

Recommandations de la FIDH concernant le trilogue sur la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité

fidh

Le 23 février 2022, la Commission européenne a publié sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, avec pour objectif d'établir une obligation pour les entreprises de respecter les droits humains et l'environnement. Elle demande aux entreprises d'identifier, de prévenir, d'éliminer les dommages occasionnés dans la chaîne de valeur liées à leurs opérations et celle de leurs filiales au niveau national et mondial. Le 1er décembre 2022, le Conseil de l'Union européenne a publié son orientation générale qui s'écarte, sur certains points essentiels, de la position de la Commission. Le 1er juin 2023, le Parlement européen a adopté sa propre position, venant modifier la proposition de la Commission sur plusieurs aspects. Le 8 juin 2023, la Commission européenne, le Conseil et le Parlement européen ont entamé leur trilogue avec pour objectif de parvenir à un accord sur la version finale de la directive d'ici à la fin de l'année. Plusieurs aspects du texte négocié méritent attention pour garantir que les objectifs de la législation soient atteints.

1. ENTREPRISES VISÉES

Bien que la position de chaque institution prenant part au trilogue diffère, aucune n'est alignée sur les normes des Nations unies et de l'OCDE qui insistent sur la responsabilité de toutes les entreprises de respecter les droits humains, indépendamment de leur taille, de leur secteur, et de leur structure. La Commission et le Conseil tout particulièrement tentent de limiter la charge reposant sur les entreprises en limitant le champ d'application de la directive, plutôt que de s'en remettre à la flexibilité des obligations elles-mêmes, comme le proposent les principes directeurs des NU et de l'OCDE. Les exigences relatives au devoir de vigilance permettent en effet une marge d'appréciation quant à la portée et de la nature des mesures appropriées devant être prises en pratique, et ce en tenant compte de la taille de l'entreprise, du contexte ainsi que des risques par exemple. Ainsi les standards internationaux se refusent d'exclure la responsabilité de certaines entreprises, mais admettent en revanche que la taille, la structure et le contexte influent sur le caractère raisonnable des attentes en matière de diligence. Ainsi, certaines entreprises, le cas échéant en raison de leur taille, pourront avoir des obligations plus larges, ou pourraient être soumises à des mesures de contrôle plus importantes. Le choix de la Commission et du Conseil fut toutefois différent. Ils ont proposé de n'appliquer la directive qu'à de très grandes entreprises, au lieu de distinguer entre les obligations de vigilance elles-mêmes. Le risque est de voir les entreprises modifier leur structure afin d'éviter l'application de la directive, sans que cela ne protège nécessairement les PME. En effet, les entreprises soumises à la directive pourraient s'atteler à faire porter la charge des obligations à leur chaîne de valeurs et sous traitants, via des mécanismes contractuels notamment.

Nous recommandons de :

- reconnaître explicitement que toute entreprise, quelle que soit sa taille, doit respecter les droits humains et l'environnement, même si les obligations auxquelles elles sont tenues dans ce domaine peuvent varier en fonction du nombre d'employés et du chiffre d'affaires, tel que défini dans la directive ;
- favoriser l'abaissement des seuils d'application des obligations du devoir de vigilance définis par la directive, en s'alignant au moins avec la proposition du Parlement européen.

2. PORTÉE NORMATIVE

Les normes internationales insistent sur l'obligation des entreprises de respecter l'intégralité des droits humains. Les trois institutions définissent cependant les obligations des entreprises en spécifiant que certains droits doivent être respectés, et en ajoutant une liste d'instruments juridiques internationaux. La portée normative de la directive est probablement un des points

les plus importants pour définir le niveau d'implication des législateurs de l'Union européenne et de ses États membres dans la protection des droits humains. A cet égard, il est de la plus haute importance de tenir compte de l'acquis, de veiller à ce que les entreprises respectent l'intégralité des droits humains, et d'inclure dans la directive une liste conséquente et non exhaustive de conventions. La suppression de plusieurs instruments internationaux tels que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones donnerait un signal erroné au secteur privé et doit donc être évitée. Les droits humains tels que le droit à la terre, les droits des peuples autochtones, les droits des défenseur-es des droits humains et environnementaux – notamment le droit de manifester, les droits à la liberté de réunion, de rassemblement et d'expression – qui sont les plus communément affectés par l'activité des entreprises, doivent être expressément protégés.

