

Entreprises et droits de l'homme à l'aune du multilatéralisme Demi-journée de Narbonne

ENTRE RESPECT DES DROITS HUMAINS ET MAXIMISATION DES PROFITS : LA MARGE D'APPRECIATION LAISSEE PAR LE CADRE *BUSINESS & HUMAN RIGHTS* AUX ENTREPRISES MULTINATIONALES

Odile DUA

Doctorante-Assistante, Université Libre de Bruxelles

En mars 2021, le PDG de Danone, Emmanuel Faber, se voyait contraint de quitter son poste à la suite du mécontentement des actionnaires de la société vis-à-vis de sa gestion.¹ Selon certain-e-s, les raisons de ce mécontentement seraient, notamment liées aux ambitions de Faber pour Danone en matière de responsabilité sociale de l'entreprise.² L'ancien PDG avait œuvré pour la transformation de Danone en société « à mission »³, un nouveau statut mettant en principe l'emphase sur des objectifs sociaux et environnementaux, au-delà des objectifs financiers. Le PDG, qui défendait un capitalisme plus responsable, aurait subi la pression des actionnaires, en particulier celle des groupes *Bluebell Capital* et *Artisan Partners*.⁴

Indépendamment de l'impact et des résultats concrets des ambitions exprimées par Emmanuel Faber, cet exemple soulève des questions sur les intersections entre d'une

¹ CHAPERON et L. GIRARD, « Les raisons de l'éviction d'Emmanuel Faber, ex-PDG de Danone », *lemonde.fr*, 15 mars 2021, disponible sur https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/15/danone-les-ferments-de-l-eviction-de-faber_6073176_3234.html (Consulté le 31 août 2022).

² G. WERNICKE, « « L'engagement d'Emmanuel Faber en faveur de la RSE pourrait bien avoir aussi attiré... les investisseurs activistes » », *Le Monde.fr*, 23 mars 2021, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/23/l-engagement-d-emmanuel-faber-en-faveur-de-la-rse-pourrait-bien-avoir-aussi-attire-les-investisseurs-activistes_6074149_3232.html (Consulté le 31 août 2022); « Simon Gueguen et Lionel Melka : « Danone n'avait pas le bon dirigeant... ou les bons actionnaires ? » », *Le Monde.fr*, 19 mars 2021, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/19/simon-gueguen-et-lionel-melka-danone-n-avait-pas-le-bon-dirigeant-ou-les-bons-actionnaires_6073738_3232.html (Consulté le 31 août 2022).

³ J. BARTHELEMY, « Jérôme Barthélémy : “La performance financière reste prioritaire pour les marchés” », 7 mars 2021, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/07/danone-les-marches-considerent-que-le-pdg-a-mis-l-accent-sur-la-rse-au-detriment-de-la-creation-de-valeur-pour-les-actionnaires_6072241_3232.html (Consulté le 31 août 2022).

⁴ G. WERNICKE, « « L'engagement d'Emmanuel Faber en faveur de la RSE pourrait bien avoir aussi attiré... les investisseurs activistes » », *op. cit.*

part, les exigences de rentabilité intrinsèques aux sociétés commerciales et, d'autre part, le mouvement de responsabilisation de l'entreprise se traduisant par la prise en considération d'intérêts sociaux et environnementaux dans le développement de ses activités. En particulier, on peut se demander quelle est la marge d'appréciation dont bénéficient les dirigeants d'entreprise dans la poursuite de ces deux objectifs, qui ne sont pas forcément antagonistes, mais qui peuvent, dans certaines situations, entrer en conflit.

De nombreuses entreprises, comme Danone,⁵ s'engagent à agir de façon respectueuse des droits humains et de l'environnement au travers de leur code de conduite ou en adhérant publiquement à des standards de comportement internationaux, comme ceux prescrits par les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU.⁶ Parallèlement – et, comme on tentera de le démontrer, paradoxalement – pour des raisons que l'on évoquera *infra*, ces sociétés ont tendance à favoriser les intérêts financiers de leurs actionnaires à court terme, au détriment d'investissements plus durables en faveur, par exemple, du respect des droits humains dans leur chaîne de valeur.

Ces entreprises, en dépit de leurs engagements sociaux et environnementaux, portent quotidiennement atteinte aux droits humains à travers le monde dans la conduite de leurs activités. Ainsi, les exactions commises par des entreprises telles que *Holcim*,⁷ *TotalEnergies*,⁸ *H&M*⁹ et *Zara*,¹⁰ *Cargill*¹¹ ou encore *Volvo*,¹² s'engageant toutes publiquement à respecter les droits humains dans l'ensemble de leurs opérations, sont régulièrement dénoncées.¹³

⁵ *Danone's code of business conduct*, Paris, 20 janvier 2016, disponible sur <http://www.danone.com>.

⁶ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: Mise en oeuvre du cadre de référence « Protéger, Respecter et Réparer » des Nations Unies, annexé au Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Conseil des droits de l'homme, 2011.

⁷ *Human Rights and Social Policy*, Holcim, juin 2021, disponible sur https://www.holcim.com/sites/holcim/files/documents/21062021_holcim_sustainability-human-rights-social-policy.pdf; *Directive Human Rights*, Holcim, juin 2021, disponible sur https://www.holcim.com/sites/holcim/files/documents/21062021_holcim_sustainability-human-rights-directive.pdf.

⁸ « Droits humains - UNGP », *TotalEnergies.com*, s.d., disponible sur <https://totalenergies.com/fr/developpement-durable/rapports-et-indicateurs/standards-de-reporting/droits-humains-ungp> (Consulté le 9 septembre 2022).

⁹ « Human rights », *H&M Group*, s.d., disponible sur <https://hmgroup.com/sustainability/fair-and-equal/human-rights/> (Consulté le 20 septembre 2022).

¹⁰ *Policy on Human Rights*, Inditex S.A., 12 décembre 2016, disponible sur https://www.inditex.com/itxcomweb/api/media/7e50ddce-a4de-4d51-9ab0-f7c248d23656/inditex_policy_on_human_rights.pdf?t=1655306506255 (Consulté le 9 septembre 2022).

¹¹ *Cargill Commitment on Human Rights*, Cargill, février 2019, disponible sur <https://www.cargill.com/doc/1432136529974/cargill-commitment-on-human-rights.pdf>.

