

LE DEVOIR DE DILIGENCE : UN NOUVEAU LEVIER POUR UNE FINANCE ET UNE RELANCE DURABLES ?

Séminaire interne du CFDD du 24 novembre 2020

Rapport

INTRODUCTION

Jean-Pascal van Ypersele (co-président du GT Financement de la transition du CFDD) indique que le terme « *due diligence* » est bien connu dans le monde des entreprises et dans le monde financier. Ce terme est également central dans les principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme (UNGPs) et dans ceux de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales (2011). Il semble exister des définitions différentes de ce concept. La Commission européenne prépare une directive sur le devoir de diligence, afin d'en faire une obligation juridique pour les entreprises. C'est donc le bon moment d'essayer de voir, avec la participation d'experts et de parties prenantes du CFDD, quelle serait la meilleure définition de ce concept.

PREMIERE PARTIE : LE CONTEXTE ET LA PROBLEMATIQUE

Hamida Idrissi (IFDD) présente la diligence raisonnable dans le contexte du Plan d'action national « entreprises et droits de l'Homme » (PAN). En 2011, le Conseil des droits de l'homme a adopté les UNGPs. Sous l'impulsion de la Commission européenne et du Conseil de l'Europe, la Belgique s'est alors lancée dans l'élaboration de ce PAN. Les travaux ont été confiés au groupe de travail « responsabilité sociétale » de la CIDD et ont abouti au premier PAN, adopté en 2017. Au cours du processus d'évaluation de la mise en œuvre de ce plan avec les parties prenantes, des perspectives pour un second PAN ont été échangées, avec notamment des propositions très concrètes concernant la diligence raisonnable, identifiée comme thème prioritaire. Les parties prenantes souhaitaient que les engagements volontaires caractéristiques du PAN soient complétés par des mesures contraignantes et incitatives pour aller vers un smart-mix de mesures. Lors de cette consultation, un consensus s'est dégagé sur la nécessité de réaliser une évaluation de base nationale sur les entreprises et les droits de l'Homme (plus communément appelée National Baseline Assessment on Business & Human Rights), c'est-à-dire de l'état actuel de la mise en œuvre des UNGPs en Belgique. Cette évaluation constitue le fondement d'un éventuel second plan.

L'évaluation a été confiée à 4 experts académiques. L'oratrice présente les principales observations concernant le principe de diligence raisonnable. Celles-ci ont été établies sur la base de l'analyse d'un échantillon de 30 entreprises belges dans des secteurs considérés à haut risque pour les droits humains sur la base du *Corporate Human Rights Benchmark (CHRB)*¹. Dans

¹ Le CHRB est un cadre normalisé visant à évaluer le niveau de conformité des entreprises avec le pilier II des UNGPs (corporate responsibility to respect human rights).

l'ensemble, le niveau de conformité de ces entreprises est très faible. Lorsque des mesures sont mises en place, elles se limitent à la politique et à la gouvernance et restent de nature formelle. Aucune des entreprises ne dispose de procédures pour mettre en œuvre la diligence raisonnable à la fois en identifiant, prévenant, et atténuant leurs incidences sur les droits de l'homme, et en rendant compte de la manière dont elles y remédient. Les résultats des entreprises belges sont également nettement moins bons que ceux des pays européens où un exercice similaire a été réalisé (Allemagne, Danemark, Irlande). En Belgique, l'on observe que les niveaux de conformité des grandes entreprises sont supérieurs à ceux des PME, tout en restant malgré tout bien en-deçà de ce que l'on pourrait espérer.

La diligence raisonnable mise en place s'avère principalement liée à l'identification des risques et s'effectue sous le mode d'audits. Elle n'est pas intégrée de manière systématique dans les structures et les activités des entreprises et ne fait pas non plus l'objet d'une communication transparente.

Les résultats définitifs de l'évaluation de base nationale -attendus pour début 2020 serviront à éclairer le gouvernement et les parties prenantes sur les actions à prendre pour mieux aligner les cadres juridiques, politiques et stratégiques avec les UNGPs (voy. <https://www.nationalbaselineassessment.be>).

Nathalie Boucquey (Secrétariat du CFDD) indique que le faible niveau de mise en œuvre des UNGPs, en particulier de la diligence raisonnable, est un problème qui a déjà été identifié dans d'autres Etats membres, qui prennent en conséquence des initiatives nationales pour la rendre contraignante. Dans un souci d'harmonisation, la Commission européenne a lancé des travaux en vue d'une proposition législative européenne encadrant ce devoir de diligence. Ce nouveau cadre obligatoire répondrait à une demande de sécurité juridique, apporterait aux entreprises un pouvoir d'influence accru sur leurs relations commerciales et leur permettrait de mieux résister aux pressions court-termistes des marchés financiers. Il renforcerait la durabilité économique des entreprises et constituerait de ce fait une composante de la relance économique.

