

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldudroittransnational.it

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

**La due diligence obligatoire des entreprises en matière de respect de droit de l'homme et de l'environnement dans les chaînes d'approvisionnement mondiales :
Réflexions à la croisée du droit international public et privé**

*Francesca Romanin Jacur**

Introduction

1. La due diligence en droit international : un concept aussi diffus que de difficile interprétation
 - 1.1. La notion de due diligence à travers les différents domaines juridiques
 - 1.2. La définition de *Human Rights Due Diligence*
2. Les développements normatifs : un tableau très varié
 - 2.1. La loi de vigilance française et la *Sorgfaltspflichtengesetz* allemande
 - 2.2. La proposition de directive de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité
3. Les complexités du contentieux
 - 3.1. La compétence juridictionnelle, autres questions relatives à la procédure et au droit applicable
 - 3.2. Récents développements jurisprudentiels
4. Conclusion

Introduction

La transition durable, juste et verte s'appuie fortement sur les entreprises transnationales et sur leurs activités qui génèrent richesse et pouvoir d'achat à travers différentes couches sociales. Au même moment, les entreprises risquent d'être impactées négativement par rapport à des droits ou des intérêts collectifs ou diffus. Il suffit de mentionner la sécurité des travailleurs et le traitement des enfants exploités à la base de certaines chaînes de production mondiales. De plus, leurs activités peuvent causer des dommages à la santé de populations (voir le déversement d'hydrocarbures dans des écosystèmes environnementaux très fragiles, comme le delta du Niger), et ont des effets négatifs sur le changement climatique.

La mondialisation de l'économie et de ses processus productifs porte de plus en plus les entreprises à opérer dans un contexte caractérisé par la stricte coopération transnationale

* Associate Professor of International Law, University of Brescia.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

entre opérateurs dans la chaîne d'approvisionnement¹. Si, d'un point de vue économique, ce système productif peut être considéré comme unitaire, à l'inverse son encadrement juridique reste fragmenté selon les juridictions de chacun des États, et aussi selon les rapports sociétaires (rapports entre sociétés mères et leurs filiales) et contractuels (accords de distribution, franchising, contrats de production, de licence et autres). Ainsi, ce qui compte, c'est l'État dans lequel l'entreprise a son quartier général, ou bien le lieu où se situe son centre décisionnel. De plus, il y a l'État où les entreprises basent concrètement leur production, à commencer par l'extraction de matière premières, pour continuer avec les transformations successives jusqu'à arriver au produit final. Par conséquent, l'État qui réglemente la société mère, y compris dans ses aspects de production et de commercialisation, est souvent différent de l'État qui réglemente les fournisseurs et les autres aspects liés à la base de la chaîne de production. En principe, tous les États qui ont un lien avec le système de production pourraient établir leurs juridictions de compétence en cas de litige, ou appliquer leur droit matériel aux faits en cause².

Dans ce contexte, le droit international public et privé, le droit de l'Union européenne et certaines initiatives nationales visent à créer un système de réglementation des chaînes de production mondiales qui puisse combler les vides et qui dépasse la fragmentation juridique existantes afin de créer un cadre juridique plus soutenable pour les entreprises qui opèrent au niveau transnational. La protection de droits de l'homme en relation avec les activités des entreprises est depuis longtemps sur l'agenda de différentes tables de négociations au sein des Nations unies et, aujourd'hui, les efforts des négociateurs en ce domaine sont concentrés depuis 2014 sur l'adoption du *Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises. Third draft LBI (2021)*³. Les questions liées à la responsabilité des entreprises multinationales ont fait l'objet de plusieurs instruments volontaires au niveau

¹ Dans cette étude, on utilisera l'expression de « chaîne de valeur », « chaîne d'approvisionnement » pour se référer en général aux activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise. Par la suite, on verra que différentes interprétations de ces notions existent parmi les instruments juridiques examinés.

² Macchi remarque que : « *The main political and legal dilemmas characterising the business and human rights realm arise from the disconnect between the transnational nature of business operations and the essentially territorial nature of judicial remedies.* » (C. Macchi, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, Springer, 2022, p. 113); P. Franzina, « Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2022, p.828-853. Une forte interaction entre le droit international privé et le droit commercial existe en lien avec ces aspects, voir F. M. Mucciarelli, « Ricomporre il nesso spezzato: giurisdizione e legge applicabile alle imprese multinazionali », *Rivista delle Società*, 2021, p. 349-364.

³ Open-ended intergovernmental working group (OEIGWG), Conseil des droits de l'homme (CDH), *Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises. Third draft LBI*, 17 août 2021, disponible sur Internet : www.ohchr.org, par la suite *Troisième draft LBI (2021)*. Le *Troisième draft LBI (2021)*, qui, pour raisons de place, ne fait pas l'objet d'un examen approfondi dans cette étude, traite aussi de due diligence (art. 5, 6). Pour une analyse comparée de la *Proposition de directive* et du LBI, voir R. Greco, « Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection? », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, n° 1, 2023, p. 5-34.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

international et national⁴, toutefois, en considération des limites rencontrées par cette approche volontariste, on assiste depuis peu à une tendance qui se tourne vers l'adoption de règles contraignantes au niveau tant international que national, qui envisagent une diligence requise comme obligatoire⁵.

La présente étude vise, dans sa première partie, à clarifier la notion de due diligence et à montrer comment elle est interprétée dans le domaine du droit international du business et des droits de l'homme. Par la suite, la deuxième partie s'intéresse aux aspects juridiques les plus importants de ces instruments juridiques, en considérant leur champ d'application personnel et matériel, y compris les notions de due diligence et de « chaîne de valeur ». La troisième partie s'attache à voir l'interprétation donnée à ces concepts par les juges nationaux dans de récents litiges. Cette partie remarque aussi l'importance des normes de droit international privé en matière de devoir de diligence des entreprises et s'intéresse aux questions liées à la juridiction et au droit applicable. En effet, le fonctionnement des mécanismes de conflit de lois peut contribuer à assurer des solutions plus équitables aux différends, qui soient capables de rééquilibrer les positions des entreprises (parties défenderesses) et des victimes (les demandeurs) dans leurs activités, face aux obstacles de l'action en justice. La dernière partie retrace les points forts et faibles du cadre normatif actuel et propose des perspectives pour continuer la recherche dans un secteur qui montre un grand potentiel et dont on peut attendre de nombreux développements dans un futur proche.

1. La diligence due en droit international : un concept si diffus que de difficile interprétation

1.1. La notion de diligence due à travers les différents domaines juridiques

La diligence due est une notion ancienne qui remonte au droit romain⁶. C'est une norme de comportement désormais bien établie dans le droit international contemporain, qui

⁴ CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/1922470.pdf>) et le *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises* (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf>).

⁵ *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* (par la suite, *Proposition de directive*), p. 2 : « Les mesures volontaires ne semblent pas avoir entraîné d'amélioration à grande échelle dans l'ensemble des secteurs, les externalités négatives de la production et de la consommation de l'UE sont constatées à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union. » En doctrine, voir C. Macchi et C. Bright, « Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation », in M. Buscemi, N. Lazzarini, L. Magi, D. Russo (dir.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill, Leiden, 2020, p. 218-242.

⁶ S. Besson, « La due diligence en droit international », *Recueil des Cours*, tome 409, p. 179. Besson trace la généalogie de la due diligence de ses origines antiques au sein du *jus civile* romain, d'une part, et au sein du *jus*

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

joue un rôle central dans la qualification de nombreuses obligations de prévention de certains risques. Cette notion est souvent accompagnée d'adjectifs qui la qualifient comme « requise », « due », ou « raisonnable » et se réfère à des obligations de s'efforcer, en apportant une diligence, un soin ou encore une vigilance, de protéger des droits ou intérêts et non pas de garantir certains résultats. Dans certaines circonstances et à certaines conditions, le droit requiert aussi qu'on s'abstienne de nuire pour respecter lesdits droits ou intérêts. À cette dimension *ex ante*, s'ajoute une dimension *ex post* qui prolonge le devoir de vigilance, pour offrir protection contre les conséquences, qu'on les ait prévues ou qu'on eût dû les prévoir, le principe de fond étant que le titulaire du devoir de vigilance a aussi la capacité de le faire.

