

Synthèse de la formation

« ENTREPRISES ET DROITS DE L'HOMME »

Introduction :

La conciliation entre l'action des entreprises, surtout les multinationales, et les droits de l'Homme pose, actuellement, des difficultés importantes. Il est possible de citer différents exemples pour exposer ces difficultés.

- Le cas César Estrada Chuquilin (Pérou) : cet individu s'est opposé au mégaprojet minier Conga mis en œuvre par le consortium Yanacocha, composé d'une entreprise des États-Unis (Newmont), d'une entreprise péruvienne (Buenaventura) et de la Banque mondiale. S'agissant de ce projet, aucune consultation locale n'avait été effectuée. Face aux protestations, l'Etat a déclaré l'état d'urgence et a poursuivi les membres des communautés qui s'y sont opposés, il a autorisé l'usage de la force pour réprimer le mouvement contestataire. César, opposant au projet, a alors été victime d'acharnement judiciaire, de menaces de mort et d'une tentative d'assassinat en 2015, et sa famille a été molestée.
- L'affaire du 31 mars 2014 de la Cour Suprême des États-Unis
- Au Honduras, 127 avocats ont été tués en 10 ans pour avoir représenté et assisté des clients contre des entreprises.

Partie 1 : Les droits de l'Homme s'adressent aux entreprises

I- Les normes internationales : réelles obligations ou soft law ?

Les entreprises ont-elles des obligations en vertu du droit international en matière de droits de l'Homme ?

A/ L'espérance de 1944

A la suite de la seconde guerre mondiale, différents textes internationaux ont été promulgués permettant de mettre en valeur les droits de l'Homme notamment ceux des travailleurs face aux entreprises : dignité des travailleurs, protection du syndicalisme, respect des droits à un minimum (« Freedom from want », Roosevelt)...

- Les principes du Conseil national de la Résistance, en 1944
- La déclaration de Philadelphie, OIT
- DUDH
- Préambule de la Constitution de 1944

B/ Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)

Il constitue la référence internationale pour les droits économiques, sociaux et culturels. En effet, il crée des obligations juridiquement contraignantes pour les Etats parties. Les Etats doivent alors s'assurer que les entreprises nationales respectent ces droits. Depuis l'entrée en vigueur du protocole facultatif, le 18 mars 2015, en France, les victimes de violation par l'Etat de leurs droits peuvent présenter une plainte au Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

C/ Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1976)

Ce sont des recommandations des Etats à l'intention des entreprises concernant la corruption, le travail, l'environnement... Ces principes sont donc non contraignants.

Depuis leur révision en 2011, le volet « Droits de l'Homme » a fait son apparition dans les recommandations. Les victimes de violations peuvent déposer des « circonstances spécifiques » devant les Points de Contact Nationaux (PCN) des Etats pour qu'un dialogue soit instauré avec l'entreprise et qu'un accord puisse être trouvé.

D/ Le livre vert de l'Union Européenne sur la RSE (2001)

Le but de ce livre vert est de « promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ».

« L'une des dimensions de la responsabilité sociale des entreprises est fortement liée aux droits de l'Homme, notamment en ce qui concerne leurs activités internationales et leurs chaînes de production à l'échelle de la planète. ».

Par la suite, une directive de 2014 a imposé aux entreprises la rédaction d'un rapport extra financier relatif notamment au respect des droits de l'Homme par l'entreprise.

E/ Les Principes du Pacte Mondial de l'ONU (2000)

Le Pacte mondial invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer 10 principes fondamentaux :

1. **Promouvoir et respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence**
2. **Veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme**
3. Respecter la liberté d'association et reconnaître le droit de négociation collective
4. L'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire
5. L'abolition effective du travail des enfants
6. L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession
7. Appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement
8. Entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement
9. Favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement
10. Agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin

F/ Les principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme (2011)

Ces principes se fondent sur trois piliers :

- L'obligation de l'Etat de protéger les droits de l'Homme lorsque des tiers, notamment des entreprises, y portent atteinte sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Il s'agit aussi de veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violation des droits de l'Homme.
- Responsabilité pour les entreprises de respecter les droits de l'Homme
- Droit des victimes à un recours effectif

Ces principes posent la notion de due diligence, c'est à l'Etat de contrôler le respect des droits de l'Homme en organisant sa réglementation. Il s'agit pour l'Etat de faire appliquer les droits de l'Homme de manière globale, c'est-à-dire dans toute la sphère économique.