¹² « Human Rights and Business policy », *Volvo Group*, s.d., disponible sur <https://www.volvogroup.com/en/sustainability/social-responsibility/business-ethics/human-rights.html> (Consulté le 29 septembre 2022).

¹³ « French court upholds Syria “complicity in crimes against humanity” charge against Lafarge », 18 mai 2022, disponible sur <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/french-court-upholds-syria-complicity-in-crimes-against-humanity-charge-against-lafarge/> (Consulté le 20 septembre 2022); « France: French High Court allows case in Total Uganda oil case to go on », *Business & Human Rights Resource Centre*, 20 décembre 2021, disponible sur <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/france-french-high-court-allows-case-in-total-uganda-oil-case-to-go-on/> (Consulté le 20 septembre 2022).

L'entreprise n'est évidemment pas le seul acteur impliqué dans ces exactions. En effet, tant l'État-hôte, sur le territoire duquel les exactions ont lieu, que l'État d'origine de l'entreprise, sous la juridiction duquel elle est enregistrée, sont en mesure d'exercer un certain degré d'influence sur ces situations. Ces États sont les détenteurs principaux de l'obligation de protéger les droits humains des individus sous leur juridiction. On observe cependant une certaine privatisation – ou externalisation – de la protection des droits humains au travers du développement du régime de responsabilité de l'entreprise.

Ce régime de responsabilité de l'entreprise en matière de droits humains s'est développé principalement au travers de normes non contraignantes et en particulier de l'adoption, en 2011, des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU (ci-après : « Principes directeurs »). Ceux-ci imposent notamment un devoir de diligence à l'entreprise,¹⁴ impliquant d'identifier les incidences de ses activités sur les droits humains, d'en prévenir et d'en atténuer les effets tout en rendant compte de la manière dont elle y remédie.¹⁵ Ce devoir de diligence concerne l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, mais son ampleur dépendra de plusieurs facteurs, y compris l'influence que l'entreprise est en mesure d'exercer sur l'incidence négative.¹⁶

À la suite des principes onusiens, certains États, comme la France¹⁷ et l'Allemagne¹⁸ ont adopté des normes législatives contraignantes imposant des obligations similaires à certaines entreprises. En Belgique, une proposition de loi allant dans ce sens a été déposée l'année dernière.¹⁹ Aux Pays-Bas, ce sont les juridictions qui ont récemment intégré le devoir de diligence (général) de l'entreprise au droit national.²⁰ Encore plus récemment, la Commission européenne adoptait un projet de directive visant à imposer

2022) ; Cour de Cassation (France), *L'Association Les Amis de la Terre et al. c. TotalEnergies*, 15 décembre 2021, Arrêt n 893 FS-B ; V. XIUZHONG XU, *Uyghurs for sale: 'Re-education', forced labour and surveillance beyond Xinjiang*, Australian Strategic Policy Institute, Policy Brief Report No 26/2020, février 2020 ; A. DOWNIE, « Leading grain traders 'sourcing soy beans from Brazilian farm linked to abuse' », *The Guardian*, 20 septembre 2022, disponible sur <https://amp.theguardian.com/world/2022/aug/19/leading-grain-traders-sourcing-soy-beans-from-brazilian-farm-linked-to-abuse> (Consulté le 20 septembre 2022) ; *L'aluminium, angle mort du secteur automobile: Pourquoi les constructeurs automobiles devraient se soucier des conséquences de la production d'aluminium sur les droits humains*, Human Rights Watch, 22 juillet 2021, disponible sur <https://www.hrw.org/fr/report/2021/07/22/laluminium-angle-mort-du-secteur-automobile/pourquoi-les-constructeurs> (Consulté le 29 septembre 2022).

¹⁴ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: Mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, Respecter et Réparer » des Nations Unies, annexé au Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, A/HRC/17/31, *Conseil des droits de l'homme*, 2011, Principe 14.

¹⁵ *Ibid*, Principe 15 (b).

¹⁶ *Ibid*, Principes 17-18-19 ; commentaire du Principe 19 (b)(2).

¹⁷ Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Loi No. 2017-399, *JORF No. 0074 du 28 mars 2017*, 27 mars 2017.

¹⁸ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltpflichten in Lieferketten (Loi sur la diligence entrepreneuriale dans les chaînes d'approvisionnement), du 16 juillet 2021 disponible en allemand sur https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1637598954170

¹⁹ Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur, Document parlementaire 55K1903, 2 avril 2021.

²⁰ *Milieudefensie and others v. Royal Dutch Shell PLC*, The Hague District Court, n. C/09/571932 / HA ZA 19-379, Judgment of 26 May 2021, para. 4.4.20-21.

un devoir de vigilance à toute une série d'entreprises européennes ou menant des activités sur le territoire de l'Union.²¹

Dans la présente contribution, on se penchera sur l'impact des mécanismes de diligence en matière de droits humains de l'entreprise sur la marge de manœuvre qui leur est laissée dans l'exercice de mise en balance entre, d'une part, les intérêts financiers de l'entreprise et, d'autre part, les considérations d'ordre environnemental et social. On tentera d'évaluer dans quelle mesure le devoir de vigilance réduit la marge d'appréciation de la société dans cet exercice. Pour ce faire, on se penchera sur le contenu des Principes directeurs de l'ONU avant d'aborder les mécanismes envisagés par la récente proposition de directive européenne.

Une remarque préliminaire s'impose à ce stade. On utilise dans cette contribution les termes « société » et « entreprise » de façon interchangeable pour désigner les entreprises poursuivant un but lucratif, y compris celles qui se dotent, en plus de ce but lucratif, d'autres objectifs ou d'une raison d'être plus large. Sont, par contre, exclues de l'analyse les associations et fondations qui n'ont pas de but lucratif.