En droit international public, les sujets débiteurs du devoir de vigilance sont évidemment, premièrement, les États et les organisations intergouvernementales. Bien que sous des formes très variées, on peut retrouver la notion de due diligence en droit international des droits de l'homme, en droit international de l'environnement⁷, en droit international de la santé, en droit international humanitaire, en droit international du désarmement, ou encore en droit international des investissements et en droit international de la mer⁸. Malgré la grande popularité de la notion de diligence dans plusieurs domaines du droit, il n'est pas facile de trouver une définition et en fait, elle reçoit différentes lectures selon le contexte dans lequel se pose. Ainsi, comme le remarque justement Besson, « (...) la structure normative et le contenu de ce concept demeurent encore largement indéterminés. Une telle indétermination peut surprendre au sujet d'un principe si bien établi et répandu en droit international, mais la due diligence paie peut-être là le prix de son succès. Ainsi, y recourt-on désormais pour désigner, de manière interchangeable, un principe, un standard, une norme, voire même un devoir ou une obligation de comportement⁹. »

On peut remarquer, de manière très intéressante, qu'un rapprochement entre la due diligence du droit privé et celle du droit international est en train de se vérifier aujourd'hui avec les instruments juridiques qui font l'objet de cette étude. Ainsi, ces instruments internationaux ne prévoient pas directement d'obligations de diligence pour les personnes privées (morales), notamment les entreprises, mais demandent aux États membres (ou parties) – comme partie de leurs devoirs de due diligence – d'adopter et de mettre en œuvre au niveau national des actes juridiques à cet effet. Au sein même du droit interne, les lois nationales établiront donc de véritables devoirs de diligence, visant à éviter que les entreprises sous leur juridiction, et dans certains cas aussi en dehors de leur juridiction, ne violent les droits de l'homme et de l'environnement.

gentium, de l'autre. Même s'il y a une influence mutuelle entre ces deux domaines, ils restent quand même distincts et se développent en parallèle.

⁷ Notamment en matière de changement climatique, la due diligence constitue un élément fondamental de l'Accord de Paris de 2016.

⁸ Pour une vision d'ensemble qui couvre les différentes branches du droit international, voir. H. Krieger, A. Peters, et L. Kreuzer (dir.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

⁹ S. Besson, « La *due diligence* en droit international », op. cit., p. 175.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

1.2. La définition de *Human Rights Due Diligence* (HRDD)

En considération du fait que les activités des entreprises peuvent avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme soit par le biais de leurs propres activités soit par leurs relations commerciales avec d'autres parties, il semble utile d'abord de délimiter le champ d'application de la diligence requise par les entreprises en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement. Ainsi, par exemple, elle vise différentes significations selon qu'elle est considérée dans le contexte de droits de l'homme ou bien du droit des affaires : dans le domaine des droits de l'homme, la « diligence raisonnable » est une norme de conduite requise pour s'acquitter d'une obligation alors que, dans le droit des affaires, la « diligence raisonnable » est plutôt un processus de gestion des risques commerciaux¹⁰.

À ces fins, le meilleur point de départ est les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*¹¹. Le principe directeur 13 prévoit ceci : « La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises : a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent ; b) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences¹². »

Les *Principes directeurs* ne proposent pas une définition autonome de la notion de diligence, mais la Guide interprétatif se réfère la définition suivante : « La diligence raisonnable a été définie comme étant “une mesure de prudence, d'action, d'assiduité, qui est attendue, à juste titre, de la part d'une [personne] prudente et raisonnable dans des circonstances particulières et qui est généralement appliquée par elle; qui n'est pas évaluée par une quelconque norme absolue, mais qui dépend de faits relatifs au cas précis¹³” ».

Récemment, le Rapporteur de l'Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights a repris

¹⁰ Sur ces différences, voir 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* 28, n° 3, 2017 : 899-920, v. p. 900 : « The use of the term “due diligence” in the Guiding Principles appears to be a clever and deliberate tactic, as it is familiar to business people, human rights lawyers and states, among whom Ruggie sought to build a consensus on his approach. »

¹¹ CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04 (par la suite *Principes directeurs*).

¹² Le Commentaire à cette disposition clarifie que « Aux fins des Principes directeurs, on entend par “activités” de l'entreprise ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire et par “relations commerciales” les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux. », CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf

¹³ Cette définition est reprise par le *Dictionnaire Black's Law*, 6^e éd., St. Paul, Minnesota, West, 1990. Voir *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : Guide interprétatif*, 2012, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_PUB_12_2_fr.pdf, p. 6.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

les éléments centraux des principes directeurs 15 et 17, et recommande l'inclusion dans le Troisième draft LBI (2021) de la définition suivante de « Human rights due diligence » : « (...) shall mean the processes by which business enterprises identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts. While these processes will vary in complexity with the size of a business enterprise, the risk of severe adverse human rights impacts, and the nature and context of the operations of that business enterprise, these processes will in every case comprise the following elements: (a) identifying and assessing any adverse human rights impacts with which the business enterprise may be involved through its own activities or as a result of its business relationships; (b) taking appropriate measures to prevent and mitigate such adverse human rights impacts; (c) monitoring the effectiveness of its measures to address such adverse human rights impacts; and (d) communicating how the relevant business enterprise addresses such adverse human rights impacts regularly and in an accessible manner to stakeholders, particularly to affected and potentially affected persons¹⁴. »

On considère que le concept de « diligence requise » peut se configurer de deux façons différentes, même si celles-ci sont souvent interconnectées¹⁵. Selon une première notion, la « diligence requise » se réfère à des processus qui contiennent une série d'obligations de prévention de certains risques, de protection contre leurs conséquences, lorsque ces risques s'avèrent et causent des dommages (*mitigate and address*), et de transparence. En particulier, cette obligation de prévention s'articule dans de nombreuses obligations procédurales, qui constituent le « minimum standard¹⁶ » : identifier et évaluer les impacts négatifs qui pourraient naître des activités de l'entreprise ou bien de ses relations commerciales ; adopter les mesures adéquates pour prévenir ou réduire ces incidences négatives, contrôler périodiquement leur mise en œuvre et communiquer aux parties concernées ces initiatives (l'obligation de transparence). Un élément constitutif de la HRDD concerne son caractère d'obligation continue, puisqu'elle doit s'appliquer aux changements qui interviennent périodiquement.

La deuxième notion se réfère à un standard de comportement, qui s'applique à toutes les étapes dudit procès et qui sert pour qualifier la conduite et par conséquent pour déterminer si celle-ci est adéquate pour satisfaire le niveau requis par la loi dans le cas d'espèce. Dans ce sens, la lettre b) de la définition proposée envisage une obligation plus générale qui inclut aussi les autres et, en plus, identifie le standard à respecter *iuncto* avec les indications contenues dans le chapeau de la disposition. Ainsi, si les comportements envisagés par les lettres a), c) et d) ne sont pas assez « diligents », il y aura une responsabilité de la part du sujet par négligence dans l'action ou par omission.

¹⁴ Open-ended intergovernmental working group (OEIGWG), 8^e Session, Conseil des droits de l'homme (CDH), *Suggested Chair Proposals for select articles of the LBI (6 October 2022)*, A/HRC/WG.16/8/CRP.1, 24 octobre 2022, article 1.

¹⁵ Sur la double nature de la notion de due diligence, voir notamment 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* 28, n° 3, 2017 : p. 899-920.

¹⁶ En ce sens, la définition avancée par le Président de l'OEIGWG spécifie que « these processes will *in every case* comprise the following elements » (italique ajouté).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

Parmi les éléments à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau de diligence requise, apparaissent la taille de l'entreprise, le risque de graves incidences négatives sur les droits de l'homme, la nature et le contexte de l'activité de l'entreprise¹⁷. D'autres critères à prendre en considération sont envisagés dans le préambule de la *Proposition de directive* qui mentionne les « particularités de la chaîne de valeur de l'entreprise, du secteur ou de la zone géographique servant de cadre aux activités des partenaires de sa chaîne de valeur », et notamment aussi « la capacité de l'entreprise à influencer ses relations commerciales directes et indirectes¹⁸ (...) ». »

2. Les développements normatifs : un tableau très varié

Pendant qu'aux Nations Unies continuent les négociations pour l'adoption du *Troisième draft LBI (2021)*, on assiste, au sein de l'Union européenne, aux étapes finales de l'adoption de la *Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité* (par la suite, *Proposition de directive*¹⁹). Entre-temps, à niveau national, plusieurs États membres ont récemment introduit une législation sur le devoir de vigilance en matière de durabilité²⁰, tandis que d'autres sont en train de légiférer ou envisagent des initiatives similaires²¹; d'autres États membres encore pourraient décider de ne pas légiférer dans ce domaine. Malgré l'intention, quelquefois explicite²², des États de se baser sur les

¹⁷ Déjà, le principe directeur 17 envisage ces éléments et en ajoute d'autres, qui caractérisent la notion de diligence, en prévoyant que les incidences négatives peuvent être potentielles ou actuelles, et notamment que les activités qui comptent sont celles de l'entreprise mais aussi celles d'autres opérateurs qui ont une relation commerciale avec elle. Cette approche flexible à la notion de due diligence est cohérente avec l'approche adoptée par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, dans son avis consultatif sur *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, Affaire n° 17 du 1^{er} février 2011 (voir notamment par. 117), disponible sur Internet : <https://www.itlos.org/fr/main/affaires/role-des-affaires/affaire-no-17/>

¹⁸ *Proposition de directive*, préambule, par. 15.

¹⁹ *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, 2022/0051*.

