

# ENTREPRISE ET DROIT DE L'HOMME: NOUVEAU DEVOIR DE VIGILENCE DES SOCIETES MERES ET ENTREPRISE DONNEUSES D'ORDRE ET NOUVEAUX CHAMPS D'ACTIVITE POUR L'AVOCAT

Par Bâtonnier **KAYUDI MISAMU** Coco  
*Barreau de Kinshasa-Matete*

*Bordeaux octobre 2017*



## INTRODUCTION

Le 16 juin 2011, le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU a adopté les Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme. Ces principes ont ensuite été repris par l'OCDE, la même année, dans son guide à l'intention des sociétés multinationales. Ces principes directeurs forment désormais la référence mondiale sur le thème des entreprises et des droits de l'Homme (cf. Conseil de l'Europe, déclaration du 2 mars 2016), et une quarantaine de pays ont dès lors commencé à adopter des plans d'action nationaux pour implémenter les Principes Directeurs.

Ces principes reconnaissent fondamentalement :

- a. Les obligations existantes qui incombent aux Etats de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales ;
- b. Le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant les fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme ;
- c. La nécessité que les droits et obligation s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation.

Il s'agit à la vérité d'accorder une attention particulière aux droits et aux besoins, ainsi qu'aux difficultés, des individus appartenant à des groupes ou des populations très susceptibles de devenir vulnérables ou d'être marginalisés, en accordant toute l'importance voulue aux risques différents auxquels s'exposent les hommes et les femmes.

L'on peut citer aussi la directive européenne 2014/95/UE du 22 octobre 2014 concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité, qui forment la base de la responsabilité sociétale des entreprises en droit européen, dépassant la sphère des droits de l'Homme pour inclure aussi certaines questions sociales ou sociétales et environnementales, ainsi que la corruption.

En France, la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a enfin introduit un principe plus global de prévention et de responsabilité des grandes entreprises françaises en matière de respect des droits de l'Homme.

Il faut rappeler aussi la loi n°2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, qui prévoyait aussi des dispositions de prévention des risques d'atteinte aux droits de l'Homme dans le cadre des investissements des entreprises

françaises dans les pays en développement. : « dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place

C'est ainsi un mouvement diffus et global, qui n'est plus limité aux zones de conflit (« diamants de sang ») – même si le cas récent des liens commerciaux du cimentier Lafarge avec « Daech » en Syrie reste un cas d'école – et qui ne concerne pas que les violations les plus flagrantes des droits de l'Homme, la notion très large ayant d'ailleurs amené certaines voix, du côté des entreprises, à critiquer le caractère trop large de cette notion.

Le rapport 2012 sur le développement économique en Afrique fait ressortir le dilemme des pays Africains car la transformation structurelle nécessaire pour parvenir à des améliorations substantielles de l'Economie, à libérer des capacités productives va nécessairement contribuer à accroître les pressions environnementales en raison de la demande croissante de ressources naturelles.

Le rapport économique 2014, relève un paradoxe déconcertant de la dernière décennie : croissance face à une population qui végète encore dans la pauvreté et pâtit d'un chômage rampant.

Rappelons aussi que le devoir de vigilance avait aussi été prévu, ces dernières années, sous l'angle de la lutte contre la corruption, par les Etats-Unis (FCPA), le Royaume-Uni (UK Bribery Act) et par la France récemment (loi « Sapin II » en décembre 2016).

Vu ce mouvement, donc, les avocats doivent nécessairement adapter leurs prestations pour, tantôt conseiller les entreprises face aux besoins croissants de conformité et les accompagner dans la mise en œuvre de ces multiples devoirs et mécanismes de prévention des risques, tantôt prendre la défense des victimes et porter leur parole pour négocier avec les entreprises, voire, le cas échéant, pour mettre en cause leur responsabilité.

