences obligatoires non prescriptives dictent les sujets des informations à divulguer sans toutefois déterminer en détail le contenu requis.<sup>45</sup>

Le tableau suivant résume quelques lignes directrices et principes importants appliqués.

### Cadres des droits de l'homme et du travail – aperçu des lignes directrices et principes

#### PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX ENTREPRISES ET AUX DROITS DE L'HOMME (UNGP)

Les UNGP regroupent un ensemble de lignes directrices destinées aux États et aux entreprises, visant à prévenir, traiter et remédier aux violations des droits humains commises dans le cadre d'opérations commerciales. Les UNGP ne sont pas juridiquement contraignants, mais fonctionnent comme des attentes normatives. [Le Cadre de reporting conforme aux Principes directeurs des Nations Unies](#) est un guide complet expliquant aux entreprises comment rendre compte de leurs démarches en matière de droits de l'homme. Le Cadre s'appuie sur un guide de mise en œuvre pour les sociétés déclarantes et un guide d'assurance pour les auditeurs internes et les fournisseurs d'assurance externes.

#### PACTE MONDIAL DES NATIONS UNIES (PMNU)

Le PMNU comprend [10 principes sociaux et environnementaux](#) (six concernent spécifiquement les droits de l'homme et du travail) visant à mobiliser les entreprises pour qu'elles participent et rendent compte de l'avancement sur ces principes. Le PMNU a pour objectif d'engager et d'exclure des entreprises sur la base de violations. Les entreprises qui ne déclarent pas les progrès réalisés dans le cadre du PMNU sont retirées de la liste et les entreprises qui ne sont pas admissibles à l'adhésion en raison de la nature de leurs activités de base ne sont pas intégrées dans la liste.

#### NORMES FONDAMENTALES DU TRAVAIL DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT)

Les normes de l'OIT énoncent les [principes et droits fondamentaux au travail](#). Les conventions (dont huit conventions dites fondamentales couvrent les normes de travail « fondamentales ») sont des traités internationaux juridiquement contraignants qui peuvent être ratifiés par les États membres. En outre, certaines recommandations de l'OIT servent de lignes directrices non contraignantes, souvent pour compléter une convention, en fournissant des directives plus détaillées sur la manière dont ladite convention pourrait être appliquée.

#### PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE À L'INTENTION DES ENTREPRISES MULTINATIONALES ET CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES À L'INTENTION DES INVESTISSEURS INSTITUTIONNELS

Les [Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales](#) sont des recommandations qui couvrent un éventail de domaines thématiques propres aux entreprises responsables, y compris l'emploi et les relations industrielles. Ils fournissent des principes et des normes non contraignants pour une conduite responsable des entreprises multinationales, y compris les investisseurs, actifs dans ou depuis des pays adhérant à la Déclaration sur les investissements internationaux et les entreprises multinationales. Le non-respect des principes de l'OCDE peut entraîner le dépôt de griefs.

<sup>45</sup> Citons quelques juridictions qui ont adopté une législation : la Modern Slavery Act (loi sur l'esclavage moderne) de 2015 au Royaume-Uni, la loi néerlandaise sur la diligence raisonnable en matière de travail des enfants, la loi française de 2017 sur le devoir de vigilance et la directive européenne sur la publication d'informations non financières.

La directive européenne 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières, modifiant la directive 2013/34/UE relative aux états financiers annuels et consolidés, prescrit aux grandes entreprises européennes cotées et aux sociétés financières de divulguer des informations sur les questions environnementales, sociales, des droits de l'homme, de lutte contre la corruption et les pots-de-vin afin d'améliorer la cohérence et la comparabilité des informations non financières publiées dans toute l'UE. La divulgation doit contribuer à une meilleure compréhension de la position, des performances, du développement et des impacts d'une entreprise. Il est demandé aux entreprises relevant du champ d'application de la directive (conformément à l'article 3.1 de la directive 2014/95/UE) d'inclure un état non financier qui divulgue des informations sur leur modèle économique, leurs politiques et leur diligence raisonnable, ainsi que les résultats de leurs politiques, les principaux risques et les indicateurs clés de performance (KPI) en ce qui concerne les questions environnementales, sociales et relatives aux salariés, ainsi que les questions de lutte contre la corruption et les pots-de-vin, pertinentes pour leurs activités. La directive ne prescrit pas le contenu exact ; la formulation est à la discrétion de l'entreprise.

Selon une étude de l'Alliance for Corporate Transparency (2020), la qualité des pratiques de reporting des entreprises varie d'une entreprise européenne et d'un État membre à l'autre. Il est à noter que la plupart des entreprises de tous les États membres ne divulguent pas d'informations pertinentes, majeures, significatives et comparables sur le développement durable, ce qui souligne la nécessité de clarifier et préciser les exigences de reporting pour les entreprises. L'Alliance a critiqué l'absence de définitions claires précisant les informations et les KPI que les entreprises doivent divulguer et les questions spécifiques à aborder. En outre, les exigences générales de reporting énumérées dans la directive permettent des interprétations contradictoires. Cela porte atteinte à l'objectif de la loi d'accroître la cohérence et la comparabilité des informations ESG.

