

Caroline Le Mestre et Félix Feunteun, GoodCorporation

La vigilance en matière de droits humains : comment anticiper les évolutions réglementaires ?

À la suite de multiples reports¹ et près d'un an après l'adoption de la résolution du Parlement européen², la Commission européenne a finalement publié, le 23 février dernier, une très attendue proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises³. Elle doit maintenant être présentée au Conseil des ministres de l'Union et au Parlement afin qu'ils s'accordent sur une version finale.

La proposition de directive européenne est le dernier épisode d'une dynamique amorcée par le législateur français en 2017, suivie par plusieurs États européens. Citons par exemple, la loi adoptée le 11 juin 2021 par le Bundestag allemand imposant

aux sociétés allemandes de mettre en œuvre, à compter de janvier 2023, un plan de prévention des risques d'atteinte aux droits humains et à l'environnement au sein de leurs chaînes de valeur⁴.

Bien que le projet ne soit pas encore définitif et que certains points seront probablement ajustés, la proposition de la Commission européenne consacre une obligation de vigilance en matière de droits humains et de l'environnement à l'échelle européenne. Ce texte est bienvenu pour replacer ces considérations au centre des débats alors même que cinq ans après la promulgation de la loi française, beaucoup d'entreprises peinent encore à appréhender l'étendue exacte des obligations qui y sont attachées.

DES PRÉCISIONS BIENVENUES MAIS UN ENSEMBLE TOUJOURS PEU LISIBLE

Depuis que la notion de devoir de vigilance a émergé dans le débat public, en particulier à la suite du drame du Rana Plaza en 2013, l'introduction de normes contraignantes à l'égard des sociétés donneuses d'ordre a vu de nombreux commentateurs, politiques et juridiques, s'alarmer de l'imprécision des textes proposés et de l'insécurité juridique qu'ils font peser sur les sociétés assujetties. Ainsi, alors que la directive

européenne prend forme, la loi française n'a toujours pas véritablement été éprouvée devant les juridictions et des incertitudes persistent. Gageons que ce nouvel instrument permettra de faire en sorte que la vigilance en matière de droits humains ne soit plus le parent pauvre des systèmes de prévention des risques en entreprise.

Le rapport d'information sur l'évaluation de la loi française de 2017, publié en février dernier, constatait le désarroi dans lequel se trouvait toujours les professionnels responsables de la mise en place des plans de vigilance en entreprise. Les acteurs économiques interrogés par les rapporteurs de la commission des lois y relevaient le champ extrêmement large de la loi, son imprécision et le recours à des notions floues d'un point de vue opérationnel⁵. Les incertitudes sur le plan de la sécurité juridique sont d'autant plus notables que les différents textes ou projets européens qui ont vu le jour récemment ne sont pas forcément alignés. À titre d'illustration, la loi allemande s'éloigne significativement de ce qui est prévu en France quant au périmètre de vigilance à considérer.

À cet égard, la proposition de directive est particulièrement bienvenue pour uniformiser les règles à l'échelle

¹ Il était initialement prévu que la proposition soit publiée en juin puis en octobre et enfin en décembre 2021.

² Résolution du Parlement européen contenant des recommandations et un projet de directive à l'attention de la Commission européenne du 10 mars 2021.

³ Proposition de directive de la Commission européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, du 23 février 2022.