Le troisième pilier permet, lorsqu'il y a violation des droits de l'Homme par une entreprise, d'imposer la mise en place d'un recours effectif pour les nationaux de l'Etat sur le territoire duquel la violation a eu lieu. Cela permet malgré le caractère non contraignant de certains textes relatifs aux droits de l'Homme de permettre aux victimes de condamner les entreprises par des voies détournées. Par exemple, Nike a été condamnée pour publicité mensongère. Dans son code de conduite, elle se réclamait du respect des droits de l'Homme et des conditions de travail dignes alors qu'en pratique, ce n'était pas le cas.

- ➔ Le but de la responsabilité sociétale des entreprises est d'aujourd'hui de passer de normes principalement issues de la soft law à des normes de hard law et donc contraignantes pour les entreprises.

II- Les violations des droits de l'Homme par les entreprises

A/ Les causes

Il existe pour les entreprises trois façons d'être impliqué dans des violations des droits de l'Homme :

- L'entreprise peut causer la violation à travers ses propres activités.
- L'entreprise peut contribuer à la violation à travers ses propres activités, soit directement, soit par le biais d'une entité externe (gouvernement, entreprise...).
- L'entreprise peut ne pas causer la violation, ni y contribuer mais être impliquée parce que la violation est causée par une entité avec laquelle elle entretient une relation commerciale.

B/ Les recours

Face à ces violations des droits de l'Homme par les entreprises, les victimes disposent de différents recours devant les cours nationales puisque les personnes morales, en France, sont pénalement responsables (article 121-2 du Code pénal). Il est possible de former un recours devant une cour nationale pour des poursuites extra territoriales mais les problèmes de compétence et d'application de la loi sont importants.

Ainsi, plusieurs actions ont été intentées en France à l'encontre d'entreprises transnationales. Il est possible de donner quelques exemples. Tout d'abord, l'ONG Sherpa avait initié une action contre Samsung suite à un audit de différentes ONG chinoises face à la sous-traitance d'enfants d'une dizaine d'années. Ensuite, il y a l'affaire Ikea où lors de l'embauche de salariés, ils sélectionnaient des profils à l'aide d'enquêteurs violant leur secret professionnel et qui leur donnaient accès aux casiers judiciaires. Une affaire antérieure identique avait concerné Disneyland s'agissant du recrutement des intérimaires. L'entreprise avait été condamnée par le TGI de Meaux à une amende entre 150 et 200 000 euros.

Ces condamnations restent encore très limitées puisque depuis la rédaction des principes de l'OCDE, aucune entreprise française n'a été condamnée pour corruption par les juridictions françaises, ce que contestent beaucoup la Grande Bretagne et les Etats Unis.

Malgré leur nombre réduit, ces condamnations des entreprises pour violation des droits de l'Homme ont pour elles un effet d'image désastreux donc elles vont s'intéresser aux droits de l'Homme pour éviter celles-ci.

Partie 2 : Les entreprises s'intéressent aux droits de l'Homme

On peut voir une certaine évolution dans la prise en compte des droits de l'Homme par les entreprises à travers deux citations écartées temporellement :

- « L'unique responsabilité sociale des entreprises est de faire des profits », Milton Friedman (1970).
- « Le succès d'une entreprise ne dépend pas seulement de ses performances commerciales, mais également de la manière dont elle sert la communauté ainsi que la façon dont elle protège les ressources naturelles de notre planète pour enrichir le quotidien des peuples », Samsung.