Il est tout aussi important de prêter une attention particulière à la définition que donne la directive des dommages que les entreprises se doivent d'empêcher, et auxquelles elles doivent remédier. La Commission et le Conseil définissent ces « incidences négatives » comme la « violation » ou « l'atteinte » à certains droits et certaines interdictions expressément cités. Or, ils admettent par ailleurs que soit établi un ordre de priorité entre les incidences négatives. Ils définissent également les circonstances dans lesquelles le désengagement ne devrait pas nécessairement être requis. En conséquence, la définition qu'ils proposent pourrait entraîner une dérogation intolérable au droit international, laissant la porte ouverte aux violations. Il convient de faire la distinction entre les notions de violation et dommage. Celui-ci devrait plutôt être défini comme toute action ayant un impact négatif sur l'exercice des droits humains (cf. la position du Parlement européen).

Enfin, la portée normative devrait être suffisamment claire pour améliorer la sécurité juridique de la directive. Les ajouts du Conseil limitent de manière ambiguë l'étendue de la chaîne de valeur ou exigent de nouvelles conditions. Encore une fois, il n'y aucune raison de porter atteinte au champ normatif, la flexibilité quant à la portée des obligations elle-même devrait suffire à protéger les entreprises d'attentes déraisonnables.

Nous recommandons :

- d'adopter une liste extensive et non exhaustive de conventions internationales et d'instruments internationaux (y compris la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones et la déclaration des Nations unies sur les défenseurs des droits de l'homme) ;
- de supprimer la référence aux « violations », afin de marquer la différence entre les notions de dommage et de violation des droits et d'interdictions ;
- de faire la distinction entre, d'une part, les conventions applicables et d'autre part, le contenu des obligations à remplir dans le cadre du devoir de vigilance ou régime de responsabilité.

3. CHAÎNE DE VALEUR EN AVAL

Les trois institutions adoptent différentes positions sur la portée de la chaîne de valeur de la directive. La Commission et le Parlement européen dans une certaine mesure¹ réclament un devoir de vigilance sur l'intégralité de la chaîne d'approvisionnement, tandis que le Conseil exclut largement la partie aval de la chaîne de valeur. De la sorte, il exempte également les entreprises de leur devoir de vigilance en cas de violations causées par les entreprises ou auxquels elles contribuent, et alors même qu'elles disposeraient des moyens d'y porter un terme, sous prétexte

1. En particulier du fait de la référence faite par la commission à « la relation commerciale établie ».

que la violation interviendrait en aval dans la chaîne de valeur. De telles exclusions ne peuvent se justifier. Il semble évident que le Conseil a choisi de limiter la portée de la directive plutôt que de s'appuyer sur les principes du devoir de vigilance qui veulent que la responsabilité des entreprises ne soit pas mise en cause si elles ont pris les mesures appropriées. L'Union européenne doit reconnaître que les entreprises disposent des outils nécessaires pour agir auprès de leurs sous-traitants et franchises, et doivent nécessairement envisager de renoncer à fournir des services de maintenance à des clients qui usent de leur produits ou vendent leur produits pour porter atteinte aux droits humains, par exemple². Toute autre position porterait gravement atteinte aux normes nationales et internationales existantes.

Nous recommandons :

- Que la directive dispose que le devoir de vigilance couvre l'ensemble de la chaîne de valeur, étant donné que l'objet de la directive est de responsabiliser les entreprises, et que le devoir de vigilance porte déjà des précisions utiles pour éviter une responsabilité sans limites;
- Que les législateurs européens ne laissent pas les entreprises penser que les violations des droits humains sont acceptables ou qu'elles peuvent simplement les ignorer lorsqu'elles ont lieu en aval de la chaîne de valeur.