²⁰ Par exemple, pour les Pays-Bas, la loi n° 401/2019 du 24 octobre 2019 sur le travail des enfants tout au long de la chaîne de valeur des entreprises nationales ou active sur le territoire national (*The Netherlands, Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid)*, 13 November 2019). La loi néerlandaise prévoit un devoir de vigilance horizontal obligatoire pour les problèmes liés au travail des enfants tout au long de la chaîne de valeur. En Norvège, *Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)*, LOV-2021-06-18-99. En Allemagne, *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*, 16 juillet 2021, Official Gazette 2021 I 2959 (par la suite, *Sorgfaltspflichtengesetz*). M. Fasciglione, « The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries », in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2016, p. 94.

²¹ Des campagnes menées par la société civile en faveur de l'introduction d'une législation sur le devoir de vigilance sont en cours en Irlande, en Espagne et en Suède. En Autriche, un parti politique a soumis un projet de loi sur la responsabilité sociale concernant le travail forcé et le travail des enfants dans le secteur de l'habillement.

²² La loi allemande vise à transposer et donner application aux *Principes directeurs* des Nations Unies de 2011 et aux nombreux autres traités internationaux, comme prévu par la loi elle-même, *Sorgfaltspflichtengesetz*, Section 1, par.2, annexes 1 à 11.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

normes internationales existantes, telles que les *Principes directeurs* des Nations Unies ou les normes de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises, les lois récentes sur le devoir de vigilance au sein de l'Union européenne diffèrent fortement l'une de l'autre, souvent sur des aspects d'importance fondamentale. Le champ d'application personnel, la notion de « chaîne de valeur » et son ampleur, y compris la notion de fournisseurs directs et indirects, mais aussi les exigences de fond liées au devoir de vigilance, les mesures de mise en application et les obligations correspondantes des administrateurs divergent et pourraient encore diverger à l'avenir. Sans avoir l'ambition de les examiner à fond, les aspects plus importants seront pris en considération de manière synthétique, en s'attardant, tout d'abord, sur les lois allemande et française et, ensuite, sur la *Proposition de directive*.

2.1. La loi de vigilance française et la *Sorgfaltspflichtengesetz* allemande

En ce qui concerne le champ d'application personnel, en vertu de la loi allemande sur la due diligence sur la chaîne de valeur (*Sorgfaltspflichtengesetz*), toute entreprise possédant une succursale et employant au moins 3000 personnes en Allemagne (1 000 à compter de 2024) relève du champ d'application de la loi. Le champ d'application *ratione personae* de la loi inclut toutes les entreprises, sous quelque forme juridique qu'elles soient, ayant leur siège principal en Allemagne. Les entreprises étrangères qui ont le même nombre d'employés et ayant une filiale en Allemagne rentrent aussi dans son champ d'application.

La loi française s'applique à « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance²³. » On remarque donc que ces deux lois diffèrent l'une de l'autre en relation à leur champ d'application personnel et aussi, comme on le verra par la suite, en relation au champ d'application de la *Proposition de directive*.

Une autre différence concerne l'identification de risques d'atteinte aux droits de l'homme et à l'environnement, puisque la loi allemande les prévoit expressément dans une liste, tandis que la loi française ne les mentionne que d'une façon générale²⁴.

En ce qui concerne la notion de « chaîne de valeur », elle requiert d'affronter la question strictement connectée d'identifier les autres sujets qui engagent, par leur conduite, la responsabilité de l'entreprise au sommet de la chaîne de production. Dans ce contexte, il existe plusieurs critères applicables pour déterminer le type de lien ou de contrôle qui doit exister entre les entreprises mère et fille d'un même groupe sociétaire, ou entre l'entreprise

²³ En France, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (par la suite, *Loi française sur le devoir de vigilance*). La loi été transposée dans le code du commerce, art. L. 225-102-4.

²⁴ Afin de clarifier les définitions de risque individuel dans leur contexte, le *Sorgfaltspflichtengesetz* fait référence à 14 conventions internationales qui sont jointes dans une annexe à la loi, qui incluent les Pactes relatifs aux droits de l'homme et huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

client et son fournisseur. Quel type de contrôle faut-il pour établir une obligation de surveillance ou de diligence raisonnable et donc une responsabilité de la part de la société mère ou de la société liée dans la chaîne de valeur ?

Au niveau du droit international, par exemple, le *Troisième draft LBI (2021)* fait référence au contrôle juridique ou *de facto* sur la personne morale ou son comportement²⁵. D'autres sources, telles que la loi française sur le devoir de surveillance, suivent le critère du contrôle « direct et indirect » par rapport aux sociétés du même groupe, et le critère plus restrictif de la « relation commerciale établie » pour identifier les partenaires auxquels s'applique le devoir de diligence²⁶. La loi allemande inclut toutes activités de production, d'exploitation de produits et de prestation de services, qu'ils soient effectués en Allemagne ou à l'étranger. Ainsi, si d'un côté la loi allemande prévoit une réglementation plus contraignante des conduites de l'entreprise et de ses fournisseurs directs, selon laquelle l'entreprise doit adopter des mesures de prévention, de l'autre elle ne prévoit pas de s'appliquer aux fournisseurs indirects, envers lesquels le devoir de diligence n'apparaît que dans une obligation « limitée » de mettre en œuvre une évaluation des risques (*risk due diligence*). Ces différences existent aussi par rapport à autres lois. Ainsi, par exemple, la loi norvégienne couvre toutes les relations commerciales au long de la chaîne de valeur, mais n'envisage pas les aspects environnementaux, alors que la *Swiss Responsible Business initiative* fait référence au contrôle économique.

De ce qui précède, il ressort clairement une nécessité d'harmonisation en ce qui concerne le type de contrôle, à savoir s'il doit être juridique ou *de facto*, de quel genre – économique, opérationnel, financier – ou enfin général sur l'entreprise ou spécifique au comportement qui a généré l'illicite. Ce cadre juridique relatif au type de relation entre les deux entités devient encore plus complexe si l'on ajoute – comme élément pertinent pour l'imputation de la responsabilité à la société mère – l'existence d'engagements pris par la société mère dans le cadre de sa HRDD.

La loi française exige non seulement que les entreprises prennent des mesures pour identifier les risques au sein de leur chaîne d'approvisionnement et pour prévenir les violations, mais elle précise également que ces mesures doivent être adéquates et efficaces

²⁵ *Troisième draft LBI (2021)*, art.6.3 b).

²⁶ *Loi française sur le devoir de vigilance*, art. L. 225-102-4.-I. : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, *directement ou indirectement*, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une *relation commerciale établie*, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. » Pour une critique à cette approche, voir A. Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente », p.301 : « *Ferma l'imprecisione della definizione, riteniamo infatti che l'esenzione dagli obblighi di diligenza di tutti quei partner con cui l'impresa ha relazioni contrattuali "instabili" rappresenti una significativa lacuna e possa eventualmente anche incentivare la ristrutturazione della filiera per fini elusivi* ». Voir aussi C. Macchi, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, Springer, 2022, p. 98 qui préfère au critère « *established business relationship* » qui est plus strict, ce qui a été adopté par le LBI de « *business relationship* ». De plus, ce dernier est préférable parce qu'il s'applique à toutes les relations de l'entreprise selon un paramètre qualitatif de participation alors que l'autre semble plus enclin à reconnaître un lien quantitatif et *a priori* plus restrictif.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

dans leur mise en œuvre. Ces qualifications sont essentielles, puisqu'elles doivent assurer que les entreprises ne peuvent pas se contenter d'approuver seulement formellement les mesures énumérées par la loi. Deuxièmement, les entreprises doivent rédiger un « plan de vigilance » et le rendre public. Cette exigence de transparence devrait permettre aux parties prenantes de vérifier si une entreprise a correctement identifié les risques causés par ses activités et si les mesures prises pour faire face à ces risques sont adéquates et mises en œuvre. Troisièmement et de majeure importance pour garantir l'effectivité de l'ensemble des dispositions précédentes, les États doivent se doter des mécanismes judiciaires pour offrir des recours effectifs aux victimes. Toute personne intéressée peut demander à un juge d'ordonner à une entreprise de se conformer à la loi. Si le non-respect de la loi par une entreprise a causé un dommage à un tiers, ce tiers peut demander une indemnisation au titre du droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, en termes de nature de la responsabilité pour violation du devoir de vigilance, la loi française envisage une responsabilité civile, tandis que la loi allemande exclut délibérément la responsabilité en cas de violation²⁷. D'autre part, la loi allemande prévoit des sanctions de nature administrative, comme par exemple que l'entreprise ne puisse pas participer aux procédures publiques (par exemple, le *public procurement*).

D'autres différences existent en ce qui concerne les aspects du procès²⁸.