La contribution sera structurée en trois parties. Dans une première partie, on exposera brièvement la prémisse de départ selon laquelle il existe un paradoxe, certes non irréductible, entre, d'une part l'obligation pour l'entreprise de promouvoir ses propres intérêts et, de l'autre, le mouvement de responsabilisation de l'entreprise au travers du développement de standards de comportement généralement non contraignants (**Partie I**). Ensuite, la contribution s'intéressera au contenu des mécanismes de responsabilisation de l'entreprise prévus par les Principes directeurs de l'ONU. On analysera le contenu des obligations (*a priori* non contraignantes) prévues dans ces principes afin d'évaluer la marge d'appréciation laissée à l'entreprise dans l'exercice de son devoir de diligence lorsqu'elle est confrontée à la mise en balance entre ses intérêts financiers, d'un côté, et le respect des droits humains, de l'autre. Dans quelle mesure l'objectif de maximisation des profits de l'entreprise limite-t-il ses capacités à respecter les droits humains ? La contribution propose d'analyser le contenu de l'obligation de respect des droits humains de l'entreprise, afin de déterminer les actions concrètement et précisément attendues d'elle et d'en apprécier le degré d'exigence (**Partie II**). Enfin, on évaluera dans quelle mesure le mouvement de cristallisation de ces mécanismes dans des normes contraignantes corrige les limites identifiées sur la base d'une analyse de la proposition de directive européenne (**Partie III**).

²¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022)71 final 2022/0051 (COD), 23 février 2022.

PARTIE I – PREMISSE : L'INCOMPATIBILITE RELATIVE ENTRE DROITS HUMAINS ET MAXIMISATION DE PROFITS

Joël BAKAN qualifie l'entreprise cotée en bourse d'entité psychopathe.²² Il démontre que le comportement de cette *créature* « irresponsable » et « manipulatrice » est, par nature, guidé par la maximisation des profits de ses actionnaires, à l'exclusion de tout autre objectif. Toute initiative philanthropique de l'entreprise ne serait acceptable que dans la mesure où elle servirait les intérêts financiers des actionnaires.²³ La détermination des grandes entreprises à jouer un rôle d'avant-plan dans la protection des droits humains et du climat, si elle peut être bénéfique dans certaines situations, n'aurait en réalité d'autre objet que celui de servir les intérêts financiers de l'entité et serait, partant, intrinsèquement limitée.²⁴

Bien qu'utilisant un tout autre champ lexical, la Commission européenne identifie, dans une étude sur les obligations des administrateurs des sociétés et la gouvernance durable des entreprises publiée en 2020, la tendance des entreprises à favoriser leurs intérêts à court terme, dans leur prise de décision.²⁵ Celles-ci privilégient la distribution de profit aux actionnaires (au travers de la distribution de dividendes ou de rachats d'actions propres) au détriment d'investissement à plus long terme, y compris, aux dépens d'investissements durables. Cette approche traduit une vision « à court terme » dans le chef des entreprises,²⁶ qui a des conséquences dommageables pour la protection de l'environnement, les inégalités sociales et les droits humains.²⁷

Puisqu'elle se fait aux dépens de l'investissement durable, cette approche *court-termiste* limite en particulier le développement de politiques de promotion des droits humains au sein des chaînes de valeurs mondiales des entreprises.²⁸

La vision à court terme des entreprises est expliquée par une série de facteurs réglementaires ou liés aux pratiques du marché.²⁹ On trouve parmi ces facteurs la pression exercée par les investisseurs, la composition des conseils d'administration, mais aussi l'obligation pesant sur les administrateurs, de prendre leurs décisions dans l'intérêt de la société.³⁰

²² J. BAKAN, *The Corporation : The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, Free Press, 2005, pp. 56-57.

²³ *Ibid.*, p. 37 ; J. BAKAN, *The New Corporation : How « Good » Corporations are Bad for Democracy*, New York, Vintage Books, 2020, pp. 40-41.

²⁴ J. BAKAN, *The New Corporation : How « Good » Corporations are Bad for Democracy*, *op. cit.*, p. 52.

²⁵ *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report.*, Commission européenne, Directorate-General for Justice and Consumers, juillet 2020, p. 9: la Commission définit le court-termisme de la façon suivante : "Short-termism can be assessed by looking at the evolution of the amount of corporate funds being used for pay-outs to shareholders (in the form of dividends or shares buybacks) compared with the evolution of the amount used for the creation of value over the life cycle of the firm, namely through investment in infrastructure, workers training, Research and Development (R&D), and investment in sustainability".

²⁶ *Ibid.*, p. 12.

²⁷ *Ibid.*, p. 22.

²⁸ *Ibid.*, p. 27.

²⁹ *Ibid.*, p. 31.

³⁰ *Ibid.*

Cette obligation, et le concept d'intérêt de la société ne sont généralement pas définis précisément.³¹ En raison de ce manque de clarté et en l'absence de normes contraignantes imposant la prévalence d'autres critères, les intérêts de l'entreprise sont majoritairement interprétés comme la maximisation des profits de ses actionnaires, bien que cette primauté de l'actionnaire ne constitue pas une norme juridique contraignante.³²

Même lorsque le droit national prévoit explicitement la prise en compte de considérations d'ordre environnemental ou social et/ou exclut la primauté des intérêts des actionnaires sur ceux des autres parties prenantes, les administrateurs ne sont pas guidés dans la manière d'effectuer une balance entre les différents intérêts en présence, y compris ceux de la société dans son ensemble.³³ En effet, certains systèmes nationaux prévoient explicitement la prise en considération d'intérêts sociaux ou environnementaux dans les mécanismes de gestion de l'entreprise. Aux Pays-Bas, par exemple, le conseil d'administration doit agir dans l'intérêt « *of the company and its enterprise, understood to mean 'to act in the interest of all stakeholders', with the Supreme Court confirming that shareholder interest 'does not take priority over the interests of other stakeholders'* ». ³⁴ En France, depuis 2019, les sociétés ont la possibilité, sur base volontaire, de modifier leur objet social en se dotant d'une raison d'être,³⁵ concrétisant ainsi leurs objectifs en matière de responsabilité sociale de l'entreprise dans leurs statuts,³⁶ ou encore de se transformer en société à mission. Cependant, ces deux possibilités sont facultatives et laissées au libre choix des entreprises. Par contre, depuis l'adoption de la loi PACTE, le Code civil prévoit, de manière contraignante pour toutes les sociétés que « [l]a société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »³⁷ et le Conseil d'administration est tenu d'agir conformément à l'intérêt social de la société tout « en considérant les enjeux sociaux, environnementaux [...] de son activité ». ³⁸ Malgré cela, différentes études ont montré qu'en pratique les sociétés privilégient la protection de leurs propres intérêts, qu'elles interprètent comme la maximisation des profits de leurs actionnaires.³⁹

³¹ *Ibid.*, p. 32 ; B. SJÅFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », in B. SJÅFJELL et B.J. RICHARDSON (éds.), *Company Law and Sustainability: Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 89.