Rappelons d'abord, de manière synthétique, quels sont les nouveaux devoirs de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

## 1) Nouveau devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre

Au regard de l'application des Principes Directeurs de l'ONU et de l'OCDE, la responsabilité des entreprises multinationales de respecter les droits de l'Homme porte sur les droits de l'Homme internationalement reconnus. Référence est donc faite au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, ainsi qu'aux droits fondamentaux reconnus par les conventions de l'Organisation Internationale du Travail et énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail. On peut aussi citer les diverses normes internationales du droit humanitaire ou encore le droit des peuples autochtones.

Les entreprises doivent donc respecter les droits de l'Homme, c'est-à-dire qu'elles doivent éviter d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'Homme ou de contribuer à y porter atteinte par leurs activités. Elles doivent s'efforcer aussi d'atténuer les atteintes directement liées à leurs activités, qui seraient le fait de leurs filiales ou sous-traitants, y compris à l'étranger, même si elles-mêmes n'ont pas participé à ces atteintes. Elles doivent ainsi, en cas d'atteinte, faire en sorte de réparer ces atteintes, en suivant des procédures légitimes, y compris en recourant à des mécanismes non judiciaires fondés sur la participation et le dialogue avec les parties prenantes (notamment dans le cas de conflit avec des communautés locales).

Car le risque de violation caractérisées des droits de l'homme est plus élevé dans les zones touchées par les conflits, les Etats devraient faire en sorte de garantir que les entreprises opérant dans ces contextes ne prennent pas part à ces violations, en prenant notamment des dispositions. Celles-ci peuvent ou doivent émaner tant de l'Etat d'accueil que des Etats d'origine et voisins.

Le entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière des droits de l'homme.

Au final, la responsabilité des entreprises, comme personnes morales, et de leurs dirigeants et cadres, pourra être engagée tant au plan civil qu'au plan pénal.

L'obligation de vigilance est une obligation de moyens, c'est-à-dire que les entreprises doivent faire leurs meilleurs efforts pour adopter les mesures de prévention des atteintes aux droits de l'Homme, avec une proportionnalité, notamment en fonction de leur taille (même si les Principes Directeurs s'appliquent à

toutes les entreprises), du secteur d'activité, du mode de fonctionnement, du régime de propriété de l'entreprise et de leur structure.

Les entreprises doivent se conformer aux normes nationales bien sûr mais, si elles ne sont pas fixées dans le cadre national ou si leur protection au plan national est inférieure, elles doivent se conformer aux normes plus protectrices que sont les textes internationaux. Ceci afin de pouvoir éviter une forme de « dumping » juridique par les entreprises, entre des pays protégeant peu les droits de l'Homme et ceux les protégeant plus fortement.

En France, la loi du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale dispose : « *dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux, et les atteintes aux droits de l'Homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires.* »

De plus, la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance prévoit que les sociétés qui emploient depuis 2 ans plus de 5.000 salariés en son sein et dans ses filiales (ou au moins 10.000 salariés au niveau mondial), et dont le siège social est en France, établissent et mettent en œuvre un plan de vigilance. Il s'agit de responsabiliser les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement.

Ce plan comporte des mesures de « vigilance raisonnable » pour identifier et prévenir des risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société ou de ses sous-traitants. Le plan de vigilance est rendu public.

Ce plan doit couvrir les activités de la société, de ses filiales (directes ou indirectes), de ses sous-traitants et des fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, dans la mesure où ces activités sont rattachées à ladite relation commerciale.

Il comprend notamment les mesures suivantes :

- une cartographie des risques ;
- des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-

traitants ou fournisseurs ;

- des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques ;
- un dispositif de suivi et d'évaluation des mesures mises en œuvre.

Ce plan doit être élaboré avec les « parties prenantes », dit la loi sans préciser quelles sont ces parties prenantes. En dehors des divers départements et organismes internes des entreprises concernées, nous pouvons *a priori* penser, en externe, aux associations professionnelles sectorielles, aux associations reconnues d'utilité publique, ou encore des représentants de la société civile dans les pays tiers concernés.