La Commission européenne a annoncé en 2020 la révision de la directive sur la publication d'informations non financières dans le cadre de la stratégie visant à renforcer les fondements de l'investissement durable. Au moment où la présente étude est rédigée, la révision de la directive est en pleine discussion.<sup>46</sup> Plusieurs parties prenantes ont publié leur avis sur le projet de réforme après que la Commission a lancé une consultation publique. Comme les conséquences juridiques ne sont pas encore claires, ce projet n'est pas développé plus en détail dans le cadre de la présente étude. Dans l'intervalle, d'importantes propositions de révision de la directive ont été formulées. Nous nous référons à ces propositions (EFRAG 2021) dans le cadre de la présente étude.

## 4.3 DIVULGATION DES INFORMATIONS SUR LA CHAÎNE (DE SOUS-TRAITANCE)

Toutefois, ce qui est évalué ici, c'est la référence dans le reporting non financier aux aspects de responsabilité dans les chaînes de production ou de services avec les entités sous-traitantes et/ou les filiales. La directive 2013/34/UE relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents ne fait référence qu'à la diligence raisonnable dans l'approvisionnement en minéraux. La directive 2014/95/UE modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières fait référence aux questions de sous-traitance dans ses préambules. Le considérant 6 de la directive stipule que les déclarations non financières doivent également « inclure des informations sur les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre par l'entreprise, ainsi que, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, en ce qui concerne sa chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance, afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives existantes et potentielles ». Et le considérant 8 ajoute : « Les risques d'incidences négatives peuvent découler des propres activités de l'entreprise ou peuvent être liés à ses activités et, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, à ses produits, à ses services et à ses relations d'affaires, y compris ses chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance ». Cela peut être interprété comme une disposition visant à s'assurer que l'externalisation de la production n'implique pas l'externalisation de la responsabilité. Toutefois, cette notion ne figure pas dans les articles de la directive et, par conséquent, son caractère juridique est faible. Dans le texte proprement dit, aucune autre référence n'est faite à la sous-traitance. En outre, la formulation est prudente et non contraignante, assortie de conditions telles que « pertinent et proportionné » et d'une référence à une « surcharge administrative inutile pour les petites et moyennes entreprises (PME) ».

<sup>46</sup> [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/non-financial-reporting\\_fr](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/non-financial-reporting_fr)

Un deuxième aspect important dans le cadre de notre étude est la portée de la divulgation : couvre-t-elle l'activité dans son ensemble ou est-elle limitée à une seule entité économique ? La directive 2013/34/UE relative aux états financiers annuels et consolidés prescrit que les états financiers consolidés doivent présenter les activités d'une entreprise mère et de ses filiales comme une *entité économique unique* (un groupe) dès que l'effectif moyen au cours de l'exercice dépasse 250 salariés. Les entreprises contrôlées par l'entreprise mère doivent être considérées comme des filiales. Une filiale qui est elle-même une entreprise mère doit également établir des états financiers consolidés. Néanmoins, les États membres peuvent dans certains cas exempter cette entreprise mère de l'obligation d'établir des états financiers consolidés, à condition que ses membres et les tiers soient suffisamment protégés. L'obligation d'établir des états financiers consolidés est formulée à l'article 22 de la directive de 2013. La directive 2014/95/UE ne parle pas des entités économiques uniques. Toutefois, le considérant 14, qui exempte les PME, stipule que l'obligation de divulguer un état non financier ne doit s'appliquer qu'aux grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public et aux entités d'intérêt public qui sont des entreprises mères d'un grand groupe dépassant, sur une base consolidée, le critère du nombre moyen de 500 salariés sur l'exercice. L'article 29a fixe le contenu des états financiers consolidés, qui doit comprendre des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation du groupe et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption. Ces informations doivent être formulées, notamment, dans une description des politiques menées par un groupe, dans une liste des principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités du groupe et dans un descriptif des moyens mis en œuvre par le groupe pour gérer ces risques. Si un groupe ne mène pas de politique relative à une ou plusieurs de ces questions, l'état non financier consolidé fournira une explication claire et motivée pour justifier son absence. La divulgation d'activités des filiales est mentionnée au considérant 3 de la directive 2014/95/UE, où il est dit qu'une entreprise qui est une filiale est exemptée de l'obligation de publier des rapports si cette entreprise et ses filiales sont comprises dans le rapport consolidé de gestion ou le rapport distinct d'une autre entreprise.