³² B. SJÅFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », *op. cit.*, p. 95 ; *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report.*, *op. cit.*, p. 32.

³³ *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report.*, *op. cit.*, pp. 32-33 ; B. SJÅFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », *op. cit.*, p. 81.

³⁴ B. SJÅFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », *op. cit.*, p. 104.

³⁵ Code civil français, Article 1835.

³⁶ « PACTE : Redéfinir la raison d'être des entreprises », *Site du Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique*, 11 septembre 2019, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/loi-pacte-redefinir-raison-etre-entreprises> (Consulté le 30 septembre 2022).

³⁷ LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises [France], *JORF n°0119 du 23 mai 2019*, Article 169 modifiant l'Article 1833 du code civil.

³⁸ *Ibid.*, Article 169, modifiant l'Article L225-35 du code de commerce.

³⁹ Voir par ex. : B. SJÅFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », *op. cit.*, pp. 120-125 ; *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report.*, *op. cit.* ; J. VELDMAN, F. GREGOR et P. MORROW, *Corporate Governance for a Changing World: Report of a Global Roundtable Series*, Brussels ; London, Frank Bold ; Cass Business School, 2016, p. 56, disponible sur

Autrement dit, les sociétés favorisent leurs intérêts à court terme en privilégiant la maximisation des profits de leurs actionnaires au détriment d'investissements durables en faveur d'intérêts sociaux et environnementaux.

Cela mène à des exactions commises à travers le monde dans le cadre des chaînes de valeurs toujours plus mondialisées des entreprises. Bien entendu, il y a des obligations qui s'imposent à l'entreprise dans l'État hôte, c'est-à-dire sur le territoire duquel elle développe ses activités. Cependant, il y a une tendance des entreprises à choisir des États plus permissibles ou moins en mesure de faire respecter les droits humains (en particulier lorsque des accords d'investissements limitent la possibilité d'action de l'État hôte des activités). On vise donc ici les liens entre l'entreprise et son État d'origine, sous la juridiction duquel elle est enregistrée. En l'absence de norme contraignante au sein de cet État imposant des obligations claires à l'entreprise domiciliée sous sa juridiction de s'assurer du respect des droits humains et de l'environnement dans l'ensemble de sa chaîne de valeur, l'entreprise bénéficie d'une large marge de manœuvre, qui comme on l'a vu, peut mener à la prévalence des intérêts financiers des entreprises au détriment d'autres considérations.

Dans la section suivante, on s'interrogera sur la capacité des Principes directeurs de limiter concrètement cette marge de manœuvre. Autrement dit, sur la base de la prémisse exposée dans cette section, comment les mécanismes de responsabilisation de l'entreprise prévus par les Principes directeurs de l'ONU restreignent-ils la marge de manœuvre de l'entreprise en lui imposant concrètement la prise en considération d'intérêts sociaux et environnementaux ?

PARTIE II – LARGE MARGE D'APPRECIATION DE L'ENTREPRISE DANS LES MECANISMES D'AUTOREGULATION : EXEMPLE DES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ONU

Les Principes directeurs de l'ONU, auxquels de nombreuses entreprises ont adhéré, ont été élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Ils ont ensuite été approuvés par le Conseil des droits de l'Homme en 2011.⁴⁰

Ces principes sont structurés en trois piliers distincts. Le premier pilier contient un rappel de l'obligation étatique de protéger les droits humains, le deuxième porte sur le devoir des entreprises de respecter les droits humains et le troisième concerne la nécessité de mettre en place des voies de recours efficaces en cas de violations.

Dans cette section, on se penchera en particulier sur le deuxième pilier des principes (principes 11 à 24), détaillant la responsabilité de l'entreprise de respecter les droits humains. Cette responsabilité implique d'une part pour les entreprises d'« éviter

<https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/18785/1/SSRN-id2805497.pdf> (Consulté le 14 octobre 2022) ; B. SJÅFJELL, « Beyond Climate Risk: Integrating Sustainability into the Duties of the Corporate Board », *Deakin Law Review*, novembre 2018, vol. 23, p. 10.

⁴⁰ Résolution 17/4 adoptée par le Conseil des droits de l'homme, « Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises », UN Doc. A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011.

de porter atteinte aux droits de l'homme » et, d'autre part, de « remédier aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part ». ⁴¹ Bien que cette responsabilité s'applique à l'ensemble de la chaîne de valeurs de l'entreprise, son degré varie selon sa proximité avec les potentielles violations. Dans le cadre de ses propres activités, l'entreprise doit éviter d'avoir des incidences négatives sur les droits humains ou d'y contribuer et « remédier à ces incidences lorsqu'elles se produisent ». ⁴² Dans le cadre des activités de ses relations commerciales, l'entreprise doit s'efforcer de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives « directement liées à ces activités », même si elle n'a pas contribué à ses incidences. ⁴³

Les Principes imposent donc un devoir de diligence à toutes les entreprises, quelle que soit leur taille ou leur construction juridique, ⁴⁴ dans l'ensemble de leur chaîne de valeur, ⁴⁵ c'est-à-dire pour l'ensemble de leurs activités et relations commerciales, y compris leurs fournisseurs et clients. ⁴⁶ La diligence de l'entreprise doit porter sur l'ensemble des « incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales ». ⁴⁷ Autrement dit ce devoir de diligence s'impose à l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, mais l'ampleur de ce qui est attendu de l'entreprise dépendra de l'influence qu'elle est en mesure d'exercer sur l'incidence négative et sa source. ⁴⁸

Pour s'acquitter de leur responsabilité, les entreprises doivent mettre en place des procédures et politiques adéquates (qui varieront en fonction de leur taille notamment), y compris une procédure de diligence raisonnable en matière de droits humains. Cette procédure, dont l'objectif est d'« évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, [...] regrouper les constatations et à leur donner une suite, [...] suivre les mesures prises et [...] faire savoir comment il est remédié à ces incidences », ⁴⁹ est triple. ⁵⁰

Premièrement l'entreprise doit identifier les risques relatifs aux droits humains. Pour ce faire, elle peut avoir recours à des audits internes ou externes et elle doit consulter les acteurs à risque ou impliqués. ⁵¹ Deuxièmement, la procédure de diligence mise en place par l'entreprise doit permettre de « *prévenir ces incidences et en atténuer les effets* ». Pour cette étape de prévention et atténuation des incidences, il faut distinguer trois situations. Si l'entreprise cause ou peut causer une incidence, elle doit prendre les

⁴¹ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, op. cit., Principe 11.