4. LE SECTEUR FINANCIER

Les trois institutions restreignent les obligations qui seraient applicables au secteur financier. Le Conseil est le plus radical en ce qu'il exclut tout le secteur financier du champ d'application de la directive, laissant la possibilité à chaque État membre d'en décider plus tard. L'argument retenu pour l'exclusion du secteur financier ou la limitation de ses obligations provient du fait qu'il s'agirait d'un secteur essentiel à l'économie et qu'en raison de son extrême volatilité et mobilité comparé aux autres secteurs davantage ancrés dans l'économie réelle, l'Union européenne ne peut pas le réguler « sans s'exposer à des risques importants ». En réalité, en excluant le secteur financier, l'Union européenne pousse tous les acteurs à s'aligner sur le moins disant, renforce les effets compétitifs non régulés et ampute la capacité du secteur à privilégier les entreprises responsables. Il serait découragé d'investir davantage dans les marchés émergents qui prennent des mesures en faveur d'une régulation du système financier plus durable. Une telle exclusion risque de mettre un terme aux nombreux efforts déjà déployés par le secteur financier dans ce domaine.

Nous recommandons :

- de reconnaître que le secteur financier puisse être à l'origine de violations des droits humains ou d'incidences négatives sur l'environnement, ou bien y contribuer, et qu'il n'existe aucune raison pour ne pas explicitement l'obliger à prévenir, mettre un terme et apporter réparation aux dommages potentiels ;
- de s'assurer que le secteur financier reste un levier adapté et approprié pour encourager la durabilité, en exigeant qu'il identifie et traite les risques et fasse usage de ses leviers sur ses relations commerciales.

5. LES OBLIGATIONS DU DEVOIR DE VIGILANCE

Les trois institutions européennes définissent le devoir de vigilance et détaillent les obligations des

2. Voir également <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/2022-09-13/mandating-downstream-hrdd.pdf>.

entreprises visant à identifier, prévenir et éliminer les impacts négatifs qu'elles peuvent avoir sur les droits humains et l'environnement. Elles exigent des entreprises qu'elles évaluent l'efficacité de leurs plans et mesures, qu'elles mettent en place des mécanismes de plainte, et qu'elles communiquent sur leurs politiques en matière de devoir de vigilance. Cependant, les positions des institutions diffèrent sur la manière de définir les mesures adéquates à adopter et la manière de les mettre en œuvre.

Nous recommandons :

- de garantir que les mesures proposées ne fassent pas partie d'une liste fermée, mais qu'elles constituent des exemples d'outils à disposition, de manière à ce que les entreprises puissent innover et les adapter au contexte spécifique des leurs opérations. L'obligation de réaliser une liste d'actions ou d'exigences prédéfinies, par nature, aurait pour conséquence d'augmenter la charge administrative sans pour autant être garante d'efficacité. La directive manquerait alors nécessairement son objectif de conduire à un changement de paradigme comportemental vers la durabilité ;
- d'adopter une définition des mesures appropriées qui reflète l'approche fondée sur le risque et qui mesure la probabilité d'un dommage, sa gravité et le degré de responsabilité de l'entreprise en précisant les différentes mesures qu'il est nécessaire de prendre selon que l'entreprise est à l'origine, contribue ou est simplement liée au dommage;
- de garantir que le caractère adéquat des mesures soit évalué lors de l'évaluation des processus administratifs et des démarches visant à établir la responsabilité.

6. LES CONFLITS

Dans les zones de conflits ou à haut risque, les entreprises devraient être tenues de réaliser un devoir de vigilance renforcé en matière de droits humains (heightened human rights due diligence). Les situations visées sont celles de conflits armés, de violence généralisée, ou encore de situations à haut risques comme celles définies par d'autres instruments de l'Union européenne comme étant une zone en situation de conflit armé, une zone rendue fragile à l'issue d'un conflit, une zone caractérisée par une gouvernance et une sécurité défaillante voire inexistante, un État défaillant, ou des situations de violations courantes et systématiques du droit international et des droits humains³.