Les critiques ont noté que la mise en œuvre pratique et l'application posent problème (Emons 2021). Plusieurs ONG et experts ont évalué le fonctionnement de la directive européenne et ont conclu que les rapports des entreprises sont largement insuffisants ; les rapports ne sont pas présentés de manière accessible et les informations sur les risques, les impacts et leur gestion sont souvent incomplètes ou manquantes. D'autres ont évalué les faiblesses de la directive, notamment en ce qui concerne le suivi des rapports et l'exécution des obligations. De façon générale, la plupart des critiques évoquent la nécessité de créer plus de clarté, de cohérence et de comparabilité tout au long de la chaîne de valeur. Des indicateurs clairs sont nécessaires pour étayer le niveau de conformité et peuvent servir à évaluer une situation particulière avant de concevoir une politique, à comparer une politique à des fins de surveillance, ou servir de variable de contrôle lors de l'évaluation de la politique. Ce n'est qu'alors que les évaluations des impacts d'une mesure existante ou future peuvent intervenir en toute transparence.

Comme la présente étude n'a pas pour objet l'évaluation complète de la directive, nous renonçons à un examen détaillé et nous attarderons sur l'analyse plus poussée des questions de sous-traitance et de responsabilité de la chaîne.

## 4.4 LA MISE EN ŒUVRE NATIONALE ET LE PROJET DE RÉVISION

La directive 2014/95/UE n'introduit ni n'exige l'utilisation d'une norme ou d'un cadre pour la publication d'informations non financières, et elle n'impose pas non plus d'exigences détaillées en matière d'informations à fournir, telles que des listes d'indicateurs par secteur. La plupart des États membres ont mis en œuvre la directive de manière souple et allégée, sans fournir plus de détails sur les types de politiques qui peuvent être rapportés ou sur la manière dont leurs résultats pourraient être mesurés. Plusieurs États membres ont introduit le « principe de la sphère de sécurité » selon lequel une entreprise peut, dans des cas exceptionnels, s'abstenir de fournir des informations si la divulgation de ces informations particulières est susceptible de causer des dommages importants à l'entreprise lors de négociations ou de litiges en cours. En outre, l'idée selon laquelle les informations sur les relations d'affaires ne devraient être incluses dans le rapport que lorsqu'elles sont « pertinentes et proportionnées » (comme le prescrit la directive) a été accueillie favorablement par la plupart des États membres.

Après la mise en œuvre, seule la législation italienne a fait explicitement référence à la notion dans la directive selon laquelle les relations d'affaires incluent les chaînes d'approvisionnement et les sous-traitants, et la France a fait référence à un devoir de diligence des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre, comprenant la publication d'informations sur le travail externalisé et la responsabilité sociale et environnementale des fournisseurs et sous-traitants (Frank Bold 2017).

La Commission européenne a admis qu'après la mise en œuvre nationale en 2018, les informations non financières publiées par les entreprises ne répondent pas adéquatement aux besoins des utilisateurs visés. Dans la consultation de la CE lancée dans le cadre d'un projet de révision de la directive, des questions ont été soulevées concernant la portée étroite de la directive et l'éventuelle exemption des filiales. La Commission est consciente du fait que ces exemptions limitent l'information concernant les incidences sur la société et l'environnement, ce qui compromet la capacité des parties prenantes de ces filiales exemptées de tenir les entités impliquées pour responsables de leurs incidences sur la société et l'environnement, en particulier aux niveaux local et national. Une attention particulière est accordée à la manière dont les entreprises traitent les droits fondamentaux et gèrent les risques associés, y compris dans leurs chaînes d'approvisionnement. L'objectif de la révision est « d'avoir des incidences positives indirectes mais significatives sur les questions sociales, par exemple sur les normes du travail, la non-discrimination et l'inclusion sociale » par l'introduction d'exigences de reporting supplémentaires.<sup>47</sup>

Malgré leur caractère juridique assez faible, l'idée que les dispositions relatives au risque principal visent à inclure des facteurs spécifiques à la chaîne d'approvisionnement ainsi que les propres opérations de l'entreprise a gagné du terrain ces dernières années. Mais d'une manière générale, l'attention reste principalement centrée sur les pratiques liées, par exemple, à l'approvisionnement en matières premières. L'approche sous l'angle d'une fourniture de services ou de produits par des sous-traitants indépendants est moins courante. L'engagement en matière de chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance, dans le respect des droits de l'homme et des travailleurs, tel que prévu par les conventions fondamentales et les normes du travail de l'OIT, reste faible (Friends Provident Foundation 2020). Une évaluation plus détaillée des expériences nationales du point de vue des travailleurs révèle que les rapports pourraient potentiellement contenir des informations précieuses, mais pas sous la forme actuelle ou attendue fondée sur les exigences énoncées dans la directive.