⁴² *Ibid.*, Principe 13(a).

⁴³ *Ibid.*, Principe 13(b).

⁴⁴ *Ibid.*, Principe 14.

⁴⁵ *Ibid.*, Principe 13.

⁴⁶ *The corporate responsibility to respect human rights. An interpretative guide*, HR/PUB/12/02, UN Human Rights Office of the High Commissioner, 2012, p. 8.

⁴⁷ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, op. cit., Principe 17.

⁴⁸ *Ibid.* Principes 17-19.

⁴⁹ *Ibid.*, principe 17.

⁵⁰ *Ibid.*, Principe 15.

⁵¹ *Ibid.*, Principe 18.

mesures nécessaires pour la prévenir ou la faire cesser. Si l'entreprise contribue ou peut contribuer à une incidence, elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et user de son influence pour atténuer l'incidence restante. Si l'incidence est directement liée à l'activité, aux produits ou services de l'entreprise par sa relation commerciale avec une autre entité, elle doit user de son influence sur l'incidence, accroître son niveau d'incidence ou considérer mettre fin à la relation commerciale.⁵² Troisièmement, l'entreprise doit rendre compte, de manière transparente, de la procédure qu'elle met en place.

Bien que les principes aient généralement été accueillis positivement et salués en tant que premier instrument codifiant un devoir de diligence des entreprises en matière de droits humains, ils furent également critiqués. Premièrement, leur nature non contraignante n'offre pas de réelles possibilités de recours aux victimes s'ils ne sont pas complétés par des normes contraignantes.⁵³ Deuxièmement, il existe un risque que certaines entreprises utilisent leur adhésion aux Principes simplement dans le but de protéger leur réputation en apparaissant aux yeux du public comme étant des entreprises responsables sans qu'elles aient une réelle intention de mettre en œuvre une diligence raisonnable efficace,⁵⁴ en démontre la faible mise en œuvre des Principes directeurs.⁵⁵ Troisièmement, le langage utilisé par les principes a été critiqué pour sa nature consensuelle et accommodante des intérêts des entreprises.

L'adoption des principes est en effet le résultat d'un compromis entre différentes parties prenantes : États, société civile, mais aussi, et surtout, les entreprises. En atteignant ce compromis, John Ruggie a réussi là où les précédentes initiatives, y compris les normes de 2003, avaient échoué.⁵⁶ Ce compromis apparaît clairement dans la rhétorique utilisée par les principes dont la nature consensuelle a été critiquée pour accommoder excessivement les intérêts des entreprises en déforçant la protection de droits humains en principe déjà strictement établis. Selon ces critiques, dans le but de leur faire accepter le cadre, une trop grande importance a été donnée aux intérêts des entreprises au détriment d'autres parties prenantes (comme les victimes).⁵⁷

⁵² *Ibid.*, Principe 19.

⁵³ J.-M. KAMATALI, « The New Guiding Principles on Business and Human Rights' Contribution in Ending the Divisive Debate over Human Rights Responsibilities of Companies: Is It Time for an ICJ Advisory Opinion? », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2012, vol. 20, p. 449.

⁵⁴ B. SJÅFJELL, « Beyond Climate Risk », *op. cit.*, p. 13 ; *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report.*, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁵ *Corporate Human Rights Benchmark Across sectors: Agricultural products, Apparel, Automotive manufacturing, Extractives & ICT manufacturing.*, World Benchmarking Alliance, Key Findings 2020.

⁵⁶ Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, Conseil économique et social, UN. doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003.

⁵⁷ S. DEVA, « Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles », in S. DEVA et D. BILCHITZ (éds.), *Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 85-86 ; J.-M. KAMATALI, « The New Guiding Principles on Business and Human Rights' Contribution in Ending the Divisive Debate over Human Rights Responsibilities of Companies: Is It Time for an ICJ Advisory Opinion? », *op. cit.*, pp. 440-441.

Tout d'abord, le caractère consensuel des principes se manifeste par un manque de précision et par l'ambiguïté de certains termes,⁵⁸ ce qui a pour conséquence d'accentuer la discrétion dont bénéficie l'entreprise dans la mise en œuvre des principes.⁵⁹ La responsabilité de l'entreprise est en effet formulée de manière souple et imprécise.⁶⁰

Le langage utilisé laisse ainsi une grande discrétion à l'entreprise dans la définition de sa responsabilité et dans la mise en œuvre des principes. Le recours à des obligations de moyen n'est pas problématique en soi et n'est pas rare en droit international, mais le manque de mécanisme de mise en œuvre contraignant qui permettrait de contester l'appréciation qui est faite par l'entreprise et d'affiner les concepts renforce encore la discrétion qui lui est laissée.⁶¹

Il est vrai que les termes sont définis dans une série de guides interprétatifs. Cependant la multiplication de ces guides risque de créer une confusion, en perdant les entreprises dans un flux d'information. De plus, les différents guides risquent de partager des messages contradictoires.⁶² Par conséquent, les guides ne corrigent pas forcément le manque de clarté et peuvent avoir pour conséquence de renforcer la marge de manœuvre des entreprises dans la détermination de ce que sont les mesures adéquates.⁶³

De plus, sous couvert de la recherche de ce compromis, certaines questions fondamentales ont été laissées de côté, les principes se limitant à une protection minimaliste des droits humains en excluant, par exemple, les aspects relatifs à la responsabilité de la maison-mère pour les violations commises par ses succursales, la question de la complicité, le retrait d'un investissement, les sanctions.⁶⁴ Mais aussi et surtout la définition de la responsabilité en matière de droits humains pour les entreprises étant donné que les Principes directeurs se contentent de renvoyer à des instruments de protection des droits humains contenant des obligations à destination des États, sans définir précisément les obligations des entreprises, ce qui peut poser des problèmes pratiques importants.⁶⁵

Ensuite, le consensus s'illustre par le choix de l'expression « diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme » comme élément central de la responsabilité de l'entreprise. Non seulement l'accent est mis sur aspects procéduraux, et

⁵⁸ S. DEVA, « Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles », *op. cit.*, p. 91.