La loi française et la loi allemande diffèrent considérablement en ce qui concerne le champ d'application personnel, les conditions de fond et les mesures de mise en application. Les raisons pour lesquelles une seule voix européenne est exigée sur ce thème est alors bien évidente et la *Proposition de directive* vise à remplir cette fragmentation juridique, qui risque de créer des conditions de concurrence inégales entre les entreprises au sein du marché intérieur. En fait, certaines entreprises peuvent relever simultanément de deux ou plusieurs cadres juridiques nationaux différents. Une telle situation pourrait entraîner une redondance des exigences, des difficultés de mise en conformité, un manque de sécurité juridique pour les entreprises, voire des dispositions juridiques parallèles mutuellement incompatibles. À l'inverse, certaines entreprises pourraient ne relever du champ d'application d'aucun cadre national pour la simple raison qu'elles n'ont pas de liens pertinents en vertu du droit national avec la juridiction d'un État membre qui dispose de règles relatives au devoir de vigilance, et avoir ainsi un avantage sur leurs concurrentes.

2.2. La proposition de directive de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité

Les entreprises jouent un rôle fondamental pour assurer que l'Union européenne puisse – par une transition juste et verte – arriver à une économie neutre sur le plan climatique et ainsi atteindre les objectifs de développement durable (*SDG*) prévus par l'Assemblée

²⁷ *Sorgfaltspflichtengesetz*, Section 3, par. 3 : « *Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt.* » (romain ajouté).

²⁸ Du point de vue du procès, voir ci-dessous paragraphe 3.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

générale des Nations Unies²⁹. Dans ce but, « les entreprises doivent mettre en œuvre des processus complets visant à atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement dans leurs chaînes de valeur, intégrer la durabilité dans leurs systèmes de gouvernance et de gestion d'entreprise, et élaborer leurs décisions commerciales au regard des incidences sur les droits de l'homme, le climat et l'environnement, ainsi qu'au regard de la résilience de l'entreprise sur le long terme³⁰. »

Les expériences législatives préexistantes au niveau européen en matière de due diligence ont soit une application sectorielle, comme par exemple les *Règlements relatifs aux minerais originaires de zones de conflit* et celui *sur les chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation³¹ »*, soit sont essentiellement concernées par la transparence et la communication d'information, et donc présentent une ampleur d'application réduite en comparaison avec la *Proposition de directive³²*.

Au moment même de la rédaction de cet article, le procès d'adoption du projet de directive est encore en cours³³.

L'objet de la *Proposition de directive* est d'établir des règles concernant : « (a) les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie ; et (b) la responsabilité en cas de manquement aux obligations susmentionnées³⁴. »

La *Proposition de directive* prévoit des obligations de vigilance pour les entreprises, mais aussi des mécanismes de contrôle par les États et des moyens de responsabilité civile. Elle se pose donc en continuité avec les précédentes initiatives internationales sur le devoir

²⁹ Voir https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=F

³⁰ « Exposé des motifs », *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*, 2022/0051, p. 1.

³¹ Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque (JO L 130 du 19/5/2017, p. 1) ; la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union ainsi qu'à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010 [COM(2021) 706 final]. Pour d'autres initiatives dans le domaine d'action de la durabilité au niveau européen voir la *Proposition de directive*, p.4 et s.

³² Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (JO L 317 du 9.12.2019).

³³ Le 25 avril 2023, le Comité des Affaires juridiques du Parlement européen (JURI) a accepté des amendements à la version du projet présentée par la Commission européenne, qui feront l'objet d'une votation par le Parlement européen. Une fois adopté par le Parlement, les négociations finales du texte entre Parlement et Conseil pourront commencer. La *Proposition de directive* devrait être adoptée en 2024. Dans le Parlement européen, il y a neuf Comités qui travaillent sur la *Proposition de directive*. Cela représente un effort extraordinaire qui montre le grand intérêt pour ces thèmes. Dans la période présente, il s'observe une division plutôt nette entre le Parlement, en faveur d'une approche plus centrée sur la durabilité, et le Conseil.

³⁴ *Proposition de directive*, art.1.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

de vigilance en ce qui concerne les mesures de mise en œuvre et aussi en relation avec leur encadrement juridique comme des « obligations de moyens³⁵ ».

Tout d'abord, il faut souligner que, même si la *Proposition de directive* fait partie de la stratégie européenne sur la transition verte et durable, la base juridique sur laquelle elle se fonde est de nature économique et vise à éliminer les disparités entre les réglementations nationales qui pourraient constituer des entraves à la liberté d'établissement et au bon fonctionnement du marché européen. La proposition concerne donc « les processus et les mesures de protection des intérêts des membres et des parties prenantes des entreprises³⁶. » Néanmoins, cette réglementation est une initiative qui présente un grand potentiel pour ses importants avantages en matière de respect de droits de l'homme et de protection de l'environnement.

Le champ d'application *ratione personae* de la *Proposition de directive* identifie les entreprises selon leur taille, et plus spécifiquement selon le nombre d'employés et leur chiffre d'affaires net. Elle inclurait également les entreprises de pays tiers opérant sur le marché de l'Union, sur la base du même critère de chiffre d'affaires net, mais calculé par rapport non pas au niveau mondial mais de l'Union européenne. Cela implique qu'il y aura un traitement différencié entre les entreprises de la même taille : les entreprises extra-européennes, auxquelles s'applique la directive, auront très probablement une taille beaucoup plus grande par rapport aux entreprises européennes³⁷. Les règles établies par la *Proposition de directive* s'appliquent donc aussi aux entreprises établies hors de l'UE, mais qui ont un lien économique très fort avec son marché.

À côté des critères économiques, afin d'atteindre pleinement les objectifs relatifs à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, le champ d'application de la *Proposition de directive* inclut aussi les entreprises actives dans des secteurs « à fort impact³⁸ ». Les entreprises opérant dans ces secteurs seront couvertes par la directive à des

³⁵ *Proposition de directive*, préambule, par. 15 et 16.

³⁶ La base juridique de la directive sont les articles 50 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La première disposition confère à l'Union européenne la compétence d'agir pour réaliser la liberté d'établissement notamment « en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés (...), pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». (TFUE, art. 50, par. 1 et 2, point g). L'article 114 du TFUE prévoit l'adoption des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, notamment dans le cas où les disparités entre les réglementations nationales sont de nature à entraver les libertés fondamentales ou à créer des distorsions de concurrence, et par conséquent sur le fonctionnement du marché intérieur. *Proposition de directive*, par. 2.

³⁷ *Proposition de directive*, art. 2.2.

³⁸ Ces derniers sont décrits selon une catégorisation plutôt large et incluent : la fabrication et le commerce de textiles, d'articles en cuir et de produits connexes (y compris les chaussures) ; l'agriculture, la sylviculture, la pêche, la fabrication de produits alimentaires et le commerce de gros de matières premières agricoles, d'animaux vivants, de bois, de denrées alimentaires et de boissons; l'exploitation et le commerce des ressources minérales, quel que soit leur lieu d'extraction (y compris le pétrole brut, le gaz naturel, le charbon, le lignite, les métaux et minerais métalliques, ainsi que tous les autres minerais non métalliques et produits de carrière). *Proposition de directive*, par. 22 ; art. 1(b) ; art. 2(b). La même observation faite ci-dessus en relation au traitement différencié entre entreprises européennes et extra-européennes s'applique dans ce contexte aussi : les entreprises extra-européennes de secteurs « à fort impact », auxquelles s'applique la directive, auront très probablement une taille beaucoup plus grande par rapport aux entreprises européennes des secteurs équivalents.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

conditions économiques beaucoup plus strictes : plus de 250 employés (au lieu de 500) et un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros (au lieu de 150 millions d'euros). Cette approche au champ d'application personnel diffère de celui qui a été adopté par le *Troisième draft LBI (2021)*, qui prévoit de s'appliquer à toutes entreprises ayant un caractère transnational³⁹.

Un devoir spécifique de vigilance en matière de changement climatique est prévu pour les grandes entreprises⁴⁰. Ce devoir ultérieur se compose de deux éléments : en premier lieu, l'adoption d'un plan qui vise à garantir que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec les objectifs prévus par l'Accord de Paris de maintenir le réchauffement global au-dessous de 1,5 °C . Le plan doit inclure une évaluation de l'impact climatique, qui prend en compte la perspective de l'adaptation aux impacts négatifs que les changements climatiques ont sur les activités de l'entreprise, c'est-à-dire la perspective de la diminution des sources de gaz à effet de serre⁴¹. Si le plan sous-estime un des ces aspects climatiques liés à l'activité de l'entreprise, comme par exemple un excès d'émissions de gaz à effet de serre de la part de l'entreprise, un standard plus élevé de diligence est requis : le plan de l'entreprise doit prévoir des objectifs de réduction des émissions⁴².