Comme le précisent les Principes directeurs des Nations unies : « comme le risque de violations caractérisées de droits de l'homme est plus élevé dans les zones touchées par les conflits », les entreprises doivent procéder à l'analyse de la situation y compris au regard des dynamiques dans lesquelles les parties belligérantes opèrent, des violations systématiques et du conflit, ou encore au regard des interactions mutuelles entre les conflits et leurs activités. Seule la proposition du Parlement souligne les risques spécifiques que peuvent comporter les conflits pour les entreprises. Cet ajout devrait être conservé dans la directive.

Nous recommandons :

- de conserver la proposition du Parlement qui réaffirme explicitement la nécessité pour les entreprises de faire preuve d'une vigilance accrue dans le contexte de conflits.

3. Règlement 2017/821, art. 2(f). Pour consulter la liste des zones de conflit ou à haut risque selon le Règlement 2017/821, voir : <https://www.cahraslist.net/>. Pour consulter des classifications réputées et respectées de toutes les situations de violence armée et de contextes fragiles, voir : respectivement <https://www.rulac.org> et <http://www3.compareyourcountry.org/states-of-fragility/overview/0/>.

7. L'ENGAGEMENT DES PARTIES PRENANTES

L'engagement avec les détenteurs de droits et les parties prenantes est un élément essentiel pour informer les entreprises et les aider à définir les mesures adéquates. Toutes les institutions ont reconnu l'importance de consulter les parties prenantes, mais seul le Parlement européen a prévu un article entier pour détailler les attentes et adopté une approche holistique.

Il est à présent bien établi que la consultation libre, entière, constructive et sérieuse des parties prenantes devrait avoir lieu à chaque étape du processus du devoir de vigilance (pas seulement, par exemple, lorsque les entreprises adoptent des mesures préventives ou correctives). Il est important que l'engagement des parties prenantes s'applique en premier aux personnes, aux communautés et aux populations touchées ou potentiellement touchées, mais aussi, et de manière plus large aux détenteurs et détentrices de droits, en ce compris les défenseur·es des droits humains et de l'environnement, les organisations de la société civile et les institutions de défense des droits humains. Ces acteur·rices actif·ves, ou non, dans le secteur de l'entreprise, peuvent partager leur expertise sur les enjeux, les zones géographiques, ainsi que les tensions, les dynamiques locales, les caractéristiques des conflits, etc. Leur expertise peut également être utile pour identifier d'autres parties concernées, d'autres personnes touchées, d'autres vulnérabilités et pour identifier les besoins, opportunités, contraintes, dynamiques de pouvoir et réseaux d'acteur·rices pertinent·es. Ces éléments d'information sont nécessaires pour définir les mesures à prendre et évaluer leur efficacité. De plus, et tel qu'énoncé par le Parlement, cette consultation devrait être accompagnée de campagnes d'information et de communication.

Nous recommandons que l'engagement des parties prenantes :

- soit effectif, libre, éclairé, sérieux et constructif ("meaningful");
- inclue un large éventail d'acteur et d'actrices ;
- distingue les parties prenantes affectées et les parties prenantes vulnérables, et reconnaisse en sus le rôle des syndicats, défenseur·es des droits humains et de l'environnement, et les organisations de la société civile de défense des droits humains ;
- soit sensible à la dimension culturelle et de genre ;
- soit continu, transparent et éclairé.