⁵⁹ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *Melbourne Journal of International Law*, 2019, vol. 20, pp. 235-236, voir aussi C. SCHEPER, « 'From naming and shaming to knowing and showing': human rights and the power of corporate practice », *The International Journal of Human Rights*, août 2015, vol. 19, n° 6, pp. 737-756.

⁶⁰ J. NOLAN, « Hardening Soft Law: Are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights », *Brazilian Journal of International Law*, octobre 2018, vol. 15, n° 2, pp. 67, 74.

⁶¹ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *op. cit.*, pp. 235-236.

⁶² *Ibid.*, pp. 236-237.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ S. DEVA, « Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles », *op. cit.*, p. 87.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 88.

non sur la *responsabilité* substantielle de l'entreprise de respecter les droits humains,⁶⁶ mais il semble également problématique que cette procédure de diligence raisonnable – bien qu'elle soit aussi inspirée du concept de due diligence en droit international – suive le modèle de la diligence commerciale déjà appliquée par les entreprises avant toute transaction afin de gérer les risques (financiers, stratégiques ou autre) et pour se protéger contre un éventuel engagement de leur responsabilité *a posteriori*.⁶⁷ Les entreprises sont en effet encouragées à utiliser les mécanismes de diligence commerciale déjà mis en place en leur sein, en y intégrant des considérations relatives aux droits humains. C'est en ce sens que le commentaire relatif au principe 17 prévoit que « la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peut être incorporée dans les systèmes de gestion de risques de l'entreprise au sens large [...] ».

De manière générale, les Principes directeurs cherchent donc à internaliser des préoccupations d'intérêt public dans les systèmes et procédures internes de l'entreprise. Néanmoins, ces procédures internes sont par nature organisées de manière à promouvoir les intérêts de l'entreprise elle-même. Même si les intérêts de l'entreprise et l'intérêt public peuvent parfois coïncider, ce n'est pas toujours le cas, et au plus l'entreprise bénéficie d'une discrétion importante, au plus le risque est grand qu'elle fasse prévaloir ses objectifs commerciaux.⁶⁸ D'autant plus que comme les Principes directeurs ne prévoient pas la supériorité hiérarchique des droits humains, les entreprises sont libres de faire prévaloir d'autre intérêt (financiers) dans la mise en balance qu'elles opèrent lorsqu'elles considèrent l'opportunité d'un projet.⁶⁹

Ces critiques mettent en lumière la discrétion dont bénéficient les entreprises dans la mise en œuvre de leur responsabilité. Néanmoins, il est maintenant établi que l'autorégulation des entreprises au travers de leur engagement volontaire, tout en laissant opérer les lois du marché, est insuffisante pour protéger les droits humains des victimes de leurs abus.⁷⁰ C'est pourquoi les initiatives visant à rendre les procédures de diligence contraignantes se multiplient aux niveaux national,⁷¹ mais aussi régional⁷² et international⁷³. Dans la section suivante, on se penchera sur l'une de ces initiatives, la

⁶⁶ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *op. cit.*, p. 238.

⁶⁷ J. BONNITCHA et R. MCCORQUODALE, « The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », *European Journal of International Law*, novembre 2017, vol. 28, n° 3, pp. 899-919.

⁶⁸ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *op. cit.*, p. 238.

⁶⁹ S. DEVA, « Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles », *op. cit.*, p. 100.

⁷⁰ J.-M. KAMATALI, « The New Guiding Principles on Business and Human Rights' Contribution in Ending the Divisive Debate over Human Rights Responsibilities of Companies: Is It Time for an ICJ Advisory Opinion? », *op. cit.*, pp. 441, 449-450 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, p. 2 (exposé des motifs).

⁷¹ Voir par exemple, la proposition de loi belge : Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur., Document parlementaire 55K1903, 2 avril 2021.

⁷² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*

⁷³ Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises., *Third revised draft, OEIGWG*, 17 août 2021.

proposition de directive de l'Union européenne, afin de déterminer dans quelle mesure la cristallisation des mécanismes de diligence de l'entreprise dans des normes contraignantes permet de limiter en pratique la marge d'appréciation des entreprises.

PARTIE III – MARGE D'APPRECIATION SEULEMENT PARTIELLEMENT LIMITEE PAR L'ADOPTION DE NORMES CONTRAIGNANTES

La Commission européenne communiquait sa proposition de Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité⁷⁴ le 23 février dernier, soit plus de 10 ans après l'adoption des Principes directeurs de l'ONU. Cette directive prévoyant un devoir de vigilance contraignant pour certaines entreprises représente une avancée majeure dans le mouvement de responsabilisation de celles-ci. (A.) Cependant, en l'état, les mesures proposées qui semblent manquer d'ambition et de clarté ne sont pas forcément de nature à réduire concrètement la marge de manœuvre des entreprises.⁷⁵ (B.)

A. La proposition de directive : une avancée majeure dans le mouvement de responsabilisation de l'entreprise *en théorie*

Il est certain que l'adoption de la directive européenne, et des lois nationales la mettant en œuvre par les États membres représenteraient une grande avancée dans le mouvement de responsabilisation des entreprises.

Tout d'abord, une initiative au niveau européen ou international limiterait la fragmentation causée par l'adoption de normes contraignantes nationales n'ayant pas toutes le même champ d'application personnel ou matériel. Un instrument européen permettrait également la création de conditions égales pour toutes les entreprises européennes.⁷⁶

Ensuite, la Directive met en place un devoir de vigilance contraignant pour les entreprises couvertes par son champ d'application. Le régime proposé par la directive dépasse donc l'approche purement volontaire de la diligence des entreprises. Celles-ci seraient dans l'obligation d'intégrer la diligence due en matière de droits humains dans leurs politiques internes en adoptant notamment un code de conduite s'appliquant à l'entreprise, ses employés et ses filiales. L'obligation de diligence, similaire à celle que l'on retrouve dans les Principes directeurs de l'ONU, se décline en trois éléments.