Une question délicate encore à trancher concerne l'application des règles sur le devoir de vigilance aux entreprises financières, qui est fortement voulue par la Commission, mais par rapport à laquelle le Conseil préfère que ce soient les États membres à décider. Une telle solution impliquerait évidemment un manque d'harmonisation dans un secteur très important. À cet égard, par ailleurs, il faut tenir en compte, premièrement, que la chaîne d'approvisionnement des institutions financières présente des caractères tout à fait originaux et, deuxièmement, que, dans ce secteur, il y a déjà plusieurs obligations en matière de transparence et *reporting* sur des questions relatives à la durabilité. Sur ce point, il faut souligner que la proposition par la Commission différencie les obligations de diligence requise par les entreprises de celles requises par les institutions financières : une importante différenciation concerne l'extension de la chaîne d'approvisionnement, qui, dans le secteur financier, est nettement plus courte par rapport aux autres secteurs⁴³. Un autre exemple significatif de dérogation au « régime ordinaire » est que, si pour les entreprises « ordinaires » l'analyse des risques dans la chaîne est une obligation continue qui doit être répétée dans le temps, les institutions financières doivent faire cette analyse des risques seulement avant

³⁹ *Troisième draft LBI (2021)*, art. 3.1.

⁴⁰ L'article 15 de la *Proposition de directive* limite son application aux entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, point a), et à l'article 2, paragraphe 2, point a).

⁴¹ Art. 15, par. 1.

⁴² Art. 15, par. 2. De plus, un autre mécanisme sociétaire est prévu pour encourager le respect et la prise en compte avec attention de la dimension climatique du plan de la part des administrateurs, par la prévision que la partie variable de leur rémunération soit décidée en prenant en considération leurs contributions à la correcte mise en œuvre du plan qui à la fois délimite les intérêts à long terme et la durabilité de la stratégie commerciale de l'entreprise. Art. 15, par. 3: « Les États membres veillent à ce que les entreprises tiennent dûment compte du respect des obligations visées aux paragraphes 1 et 2 au moment de fixer la rémunération variable, si celle-ci est liée à la contribution d'un administrateur à la stratégie commerciale de l'entreprise, à ses intérêts à long terme et à sa durabilité. »

⁴³ *Proposition de directive*, préambule, par. 19.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

d'approuver le prêt. Néanmoins elles sont toujours tenues d'effectuer des évaluations périodiques pour surveiller l'exécution de la mesure et gérer les éventuelles incidences négatives⁴⁴. Cependant, sur ces aspects, beaucoup d'incertitudes restent présentes⁴⁵.

En ce qui concerne le champ d'application matériel, on assiste à son élargissement, en particulier lorsqu'il s'agit de risques potentiels là où le droit international des droits de l'homme exige normalement que le risque de préjudice soit « réel et immédiat⁴⁶ ». De plus, l'expansion concerne aussi la perspective personnelle si l'on considère que le devoir de vigilance des sociétés est dû pour les activités des filiales mais aussi des fournisseurs. En effet, la majeure innovation juridique introduite par ces instruments normatifs est l'extension des obligations de vigilance tout au long de la chaîne d'approvisionnement et la responsabilité juridique correspondante des entreprises en cas de violation ou lorsque des dommages se vérifient⁴⁷.

La version actuelle de la *Proposition de directive* prévoit que la « (...) la chaîne de valeur devrait couvrir les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales bien établies de l'entreprise. Elle devrait englober les relations commerciales directes et indirectes établies en amont⁴⁸, (...) mais aussi les relations commerciales en aval, notamment les *relations commerciales directes et indirectes bien établies*, qui utilisent ou reçoivent les produits, pièces de produits ou services de l'entreprise jusqu'à la fin de vie du produit, y compris, entre autres, la distribution du produit aux détaillants, le transport et le stockage du produit, son démantèlement, son recyclage, son compostage ou sa mise en décharge⁴⁹ (italique ajouté). » Dans les négociations du projet de directive, un autre aspect, sur lequel les points de vue entre Commission et Conseil divergent, concerne cette notion de « chaîne de valeur », qui est considérée comme étant trop large et que le Conseil voudrait remplacer par celle de « chaîne des activités », qui exclut de la chaîne les utilisateurs finaux des produits et services. Autrement dit, la notion est plus restrictive en ce qu'elle ne comprend pas les partenaires commerciaux en aval, mais seulement les opérateurs et fournisseurs de produits et services en amont. En outre, en ce qui concerne la notion de « relation commerciale bien établie », le

⁴⁴ Debevoise & Plimpton, « Update on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive », 4 mai 2023, p. 5, <https://www.debevoise.com/insights/publications/2023/05/update-on-the-directive-on-corporate-sustainable>

⁴⁵ Voir <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/eu-ministers-exclude-finance-from-due-diligence-law-in-victory-for-france/> ; <https://www.business-humanrights.org/en/blog/in-the-balance-why-european-due-diligence-legislation-must-cover-financial-services/>

⁴⁶ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, arrêt du 9 juin 2009, par. 129-130 ; Besson, op. cit., p. 363, par. 519.

⁴⁷ A. Bonfanti, « Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato », *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 171, 2021, p. 379.

⁴⁸ Ces activités incluent les rapports commerciaux qui conçoivent, extraient, fabriquent, transportent, stockent et fournissent des matières premières, des produits ou des pièces de produits, ou qui fournissent à l'entreprise des services nécessaires à l'exercice de ses activités. *Proposition de directive*, préambule, par. 18; art. 3, lett. g).

⁴⁹ *Proposition de directive*, préambule, par. 18; art.3, lett. g).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

Conseil est en faveur de remplacer cette notion par une plus restrictive de « *direct and indirect business partners*⁵⁰ ».

Un aspect de grande innovation concerne l'établissement d'une nouvelle forme de responsabilité de l'entreprise (donneuse d'ordres) en cas de manquement aux obligations de diligence : l'art. 22 de l'actuelle *Proposition de directive* prévoit que (suite à l'application de la législation nationale) les entreprises soient tenues pour responsables des dommages occasionnés par la violation de devoirs de prévention et de suppression des incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement⁵¹. En relation avec les obligations de vigilance sur ses propres activités, la responsabilité de l'entreprise peut se qualifier comme étant une responsabilité pour manquement d'une obligation de moyens. Cela implique que l'entreprise ne sera pas tenue pour responsable si elle démontre qu'elle a adopté toutes les mesures de prévention (ou de suppression) adéquates ou bien, même s'il y a un manquement, que les dommages n'en dépendent pas. Il faut aussi remarquer que le standard pour juger le comportement de l'entreprise est plus souple quand il s'agit de déterminer sa responsabilité pour des dommages occasionnés par un partenaire indirect lié à l'entreprise par « une relation commerciale bien établie⁵² ». Comme justement remarqué par Bonfanti, le champ d'application de la responsabilité civile ne renvoie pas aux obligations en matière du changement climatique, visées à l'art. 15 de la *Proposition de directive*⁵³. Par conséquent, lorsque la formulation de l'article paraît exclure une responsabilité extra-contractuelle des entreprises pour leur contribution au changement climatique, cela n'empêche pas que l'on puisse envisager une responsabilité pour violation des droits de l'homme causés (indirectement) par le changement climatique.

Le régime de responsabilité s'applique sans préjudice d'autres règles déjà existantes et applicables directement aux participants à la chaîne de valeur⁵⁴.

La seule disposition ayant un contenu de droit international privé est l'art. 22.5 de la *Proposition de directive* qui élève au niveau de loi de police « la responsabilité prévue dans les dispositions de droit national transposant le présent article [afin qu'il] soit de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre ». Cette prévision aura l'avantage d'affiner le standard applicable en matière de responsabilité civile, mais en considération du fait que chaque État va mettre en

⁵⁰ La notion de « *direct and indirect business partners* » est définie comme « *legal entities (i) with whom the company has entered into a commercial agreement in connection with its business activities or to which it provides certain services related to its chain of activities (direct business partner) or (ii) that carry out business activities related to the company (indirect business partner)*. » Voir Debevoise & Plimpton, « Update on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive », 4 mai 2023, p. 5, <https://www.debevoise.com/insights/publications/2023/05/update-on-the-directive-on-corporate-sustainable>, p. 5.

⁵¹ *Proposition de directive*, art. 22, par. 1.

⁵² *Proposition de directive*, art. 22, par. 2.

⁵³ Bonfanti justement précise que : « (...) *ci sembra che l'attuale formulazione non valga invece a escludere l'insorgere della responsabilità civile per violazioni dei diritti umani causate dal cambiamento climatico* », Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente », op. cit., p. 307.

⁵⁴ *Proposition de directive*, art. 22, par. 3 et 4.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

œuvre la directive suivant ses propres prérogatives nationales, en termes de sécurité juridique, les effets seront plutôt limités⁵⁵.

3. Les complexités du contentieux

Les litiges en matière de responsabilité des entreprises pour violation de leur devoir de diligence se caractérisent souvent comme étant particulièrement complexe à cause de différents éléments : par exemple, comme on l'a remarqué dans les paragraphes précédents, il faut établir les conditions pour l'attribution de la responsabilité qui, souvent, requièrent de remonter plusieurs « marches » de la chaîne d'approvisionnement. Ensuite, on assiste souvent à des violations des droits de l'homme, mais aussi de plus en plus des intérêts collectifs, comme la protection de l'environnement ; de plus, le contentieux peut impliquer plusieurs sujets qui peuvent agir en justice, d'un coté, mais aussi une pluralité de défendeurs, situés fréquemment dans des juridictions différentes⁵⁶.