Un reporting correct sur les normes (fondamentales) du travail et les droits des travailleurs doit concerner à la fois les salariés internes (liberté d'association, non-discrimination et santé et sécurité) et les travailleurs externes (suivi des facteurs et aspects sociaux dans la chaîne d'approvisionnement). Preuve écrite de l'engagement des entreprises, ce genre de rapport informe également sur la mise en œuvre concrète (Abriata 2020). Dans tous les pays étudiés, les représentants syndicaux et les représentants des travailleurs au niveau de l'entreprise critiquent le fait que même si la directive 2014/95/UE fait référence à des informations étendues, les rapports qui en résultent ne présentent pratiquement aucune information sur les questions sensibles qui les intéressent le plus. Souvent, les données fournies sont peu claires, parfois des informations cruciales sont omises, en particulier sur la sous-traitance et/ou la chaîne d'approvisionnement. Les personnes interrogées dans le cadre d'un projet d'envergure européenne percevaient le reporting comme un exercice faisant partie intégrante de la stratégie de marketing et communication d'une entreprise, visant à répondre aux attentes de la communauté financière et des agences de notation, plutôt que comme un véritable outil de responsabilisation (DimasoLab 2018). Ce projet conclut que l'uniformité et la comparabilité doivent être garanties par l'utilisation de normes de reporting internationales et nationales communes reconnues. En outre, les informations sur la chaîne d'approvisionnement et la sous-traitance devraient être obligatoires, fondées sur des définitions juridiques claires. Pour les représentants des travailleurs, la comparabilité augmenterait considérablement la valeur des informations données et élargirait les possibilités de les exploiter.

Au fil des ans, l'UE a développé en théorie un engagement fort en faveur des droits fondamentaux, culminant avec le traité de Lisbonne qui a donné à la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la « Charte ») la même valeur juridique que les traités de l'UE et a inscrit les droits de l'homme parmi les valeurs fondamentales de l'Union. L'évolution observée dans plusieurs États membres au cours de la dernière décennie démontre la nécessité pour l'UE de contrôler l'état de droit et les droits fondamentaux dans les États membres, ainsi que dans ses propres politiques. L'accent mis sur la démocratie, la bonne gouvernance et les droits humains et sociaux, ainsi que sur les mécanismes de protection de ces valeurs, doit être renforcé dans la législation de l'UE concernant les rapports non financiers. Cela nécessite également une large implication d'acteurs non étatiques, y compris la société civile et les partenaires socio-économiques.

<sup>47</sup> L'analyse d'impact, le document de consultation et une série de réponses sont disponibles sur : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive>

## 5.1 DISPOSITIONS LÉGALES DANS LES CHAÎNES

Une question fondamentale est de savoir si la législation/réglementation en matière de gouvernance d'entreprise est transposée en un outil approprié pour intégrer les objectifs environnementaux et sociaux dans les décisions d'investissement public et privé et, en outre, si les pratiques de bonne gouvernance ont évolué au même rythme que les conséquences de l'externalisation du travail observée depuis plusieurs décennies. Dans un contexte dominé par l'idéologie de la déréglementation de l'environnement des affaires, la réponse est probablement non. Les membres des conseils d'administration jouissent d'une discrétion relativement grande lorsqu'ils prennent des décisions au nom de leur entreprise sur les questions de durabilité, mais les incitations au sein des modèles de gouvernance d'entreprise existants les empêchent trop souvent de prendre des mesures concrètes pour agir sur ces intentions. Et les représentants des travailleurs n'ont que peu de dispositions juridiquement contraignantes pour contrer ces modèles (Emons 2021).

Au cours des dernières décennies, l'attention s'est même réduite de la notion de durabilité au sens large à des questions environnementales plus exclusives, telles que l'environnement et la préservation de la biodiversité. Souvent, la transformation nécessaire de notre économie vers le développement durable est étayée par des arguments selon lesquels la performance durable de l'entreprise équivaut pour elle à une meilleure création de valeur à long terme. Dans ce genre de raisonnement, les arguments financiers prévalent encore sur les effets sociétaux et les valeurs sociales. Ce raisonnement fait aujourd'hui ombrage à des politiques sociales importantes et à des questions telles que l'application des normes du travail et la promotion d'un travail décent, la sécurité de l'emploi, le recours excessif à des non-salariés indépendants, l'inégalité entre les genres et l'élargissement des écarts de revenus, la discrimination raciale et sociale et le contrôle des chaînes d'approvisionnement et risques associés.

De manière générale, plus une chaîne de production et de services est complexe en cas de sous-traitance, plus il est difficile d'établir la responsabilité légale en matière de normes du travail et de droits du travail tout au long de la chaîne des filiales, fournisseurs et sous-traitants. Si la complexité des chaînes est maintenue, c'est en partie pour protéger les principales entreprises de la responsabilité pour les risques économiques et les obligations en matière de travail. La responsabilité des sociétés mères concernant les opérations juridiques de leurs filiales dans un contexte transnational n'est souvent ni réglementée par la loi ni reconnue par les tribunaux. Par exemple, le manque de clarté eu égard à la portée des obligations de diligence raisonnable d'une société mère vis-à-vis des violations des droits de l'homme par ses filiales implique que même dans les cas les plus extrêmes, les victimes de répression violente n'ont aucun droit légal à la justice et à la réparation de la part de la société mère. Par conséquent, « il est insatisfaisant, mais pas surprenant, que ces entreprises soient difficiles à tenir pour légalement responsables » des violations commises par leurs fournisseurs (ECCHR 2014).