8. LES MÉCANISMES DE MISE EN OEUVRE

Une des principales raisons du lancement de ce processus législatif est que les normes volontaires se sont avérées insuffisantes pour garantir le respect des droits humains et de l'environnement. Cela signifie que la mise en œuvre effective devrait être un des éléments-clés de la directive. Un droit d'initiative dans les mécanismes de plainte, de contrôle et de recours devrait en conséquence être reconnu aux populations, communautés et personnes affectées, ainsi qu'aux défenseur·es des droits humains et de l'environnement. Ces acteur·rices doivent être habilités à défendre l'environnement malgré l'absence de préjudice individuel, et peuvent s'inscrire en complément des démarches individuelles d'autres acteur·rices dont les efforts pourraient être contrariés dans des situations particulières (représailles, difficultés économiques, barrière de la langue, manque d'accès à l'information, etc). À cet égard, la position du Parlement est sans aucun doute celle garantissant la meilleure sécurité juridique.

En ce qui concerne le contrôle par les autorités nationales, le Parlement précise dans sa proposition que ces organes ont le pouvoir d'évaluer la manière dont les entreprises hiérarchisent les incidences négatives et d'imposer des sanctions. Il oblige par ailleurs ces autorités à publier la liste des entreprises soumises aux dispositions de la directive, ainsi que la liste des enquêtes et des mesures correctives.

En ce qui concerne le régime de responsabilité, une différence importante est constatée entre les trois institutions. Le régime proposé par le Conseil introduit des restrictions très problématiques dont celle de la limitation de la responsabilité des entreprises aux seuls cas où elles ont « volontairement » ou « du fait de leur négligence » « porté atteinte à un intérêt protégé par une loi nationale ». Une telle approche présente le risque d'introduire des limitations qui n'existent pas dans certains systèmes nationaux et régimes de responsabilité existants. Elle introduit une certaine insécurité juridique. La Commission et le Parlement ne requièrent ni intention, ni négligence, ni n'introduisent le concept d'intérêt protégé. La proposition du Parlement reconnaît expressément le droit d'être représenté, facilite l'accès aux documents, allège la charge de la preuve, et traite des obstacles financiers et du délai de prescription. Tous ces points participent à garantir une mise en œuvre effective de la directive à l'instar de ce que recommandaient le Conseil, l'Agence des droits fondamentaux ainsi que le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, pour pallier les lacunes importantes que rencontrent les victimes et détenteurs et détentrices de droits dans l'accès aux voies de recours.

Nous recommandons :

- de reconnaître la capacité aux organisations de la société civile de défense des droits humains et de l'environnement de saisir les mécanismes de réclamation, les autorités de contrôle, et les cours et tribunaux ;
- de garantir que la saisine des mécanismes de réclamation ou des autorités nationales ne soit ni un prérequis, ni un obstacle pour accéder à toute autre forme de recours, d'action ou de procédure y compris les mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires ;
- de conférer aux autorités de contrôle un pouvoir d'injonction et de sanction détaillés ;
- d'alléger la charge de la preuve, de faciliter l'accès aux documents, de réduire les autres obstacles procéduraux, de protéger contre les représailles, y compris en autorisant les syndicats et les organisations de la société civile de défense des droits humains et de l'environnement à représenter les victimes.

9. NIVEAU D'HARMONISATION

Le Parlement européen est la seule institution, contrairement aux deux autres, à avoir pris en compte la question de l'harmonisation. Il propose, dans un premier temps, que « La Commission et les États membres se coordonnent pendant la transposition de la présente directive et par la suite en vue d'atteindre un niveau complet d'harmonisation entre les États membres et de garantir ainsi des conditions de concurrence équitables aux entreprises et d'éviter le morcellement du marché unique ». Dans un second temps, il envisage une harmonisation complète dans un délai de six ans. Cette clause devrait être supprimée.