Il est important de bien comprendre ce que représente ce devoir de diligence. Il se différencie de la notion de « *due diligence* » qui est déjà largement utilisée dans le domaine du reporting des entreprises. Le devoir de diligence couvrirait les risques que l'entreprise fait peser sur son environnement au sens large (droits humains, aspects ESG). Il ne s'agirait plus simplement d'un processus de gestion de ces risques, mais d'assumer la responsabilité des dommages issus d'un comportement imprudent face à ces risques. Le devoir de diligence est donc une manière d'appliquer le principe « *do no harm* » qui apparaît notamment dans le Green Deal et dans le plan de relance européens. Il implique l'exercice d'un jugement sur la base d'une appréciation correcte des impacts des activités économiques.

La portée de cette nouvelle obligation pour les entreprises dépasse le domaine des droits de l'homme stricto sensu et pourrait s'étendre à l'environnement et au climat, à la protection des travailleurs et à la lutte contre la corruption. Ainsi, même les impacts domestiques des

entreprises, et non seulement ceux des activités de leurs chaînes de valeur dans des pays où les droits de l'homme ne sont pas bien protégés, peuvent être couverts par le devoir de diligence. Celui-ci pourrait alors contribuer à mieux mettre en œuvre les politiques nationales dans ces domaines (effet de synergie). Mais plusieurs questions doivent alors être abordées (coûts supplémentaires pour les entreprises, accès à la justice, méthode de contrôle juridictionnel, etc.).

DEUXIEME PARTIE : LE POINT DE VUE DES MEMBRES DU CFDD A PROPOS DU DEVOIR DE DILIGENCE DANS UN CADRE JURIDIQUEMENT OBLIGATOIRE

Brent Bleys (co-président du GT Financement de la transition du CFDD) rappelle que l'initiative de la Commission européenne pour le devoir de diligence fait partie de la stratégie finance durable, qui fait elle-même partie du Green Deal. Le devoir de diligence intéresse beaucoup plus de parties prenantes que les entreprises et le secteur financier et peut être utilisé comme instrument dans des politiques telles que le développement durable, l'environnement et le climat, en matière sociale et en matière de relance économique. Il permet une synergie avec les instruments de mise en œuvre de ces politiques. Brent Bleys ajoute que les membres du CFDD possèdent déjà une expertise en la matière.

Laura Eliaerts (ACV-CSC) présente les revendications des syndicats concernant le devoir de diligence. Un cadre législatif obligatoire à trois niveaux est nécessaire pour plusieurs raisons : le fait que la chaîne de valeur ne fait pas apparaître l'essentiel de la force de travail pour la production de biens, la fréquence des violations des droits de l'homme, l'inefficacité de l'approche volontaire, la concurrence déloyale entre les entreprises qui assument leurs responsabilités dans la chaîne de valeur et celles qui ne le font pas, et la facilitation du choix du consommateur. Force est de constater que les entreprises ne sont pas encore obligées de prendre des mesures effectives pour prévenir les violations des droits de l'homme.

Les syndicats demandent d'urgence l'adoption d'une réglementation au niveau international, européen et national. La Belgique ne doit pas attendre que l'Union européenne établisse une directive et doit aller de l'avant avec une loi nationale afin de mieux pouvoir influencer le niveau européen dans un sens ambitieux². Le devoir de diligence aurait un rôle important dans la concertation sociale et les syndicats devraient être impliqués dans toutes les étapes du processus de diligence raisonnable. Enfin, le devoir de diligence serait essentiel dans le contexte de la relance car les marchés publics vont fortement augmenter. Les achats publics devront respecter les droits de l'homme.

Le niveau international également est très important pour les syndicats. Un traité international devra être ratifié par les pays, qui s'engageront ainsi à prendre les mesures nécessaires au niveau national.

² Pour les syndicats, une directive européenne insuffisamment ambitieuse aurait pour effet que certains pays adopteraient des lois nationales plus ambitieuses, et que l'on aboutisse alors à une mosaïque législative.

Un mémorandum a été préparé par les 3 syndicats belges auxquels se sont joints plusieurs organisations non gouvernementales. La confédération européenne des syndicats (ETUC) demande une directive européenne. La confédération internationale (ITUC) identifie 8 fondements du devoir de diligence :

1° La législation doit s'appliquer à toutes les entreprises actives sur le marché européen et belge, quel que soit le secteur et la taille, ceci conformément aux UNGPs ;

2° L'obligation couvre tous les droits de l'homme universellement reconnus, les droits des travailleurs, les normes environnementales ;

3° Les entreprises sont responsables du respect de ces droits sur l'ensemble de la chaîne de valeur (activités propres, activités des filiales, activités financées) ;