En premier lieu, l'entreprise serait tenue d'identifier les potentiels effets néfastes de ses activités, celles de ses filiales et celles de ses relations commerciales établies, en consultant, *le cas échéant*, les groupes potentiellement affectés.⁷⁷

En deuxième lieu, après avoir identifié les risques, les entreprises seraient dans l'obligation de prendre des mesures appropriées pour prévenir les incidences potentielles et si la prévention n'est pas possible, limiter ces incidences. Les mesures à prendre par

⁷⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*

⁷⁵ I. LANDAU, « Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance », *op. cit.*, pp. 222-223.

⁷⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, p. 3 (exposé des motifs).

⁷⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, article 6(4).

l'entreprise, *selon les besoins*, comprennent des investissements, le développement et la mise en œuvre d'un plan de prévention contenant des actions concrètes, l'obtention de garanties contractuelles de la part des relations commerciales directes, qu'elles respecteront le code de conduite, et éventuellement le plan de prévention. Pour vérifier le respect des garanties obtenues, les entreprises pourraient *se référer à des initiatives sectorielles appropriées ou à une vérification par un tiers indépendant*.⁷⁸

En troisième lieu, les entreprises seraient contraintes de mettre fin aux incidences réelles ou en limiter l'impact. Là encore, *selon les besoins*, les mesures à prendre incluent la neutralisation de l'incidence négative, y compris au travers du paiement de dommages et intérêts aux victimes, le développement et la mise en œuvre d'un plan d'action correctif, éventuellement en consultant les personnes affectées, l'obtention de garanties contractuelles de la part d'une relation commerciale directe avec qui l'entreprise a une relation commerciale établie, que ce partenaire se conformera au code de conduite et éventuellement avec le plan d'actions correctives, avec une nouvelle fois la possibilité de vérifier le respect de ces garanties en ayant recours à *des initiatives sectorielles appropriées ou à une vérification par un tiers indépendant*.⁷⁹

De plus, l'article 25 contraint les administrateurs, lorsqu'ils prennent des décisions dans le respect des intérêts de l'entreprise, à prendre en compte les conséquences de ces décisions sur les droits humains et l'environnement y compris à court, moyen et long terme. Cependant, cette obligation ne concerne que les entreprises de plus de 500 employés réalisant plus de 150 millions d'euros de bénéfices. Il semblerait que cette obligation pour les administrateurs de prendre en compte des critères durables dans l'exercice de leur devoir de prudence n'implique pas de changement des structures commerciales existantes en droit national.⁸⁰

Enfin, la directive prévoit une série de mesures de mise en œuvre telles que l'établissement des autorités nationales de contrôle,⁸¹ disposant d'un pouvoir d'enquête, les mécanismes de sanctions « effectives, proportionnelles et dissuasives »⁸² et la responsabilité civile de l'entreprise en cas de dommage causé par le défaut de diligence.⁸³

Malgré qu'elle ait été accueillie positivement dans la mesure où elle représente une avancée majeure pour la responsabilisation de l'entreprise, les lacunes et

⁷⁸ *Ibid.*, article 7(4).

⁷⁹ *Ibid.*, article 8(5).

⁸⁰ *Ibid.*, préambule, para. 63.

⁸¹ *Ibid.*, article 17.

⁸² *Ibid.*, article 20.

⁸³ *Ibid.*, article 22.

imperfections de la proposition de directive ont rapidement été épinglées,⁸⁴ ce qui n'est pas sans rappeler les critiques déjà formulée à l'égard des lois nationales déjà adoptées.⁸⁵

B. La proposition de directive : peu apte à réduire la marge de manœuvre des entreprises en pratique

Pour commencer, la directive ne s'appliquerait en réalité qu'à un nombre restreint d'entreprises. Elle ne s'adresse en effet qu'aux entreprises européennes comptant plus de 500 employés et dont les revenus nets dépassent 150 millions d'euros ou celles actives dans l'un des secteurs à haut risque comptant plus de 250 employés et dont les revenus dépassent les 40 millions d'euros. La directive s'appliquerait également aux entreprises non européennes dont les revenus dans l'UE dépassent les 150 millions d'euros ou les 40 millions d'euros pour celles actives dans un secteur à haut risque.⁸⁶ Ce champ d'application personnel limité ne couvrirait en réalité que 13000 entreprises européennes (équivalent à 1% des entreprises) et 4000 entreprises établies dans des pays tiers.⁸⁷

Le devoir de diligence que la directive impose à ces entreprises est limité à leurs relations commerciales établies, concept défini comme *une relation commerciale, directe ou indirecte, qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur*,⁸⁸ sans indication précise de ce que ce concept recouvre. Par conséquent il y a un manque de clarté dans l'étendue de l'obligation qui crée une marge d'appréciation dans la délimitation de l'étendue de la chaîne de valeur couverte par le devoir de diligence.⁸⁹ Cette limite et ce manque de clarté pourraient d'ailleurs encourager les entreprises à se

⁸⁴ « Devoir de vigilance des entreprises : Une future directive européenne, mais d'importantes lacunes », *CNCD-11.11.11*, 23 février 2022, disponible sur <https://www.cncd.be/Devoir-de-vigilance-des-7496> (Consulté le 18 octobre 2022) ; « UE : Projet de loi décevant sur le devoir de diligence des entreprises », *Human Rights Watch*, 28 février 2022, disponible sur <https://www.hrw.org/fr/news/2022/02/28/ue-projet-de-loi-decevant-sur-le-devoir-de-diligence-des-entreprises> (Consulté le 18 octobre 2022) ; « Directive sur le devoir de vigilance des entreprises : la proposition enfin dévoilée par la Commission doit impérativement être améliorée », *Sherpa*, 23 février 2022, disponible sur <https://www.asso-sherpa.org/directive-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-la-proposition-enfin-devoilee-par-la-commission-doit-imperativement-etre-amelioree> (Consulté le 18 octobre 2022).

⁸⁵ J. SALMINEN et M. RAJAVUORI, « Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and a framework for analysis », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, octobre 2019, vol. 26, n° 5, p. 625.

⁸⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, article 2.

⁸⁷ « Échange de vues avec M. Didier Reynders, commissaire européen à la Justice, au sujet du devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », 18 mai 2022, disponible sur <https://www.lachambre.be/media/index.html?language=fr&sid=55U2885> ; « Devoir de vigilance des entreprises », *op. cit.*

⁸⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, article 3(g).

