NOTE
POLITIQUE 32#
COMMERCE JUSTE ET DURABLE
septembre 2023

DIRECTIVE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE

LES CONDITIONS DE SON EFFICACITÉ

Une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises est en discussion à l'échelle européenne depuis février 2022. C'est en soi une avancée inédite, mais le texte actuel comporte des lacunes. Le CNCD-11.11.11 demande donc à la Belgique et l'Union européenne de donner à cette future législation les moyens de ses ambitions, en garantissant la responsabilité juridique des entreprises, l'accès effectif des victimes à la justice et son alignement sur les normes internationales existantes.

CNCD 11.11.11

éd. resp. Arnaud Zacharie / quai du Commerce 9 à 1000 Bruxelles / cover © Philip Reynaers / Photonews

L'UNION EUROPÉENNE JOUE LES CHEFS DE FILE

Faute de cadres juridiques clairs et contraignants et de chaînes de valeur complexes et opaques, de nombreuses entreprises à travers le monde tirent profit de l'exploitation des personnes et de l'environnement. Conformément aux Principes directeurs des Nations Unies, légiférer pour imposer un devoir de vigilance aux entreprises les obligerait non seulement à veiller constamment aux risques d'impacts négatifs de l'ensemble de leurs activités (prévention) et, le cas échéant, à y remédier (atténuation), mais également à réparer les dommages causés (réparation). L'enjeu n'est pas de sanctionner les entreprises (dernier recours), mais de les amener progressivement à modifier leurs pratiques.

En Europe, 37% des entreprises pratiquent une forme ou l'autre de surveillance de leurs fournisseurs et seules 16% le font tout au long de leur chaîne de production[1]. Face à ce constat, l'UE a pris l'initiative de définir un cadre règlementaire : une proposition de directive sur *le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité* est en discussion depuis février 2022. C'est une avancée inédite pour mettre fin à l'impunité des multinationales en matière de droits humains et de l'environnement. Toutefois, le texte proposé par la Commission comporte des lacunes[2] et les velléités d'affaiblissement du Conseil (décembre 2022) risquent de nuire à l'efficacité de la future législation si les propositions d'améliorations du Parlement (juin 2023) ne sont pas intégrées lors des négociations finales entre les trois institutions.

GARANTIR UNE FORTE RESPONSABILITÉ JURIDIQUE DES ENTREPRISES

Les trois textes proposés par les colégislateurs incluent des dérogations ou des limitations qui restreignent la responsabilité juridique des entreprises. Ces restrictions sont plus drastiques dans les positions de la Commission et du Conseil que dans celle du Parlement.

En termes de dérogations, la Commission et le Conseil prévoient la possibilité pour les entreprises de remplir leurs obligations de vigilance et d'éviter les poursuites judiciaires en ajoutant certaines clauses dans leurs contrats avec les fournisseurs et en déchargeant le processus de vérification sur des tiers, notamment en se référant à des audits ou à des initiatives sectorielles. Le Parlement prévoit par contre explicitement que la simple participation à des initiatives sectorielles ou la conduite d'audits ne sauraient libérer les entreprises de leur responsabilité juridique en cas d'abus.

En termes de limitations, le régime de responsabilité civile proposé par le Conseil est fondé uniquement sur la négligence ou la faute intentionnelle, ce qui est en deçà des normes prévues par le droit national en la matière. En outre, il ne prévoit pas de responsabilité pour l'entreprise donneuse d'ordre pour les dommages causés par un partenaire commercial. La position du Parlement n'est pas parfaite, mais elle reconnaît la responsabilité des entreprises donneuses d'ordre dans les violations ayant cours dans leurs chaînes de valeur : sa définition du devoir de vigilance inclut une obligation pour les entreprises d'évaluer la façon dont leurs propres agissements, leur *business model* et leurs pratiques d'achat contribuent à la survenance d'abus dans leurs chaînes de valeur et d'y remédier.

Une forte responsabilité juridique des entreprises en cas de manquement à leur devoir de vigilance est donc centrale, car c'est sur cette base que les victimes de dommages peuvent réclamer des réparations devant les tribunaux. Si d'importantes restrictions affaiblissent le régime de responsabilité de la future directive, beaucoup d'entreprises risquent d'échapper à toute forme de responsabilité et le risque est grand de limiter le devoir de vigilance à un simple exercice de « remplissage de cases ».