Suivant une échelle de proximité des victimes avec les entreprises, on peut classer divers types de violations, à partir de ce qui concerne les droits des individus liés par un rapport juridique avec l'entreprise. En ce sens, en considérant les relations en raison du lien le plus étroit avec l'entreprise, les situations qui apparaissent sont – en premier lieu – celles qui concernent les employés et – deuxièmement – les fournisseurs ou autres sujets qui participent à la chaîne de production⁵⁷. Ensuite, il faut considérer les droits des tiers qui sont directement dédommagés par l'activité (ou l'omission) de l'entreprise, comme notamment il s'agit des habitants des écosystèmes pollués par l'extraction d'hydrocarbures⁵⁸. Une troisième catégorie, qui fait de plus un plus l'objet de contentieux, concerne les activités des entreprises qui ont des effets négatifs au niveau mondial, comme le changement climatique : dans ce cas, les individus portent plainte contre les entreprises comme coresponsables pour avoir contribué à l'accélération des phénomènes climatiques, qui causent des dommages aux demandeurs⁵⁹.

⁵⁵ Pour une critique en ce sens, voir Bonfanti, « Accesso alla giustizia », op. cit., p. 385, qui remarque les limites de cette approche par rapport à d'autres approches proposées, envisageant des avantages concrets pour les victimes, tel que le *forum necessitatis*, et une plus large possibilité de choisir la loi applicable en matière d'obligations non contractuelles.

⁵⁶ Les *Principes directeurs*, notamment le principe 26 et son commentaire, identifient les obstacles juridiques (la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne, le risque de déni de justice), les pratiques (coûts du procès, les difficultés à obtenir une représentation juridique) et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours.

⁵⁷ Voir, par exemple, le cas *Jabir and Others c. KiK Textilien und Non-Food GmbH* porté au Tribunal de Dortmund et relatif à un feu déclaré dans une entreprise pakistanaise qui produisait vêtements distribués par l'entreprise allemande Kik. Ce procès n'a pas abouti à une décision finale effective, qui a été empêchée par le décours des termes de prescription selon le droit applicable pakistanaise. Pour éviter ce type de déni de justice, les dispositions du *Troisième draft LBI (2021)* sur le délai de prescription pourraient contribuer à une issue plus équitable.

⁵⁸ Voir, par exemple, Cour suprême du Royaume-Uni, *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell Plc and another*, [2021], 12 février 2021, UKSC 3.

⁵⁹ Voir, par exemple, *Milieudéfensie et al. c. Royal Dutch Shell*, requête n° C/09/571932 / HA ZA 19-379. En anglais : Judgment of 26 May 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, disponible sur Internet : http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210526_8918_judgment-1.pdf

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

3.1. La compétence juridictionnelle et autres questions relatives à la procédure et au droit applicable

Les normes relatives à l'instauration du procès jouent un rôle très important parce que ce sont elles qui déterminent, en premier lieu, s'il tombera sous la juridiction d'un juge pour le contentieux dont il est question.

La *Proposition de directive* ne s'occupe pas de régler ni la juridiction ni le droit applicable, qui restent donc soumis respectivement au Règlement Bruxelles I-bis, et aux Règlements Rome-I et Rome-II, en matière de normes applicables à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle⁶⁰. La juridiction est donc attribuée au juge de l'État où le défendeur a son domicile⁶¹. Par conséquent, lorsqu'il y a un contentieux contre une entreprise ayant son siège dans l'Union européenne, la juridiction sera en principe celle d'un juge européen. Lorsqu'à l'inverse, il s'agit d'une entreprise extra-européenne, la juridiction sera celle d'un juge européen, si elle est prévue par le droit international privé d'un État membre⁶².

Puisque, notamment selon le principe du *forum regit processum*, le processus est réglé par le droit procédural national du juge⁶³ (*lex fori*), cette détermination peut radicalement influencer le destin de la cause. En particulier, c'est donc la *lex fori* qui règle la légitimation à agir et la possibilité de porter des *class actions*, qui émergent particulièrement quand il s'agit d'identifier les sujets qui ont le droit d'agir en justice pour se plaindre contre la violation d'intérêts diffus ou bien de droits collectifs, qui s'ajoutent à la (ou les) victime(s) directe(s). Par rapport aux différentes personnes, physiques ou morales, qui peuvent agir en justice, outre les victimes directes des violations, il y a les associations non gouvernementales qui représentent les intérêts collectifs des victimes. Les ordres juridiques de certains États reconnaissent, par exemple, aux organisations non gouvernementales la capacité juridique d'agir en justice pour demander leur respect⁶⁴. Il est intéressant de remarquer que l'art. 19.1 de la *Proposition de directive* prévoit que les États membres doivent faire en sorte que toute personne physique ou morale ait le droit de présenter une réclamation auprès des autorités de contrôle par rapport aux activités d'une entreprise soupçonnée d'être en violation de la

⁶⁰ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (par la suite, Règlement Bruxelles I-bis) ; Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (par la suite, Rome I) ; Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (par la suite, Rome II).

⁶¹ Règlement Bruxelles I-bis, art. 4.1.

⁶² C'est ainsi que, grâce à la loi néerlandaise, qui reconnaît la compétence juridictionnelle pour connexion, la Cour s'est déclarée compétente concernant la filiale nigérienne de l'entreprise Royal Dutch Shell dans l'affaire *Milieudefensie et al c. RDS*.

⁶³ Cette solution est prévue aussi par l'art. 11.1 du *Troisième draft LBI (2021)*.

⁶⁴ Voir, par exemple, la *Loi française sur le devoir de vigilance*, art. L. 225-102-4 : « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y a satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter (italique ajouté) »

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

directive. En adoptant une série plutôt large de critères pour établir l'accès aux autorités, il est prévu que soient compétentes les autorités de l'État membre où le demandeur a sa résidence habituelle, son siège social, son lieu de travail ou l'État du lieu de l'infraction présumée⁶⁵. Le *Troisième draft LBI (2021)*, également afin de faciliter l'accès à la justice, prévoit que les États éliminent ou réduisent les obstacles pour les requérants, et, en particulier, se retiennent de faire recours à la doctrine de *forum non conveniens*⁶⁶ ; d'autre part, qu'ils reconnaissent le *forum necessitatis* et considèrent favorablement la connexion entre contentieux aux fins de l'établissement de la juridiction compétente⁶⁷. En considération de la complexité du contentieux, cette possibilité joue un rôle clé puisque c'est souvent seulement, en tout premier lieu, grâce au soutien économique, à l'aide juridique et à la fonction d'assemblage de ces organisations qu'un contentieux peut commencer⁶⁸.

S'agissant d'un type de contentieux où de nombreux sujets peuvent être défendeurs, la *lex fori* règle aussi la possibilité de poursuivre en justice plusieurs sujets qui peuvent être de différentes nationalités. Par exemple, la société mère et la filiale ou une société fournisseuse.

En regardant de plus près les pouvoirs du juge et les autres aspects procéduraux, des différences sensibles existent entre les procès de chaque État en matière de prise de preuves, saisie préventive, et notamment intervention d'urgence, telles que les mesures conservatoires. Plus dans le détail, le juge peut rarement commander au défendeur (normalement l'entreprise) de donner accès à certaines informations qui sont dans sa sphère de contrôle et qui sont nécessaires pour fonder la demande de l'acteur. Il suffit d'imaginer pour cela les difficultés rencontrées pour connaître et examiner à fond les échanges de documents et d'informations qui sont à la base des décisions prises par le sommet de l'entreprise et qui, souvent, sont la conduite qui a causé les événements aboutissant à la violation des droits. De plus, s'agissant d'évaluer la due diligence de la part de l'entreprise, il est tout à fait évident que cette appréciation requiert un jugement « qualitatif » des comportements tenus, ce qui dépend d'une connaissance approfondie et directe des échanges entre les différents participants au processus de prise de décision. À cet égard, le *Troisième draft LBI (2021)* prévoit, quand cela est possible, que les États introduisent la possibilité de reverser la charge de la preuve en faveur des victimes⁶⁹. Dans le cas de la loi française, bien que des versions préparatoires aient envisagé la charge de la preuve sur les entreprises, ce qui aurait renforcé l'effectivité du régime de responsabilité des entreprises, dans sa version finale, la charge de la preuve est finalement restée sur les demandeurs, ce qui rend beaucoup plus difficile la possibilité de porter plainte.

⁶⁵ « Exposé de motifs », *Proposition de directive*, Section 5, p. 29.

⁶⁶ *Troisième draft LBI (2021)*, art. 9.3.

⁶⁷ *Ibid.*, art. 9.4.

⁶⁸ F. Marrella, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, Recueil des Cours, tome 385 (2017), p. 295 : « Dans son expression la plus générale l'on pourrait même commencer à dire que le droit des victimes à un recours effectif est devenu une norme de droit international coutumier. »

⁶⁹ *Troisième draft LBI (2021)*, art. 7.5.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

En ce qui concerne le droit applicable aux principaux aspects du différend lorsque celui-ci porte sur la violation des droits des travailleurs employés par l'entreprise, s'agissant de responsabilité contractuelle, le droit applicable sera identifié par le Règlement Rome I, notamment à travers l'art.8⁷⁰.