Les dispositions légales en vigueur concernant les obligations de diligence raisonnable d'une entreprise incombant à ses fournisseurs et sous-traitants sont rares, et il peut également être très problématique de réagir correctement aux violations commises par l'un des centaines ou des milliers de fournisseurs avec lesquels les entreprises travaillent. Dans ce genre de situation, il n'est pas simple de trouver des ressources pour pousser la direction à inciter ses filiales et fournisseurs à agir de manière responsable. En outre, on déplore un manque évident de procédures établies pour opérer au-delà des frontières et une compréhension limitée des autorités

impliquées et des procédures à suivre, par exemple en présence de chaînes de sous-traitance complexes opérant dans de nombreux pays différents. Cependant, une filiale est plus qu'une partie technique d'une société mère, et toutes les chaînes de sous-traitance ne sont pas étrangères à l'activité principale de l'entreprise. L'externalisation de certaines étapes de la production, la sous-traitance basée sur une division du travail ou sur une spécialisation et l'externalisation du recrutement de la main-d'œuvre via des agences sont généralement planifiées de manière centralisée. En conséquence, la gestion et le contrôle du processus de production et d'autres directives décisives sont assurés dans ce cas par l'entreprise au sommet de la hiérarchie.

## 5.2 PROBLÈMES DE CONFORMITÉ ET RÉPARATION

La plupart des réglementations et des normes sont basées sur des principes et impliquent le respect d'un large éventail de cadres différents. Mais presque toutes les réglementations manquent d'effet juridiquement contraignant associé à de solides mécanismes d'application et, par conséquent, il est difficile d'assurer une surveillance efficace des normes dans toute la chaîne de valeur. Il existe encore un écart significatif entre les engagements des entreprises et leur gestion et mise en œuvre concrètes, notamment parce qu'il est trop facile de s'en sortir avec des mesures de façade. Les experts de terrain, tels que les responsables syndicaux, les représentants des travailleurs et les membres des CEE, sont souvent confrontés à ce fossé entre les réglementations de « bonne gouvernance » et la pratique quotidienne sur le lieu de travail. La disparité entre « l'esprit de la loi » et « la loi en action », c'est-à-dire l'application pratique de la réglementation, provient souvent de contradictions entre plusieurs domaines (juridiques) intimement liés dans la pratique concernant des relations d'affaires établies qui ne sont pas traitées de manière cohérente (par exemple « identité » versus « voile corporatif »). Cela va de pair avec un niveau relativement faible de connaissance approfondie au sein des institutions de l'UE et d'autres organes européens : organisés de manière rigide en silos, ils peinent à réfléchir à des questions transversales dans leurs administrations spécialisées. La cohérence nécessite la coordination des politiques économiques, sociales et environnementales aux niveaux interne et externe. Tous les niveaux de pouvoir doivent agir de manière à ne pas contrebalancer l'engagement par des politiques contradictoires. En outre, la disparité peut être le résultat de la subordination des droits sociaux aux libertés économiques et de la prévalence quotidienne de la promotion de « l'environnement des affaires ». Il a déjà été mentionné que trop souvent, les considérations relatives aux droits de l'homme sont de facto remplacées par des « intérêts durs », ignorant le risque accru de pauvreté, le creusement des inégalités ou l'érosion de la protection sociale.

En ce qui concerne la conformité et l'application, cela se manifeste par :

- a. **L'absence de recours juridiques préventifs au niveau transnational.** L'acquis de l'UE ne prévoit pas de sanctions efficaces ou dissuasives contre les abus des entreprises dans un contexte transfrontalier. À cet égard, l'acquis fait référence à des mécanismes de sanction nationaux ayant des conséquences nationales. Par conséquent, les personnes touchées ne peuvent compter que sur les systèmes judiciaires nationaux pour leur offrir des recours préventifs, alors que les origines des abus sont souvent le résultat d'un « arbitrage réglementaire » ou du « tourisme financier ».
- b. **L'absence de dispositions claires concernant la responsabilité dans les chaînes de production et de services.** Le plus souvent, la doctrine du « voile corporatif », selon laquelle des entités juridiques distinctes telles que les sociétés mères et filiales ne sont responsables que de leurs propres infractions, exonère une société mère de la responsabilité des obligations d'une filiale – même si elle détient 100 % des actions de celle-ci – et la tient moins responsable encore des violations de la loi par des sous-traitants.
- c. **L'absence de mesures permettant de s'assurer que les sociétés mères puissent être tenues pour responsables des violations commises (à l'étranger) par des filiales ou des fournisseurs.** Dans ce genre de situation, des dispositions d'attribution claires sont nécessaires et les entreprises doivent avoir leurs propres obligations de diligence raisonnable parfaitement définies. Toutefois, dans la plupart des pays, les obligations de diligence raisonnable des sociétés mères concernant les filiales et les fournisseurs sont actuellement peu claires ou inexistantes.
- d. **Des intérêts juridiques insuffisamment protégés en vertu du droit civil, couplés à un mécanisme de plainte faible pour les grands groupes de victimes et des risques financiers élevés pour les travailleurs entraînent des obstacles importants.** Selon une récente étude menée pour la CES sur les « sociétés boîtes aux lettres et le droit des sociétés » (Cremers 2019), l'application du droit pénal pour réprimer tout (mauvais) comportement d'entreprise et de sanctions en cas d'activités d'entreprise non authentiques est assez rare. En outre, même l'« éligibilité » dans une circonscription étrangère peut être problématique.