Donner aux victimes les moyens d'accéder réellement à la justice
En l'état actuel du droit, il est souvent extrêmement difficile pour les victimes des agissements des entreprises d'engager des recours afin d'obtenir réparation pour les dommages qu'elles ont subis. L'absence d'accès aux procédures et documents internes de prise de décision des entreprises ainsi que de nombreux autres obstacles juridiques et financiers les empêchent d'engager des poursuites judiciaires : coûts élevés, délais courts, capacité juridique restreinte (en raison, par exemple, d'une méconnaissance du système institutionnel ou de l'impossibilité d'être représentée), etc. Donner aux victimes et à leurs représentants les moyens d'accéder à la justice pour jouir de leur droit de recours est un autre enjeu capital de la directive.

La future législation européenne crée un droit de recours devant les tribunaux de l'UE. Mais dans l'état actuel des négociations, ce sont les victimes qui doivent prouver le sort subi. L'UE devrait prévoir le renversement de la charge de la preuve afin que ce soit aux entreprises de prouver qu'elles ont respecté les règles, ainsi que d'autres mesures concrètes pour garantir aux victimes un réel accès à la justice, telles que l'assistance juridique gratuite, des délais de prescription suffisamment longs qui tiennent

/ [1] Commission européenne, *Study on due diligence requirements through the supply chain: Final Report*, Luxembourg, 2020, p. 48. / [1] S. Wintgens, « Devoir de vigilance des entreprises : donner à la future directive européenne les moyens de ses ambitions », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 11 avril 2022.

compte de la complexité des litiges internationaux, la possibilité d'introduire des actions en réparation collective, ainsi que la possibilité que des acteurs non gouvernementaux représentent les victimes devant les cours et tribunaux.

Parmi les positions des trois colégislateurs européens, seule celle du Parlement lève une série d'obstacles procéduraux : il prévoit ainsi la possibilité pour les victimes d'entreprendre des recours collectifs et d'y être représentées par des syndicats ou des organisations de la société civile, ainsi que l'allongement du délai de prescription à au moins dix ans. Si le Parlement n'est pas parvenu à un accord sur un renversement de la charge de la preuve, il prévoit tout de même une possibilité pour les juges d'ordonner la divulgation d'informations par les entreprises si les victimes ont pu démontrer auparavant qu'il existe des éléments probants montrant que l'entreprise concernée a vraisemblablement violé la directive.

ALIGNER LE CHAMP D'APPLICATION SUR LES NORMES INTERNATIONALES

Les Principes directeurs des Nations Unies[3] préconisent que le devoir de vigilance doit s'étendre à l'ensemble des droits humains, sociaux et environnementaux reconnus internationalement, car les entreprises peuvent avoir un impact – direct ou indirect – sur la quasi-totalité de ces droits. Il doit également s'appliquer à toute la chaîne de valeur de l'ensemble des entreprises, indépendamment de leurs taille et secteur d'activité, de façon proportionnelle aux moyens dont elles disposent pour pouvoir identifier et remédier aux risques d'abus. L'alignement du champ d'application de la future directive sur les normes internationales est donc un troisième élément central de la négociation en trilogue.

Couvrir tous les (risques d') abus

Le champ d'application de la directive en termes de droits couverts dépend de la définition des « impacts négatifs » sur les droits humains, sociaux et environnementaux, pour laquelle les trois colégislateurs européens proposent des approches différentes. Le cœur de l'approche devrait être l'évaluation continue des risques sociaux et environnementaux, en veillant à ce que les risques les plus graves et probables soient traités en premier. L'approche du Parlement européen assure la plus large couverture des impacts sur l'environnement et le climat. Elle améliore aussi la clarté juridique de la future directive et contribue à l'efficacité d'une approche fondée sur les risques[4].

Toutes les entreprises sont concernées

En ce qui concerne les entreprises et secteurs couverts par le champ d'application, les positions des trois colégislateurs couvrent les entreprises européennes et non européennes, mais elles diffèrent quant à la taille et au type d'entreprises concernées. En adoptant les seuils prévus par la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD) en vigueur depuis janvier 2023, le Parlement propose le plus large champ d'application et n'opère pas de distinction entre les secteurs concernés. Son approche n'intègre toutefois pas les PME, ce qui garantirait pourtant une concurrence réellement équitable et éviterait aussi que les grandes entreprises ne transfèrent leur responsabilité aux plus petites et en bout de chaîne.