En revanche, s'il s'agit de violation d'obligations extracontractuelles, relatives à la protection des droits de l'homme, selon le Règlement Rome II, le droit applicable sera celui de l'État – même s'il s'agit d'un État tiers⁷¹ – où les dommages se sont vérifiés, sauf si – une exception très limitée – la violation présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays⁷² (*lex loci damni*). S'il s'agit de violations qui causent des dommages environnementaux, le Règlement Roma II prévoit, aux termes de l'art. 7, que – à coté du critère du lieu où les dommages se sont produits – le demandeur a la possibilité de choisir le droit de l'État où le ou les faits, qui ont causé les dommages, se sont vérifiés (*lex loci delicti*).

3.2. Récents développements jurisprudentiels

Les juges nationaux se sont déjà occupés de questions relatives à la due diligence et ont notamment statué sur la juridiction, sur le devoir de vigilance de la société mère (ou celle au sommet de la chaîne) par rapport à des violations dérivant de l'activité d'une filiale ou d'une entreprise fournisseuse⁷³. Ainsi, la Cour suprême du Royaume-Uni, dans le cas *Vedanta Resources PLC et al. c. Lungowe et al.*, a établi sa juridiction de compétence et s'est prononcée pour la responsabilité de l'entreprise Vedanta pour les délits commis par sa filiale en Zambie dans l'exploitation d'une mine de cuivre⁷⁴. La Cour a conclu que les documents publiés par Vedanta, dans lesquels la société affirmait maintenir des normes appropriées de contrôle environnemental sur les activités de ses filiales et les mettre en œuvre par le biais de surveillance, formation et d'autres mesures, étaient suffisants pour envisager une obligation

⁷⁰ L'art. 11.2 du *Troisième draft LBI (2021)* prévoit que : « *All matters of substance which are not specifically regulated under this [international legally binding instrument] may, upon the request of the victim, be governed by the law of another State where : a) the acts or omissions have occurred or produced effect ; or b) the natural or legal person alleged to have committed the acts or omissions is domiciled.* » Pour une analyse en détail de ces aspects, voir A. Bonfanti, « Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato », *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 171, 2021, p. 374.

⁷¹ Règlement Rome II, art. 3.

⁷² Règlement Rome II, art.4.3.

⁷³ Pour un aperçu du contentieux, voir R. McCorquodale, « The Litigation Landscape of Business and Human Rights », R. Meeran (ed.), *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford University Press, 2021, p. 1.

⁷⁴ Cour suprême du Royaume-Uni, *Vedanta Resources PLC and another c. Lungowe and others*, jugement du 10 avril 2019, [2019] UKSC 20.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

de diligence de sa part⁷⁵. Dans son raisonnement, la Cour considère aussi les difficultés économiques des demandeurs qui n'auront pu avoir un accès effectif à la justice⁷⁶.

Un autre différend où les juges se sont prononcés sur la loi applicable, sur les notions de chaîne d'approvisionnement, sur le contenu du devoir de vigilance et la responsabilité de l'entreprise est le différend *Milieudedefensie et al. c. Royal Dutch Shell*. Les demandeurs – sept organisations non gouvernementales et dix-sept mille autres citoyens néerlandais – ont porté plainte contre Royal Dutch Shell, pour faire reconnaître le devoir de prévenir et d'atténuer les changements climatiques comme faisant partie du devoir de due diligence prévue par le droit néerlandais. Après avoir établi la juridiction du juge néerlandais sur la base du domicile de l'entreprise, ou bien de l'État où les événements qui ont causé les dommages se sont produits, la Cour a pris sa décision sur la base du droit néerlandais⁷⁷. La Cour se fonde sur l'art. 7 du Règlement Rome-II. Cette interprétation implique que plusieurs événements pourraient donner lieu au même dommage environnemental et que – par conséquent – plusieurs lois pourraient être applicables, et choisies par les demandeurs, comme *lex loci commissi delicti*. Selon la Cour, les Pays-Bas sont le pays du *lex loci commissi delicti*, en sa qualité de « pays dans lequel l'événement à l'origine du dommage [environnemental] s'est produit », dans la mesure où les émissions mondiales de CO₂ du groupe peuvent être attribuées à des décisions stratégiques prises à son siège aux Pays-Bas⁷⁸.

En ce qui concerne la notion de « chaîne d'approvisionnement », il est intéressant de remarquer que la Cour considère que « *RDS' value chain includes the closely affiliated companies of the Shell group, on which it has a policy-setting influence (...). These also include the business relations from which the Shell group purchases raw materials, electricity and heat. Finally, the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of RDS' value chain. RDS' responsibility therefore also extends to the CO2 emissions of these end-users*⁷⁹ (*Scope 3*). » Selon le raisonnement de la Cour, le devoir de due diligence et la responsabilité de RDS qui en découle se fondent sur son rôle de *policy setting* à l'intérieur du groupe sociétaire. Ce critère pour établir la responsabilité est beaucoup plus faible que celui d'*operational control*, qui avait été adopté par les juges anglais dans de précédentes décisions⁸⁰.

⁷⁵ Sur la capacité des instruments des CSR et de *best practices* de fonder un devoir de diligence des sociétés mères, voir notamment, C. Glinski, « Corporate Social Responsibility and Corporate Liability for Environmental Damage », in B. Pozzo et V. Jacometti (dir.), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, 2021, p.111-132.

⁷⁶ *Vedanta Resources PLC and another c. Lungowe and others*, jugement du 10 avril 2019, par. 90 : « *The judge found that the claimants were at the poorer end of the poverty scale in one of the poorest countries of the world, that they had no sufficient resources of their own (even as a large group) with which to fund the litigation themselves (...).* »

⁷⁷ *Milieudedefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.3.6.

⁷⁸ *Milieudedefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.4 : « *RDS determines the general policy of the Shell group. The companies in the Shell group are responsible for the implementation and execution of the policy, and must comply with applicable legislation and their contractual obligations. The implementation responsibility of the Shell companies does not alter the fact that RDS determines the general policy of the Shell group.* »

⁷⁹ *Milieudedefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.18.

⁸⁰ Voir, par exemple, *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell PLC and other*, 2021, UKSC 3, par. 146.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

Cette décision apparaît moins progressiste en matière de reconnaissance de la légitimité d'agir en justice par les particuliers, quand ils n'ont pas de *sufficiently concrete individual interest*. Cette approche est conforme aux récentes décisions rendues par d'autres juridictions où la qualité pour invoquer des obligations de lutte contre le changement climatique a été accordée à des parties représentant des intérêts publics mais pas à celles qui veulent défendre des droits individuels⁸¹.

Plus récemment, la mise en œuvre du devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement prévue par la *Loi de vigilance* française est au centre du contentieux contre l'entreprise Total, accusée de ne pas avoir correctement mis en œuvre son plan de vigilance⁸². D'autres contentieux relatifs à la violation d'obligations prévues par la *Loi de vigilance* sont en cours devant à la Cour de Paris⁸³.

Les développements jurisprudentiels examinés semblent indiquer une tendance d'ouverture et de majeure expansion de la reconnaissance du devoir de vigilance et des responsabilités associées pour les entreprises au sommet de chaînes d'approvisionnement⁸⁴.

4. Conclusion

Les instruments normatifs nationaux et la *Proposition de directive* apportent au cadre juridique préexistant une plus grande innovation juridique : l'extension des obligations de vigilance tout au long de la chaîne d'approvisionnement et la responsabilité juridique directe des entreprises (au sommet) en cas de violation qui en découle. Le premier effet souhaité par de telles initiatives juridiques serait d'encourager les entreprises elles-mêmes à s'organiser d'une façon plus transparente et sérieuse en matière de protection des intérêts collectifs. En outre, parmi les éléments appréciables, y a-t-il sans doute la création d'un cadre juridique plus clair et prévisible qui puisse influencer positivement à un niveau plus général, non seulement la conduite des entreprises mais aussi les attentes des actionnaires (*shareholders*), des autres parties prenantes (*stakeholders*) et des États.

⁸¹ Ces décisions considèrent que les impacts du changement climatique, bien qu'importants, sont diffus et qu'il n'est peut-être pas possible d'identifier les « victimes » individuelles du changement climatique ou les individus présentant un risque suffisamment distinct de devenir des victimes.