## 5.3 UN DOMAINE ÉTENDU ET UN VASTE ENSEMBLE DE RÉGLEMENTATIONS

Nous mesurons que le sujet de cette deuxième phase couvre un domaine large et important, avec un ensemble complet de réglementations et de législations (non contraignantes). Compte tenu des contraintes de temps et de budget, nous nous sommes efforcés dans le cadre des travaux menés de fournir un aperçu actualisé des enjeux, en nous concentrant sur les dispositions juridiquement contraignantes. Nous avons donc synthétisé les études existantes et analysé et interprété notre recherche sous l'angle des normes et des droits du travail.

La première section du présent rapport révèle que le cadre juridique de la sous-traitance (en droit commercial ou des affaires) exclut de manière générale l'existence d'une relation de travail entre un entrepreneur principal et un sous-traitant. Ces dernières années, cette situation est devenue un champ de bataille sur le plan judiciaire. La différence entre un contrat de service (un contrat de travail) et un contrat pour (la fourniture de) services est au cœur de nombreux litiges dans l'économie des petits boulots (Uber, Deliveroo, et cetera). Dans leurs analyses, les tribunaux se sont penchés sur la subordination, l'autonomie, la planification et d'autres aspects qui caractérisent l'existence d'un contrat de travail (« priorité du fond sur la forme »). Un deuxième point pertinent à ce stade est de savoir qui est l'employeur ; les sous-traitants sont les employeurs de leur personnel et assument pleinement les responsabilités associées. À cet égard, il est intéressant de noter que pour certaines conditions de travail (notamment en matière de SST), une responsabilité conjointe a été décidée par défaut. Mais la plupart des pays appliquent par ailleurs peu de règles ou conditions spécifiques dans le domaine social concernant les sous-traitants en tant qu'entités juridiques. Enfin, on peut conclure qu'à quelques exceptions près, les dispositions en matière de responsabilité de la chaîne relatives aux droits des travailleurs ou aux normes du travail ne sont formulées que de manière sporadique en lien direct avec la réglementation de la sous-traitance. Les exemples nationaux de réglementation plus stricte (limitation des niveaux de sous-traitance, renforcement de la responsabilité de la chaîne, devoir de vérification, réglementation de la sous-traitance de main-d'œuvre uniquement ou du travail intérimaire) démontrent de grandes difficultés d'applicabilité et d'exécution et l'absence de sanctions dissuasives.

La deuxième section examine les différents cadres internationaux qui traitent de la diligence raisonnable. La diligence raisonnable exige entre autres qu'une entreprise enquête sur des partenaires tiers pour vérifier la présence d'éventuels abus des droits de l'homme. Globalement, la diligence raisonnable peut être qualifiée de « droit mou ». Les affaires portées devant les tribunaux concernent principalement des actions de droit civil pour dommages environnementaux, souvent intentées contre une société mère pour des préjudices subis via les activités de sa filiale, et soulèvent des questions liées à la responsabilité de la société mère et au devoir de diligence. Le respect des droits sociaux fondamentaux, comme l'égalité de traitement, la dignité ou des conditions de travail équitables, fait l'objet d'un examen moins poussé. La diligence raisonnable a également été introduite au niveau européen dans la directive d'application 2014/67 qui vise à renforcer la DDT. On observe une multiplication des appels au renforcement de la réglementation européenne pour protéger les travailleurs, les communautés et l'environnement contre les impacts systématiques, continus et de plus en plus graves sur les droits de l'homme et l'environnement liés aux chaînes d'approvisionnement mondiales des entreprises et des institutions financières. L'évaluation de la législation française sur le devoir de vigilance montre la nécessité d'un renforcement de la législation (encore rare) à cet égard, assorti d'un meilleur suivi et de réparations adéquates.