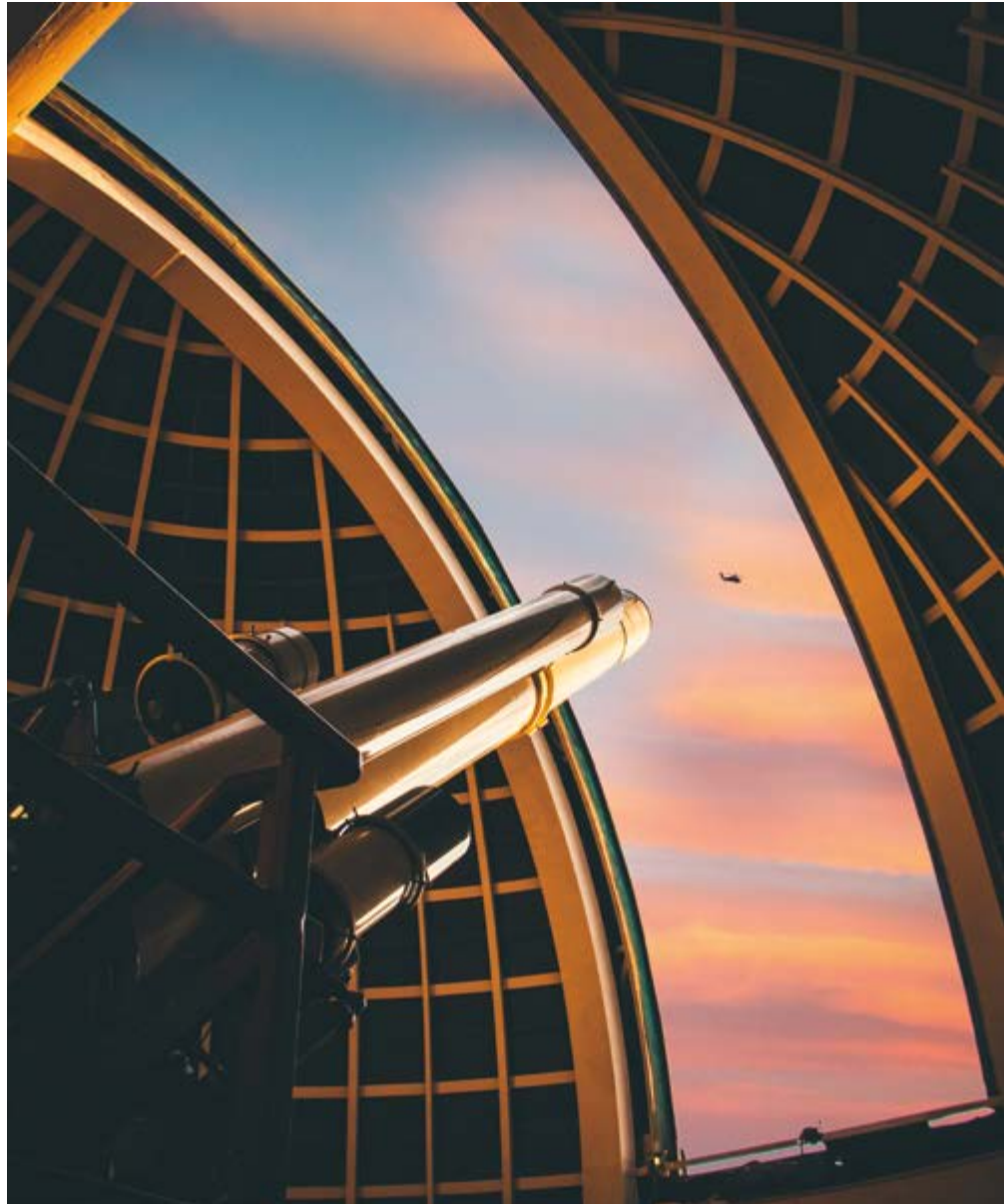
⁴ Loi sur la vigilance des entreprises sur leur chaîne d'approvisionnement, adopté par le parlement allemand le 11 juin 2021 – Disponible en allemand et en anglais sur le site internet du ministère du travail et des affaires sociales allemand.

⁵ Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p.34.

"La proposition de directive vise, sans équivoque, les relations d'affaires directes et indirectes, en amont comme en aval. Le fait qu'un acteur de sa chaîne de valeur se trouve au-delà du rang 1 ne sera plus une excuse."

européenne. Elle a également le mérite de venir apporter des réponses à un certain nombre d'interrogations qui restaient en suspens. C'est notamment le cas en ce qui concerne la problématique très sensible de l'étendue de la vigilance à mettre en œuvre par une entreprise donneuse d'ordre sur sa chaîne d'approvisionnement. Il s'agit certainement là de la préoccupation pratique la plus partagée dans les directions en charge du devoir de vigilance. La loi française maintenait un flou sur cette question. Tandis que les débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi française faisaient clairement ressortir que l'obligation de vigilance devait s'étendre au-delà des fournisseurs et sous-traitants de rang 1, la pratique démontre que cela est peu respecté par les entreprises.⁶ La loi allemande de son côté exclue par principe les partenaires commerciaux plus en amont dans la chaîne de valeur.

Sur ce point, la proposition de directive vise, sans équivoque, les relations d'affaires directes et indirectes, en amont comme en aval. Le fait qu'un acteur de sa chaîne de valeur se trouve au-delà du rang 1 ne sera plus une excuse. Une solution qui soulève certes des difficultés



opérationnelles, mais qui apparaît davantage conforme aux standards internationaux en la matière et aux attentes des parties prenantes.

Par ailleurs, la Commission propose d'abaisser les seuils d'application en termes de nombre de salariés par rapport à ce qui est prévu par les réglementations française et allemande. Bien que le maintien de ces seuils (500 salariés et 250 pour certains secteurs identifiés comme à risques), ait été critiqué par plusieurs ONG, en raison de l'exclusion des petites et moyennes entreprises, le

nombre de sociétés concernées devrait connaître une augmentation significative. En ce qui concerne spécifiquement la France, le choix des 500 salariés permettrait en outre un alignement opportun avec les dispositions de la loi Sapin 2.