On peut noter ici que la loi du 27 mars 2017 se réfère à la notion de société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 du Code de Commerce, alors que, par comparaison, la loi « Sapin II » vise, en matière de compliance anti-corruption, les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-3 du Code de Commerce Français.

La loi du 27 mars 2017 a instauré une obligation de moyens, et non de résultat, même si le plan de vigilance, lui, doit être élaboré. Les sanctions prévues sont d'ordre civil, à savoir la réparation des dommages causés, en se référant aux règles de la responsabilité civile délictuelle fondée sur la faute, la négligence ou l'imprudence (cf. articles 1240 et 1241 du Code Civil). En revanche, le Conseil Constitutionnel Français a censuré les dispositions de la loi qui prévoyaient une amende pouvant aller jusqu'à 10.000.000 d'Euros, au motif qu'aucune sanction de nature pénale ne pouvait être prévue en présence de l'insuffisante clarté et précision des obligations à respecter.

## **2) Nouveaux champs d'activité pour l'avocat**

L'avocat, conseil et défenseur d'entreprises, comme l'avocat défenseur des droits de l'Homme vont désormais se former pour ne pas manquer à leur obligation de conseil pour correctement accompagner leurs clients respectifs dans la bonne intégration et mise en œuvre effectifs des Principes Directeurs, et, le cas échéant, des normes nationales éventuellement applicables.

L'ONU a d'ailleurs élaboré en 2013 un guide pour l'application des principes directeurs destiné aux professions juridiques, de même que le conseil des barreaux

européens (CCBE). Le 28 mai 2016, c'est l'*International Bar Association* (IBA) qui a adopté un guide à l'intention des avocats.

S'agissant plus particulièrement de l'avocat des entreprises, qui pouvait avoir tendance à devenir, depuis quelques années, un support de la fonction de « *compliance officer* » dans les entreprises (en matière de prévention du blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, en matière de lutte contre la corruption, en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE)), il va être amené à renforcer encore cette fonction de conseil en prévention et gestion des risques sur le champ plus large encore du respect des droits humains.

Surtout en combinant le respect des Principes Directeurs avec

- (a) le respect par les plus grandes entreprises des normes comptables internationales IFRS, qui les obligent à constituer des provisions pour risques juridiques/judiciaires, et donc à anticiper et évaluer ces risques,
- (b) les normes internationales ISO, notamment la norme 26000 sur la responsabilité sociale et environnementale, et la norme 37001 sur le management anti-corruption.

Outre aider l'entreprise cliente à élaborer une charte interne, un document de politique de respect des droits de l'Homme, des clauses contractuelles avec les sous-traitants et les filiales, l'avocat devra procéder à une identification et une évaluation des risques d'atteintes ou d'incidences négatives sur les droits de l'Homme que son client pourrait se voir reprocher, et ce de manière régulière, et dans l'ensemble des pays dans lesquels son client aura des activités, directement ou indirectement. Il devra faire des vérifications (« due diligences ») sur les cocontractants actuels et futurs de son client (voir ici par exemple les « *Principles for Responsible Contracts* », ONU, 25 mai 2011), et être vigilant lors d'opérations de fusions et/ou acquisitions, comme dans les projets d'investissements, particulièrement lorsque ces transactions juridiques concerneront des pays « à risques » plus élevés (cf. Indices de corruption, indices de développement humain, zones de conflit, etc.).

Au cas où l'avocat constate, durant ses missions, des atteintes aux droits de l'Homme, il doit tout faire pour amener son client à remédier à la situation. A défaut, il pourra engager sa responsabilité pour défaut de conseil, et mettre en jeu sa réputation.