La troisième section examine le cadre juridique de la responsabilité solidaire. Au niveau du droit international, on déplore l'absence de dispositions claires concernant la responsabilité dans les chaînes de production ou de services. Au niveau européen, plusieurs directives ont été adoptées en matière de responsabilité de sous-traitance transfrontalière. Et à l'échelle nationale, des mesures en matière de responsabilité ont été prises concernant les salaires, la santé et la sécurité au travail, les cotisations de sécurité sociale et les impôts. Dans la pratique, l'incertitude juridique résultant des clauses d'exemption, le recours à la diligence raisonnable et les larges marges d'interprétation permettent de se soustraire assez facilement à la responsabilité. En outre, il n'est pas évident pour les travailleurs de revendiquer leurs droits dans le cadre de procédures civiles, surtout dans un contexte transfrontalier. Il est pertinent de mentionner ici l'introduction dans la directive d'exécution d'une disposition qui permet aux syndicats et autres tiers, tels que les associations, organisations et autres entités juridiques ayant un intérêt légitime dans le respect de la DDT, de s'engager, au nom ou en

soutien aux travailleurs détachés, et avec leur approbation, dans toute procédure judiciaire ou administrative. Dans certains pays, l'application de la responsabilité de la chaîne a été renforcée. En Allemagne, elle s'applique indépendamment des mesures préventives de l'entrepreneur. Même la diligence raisonnable la plus complète n'empêchera pas une responsabilité éventuelle, puisqu'il n'existe pas de clause de sauvegarde. D'autres pays s'intéressent au devoir de vérification au sommet de la chaîne ou s'investissent dans la lutte contre les personnes morales artificielles.

La quatrième section traite du reporting non financier. La publication de rapports peut reposer sur des exigences légales obligatoires ou s'inscrire dans un cadre volontaire qui fournit des orientations et suggère des codes à l'entité qui publie. Le caractère « contraignant » varie ; la plupart des exigences peuvent être considérées comme du « droit mou », associées à des normes et des attentes normatives. Le non-respect des codes ne peut être porté devant un tribunal. Vu le caractère volontaire et l'absence de mécanismes de surveillance rigoureux, les rapports ne sont souvent pas présentés de manière accessible et les informations sur les risques, les impacts et leur gestion sont incomplètes ou manquantes. Il existe un risque sérieux d'« impact washing ». L'UE a pris des mesures en faveur d'une réglementation plus contraignante en 2014, avec la directive 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières. Cependant, les évaluations révèlent que, compte tenu d'une réglementation très modérée en matière de surveillance du reporting et d'application des obligations, la plupart des entreprises de tous les États membres ne communiquent pas d'informations pertinentes, majeures, significatives et comparables sur la durabilité. Une autre faiblesse grave de la directive est qu'il y est fait référence aux chaînes de sous-traitance dans les seuls considérants, et non dans les articles principaux.

Notre analyse révèle qu'il existe surtout un manque de dispositions juridiquement contraignantes fortes. En ce qui concerne la responsabilité de la chaîne et la responsabilité partagée, indépendamment de l'origine des travailleurs concernés et du statut juridique sous lequel ils travaillent, les éventuels instruments juridiques sont trop souvent inadéquats et inefficaces. Notre enquête révèle également que dans de nombreux domaines couverts par des instruments internationaux qui traitent ou prescrivent (certains aspects du) comportement des entreprises, les droits du travail (ou les droits sociaux de l'homme) font l'objet de peu d'attention, voire sont complètement ignorés. Les préoccupations environnementales (et parfois la défense des droits de l'homme formulée en termes très généraux) passent avant tout. Cela n'a que peu changé ces dernières années. De toute évidence, le respect et la priorité accordée aux droits et normes du travail ne sont toujours pas considérés comme des « affaires courantes », faisant partie intégrante du fonctionnement d'une entreprise. Les entreprises adoptent plutôt des mesures symboliques et peu coûteuses pour donner l'impression de remplir leurs obligations. Les évaluations réalisées dans ce contexte parlent des coûts, des risques et des incitations, et non des objectifs sociétaux et sociaux.

# RÉFÉRENCES

**Abriata, B., Delautre, G. (2020)** *What drives CSR? An empirical analysis on the labour dimensions of CSR*, document de travail 7 de l'OIT, Genève.

**Alliance for Corporate Transparency (2019)** *An analysis of the sustainability reports of 1000 companies pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive*. Projet coordonné par : Frank Bold.

**Alliance for Corporate Transparency (2020)** *2020 Research report: An analysis of the climate-related disclosures of 303 companies from Central, Eastern and Southern Europe pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive*. Projet coordonné par : Frank Bold.

**Bogoeski, V. (2016)** *Chain liability as a mechanism for strengthening the rights of posted workers. The German chain liability model*, paper written for the project 'Protecting Mobility through Improving Labour Rights Enforcement in Europe', PROMO.

**Bommeir, S., Chatelain, L., J. François (2020)** *Le radar du devoir de vigilance - Édition 2020*, Sherpa/Terre Solidaire.

**Clerc, C. (2021)** *The French 'Duty of Vigilance' Law: Lessons for an EU directive on due diligence in multinational supply chains*, note de politique de l'ETUI 1/2021, Bruxelles.

**Collinet, J. (2020)** *Devoir de vigilance: la France a-t-elle vraiment ouvert une voie contre l'impunité des multinationals? Equal Times*, Brussels. <https://www.equaltimes.org/devoir-de-vigilance-la-france-a-t?lang=en#YB1DknnvLcu>

**Cremers, J. (2009)**. *Changing employment patterns and collective bargaining: the case of construction*. International Journal of Labour Research, 1(2), 201-217

**Cremers, J. (2013)**. *Non-Financial Reporting Beyond the Strict Minimum: Is the Workforce a Well-Informed Stakeholder?* Document de travail de l'ETUI 2013.02, Bruxelles.