⁶ *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p.63.*

DES LIMITES DU TEXTE POINTÉES DU DOIGT

Si cette proposition est la bienvenue pour remettre le devoir de vigilance à l'agenda des entreprises, certaines imprécisions subsistent et les limites du texte actuel ont été pointées du doigt par de nombreux observateurs.

Par exemple, la Commission reprend à son compte la notion de relation commerciale établie « *established business relationship* », qui figure dans la loi française, pour borner le périmètre de l'obligation de vigilance. Elle désigne par là tous les sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels l'entreprise « *s'attend à avoir une relation durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne représente pas un élément négligeable ou simplement accessoire de sa chaîne de valeur* ». Le recours à ce concept juridique, bien connu des tribunaux de commerce de l'hexagone, peut surprendre car son maniement dans le contexte français, en matière de devoir de vigilance, s'est avéré particulièrement délicat. Des organisations de la société civile redoutent, en outre, que des partenaires commerciaux soient exclus du périmètre de vigilance, en raison du volume d'affaires, alors même qu'ils

représenteraient un risque significatif, eu égard à leurs nature et activités, en matière d'atteinte aux droits de l'homme et à l'environnement⁷.

La question de la responsabilité civile est aussi symptomatique de ces attermoissements. Tandis que la loi française s'en était tenue à une référence aux articles 1240 et 1241 du Code civil, refusant de s'appuyer sur un système de responsabilité objective et de créer une présomption à la charge des entreprises (contrairement aux premières versions qui avaient été retoquées), la résolution du Parlement européen de mars 2021 recommandait la mise en place d'une présomption réfragable de responsabilité selon laquelle une entreprise « *devrait prouver qu'elle n'avait pas le contrôle sur une entité commerciale impliquée dans une atteinte aux droits de l'homme* ». Sur ce point, la Commission a finalement refusé de trancher et a souhaité laisser le soin à chacun des États membres de se prononcer sur la charge de la preuve⁸.

La Commission indique par ailleurs qu'une entreprise ne pourrait être tenue responsable de dommages causés par une relation d'affaire indirecte si elle justifie en premier lieu avoir mis en place des dispositifs contractuels à l'égard de ses partenaires commerciaux directs. Accompagnées de processus de vérification adéquats, ces clauses permettraient donc de faire peser la responsabilité en amont sur le fournisseur de rang 1. La responsabilité de la société donneuse d'ordres ne pourrait alors être engagée que s'il était déraisonnable de penser que ces seules mesures pourraient être efficaces, en l'espèce, pour prévenir les dommages et atténuer les incidences négatives. Le caractère déraisonnable ou non des mesures adoptées n'est pas davantage explicité.

Cette possibilité d'exonération de responsabilité a été particulièrement ciblée par les critiques qui estiment que le recours à des clauses contractuelles et à des audits privés a prouvé son

inefficacité par le passé pour prévenir ou modérer les incidences négatives des sociétés en matière de droits humains⁹.

À première vue, la proposition de directive ne permet donc pas d'éclaircir complètement le flou opérationnel et juridique qui entoure encore le devoir de vigilance, même si elle en a précisé les contours. La Commission semble en être consciente et prévoit la publication prochaine de lignes directrices, de modèles de clauses et la création, à termes, d'autorités nationales de régulation pour accompagner les entreprises.

LA MISE EN PRATIQUE PAR LES ENTREPRISES : QUELS OUTILS À LEUR DISPOSITION ?

En attendant la version définitive de la directive européenne et la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement, comment les entreprises peuvent-elles se préparer et se mettre au niveau des attentes formulées par la société civile ? Plutôt que de s'en tenir à cocher des cases réglementaires, au prix d'inquiétudes inévitables au vu des développements précédents, les entreprises gagneraient à envisager une stratégie de vigilance basée sur les risques auxquels elles sont exposées comme préconisé par les Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme (UNGPs) publiés en 2011.

En effet, les récentes réglementations y compris la proposition de directive partagent un même ancêtre commun, les Principes directeurs des Nations unies, à la lumière duquel elles peuvent et doivent être analysées. Les entreprises ont à disposition un corpus de textes fourni pour les orienter dans la construction d'un programme pertinent de prévention des atteintes aux droits humains dans leurs activités. À cet égard, les Principes directeurs et le guide interprétatif publiés par les Nations unies il y a 10 ans constituent encore aujourd'hui un outil incontournable. Le guide interprétatif détaille précisément les étapes à mettre en œuvre et indique clairement

⁷ Voir par exemple l'analyse de la proposition de directive par Shift, « *The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive* ».

⁸ « *The liability regime does not regulate who should prove that the company's action was reasonably adequate under the circumstances of the case, therefore this question is left to national law* », Proposition de directive de la Commission européenne, §58, p.43.