Le fait que les entreprises multinationales soient de plus en plus susceptibles de poursuites pénales ou civiles va amener bien sûr les avocats, pour les plaignants ou pour les entreprises poursuivies, à intervenir dans ces nouveaux types de contentieux, lesquels, le cas échéant, pourraient prendre la forme d'actions collectives (*class actions*). En cas de plaintes, les avocats des entreprises devront s'efforcer de développer les techniques de médiation et de négociation pouvant permettre à leurs clients de réparer les atteintes causées et de clore les litiges avant tout procès, surtout que les Principes Directeurs prônent le recours aux mécanismes extrajudiciaires, par exemple en sollicitant les points de contact nationaux mis en place pour le respect des Principes Directeurs de l'OCDE (en Suisse, par exemple, le point de contact national a été sollicité suite à des plaintes contre Nestlé, Holcim ou Glencore). En France, le point de contact national est assuré par la Direction Générale du Trésor.

En faisant ce travail de vigie, les avocats pourront se rapprocher des centres de décisions stratégiques en amenant leurs clients à décider de valider ou, au contraire, de se retirer de certains projets ou de certains secteurs d'activité (comme le fonds souverain norvégien qui a récemment décidé de ne plus investir dans les énergies carbonées). Ce faisant, ces entreprises feront des économies considérables en s'évitant de devoir gérer des crises médiatiques, des campagnes d'ONG, des réactions de leurs actionnaires, assureurs, consommateurs, etc. Et aussi, bien sûr, en évitant des procès onéreux.

Ainsi, outre l'aspect moral et légal, il devient de plus en plus acté qu'intégrer ces principes au sein de l'entreprise est aussi une bonne décision en termes de business.

Il a d'ailleurs été démontré que l'intégration des Principes Directeurs par les entreprises, qui permet d'améliorer leur réputation, améliore subséquemment la performance et la stabilité de ces entreprises par-rapport à celles qui ne les mettent pas en œuvre (cf. *S. Benhamou et M.-A. Diaye, Responsabilité sociétale des entreprises et compétitivité, janvier 2016*).

Alors que les répercussions sur le chiffre d'affaires des entreprises ayant vu leur réputation atteinte suite à la dénonciation de violations des droits de l'Homme peuvent être bien plus importantes que le gain espéré, et ce de manière durable, surtout à l'ère des réseaux sociaux. Il suffit de rappeler l'exemple d'une société comme Nike, dont l'image dans le Monde demeure négativement connotée, malgré des budgets publicitaires énormes, depuis les révélations, il y a 20 ou 30 ans, sur le travail des enfants dans les usines d'Asie fabriquant les chaussures de cette marque.

## CONCLUSION

Il est évident que l'entreprise se voit aujourd'hui tenue, de par le contexte socio-économique dans lequel elle évolue, d'aller au-delà de la seule finalité spéculative et économique au profit de ses seuls membres, pour intégrer dans sa prise de décisions des considérations plus holistiques de nature éthique, sociale et environnementale pour bénéficier à toutes les parties prenantes.

La RSE est le concept qui permet de concilier les objectifs économiques avec les considérations d'ordre social, éthique et environnemental ou écologique en y trouvant des interactions indispensables pour réaliser le juste profit.

De même qu'il est indéniable le lien aujourd'hui entre droits de l'homme, développement durable et responsabilités des entreprises. Au-delà du manichéisme du débat entre hard law et soft law, les droits de l'homme paraissent comme le socle de la responsabilité des entreprises.

L'intégration des principes des Nations Unies sur les entreprises et des droits de l'homme dans la zone Ohada est un enjeu majeur qu'il sied de prendre en compte afin d'encourager les entreprises, tant locales qu'internationales, à respecter les droits de l'homme et éviter ainsi les risques de violations dans cet espace dont l'énorme potentiel économique non seulement attire de plus en plus d'investisseurs mais surtout s'impose comme nouveau pôle de croissance à venir.

*Fait à Kinshasa, le 15 octobre 2017*

*Par Bâtonnier **KAYUDI MISAMU** Coco*