Initialement, le secteur privé avait proposé une harmonisation complète, au motif que garantir des conditions de concurrence équitables à tous-tes les acteur-rices était capital pour éviter le morcellement du marché unique de l'Union européenne. Cependant, cette proposition a été soumise sans aucune justification. En principe, l'harmonisation juridique au sein de l'Union européenne suit la règle de l'harmonisation minimale. S'il existe des cas pour lesquels une harmonisation maximale est exigée, ils sont exceptionnels. Le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité exige au contraire que la directive n'aille pas au-delà du niveau d'harmonisation nécessaire pour atteindre l'objectif fixé. Par conséquent, les effets de la directive doivent donc être scrupuleusement étudiés avant de décider de « se coordonner » « en vue d'atteindre un niveau complet d'harmonisation ». Les améliorations que pourraient apporter les États membres au devoir de vigilance sont les bienvenues avant qu'on l'on puisse considérer l'existence d'un acquis. Il est en outre essentiel de garantir que la directive n'aura pas comme effet pervers de réduire in fine le niveau de protection des droits humains, de l'environnement, ou du climat. Les États membres

doivent garder et faire usage de leurs compétences pour définir des niveaux de protection plus élevés et pour être en mesure de respecter leurs propres obligations de protéger efficacement les droits humains contre les actions et omissions dommageables des entreprises.

L'harmonisation législative au sein de l'Union européenne n'est pas un objectif en soi, mais doit être considérée comme fonctionnelle. Elle est certes employée pour réduire les écarts juridiques entre les États membres, mais également pour atteindre certains objectifs de politique publique. De ce point de vue, il est très problématique que la clause portant sur le marché unique ait été rédigée avec pour seul objectif de garantir un niveau de concurrence équitable, sans prendre en compte les autres objectifs pertinents poursuivis que sont un haut niveau de protection de l'environnement et du climat, la promotion des valeurs fondamentales européennes, la nécessité pour les entreprises de respecter les droits humains et l'environnement, la contribution des entreprises au développement durable et à la transition juste et durable, etc.

Nous recommandons, pour faire suite à l'opinion du service juridique du Conseil selon lequel le texte proposé par le Parlement européen n'est pas juridiquement convaincant, de supprimer la clause portant sur le marché unique.

Gardons les yeux ouverts

fidh

Établir les faits - Des missions d'enquête et d'observation judiciaire
Soutenir la société civile - Des programmes de formation et d'échanges
Mobiliser la communauté des États - Un lobbying permanent auprès des instances gouvernementales
Informer et dénoncer - La mobilisation de l'opinion publique

Pour la FIDH, la transformation des sociétés est d'abord du ressort des acteurs locaux.

La Fédération internationale pour les droits humains agit aux niveaux régional, national et international en soutien de ses organisations membres et partenaires pour remédier aux situations de violations des droits humains et consolider les processus de démocratisation. Son action s'adresse aux États et aux autres détenteurs de pouvoir, comme les groupes d'opposition armés et les entreprises multinationales.

Les principaux bénéficiaires sont les organisations nationales de défense des droits humains membres du Mouvement et, par leur intermédiaire, les victimes des violations des droits humains. La FIDH a également élargi son champ d'action à des organisations partenaires locales et développe des alliances avec d'autres acteurs des changements.

Directrice de la publication :
Alice Mogwe

Rédactrice en cheffe :
Éléonore Morel

Author of the report:
FIDH

Design:
FIDH/Noam
Le Pottier

fidh

CONTACT

FIDH

17, passage de la Main d'Or

75011 Paris - France

Tel: (33-1) 43 55 25 18

www.fidh.org

Twitter: @fidh_en / fidh_fr / fidh_es

Facebook:

<https://www.facebook.com/FIDH.HumanRights/>



La FIDH
fédère **188** organisations de
défense des droits humains
dans **116** pays

fidh

CE QU'IL FAUT SAVOIR

La FIDH agit pour la protection des victimes de violations des droits humains, la prévention de ces violations et la poursuite de leurs auteurs.

Une vocation généraliste

La FIDH agit concrètement pour le respect de tous les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme – les droits civils et politiques comme les droits économiques, sociaux et culturels.

Un mouvement universel

Créée en 1922, la FIDH fédère aujourd'hui 188 organisations nationales dans 116 pays. Elle coordonne et soutient leurs actions et leur apporte un relais au niveau international.

Une exigence d'indépendance

La FIDH, à l'instar des ligues qui la composent, est non partisane, non confessionnelle et indépendante de tout gouvernement.