⁸² Communiqué de Presse, 21 septembre 2022 : « les villes de Paris et New York ont officialisé rejoindre la coalition d'associations et de collectivités territoriales qui ont assigné TotalEnergies en justice pour manquement à son devoir de vigilance en matière climatique. La ville de Poitiers et Amnesty International France soutiennent également cette action », disponible sur Internet : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2022/09/DP-Coalition-Total.pdf>

⁸³ *ClientEarth, Surfrider Foundation Europe, and Zero Waste France c. Danone*, où les ONG accusent Danone de ne pas gérer de manière adéquate les risques relatifs à la production de plastique (information disponible sur <https://www.zerowastefrance.org/zero-waste-france-et-2-autres-ongs-assignent-danone-en-justice-pour-son-utilisation-de-plastique/>) ; *Comissão Pastoral da Terra and Notre Affaire à Tous c. BNP Paribas*. L'ONG fait valoir la responsabilité de la banque en relation avec le financement des projets impliqués dans la déforestation et la violation de droits de l'homme (information disponible sur <https://notreaffaireatous.org/cp-deja-visee-pour-ses-soutiens-financiers-au-secteur-des-energies-fossiles-bnp-paribas-de-nouveau-devant-la-justice-francaise-pour-son-financement-dactivites-liees-a-la-deforestation/>).

⁸⁴ Voir C. Macchi, J. Van Zeven, « *Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell* », RECIEL, 2021, p. 409-415, v. p. 414.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

Néanmoins, la *Proposition de directive* a rencontré un grand nombre de critiques. Les critiques récurrentes concernent en général les coûts économiques mais aussi les efforts en termes de capacité et de ressources humaines requises par les entreprises, y compris celles de petite et moyenne taille, mais aussi par les États dans la mise en œuvre des règles sur leur devoir de vigilance⁸⁵. Tandis que de nombreuses entreprises peuvent déjà être correctement préparées en raison de la législation nationale en vigueur, comme par exemple en Allemagne et en France, des changements importants se rendront néanmoins nécessaires lors de la mise en œuvre de la directive, lorsque les États membres seront obligés de créer des mécanismes de contrôle, qui pourront adopter des sanctions administratives et/ou des régimes de responsabilité civile pour réparer les dommages. Ces effets sont une des principales préoccupations des pays en voie de développement, et tel que cela est prévisible, aussi bien le *Troisième draft LBI (2021)* que la *Proposition de directive* prévoient des mécanismes de soutien pour les entreprises, qui devront assurer en même temps une mise en œuvre économiquement soutenable pour tous les opérateurs, sans préjudice pour une réglementation effective⁸⁶.

De manière étroitement liée à ces aspects, on retrouve les préoccupations sur les difficultés de contrôle du respect des règles tout au long de la chaîne de valeur, dont l'extension est incertaine. En lien avec ce dernier aspect, le risque d'aboutir à un régime de responsabilité objective et à la prolifération incontrôlée des litiges dans les différents États est bien présent. Il faut remarquer que les critères utilisés pour identifier son champ d'application sont, dans une large mesure, de nature dimensionnelle (nombre d'employés) et économique (chiffre d'affaires), et seulement partiellement en ce qui concerne les risques effectifs liés aux activités des entreprises. Ces critères ont comme conséquence de réduire le nombre d'entreprises soumises à ces règles et apparaissent comme inadéquats pour gérer d'une façon satisfaisante les nombreux défis de respect des droits de l'homme et de l'environnement⁸⁷.

En outre, en ce qui concerne la contribution effective de la *Proposition de directive* à la transition juste et verte, la définition des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement demeure problématique. Les incidences négatives sur l'environnement et sur les droits de l'homme pertinentes aux fins de la *Proposition de directive* sont prévues par l'Annexe. Toutefois les instruments juridiques qui y sont inclus, et particulièrement ceux en matière de protection de l'environnement, sont très limités et, par conséquent, la portée de la

⁸⁵ Les préoccupations concernent, par exemple, le devoir de reporting qui s'ajoute aux autres obligations similaires requises par d'autres récentes directives faisant partie du Green Deal et qui, souvent, n'ont pas fait l'objet d'une coordination, mais vont demander une multiplication des efforts.

⁸⁶ *Proposition de directive*, p. 19. À noter la disposition de l'art.6.4 du *Troisième draft LBI (2021)*, qui prévoit que les États doivent envisager des moyens de soutien pour les petites et moyennes entreprises qui risquent d'être particulièrement alourdis par la mise en œuvre de la HRDD.

⁸⁷ Parmi les propositions pour étendre le champ d'application de la directive, Fasciglione suggère d'appliquer les deux critères d'une façon alternative et non pas cumulative, M. Fasciglione, « Luci e ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente », in *SIDIBlog*, 26 maggio 2022, disponible sur Internet : www.sidiblog.org

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

proposition est à considérer comme étant gravement incomplète⁸⁸. Ces aspects font l'objet de discussions et de négociations en cours par le Parlement européen⁸⁹.

La *Proposition de directive* se présente en phase avec certains aspects des lignes directrices des Nations Unies, comme par exemple ce qui a trait à la notion de *human rights due diligence*⁹⁰, mais sur d'autres points – tout de même très centraux – comme, par exemple, le champ d'application subjectif ou la définition de « relation commerciale établie », elle adopte une approche différente et beaucoup plus restrictive par rapport aux notions onusiennes correspondantes, qui, dans les deux cas, s'adressent à toutes les entreprises d'une façon indifférenciée.

Du point de vue du procès, l'introduction d'un devoir de vigilance « direct » facilite pour les demandeurs la tâche de fournir la preuve de l'existence d'un *duty of care* de la partie des sociétés mères et évite la nécessité de soulever le *corporate veil*. Dans cette perspective, le contentieux joue un rôle fondamental puisque l'on assiste de plus en plus – surtout en matière de changements climatiques – à des contentieux qui ne servent pas seulement à défendre et à assurer la réparation des préjudices subis et les droits violés dans un certain cas spécifique. En effet, la *strategic litigation* essaye plus largement d'influencer les futurs comportements des différents participants, tels que les entreprises, les autres demandeurs potentiels et l'opinion publique, et évidemment – enfin et surtout – le législateur, en lui donnant des suggestions jurisprudentielles qui pourraient être reprises dans le droit positif⁹¹. Ce point revêt une grande importance, puisqu'il s'agit de l'évolution complexe d'un système productif, caractérisée par des changements profonds qui concernent les objectifs que les entreprises se posent et qui ne sont plus limités à la maximisation des profits en faveur de leur actionnariat, mais incluent aussi des obligations envers d'autres parties prenantes, qui sont en train de se renforcer. Cette « transition » durable et verte de la part du business doit s'accompagner d'une « transition juridique » parallèle capable d'intégrer les différentes demandes provenant des différents secteurs juridiques (civil, commercial, pénal et administratif, et des droits comparés correspondants) et des ordres juridiques (pays de tradition de droit civil plutôt que de *common law*, droit national, régional et international) pertinents.

Même si les aspects de droit international privé ne semblent pas être considérés comme centraux dans le débat international en matière de business et de protection des droits de

⁸⁸ En cens, voir notamment la critique de A. Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una Direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità », *JUS*, 3, 2022, p.295-329, v. p. 305-306, qui remarque que les listes de l'Annexe ne sont pas complètes ni suffisamment claires.

⁸⁹ La commission de l'environnement ENVI recommandait d'ajouter à l'article 3(b) une définition générale des atteintes à l'environnement (incluant le changement climatique, les atteintes aux sols, aux eaux, à la biodiversité et aux écosystèmes etc.). Cette proposition permettrait de pallier, en partie, l'approche restrictive de la proposition de la Commission.

⁹⁰ Voir *Proposition de directive*, art. 4 et s.

⁹¹ P. Franzina, « Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2022, p. 828-853, v. p. 833 et s., souligne comment la *strategic litigation* sert aussi à promouvoir en général la durabilité des conduites des entreprises.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Vol. 0 – 2023

l'homme, on retrouve une littérature bien établie qui observe comment le droit international privé n'est pas limité à un système de normes techniques et neutres, qui ne sont pas influencées par les valeurs à protéger. Bien au contraire, le droit international privé peut s'ouvrir à la prise en considération de ces valeurs et peut aussi bien contribuer d'une façon déterminante à leur protection⁹².

Les récents développements juridiques aussi bien normatifs que jurisprudentiels revêtent une certaine importance et ont reçu une abondante réaction de la part des juristes. Toutefois, comme suggestion pour de futures recherches, il est souhaitable d'avoir une approche holistique à la croisée des différents domaines du droit : normes de droit national et international public (normes constitutionnelles et autres normes sur la protection de droits de l'homme), normes du droit national et international privé (notamment, le droit commercial) et droit de l'Union européenne.

⁹² Sur la fonction régulatrice du droit international privé, voir R. Michaels, « Private International Law and the Question Of Universal Values », in F. Ferrari, D. P. Fernandez Arroyo (dir.), *Private International Law : Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar, 2019, p. 148 ; H. Muir Watt, « Conflicts of Laws Unbounded. The Case for a Legal-Pluralist Revival », in P. Schiff Berman (dir.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 649 ; Y. Nishitani, « Public interest in Private International Law », Colloque La Haye 2023 (sur fichier avec Auteur). En particulier, concernant la responsabilité des entreprises, voir notamment L. D'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Recueil de cours, tome 397 ; G. Carella, « Art. 19 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, 2023, p. 169.