-
L'entreprise est un « organe » de la société (DUDH, 1948) donc elle se doit, en quelque sorte de montrer l'exemple, et de posséder une image « correcte ». Par exemple, Vivendi se posait la question de la diffusion de l'offre culturelle s'agissant d'œuvres dévalorisant les femmes (rap américain). Ils envisageaient de diffuser aussi des programmes éducatifs pour corriger les informations transmises.

Mais c'est aussi très intéressant pour les entreprises car cela a un effet d'image fondamental pour elle face aux clients, aux salariés, aux fournisseurs. Par exemple, un salarié sera nécessairement plus efficace et motivé s'il n'a pas à faire face dans les médias à des violations des droits de l'Homme par son employeur. L'embauche est aussi plus aisée.

Ensuite, c'est stratégiquement important pour les entreprises car les régimes qui bafouent les droits de l'Homme ne sont pas des partenaires fiables et de plus, sans sécurité et respect des droits de l'Homme, il ne peut y avoir de développement dans certains pays.

Le respect des droits de l'Homme peut alors devenir un vecteur de compétitivité. A l'heure actuelle, cela devient obligatoire pour les entreprises de se préoccuper des droits de l'Homme.

I- Une approche volontariste des entreprises

A/ L'adhésion aux normes internationales et sectorielles

Aujourd'hui, en France, toutes les entreprises ont une logique volontariste s'agissant des droits de l'Homme, principalement le secteur mutualiste et coopératif. Elles adhèrent ainsi aux textes internationaux et sectoriels. Une des normes internationales essentielles est ISO 26000 qui peut aussi s'appliquer aux cabinets d'avocats. Au niveau sectoriel, on peut citer le Global Social Compliance Programme de 2006 dont ont adhéré Carrefour, Tesco... Avait eu lieu

une forte pression des entreprises chinoises et européennes pour forcer l'adhésion d'un groupe américain, Wall Mart à ce pacte et qui s'était soldée effectivement par son adhésion. Les entreprises se poussent entre elles au respect des droits de l'Homme.

B/ Le développement de l'Investissement Socialement Responsable (ISR)

Cet investissement socialement responsable signifie que les investisseurs vont décider d'investir dans les entreprises qu'à la condition que certains principes ou droits de l'Homme soient respectés (ESG : Environmental, social and corporate governance). Cela va permettre aussi de développer l'analyse extra financière. En effet, des agences de notation (Vigeo, Novethic) vont adopter des indices éthiques de référence pour classer les entreprises en fonction de leur respect des droits de l'Homme et de l'environnement.

Ainsi, un label ISR a été créé, en 2015, par le gouvernement.

C/ Les codes de conduite/ codes éthiques

En 2016, toutes les entreprises du CAC40 ont un code de conduite/éthique. Le projet de loi Sapin II prévoit même l'obligation pour les entreprises d'adopter un tel code en matière de corruption.

Cependant, les entreprises vont parfois essayer de contourner ces textes en prétextant que les violations ont été commises par des sous-traitants et qu'elles ne sont donc pas responsables. Par exemple, Vinci a assigné l'ONG Sherpa en compensation financière pour dommage moral, du fait d'une assignation antérieure de Sherpa à l'encontre des sous-traitants de Vinci. Le fait que les entreprises se retournant contre les ONG plaignantes est très courant aux Etats Unis.

II- L'ardente nécessité : la RSE

Face à cette nécessité de respect des droits de l'Homme par les entreprises, le développement du concept de responsabilité sociétale (ou sociale) des entreprises devient essentiel. Selon la norme ISO26000, la RSE est définie comme la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique. La RSE concerne les droits de l'homme, mais aussi la protection de l'environnement, le dialogue avec les parties prenantes, le bien-être des salariés, la gouvernance...

III- Le reporting extra-financier

Art. L225-102 du code de commerce :

« Obligation de fournir dans le rapport de gestion, des informations sur la manière dont l'entreprise prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que sur les engagements en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et la promotion des diversités »

Il a été créé par la loi NRE du 15/05/2001 qui a été révisée par les lois Grenelle II de 2010 et Warsmann 2 de 2012.

A/ Qui est concerné ?