Les entreprises et secteurs concernés dépendent également de l'étendue de la chaîne de valeur couverte, qui est définie différemment par les trois colégislateurs. La position de la Commission, qui limite la chaîne de valeur aux « relations commerciales établies », risque d'encourager les entreprises à changer régulièrement de fournisseurs et sous-traitants afin d'échapper à toute obligation. Un autre risque est de réduire le champ d'application en aval (voir le concept de « chaîne d'activités » présenté par le Conseil) : les producteurs de pesticides, d'armes ou de technologies de surveillance seraient exemptés de tout examen des dommages causés par l'utilisation de leurs produits et services. Adopter la position du Parlement permettrait de couvrir certaines activités en aval, telles que la vente, la distribution ou encore le transport des produits et services.

PAS D'EXCEPTION POUR LE SECTEUR FINANCIER

Enfin, il est question d'exclure (Conseil) ou de prévoir un régime spécial (Commission et Parlement) pour le secteur financier, ce qui risque d'exclure du champ d'application de la future directive des entreprises qui financent des énergies fossiles, de la déforestation et des violations des droits humains. Tout l'enjeu est ici d'encourager à une évaluation continue des risques, et pas seulement au moment de l'attribution de fonds, pour assurer l'alignement sur les standards internationaux.

/ [3] *The corporate responsibility to respect human rights. An Interpretive Guide*, Nations Unies, New York et Genève, 2012, pp. 12-13 ; Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, article 14, p. 18. / [4] Pour plus d'informations, voir S. Wintgens, « Directive sur le devoir de vigilance : les jeux et enjeux du trilogue », Analyse du CNCD-11.11.11, septembre 2023.

NOTE POLITIQUE 32#

COMMERCE JUSTE ET DURABLE

RECOMMANDATIONS

Le CNCD-11.11.11 recommande à la Belgique et à l'Union européenne de donner à la future directive sur *le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité* les moyens de ses ambitions. Pour être efficace et contraignante, la future législation européenne devrait :

> garantir une forte responsabilité juridique des entreprises, en veillant à supprimer les dérogations (garantie contractuelle, audits, initiatives sectorielles) et les limitations (uniquement en cas de négligence ou de faute intentionnelle, pas de responsabilité pour les dommages causés par un partenaire commercial) qui restreignent la responsabilité civile des entreprises au-delà des normes déjà prévues par le droit national en la matière ;

> assurer un accès effectif à des voies de recours et des réparations pour les victimes et leurs représentants, en prévoyant le renversement de la charge de la preuve et d'autres mesures concrètes (assistance juridique gratuite, longs délais de prescription, actions en réparation collective, représentation possible par des acteurs non gouvernementaux devant les cours et tribunaux, etc.) afin de lever les obstacles juridiques graves et systémiques auxquels ils font face ;

> aligner son champ d'application sur les normes internationales en veillant à couvrir (1) l'ensemble des droits humains, sociaux et environnementaux ainsi que (2) toutes les entreprises indépendamment de leurs taille et secteur d'activité, ce qui implique de privilégier une approche fondée sur les risques, une définition plus objective des impacts environnementaux incluant le changement climatique, l'inclusion de la vente dans la définition de la chaîne de valeur et l'intégration du secteur financier sans régime spécial.

POUR EN SAVOIR PLUS

> GT Corporate Accountability, *Position note on the Corporate Sustainability Due diligence (CSDD) directive*, Bruxelles, mai 2022.

> ECCJ, « European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence. A Comprehensive analysis », *Legal Brief*, avril 2022.

> ECCJ (coord.), « Effective Environmental and Climate Protection in the CSDDD: Challenges and Priorities », *Briefing Paper*, juillet 2023.

Financé par l'Union européenne

Cette publication est financée par l'Union européenne. Son contenu relève de la seule responsabilité du CNCD-11.11.11 et ne reflète pas nécessairement les vues de l'Union européenne.

CNCD-11.11.11

+ 32 (0) 2 250 12 30 / publications@cncd.be
www.cncd.be/Publications

CONTACT

Sophie Wintgens, Chargée de recherche
Commerce juste et durable
sophie.wintgens@cncd.be

Le projet « Vers une Europe ouverte, juste et durable dans le monde – 4e projet en trio de la Présidence du Conseil de l'UE » est financé par l'Union européenne et mis en œuvre par les plateformes nationales HAND (Hongrie), CNCD-11.11.11 et 11.11.11-Koepel van de Internationale Solidariteit (Belgique), La Coordinadora ONG (Espagne), ainsi que la Confédération européenne des ONG d'urgence et de développement, CONCORD.

Belgique partenaire du développement

FÉDÉRATION WALLONIE-BRUXELLES

PRESIDENCY PROJECT ES BE HU