

Gaëlle Dusepulchre, Directrice adjointe du bureau « Entreprises, Droits Humains et Environnement » de la Fédération Internationale pour les Droits Humains, FIDH et membre de la commission Nouvelles Technologies et Vie privée de la LDH

Une obligation pour les entreprises à respecter les droits humains

La société civile a longuement plaidé pour voir adopter des législations qui puissent clarifier les obligations des entreprises en matière de droits humains et d'environnement. En 2017 la loi française sur le devoir de vigilance ouvrait la voie, et tandis que d'autres lui emboîtaient le pas, une volonté de coordonner les initiatives poussait l'Union européenne à négocier un texte qui occupera la présidence Belge de l'Union européenne au premier semestre 2024. De quoi s'agit-il ?

ONG, activistes, populations affectées et représentants de la société civile ont dû dans un premier temps se contenter de simples lignes directrices que les entreprises pouvaient mobiliser de manière volontaire. Ainsi, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés en 2011 marquent le premier cadre consacrant la responsabilité des entreprises en matière de droits humains à être approuvée par l'ONU. Avec d'autres tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, ils ont posé les jalons des législations actuelles, en introduisant, puis en développant pendant plus de 10 ans, les concepts de « diligence raisonnable » ou de « devoir de vigilance » à charge des entreprises..

BESOIN D'UN CADRE CONTRAIGNANT

Aux demandes de législations, il a été longtemps opposé que contraindre les entreprises n'était ni nécessaire, ni souhaitable. L'entreprise intégrerait déjà des comportements responsables par le biais de la « responsabilité sociale des entreprises » et des lignes directrices existantes. Présentées comme garantes de la croissance et de l'emploi, les détracteurs d'une législation postulaient que contraindre les entreprises à adapter leurs structures et activités les rendrait vulnérables à la concurrence. Fallait-il vraiment croire que cette fiction juridique que les entreprises seraient davantage « responsables » que la somme des individus qui les composent, et qu'elles peuvent se passer de législations, exécutoires et obligatoires, visant à protéger l'intégrité physique des populations et l'environnement auxquelles chaque citoyen est soumis ? Fallait-il vraiment souscrire à l'idée que l'entreprise, sous prétexte qu'elle serait mieux au fait de ses secrets d'affaires, de la santé de ses concurrents et des liquidités disponibles, serait également mieux placée que le législateur ou le juge pour arbitrer entre les intérêts en présence, privés, publics, individuels, collectifs ?

Les exemples étaient pléthore que ces considérations n'étaient ancrées dans aucune réalité. Il fallait pour s'en convaincre voir ces entreprises qui, bien que se targuant de pratiquer la responsabilité sociale, prétextent de l'absence de législation sur quelques produits particuliers pour déverser polluants et déchets dans les eaux surface, contaminer nappes phréatiques, rivières et puits d'eau destinés à la consommation. Ces entreprises qui s'attellent à échapper au coût de la fin de vie de leurs projets, revendant à d'autres compagnies notoirement défailtantes,

¹ Depuis la rédaction de l'article qui date du 1er décembre, on peut noter 1) un accord politique intervenu le 13 décembre entre le Conseil, la Commission et le parlement européen voir <https://lstu.fr/n9USChL> le texte de la directive devant encore faire l'objet de négociations techniques 2) une décision sur le devoir de vigilance en France qui donne enfin poids et corps à la législation: en cause La Poste, décision du 5 décembre 2023 : <https://lstu.fr/5LZGusUV>

puits pétroliers, mines et autres chancres, et prétendant se décharger ainsi, par le simple fait de la vente, des opérations de colmatage, fermeture, et assainissements nécessaires à la sécurité, la santé ou la préservation de l'environnement. Ces entreprises, dont les infrastructures s'écroulent purement et simplement et qui se retranchent derrière des audits, clairement défaillants, pour échapper à leur responsabilité. Ces entreprises qui, faute d'investissements, ne peuvent assurer la sécurité de leurs produits, la distribution d'eau potable ou d'électricité, sans se sentir pour autant obligées, et se cachant derrière l'absence de dispositions contractuelles négociées au jour des privatisations et concessions. Ces entreprises qui jouissent enfin de positions dominantes, voire des monopoles, et réalisent surprofits sans assurer à tout le moins l'accès aux biens essentiels aux plus démunis. La liste est encore longue pour avoir une idée infime de cette réalité Belge, européenne, mondiale.

UNE OBLIGATION DYNAMIQUE, QUI SE RÉFÈRE AU DROIT INTERNATIONAL ET DÉPASSE LES FRONTIÈRES

Pour ce qui est des opérations réalisées sur le territoire, l'on pourrait arguer qu'il existe diverses législations qui permettent d'adresser de tels manquements. Quant aux activités transnationales, il existe un cadre normatif visant à protéger les droits humains. Reste que les législations nationales peuvent présenter de graves lacunes, postulent souvent des contrôles a posteriori, et si le régime commun de responsabilité peut parfois combler ces lacunes, il suppose d'engager des procédures longues, coûteuses et incertaines, ajoutant à l'inégalité des armes et des ressources, face à des entreprises qui ont le cas échéant déjà budgété le coût de la contravention. Les voies de recours restent limitées, les preuves difficiles à apporter, et plus compliqué encore lorsque les aspects transnationaux sont importants, ce qui est relativement commun au temps de la mondialisation. Le cadre international a, quant à lui, été jugé largement insuffisant. Non sur les intérêts protégés, mais sur les moyens de le mobiliser, pour chaque citoyen devant les cours et tribunaux et plus encore, pour traiter des activités hors territoire. Les entreprises ont des facilités certaines à s'engouffrer dans ces failles, elles n'existent que par le droit, elles peuvent choisir à quel droit elles seront soumises, elles changent de structure, de for.