Cette obligation de reporting extra financier vise les sociétés cotées et les grosses PME non cotées (+500 millions d'euros de chiffre d'affaire). De plus, elle vise l'ensemble des filiales et sociétés contrôlées. Pour les sociétés cotées, est imposée une obligation de vérification par un organisme indépendant accrédité qui doit établir un rapport.

B/ Que doit contenir le reporting extra-financier ?

D'après l'article R225-10-1 du Code du commerce, il doit comprendre :

- Promotion et respect des stipulations des conventions fondamentales de l'OIT relatives à :
 - Respect de la liberté d'association et de négociation collective
 - Élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession
 - Élimination du travail forcé ou obligatoire
 - Abolition effective du travail des enfants
- Égalité de traitement
 - Mesures prises en faveur de l'égalité homme/femme
 - Mesures en faveur de l'emploi et l'insertion des handicapés
 - Politique de lutte contre les discriminations
- Dans la partie « engagements sociétaux en faveur du développement durable » Après les thèmes sous-traitance/ fournisseur et loyauté des pratiques : « Autres actions engagées en faveur des droits de l'homme »
-

C/ Le bilan des rapports analysés (2013)

- Amélioration avec 90% des entreprises cotées ayant communiqué sur les droits de l'Homme, mais seulement 25% de sociétés non cotées.
- Les informations sur les DH restent non opposables et vagues.
- Les informations sur les DH concernent essentiellement la mise en œuvre des conventions de l'OIT ; le respect des DH relève de l'éthique et concerne surtout les fournisseurs et sous-traitants, rarement les salariés et populations autochtones.
- Les données sociétales sont les moins renseignées, sans justification.
- Les entreprises sont en recherche d'outils pour évaluer leur impact, afin de prendre en compte la RSE dans leurs relations.

Etude Orée d'octobre 2014 sur les 15 plus importantes capitalisations boursières du CAC 40, les 15 plus faibles capitalisations boursières du SBF 120 et 20 entreprises non cotées.

Ces obligations de respect des droits de l'Homme n'existent pas que dans le code du commerce, elles sont aussi intégrées au sein des marchés publics.

IV- Des marchés publics qualitatifs

Le code des marchés publics a été modifié et intègre un nouvel aspect qualitatif pour les marchés publics alors qu'avant les principes d'efficacité primaient. L'article 5 permet aux collectivités publiques de prendre en compte cet aspect qualitatif tel que l'intégration d'objectifs de développement durable et de bonne pratique pour les entreprises.

Cette obligation qualitative se retrouve aussi à différents niveaux et dans d'autres textes :

- **Marchés publics communautaires** (Directive 2004/18/CE)
 - Obligation de respect des conventions de l'OIT
 - Obligation de respect des DH applicable également à toute la chaîne des sous-traitants y compris hors UE
- **Code de l'Education** (Art. L 212-10)
 - Interdiction de procéder à l'achat de fournitures scolaires produites par le travail des enfants.
- **Règlement CE 1236/2005 du 27 juin 2005 concernant le commerce de certains biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants...**

L'Union européenne interdit le commerce de certains types d'équipements et de produits susceptibles d'être utilisés à des fins de traitements cruels, inhumains ou dégradants, telles que les potences, les chaises électriques et les systèmes d'injection mortelle. Il est donc interdit aux entreprises européennes de vendre des produits anesthésiants aux Etats Unis qui serviraient pour les exécutions. De même, des plaintes ont été déposées contre des entreprises françaises ayant vendu des systèmes de surveillance aux régimes libyens et syriens pour complicité de torture.

V- Les nouvelles lois en préparation

Tout d'abord, depuis 2015, le PIDESC (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) est d'application directe en France.

A/ La proposition de loi sur le devoir de vigilance

Votée en mars 2016.

Le devoir de vigilance est un concept tiré du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence permet de condamner une société mère pour les actions des filiales contrôlées, ce qui permet de faire éclater l'étanchéité des entreprises, le voile des sociétés mères.