**Cremers, J. (2019)**. *Company Law, Artificial Corporate Entities and Social Policy*, rapport de la CES, Bruxelles

**DimasoLab (2018)** *Directive 2014/95/EU - Impact Assessment on Labour Relations*, Arbeit und Leben, Düsseldorf.

**ECCHR (2014)** *Holding Companies Accountable – Lessons from transnational human rights litigation*, Berlin.

**EFRAG (2021)** *Proposals for a relevant and dynamic EU sustainability reporting standard-setting*, rapport final, European Reporting Lab.

**Emons, O., Fulda, B., Klengel, E., et M. Schietinger (2021)** *Soziale Standards in Lieferketten*, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf.

**Erol, S. and T. Schulten (2021)** *Renewing Labour Relations in the German Meat Industry. An end to 'organised irresponsibility'?* Rapport du WSI n° 61, janvier 2021.

**Commission européenne (1978)** *Communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*.

**Rapport de la Commission européenne (2019)** *Rsur l'application et la mise en œuvre de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »)*, COM(2019) 426 final.

**FRAME (2017)** *How to better foster human rights among EU policies. Recommandations finales de FRAME*, Bruxelles..

- Freshfields Bruckhaus Deringer (2005)** *A legal framework for the integration of environmental, social and governance issues into financial investment*, Initiative financière du Programme des Nations Unies pour l'environnement, Genève.
- Friends Provident Foundation, Joffe Trust et Blagrove Trust (2021)** *ESG investing Olympics - State of the sector report 2020*.
- Initiative mondiale sur les rapports (2018)** *Intégrer les objectifs de développement durable dans le reporting d'entreprise : un guide pratique*, Initiative mondiale sur les rapports (GRI) et Pacte mondial des Nations Unies.
- Greco, A. (2020)** *The end of the "Greta's effect": less environment and more health in company financial disclosure*, publié à l'origine par la Repubblica. <https://www.datamaran.com/press/repubblica-end-gretas-effect-less-environment-more-health-company-financial-disclosure/>
- Haidinger, B. (2016)**, *Liability and co-responsibility in subcontracting chains, Social Standards at Risk: Making the case for Labour Citizenship in Europe*, projet LABCIT.
- Heinen, A., A. Müller, and B. Kessler (2017)** *Liability in Subcontracting Chains: National Rules and the Need for a European Framework*, à la demande du Parlement européen, Bruxelles.
- Houwerzijl, M., Henneaux, F. et E. Traversa (2017)** *A hunters game: how policy can change to spot and sink letterbox-type practices*, Bruxelles : CES
- Houwerzijl, M., S. Peters (2008)**. *Liability in subcontracting processes in the European construction sector* (comparative report). Dublin: Eurofound.
- Jorens, Y., Peters, S. and M. Houwerzijl (2012)** *Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union*. Project DG EMPL/B2-VC/2011/0015;
- Morgan Stanley (2018)** *Sustainable Signals - Asset Owners Embrace Sustainability*, <https://www.morganstanley.com/assets/pdfs/sustainable-signals-asset-owners-2018-survey.pdf>
- Muñoz de Bustillo Llorente, R., and F. Pinto Hernández (2016)** *Reducing precarious work in Europe through social dialogue – The case of Spain*, Commission européenne, Bruxelles.
- Nagrawala, F. (2020)** *Point of No Returns Part II – Human Rights. An assessment of asset managers' approaches to human and labour rights*, ShareAction,
- OECD (2020)** *Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement*, Paris.
- Parsons, C., Watchman, P., and V. Wood (2020)** *The rise of ESG law firms part II: General Counsel respond to the regulation tsunami and litigation goes viral*, Responsible investor, Londres.
- Romero-Barriuso, Á., MaríaVillena-Escribano, B., González-García, M.N., Segarra-Cañamares, M., Á. Rodríguez-Sáiz (2019)** *The Registry of Accredited Companies in the Construction Sector in Spain: An Administrative Instrument for Risk-Prevention Control*. Int. J. Environ. Res. Public Health, 16, 3133.
- Savourey, E. (2020)** *'France Country Report', in Study on due diligence requirements through the supply chain - Part III: Country Reports*, Commission européenne, Bruxelles.
- Sherpa (2020)** *Ne minons pas la transition énergétique*, Paris.
- Smit, L. et al (2020)** *Study on due diligence requirements through the supply chain*, British Institute of International and Comparative Law, Civic Consulting et London School of Economics, Commission européenne, Bruxelles.
- Vytopil, A. (2015)** *Contractual Control in the Supply Chain on Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability*, thèse de doctorat, Université d'Utrecht.
- Weil, D. (2014)** *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press.