⁹ Voir par exemple, Communiqué de presse inter-ONG : « *Directive sur le devoir de vigilance des entreprises : la proposition enfin dévoilée par la Commission doit impérativement être améliorée* ».

que si « l'ampleur et la complexité » des mesures attendues pourront varier « selon la taille de l'entreprise, ainsi que son secteur, son contexte d'exploitation, son régime de propriété et sa structure », « le facteur qui prime à lui seul dans la détermination des procédures nécessaires reste la gravité de l'incidence sur les droits de l'homme »¹⁰.

Il ressort de ces Principes qu'une stratégie d'entreprise devra être adaptée et évolutive, ce qui peut expliquer, en partie, l'incapacité des nouvelles réglementations à fournir un chemin tout tracé qui assurerait aux entreprises d'être en conformité. Les ressources doivent être allouées là où se situent les risques et ce, qu'ils apparaissent au rang 1 ou plus loin dans la chaîne d'approvisionnement d'une organisation. Les mesures à adopter pourront être modulées en fonction de la capacité d'action et d'influence de l'entreprise¹¹.

Au-delà du socle fondateur que constituent les Principes directeurs des Nations unies, les entreprises peuvent également s'appuyer sur plusieurs guides sectoriels pour mieux comprendre les mesures de prévention et de gestion des impacts négatifs attendus selon leur secteur d'activité, tels que le guide de l'OCDE sur le devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement de minerais ou dans le secteur de l'habillement. Ce n'est donc pas si étonnant que la proposition de directive fasse expressément référence à ces guides notamment pour fixer des seuils d'application plus bas pour ces secteurs en question. Une approche par secteur a le mérite de préciser les obligations réglementaires au regard des spécificités de chaque métier ou industrie.

Les bonnes pratiques développées par d'autres entreprises, notamment celles qui se signalent par un degré de maturité et de transparence élevé sur ces sujets, sont également une source utile d'informations pour définir son programme de vigilance. Les études comparatives publiées par le *Corporate Human Rights*

Benchmark offrent un aperçu des bonnes pratiques existantes dans des secteurs comme l'agriculture, l'extractif ou l'habillement¹². Ces études présentent la gouvernance, les politiques, le système de management ou encore les procédures de recueil et de traitement des plaintes déployés par les plus grandes entreprises cotées en bourse.

nombre d'outils sur lesquels s'appuyer pour définir une stratégie d'entreprise qui serait à la fois efficace et adaptée aux enjeux de chaque organisation. S'inspirer des meilleures pratiques et se replonger dans les principes directeurs permet à notre sens d'anticiper les évolutions réglementaires de manière efficace et pragmatique. //

"Les ressources doivent être allouées là où se situent les risques et ce, qu'ils apparaissent au rang 1 ou plus loin dans la chaîne d'approvisionnement d'une organisation."

À titre d'exemple, Unilever, qui obtient un des scores les plus élevés, publie ses enjeux droits humains saillants, c'est-à-dire les risques d'atteinte aux droits humains les plus sévères, ainsi que les mesures de prévention et de remédiation adoptées au regard de chacun de ces enjeux dans différentes opérations¹³. Quant à Eni, le groupe pétrolier et gazier italien qui apparaît en tête du classement 2020, explique qu'il commisionne des évaluations d'impacts sur les droits humains pour évaluer de manière approfondie les impacts potentiels de ses projets industriels les plus à risque¹⁴. Enfin, Adidas, une autre entreprise qui se démarque, a défini une stratégie visant à identifier et prévenir les risques d'esclavage moderne plus en amont dans sa chaîne de valeur. Cela concerne notamment les filières de caoutchouc naturel, de plastique ou de coton¹⁵.

En attendant la version finalisée de la directive européenne qui devrait voir dans le courant de l'année, les entreprises ont donc à leur disposition un certain

.....

¹⁰ *Guide interprétatif des Principes directeurs des Nations unies*, p.36.

¹¹ Sur ces points également, le guide interprétatif offre des recommandations et lignes directrices.

¹² Le *Corporate Human Rights Benchmark* est une initiative issue d'une coalition d'investisseurs et d'organisations de la société civile pour créer un référentiel public permettant d'évaluer la performance droits humains des entreprises au regard des Principes directeurs des Nations unies.

¹³ *Unilever, Corporate Human Rights Benchmark, 2020 Company Scoresheet: les enjeux saillants identifiés étant les suivants : discrimination, salaires équitables, travail forcé, liberté d'association, harcèlement, santé-sécurité, droits fonciers et temps de travail.*

¹⁴ *Eni, Human Rights Report, 2020.*

¹⁵ *Adidas, Modern slavery progress report: looking back at 2019.*