En s'inspirant du droit de la concurrence, la loi dispose que les sociétés mères d'une certaine taille auront l'obligation d'instaurer un plan de vigilance et pourront voir leur responsabilité engagée à défaut.

Cette loi ne crée pas de sanctions en cas de non respect des DH, elle pose une obligation de cartographie des risques. Mais il est nécessaire de vérifier que dans toute la chaîne (sous traitants, filiales), des engagements soient pris et respectés. Cette loi est finalement très large car elle impose aux entreprises un respect de tous les droits humains, cela ne concerne plus seulement la corruption comme fréquemment (droit de l'eau, du travail...).

B/ Le projet de règlement européen sur les « minerais du conflit » :

Votée en mai 2015.

Toutes les entreprises européennes qui produisent, importent et transforment l'étain, le tantale, le tungstène et l'or seront soumises à une obligation de transparence.

C/ Le projet de loi Sapin II

Présenté en Conseil des Ministres en mars 2016. Il concerne plus spécifiquement la transparence et la corruption : « projet relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».

Les entreprises auront des obligations de compliance à titre préventif ainsi que l'obligation d'instaurer des dispositifs éthiques.

Les articles fondamentaux sont les articles 8, 9 et 12 qui créent une peine de mise en conformité, ils imposent donc une surveillance des entreprises.

Cela reste, cependant, des approches encore essentiellement « soft law » et non « hard law ». Ces projets posent des obligations de reporter (reporting extra financier) la situation s'agissant du respect des droits de l'Homme au sein de l'entreprise et par l'entreprise. Mais il n'existe aucune sanction réelle en cas de non respect de ces obligations. La responsabilité du dirigeant est très difficile à mettre en œuvre du fait de la difficulté à dégager un préjudice.

La sanction finalement la plus visible reste l'impact sur l'image de l'entreprise en cas de non respect des droits de l'Homme :

- Kasky contre Nike, Californie, 2002
- STIF, Ile de France, 2012

VI - La prise en compte des entreprises pour une construction commune

A/ Des entreprises incomprises

Il serait nécessaire d'intégrer de manière plus importante les entreprises dans le respect des droits de l'Homme car aujourd'hui, les droits de l'Homme sont du ressort des Etats principalement alors que les entreprises peuvent devenir des acteurs essentiels du fait de leur poids au niveau international.

Tout d'abord, il est difficile pour les entreprises d'intégrer les droits de l'Homme dans les critères de performance individuels.

Mais il existe aussi un risque de standardisation des reportings RSE c'est-à-dire qu'ils seront soit trop fréquents, soit trop volumineux, ce qui supprimera leur intérêt. Enfin, il est aussi très complexe pour les entreprises de s'adapter aux différentes pratiques locales, qui placent certains droits humains au-dessus ou non des autres.

B/ Des entreprises qui construisent les droits de l'Homme de demain

Malgré cette conciliation difficile entre droits de l'Homme et entreprises, les entreprises ont un rôle à jouer. Elles sont conscientes de l'importance croissante prise par les droits économiques et sociaux et ont acquis une approche volontariste des droits de l'Homme.

Des progrès sont encore à faire pour faire appliquer l'obligation de due diligence aux entreprises mais des coopérations se mettent en place entre ONG et entreprises pour la mettre en œuvre (Amnesty International, FIDH avec les entreprises).

VII - Le rôle des avocats

Pour finir, les avocats ont un rôle à jouer pour accompagner les entreprises dans la prévention des violations des droits de l'Homme :

- Mise en conformité avec la loi : veille, identification des règles applicables, compliance...
- Prévention des risques : audits, procédures de due diligence, cartographies des risques, procédures de contrôle interne...
- Dialogue avec les parties prenantes susceptibles d'être affectées : partenariats, mécanismes de règlement des différends, médiation...
- Gouvernance dédiée : comité éthique, formations, prise d'engagements pertinents...

•

Mais de nombreux outils sont encore à créer !

En conclusion, il faut aussi avoir conscience qu'une plainte pour violation des droits de l'Homme peut aussi priver d'un emploi certains individus.