⁸⁹ J. SALMINEN et M. RAJAVUORI, « Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains », *op. cit.*, p. 620 ; G. HOLLY et S. ANDREASEN LYSGAARD, *Legislating for impact - analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive.pdf*, Danish Institute for Human Rights, mars 2022, pp. 15-16.

tenir à distance de leurs sous-traitants et à avoir recours à des contrats à court terme au lieu de développer des relations commerciales de longue durée leur permettant d'exercer une influence positive sur leur chaîne de valeur, ce qui paraît aller à contre-courant de l'objectif poursuivi.⁹⁰

Dans la mise en œuvre de ce devoir de diligence, les mesures à prendre tant au niveau de l'identification des risques qu'au niveau de la réponse à y apporter sont laissées à la libre appréciation des entreprises. En effet, dans les termes des Articles 7 et 8, elles sont invitées à prendre des mesures *selon les besoins*, ou *where relevant* dans la version anglaise, y compris en ce qui concerne la consultation des communautés potentiellement affectées par les mesures.

La Directive offre un rôle central aux codes de conduites internes, garanties contractuelles et audits externes, mesures qui ont pourtant déjà prouvé leur inefficacité.⁹¹ Pour rappel, les articles 7 et 8 prévoient que l'entreprise doit (selon les besoins) *s'efforcer* d'obtenir des garanties contractuelles de ses relations commerciales directes que celles-ci se conformeront au code de conduite de l'entreprise. Si elles sont obtenues, ces garanties contractuelles protégeront l'entreprise contre l'engagement de sa responsabilité en cas de dommages se produisant plus loin dans la chaîne de valeur. Autrement dit, si elle a obtenu les garanties contractuelles et en a vérifié le respect, le cas échéant au moyen d'audits, l'entreprise n'est pas responsable du dommage causé par une incidence liée à l'activité d'un partenaire commercial indirect avec qui elle a une relation commerciale établie.⁹²

On peut enfin mentionner que les mécanismes de sanction et de responsabilité civile ne concernent qu'un manquement à l'obligation de diligence en matière de droits humains, les articles 20 et 22 excluent même explicitement leur application à la diligence en matière de changement climatique. En effet, la proposition de directive contient un article sur le changement climatique, imposant aux plus grosses entreprises d'adopter un plan afin de s'assurer que leur stratégie commerciale soit compatible avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5° en conformité avec l'accord de Paris. Les mécanismes de sanction et de responsabilité prévus par la directive ne s'appliquent cependant pas aux obligations en matière climatique. Par ailleurs, les entreprises ne doivent inclure un objectif concret de réduction de leurs émissions que si elles ont préalablement identifié le changement climatique comme un risque principal pour, ou impact de, leurs opérations.⁹³

⁹⁰G. HOLLY et S. ANDREASEN LYSGAARD, *Legislating for impact - analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive.pdf*, *op. cit.*, p. 16.

⁹¹J. NOLAN et N. FRISHLING, « Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains », in S. DEVA et D. BIRCHALL (éds.), *Research Handbook on Human Rights nad Business*, Research handbooks in human rights, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 121 ; J. NOLAN, « Hardening Soft Law: Are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights », *op. cit.*, p. 75.

⁹² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, *op. cit.*, article 22.

⁹³ *Ibid.*, article 15(2).

L'adoption de normes nationales contraignantes imposant un devoir de diligence aux entreprises et prévoyant des mécanismes d'engagement de leur responsabilité en cas d'atteinte aux droits humains dans leur chaîne de valeur semble certes nécessaire pour, à tout le moins, contraindre les entreprises à prendre en compte les droits humains dans leurs mécanismes de prise de décision. En effet, même si les entreprises et leurs administrateurs doivent agir dans l'intérêt de l'entreprise, ils sont contraints de respecter les normes qui s'appliquent à elles, y compris les normes extérieures au droit des sociétés.⁹⁴ En ce sens, la proposition de directive vient certainement renforcer le poids des droits humains dans l'analyse coût-bénéfice effectuée par l'entreprise. Cependant, en raison de l'utilisation de termes souples, le cadre ne remet pas fondamentalement en question cette analyse coût-bénéfice. Autrement dit, si elle contraint les entreprises à prendre en compte les droits humains, la directive n'abolit pas pour autant la mise en balance des intérêts réalisée par l'entreprise et pour laquelle elle bénéficie d'une large marge d'appréciation.

On ne vise pas ici un antagonisme entre deux pôles inéluctablement opposés. On tente plutôt de désigner une discordance, une friction, existant entre, d'une part, la tendance des administrateurs des sociétés d'agir dans l'intérêt (financier) des actionnaires et, d'autre part, la protection des droits humains des individus potentiellement affectés tout au long de la chaîne de valeur de ces sociétés. Autrement dit, on admet que les activités des entreprises ne sont pas nécessairement de nature à porter atteinte aux droits humains, et peuvent même, dans certains cas, en promouvoir le respect. Cependant, en l'absence d'une obligation de protéger les droits humains qui serait hiérarchiquement supérieure à l'objectif de maximisation des profits, l'entreprise, au travers de ses administrateurs, sera amenée à prendre les décisions les plus lucratives au détriment des droits humains dans sa chaîne de valeurs.

C'est pourquoi il est crucial que le cadre normatif soit apte à guider efficacement les entreprises dans cette mise en balance en leur imposant des obligations claires et que l'objectif des sociétés commerciales soit repensé de façon à intégrer plus efficacement les considérations environnementales et sociales actuelles.⁹⁵ Dans une perspective plus radicale, la forme de la société pourrait aussi être repensée plus fondamentalement afin d'éviter, dans les termes de Grietje Baars que « la responsabilité de l'entreprise maintien[ne] et reprodui[se], avec une légitimité renouvelée, la logique d'extraction de valeur de l'entreprise et du capitalisme corporatif »⁹⁶.

⁹⁴ B. SJÄFJELL *et al.*, « Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies », *op. cit.*, p. 87.

⁹⁵ B. SJÄFJELL et M.B. TAYLOR, « Clash of Norms: Shareholder Primacy vs. Sustainable Corporate Purpose », *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2019, vol. 13, pp. 62-63.

⁹⁶ G. BAARS, *The Corporation, Law and Capitalism: A Radical Perspective on the Role of Law in the Global Political Economy*, Leiden, Brill, 2019, p. 368 (traduction libre).