Le devoir de vigilance requiert des entreprises qu'elles étudient l'impact négatif, y compris potentiel, de leurs activités sur les droits humains et l'environnement, prennent les mesures nécessaires pour en empêcher la survenance et prennent également toutes les mesures utiles si un dommage devait survenir malgré tout, le cas échéant en repensant ses activités. L'obligation se veut ainsi dynamique, l'entreprise ne peut se cacher derrière son ignorance ou le vide juridique, elle a une obligation de documenter, de manière continue, les impacts et les risques liés à l'ensemble de ses activités. Le cadre se réfère ensuite généralement au droit international, traités et conventions protégeant les droits humains, l'environnement et le climat. Il s'agit d'un atout de ce cadre normatif en ce que cela permet de suppléer à la carence de législations. Ainsi, et par exemple, que le produit soit interdit ou pas au titre de législations particulières, la priorité reste de parer, mettre fin, réparer tout atteinte à l'environnement ou à l'intégrité, la santé, la sécurité des populations.

Enfin le devoir de vigilance a pour ambition de dépasser les frontières, qu'il s'agisse de celles de l'entreprise ou celles de l'Etat. L'entreprise est responsable non seulement de l'impact de ses propres activités mais elle doit faire preuve de diligence raisonnable au-delà des limites posées par sa propre fiction juridique. Dans son appréciation des risques et des mesures appropriées, l'entreprise sera responsable du comportement de ses filiales, franchises, contractants etc. La complexification de sa structure juridique, la délocalisation de ses activités, ou la complexification de sa chaîne de valeur pourrait ainsi ne plus suffire s'agissant d'échapper à la loi. Le devoir de vigilance impose également aux entreprises des obligations y compris pour la partie des opérations qui se déroulent à l'étranger.

Ces caractéristiques seraient de nature à rendre plus difficile la prétention des entreprises à se retrancher derrière la méconnaissance de leurs chaînes d'approvisionnement ou derrière les droits nationaux moins protecteur des populations.

DES ÉCUEILS POSSIBLES

On peut, avec plus ou moins de certitude, attendre de ces législations qu'elles transforment quelque peu le modèle d'affaires et que les droits humains, jusque-là concepts largement étrangers aux entreprises, deviennent pour elles une réalité plus facile à appréhender. À terme, les départements en charge de la question ne seront plus cantonnés à une unité de deux personnes dépourvues de toute marge de manœuvre s'agissant d'influer sur le modèle d'entreprise, les opérations, la chaîne d'approvisionnement et investissements utiles. Elles ne seront plus en charge simplement de rédiger des rapports, mais au contraire d'influer sur les opérations. Pour les entreprises un des atouts majeurs du concept est qu'il est peu prescripteur, il ne définit pas de comportement spécifique à adopter, mais préserve la liberté d'entreprendre tout en définissant les préoccupations à intégrer et à traiter sur base des risques posés par les opérations, le terrain, les ressources, la taille de l'entreprise. La référence aux normes internationales offre un cadre unique, qui décomplexifie l'identification des obligations, moins dépendantes des particularités nationales. L'obligation clarifiée, la société civile espère également que l'accès aux voies de recours sera facilité.

Pour autant les écueils sont importants et multiples. La législation française, précurseuse en Europe, nous montre combien la voie est pavée d'embûches. Ainsi aucun des recours introduits en France portant sur l'insuffisance des mesures envisagées par les entreprises dans leurs plans de vigilance n'a abouti. Le juge semble réticent et peu à l'aise à se prononcer sur les réalités que couvrent un plan de vigilance. Quant aux entreprises, il n'est pas évident qu'elles se soient déjà pleinement approprié les logiques inhérentes à la législation, qu'elles aient adhéré aux objectifs poursuivis, plutôt que d'entrer dans une démarche plus formelle de mise en conformité aux prescrits administratifs et se contentant de gérer le risque juridique lié au non-respect de la législation.

Les autres écueils possibles sont pléthores. Ils sont d'abord liés au résultat des négociations. Pour le texte discuté à l'Union européenne par exemple, les possibilités de le voir très limité dans un premier temps, est loin d'être écarté. Ainsi par exemple se discute l'exclusion de la majorité des entreprises du champ de la directive, l'une des propositions limitant le texte à 1% seulement des entreprises européennes. L'exclusion de secteurs entiers, non seulement l'armement mais la finance également est envisagée. De même, peu de clarté encore sur ce qu'il adviendrait des obligations une fois le produit vendu. Enfin, l'exclusion de nombreuses normes, les incertitudes sur la protection du climat, des discussions sur la place à accorder à la société civile et aux personnes affectées par les opérations dans le processus, ou les d'incertitudes quant au régime de responsabilité, créent pas mal d'inquiétudes sur l'impact possible que pourrait avoir la future législation européenne.

Ces risques sont clairement liés au texte même qui sera adopté, mais il en existe une série d'autres : qu'en est-il du manque de capacités et de ressources tant humaines que financières au sein des structures étatiques supposées mettre en œuvre et veiller à la bonne application de la législation. Il n'est pas exclu non plus que l'on se voie se développer une « économie du devoir de vigilance » avec les cabinets de conseils, avocats, consultants, initiatives multipartites qui tentent de se nourrir sur la bête et développant autant de guides, plans, boîtes à outils et initiatives qu'il est possible d'en imaginer. En conclusion, ce texte est un début. Les exemptions devront nécessairement être évaluées, et les outils à parfaire.