4° Le devoir de diligence repose sur deux piliers : le devoir de prudence (tout mettre en œuvre pour éviter des violations) et le devoir de réparation des entreprises si les dispositions qu'elles ont prises apparaissent comme insuffisantes ;

5° Les syndicats et les autres parties prenantes doivent être impliqués à chaque étape du processus de diligence raisonnable ;

6° Le devoir de diligence qui pèse sur les entreprises doit être proportionné à leurs capacités (taille, moyens disponibles et secteur plus ou moins à risque) ;

7° La mise en œuvre de la loi repose à la fois sur une instance publique indépendante qui contrôle si les entreprises respectent leur devoir de diligence et inflige des sanctions, et sur les tribunaux devant lesquels peuvent être formés des recours visant à la réparation des dommages éventuels.

8° Pour la mise en place du volet juridictionnel il faut assurer :

- L'accès des victimes à la justice et la possibilité d'une responsabilité des entreprises pour les violations qui se produisent dans leur chaîne de valeur ;
- Une règle de conflit de juridiction : les entreprises actives en Belgique peuvent être jugées en Belgique pour des violations survenues dans leur chaîne de valeur à l'étranger. Ceci supprime l'incitation des pays en développement d'attirer les investissements étrangers par l'absence de normes de protection ou le niveau faible de celles-ci ;
- L'inversion de la charge de la preuve bénéficiant à la victime, étant donné que les entreprises disposent de l'information nécessaire pour prouver, le cas échéant, qu'elles ont tout mis en place pour éviter des violations
- Si l'entreprise a le contrôle sur sa chaîne de valeur, elle a une obligation de résultat. Si ce n'est pas le cas, c'est une obligation de moyens.

De ce point de vue il faut tenir compte des possibilités de contrôle dont disposent les entreprises impliquées dans des chaînes de valeur complexes. Les grandes entreprises disposant de considérables marges bénéficiaires ont la capacité d'engager des moyens

financiers pour évaluer les risques sur l'ensemble de la chaîne et de prendre des mesures appropriées.

Ineke De Bisschop (FEB-VBO)

La FEB promeut le rôle des entreprises pour la société (*creating value for society*). La diligence raisonnable et les UNGPs occupent donc une place prééminente dans son agenda. La FEB a constitué différents groupes de travail et effectue des consultations extensives auprès de ses membres.

Les grandes lignes de la position de la FEB concernant le devoir de diligence sont les suivantes :

- Ambition et pragmatisme : les entreprises doivent fournir tous les efforts possibles pour prévenir les violations des droits de l'homme, mais il faut aussi prêter attention à la réalité pratique et pragmatique du terrain : entre autres concernant la taille de l'entreprise, le secteur, et la complexité des chaînes.
- Les expériences pratiques et l'expertise des entreprises doivent être promues ;
- Un partenariat global est nécessaire entre les entreprises et les autorités, notamment en termes de création et de maintien du cadre nécessaire (Etat de droit, *access to remedy*, etc.).

Les consultations réalisées par la FEB auprès de ses membres aboutissent aux constatations suivantes (« *as is* ») :

- Pour les membres de la FEB la diligence raisonnable couvre un très large champ (droits de l'homme, aspects sociaux, environnement, gouvernance, finance,..). Les entreprises ont déjà pris beaucoup d'initiatives et ont une grande expertise sur le terrain mais tout ceci est passé sous le radar. La FEB entend jouer le rôle de promouvoir les meilleures pratiques et de permettre un échange d'expériences.
- Il existe une grande complexité sur le terrain : de grosses différences régionales existent dans l'économie globale. Les chaînes de production sont longues, complexes et internationales. Les fournisseurs, entrepreneurs et sous-traitants sont divers. Les entreprises belges, dont la grande majorité consiste en PME, n'en ont souvent qu'une vue très limitée, et il est donc nécessaire d'adopter une approche nuancée et pragmatique.
- Les instruments existants tels que les UNGPs et les lignes directrices de l'OCDE, se traduisent lentement mais sûrement dans les pratiques des entreprises, même des PME. La FEB y contribue, notamment avec un workshop récemment organisé à l'occasion du SDG Forum.

Les consultations permettent également de voir quelles sont les attentes des membres de la FEB (« *to be* ») :

- Le devoir de diligence doit rester une obligation de moyen pour les entreprises.

- Une approche au cas par cas où l'on tient compte de la spécificité des secteurs, de la situation des PME est préconisée, approche dans laquelle l'amélioration continue doit être l'objectif. A la différence de par exemple la France qui compte un large nombre de grandes entreprises, la Belgique est un pays de PME. Un format identique pour tous les types d'entreprises ou secteurs (*one size fits all*) ne conviendrait pas. La Commission européenne doit tenir compte, par exemple, du fait que les PME ne peuvent pas atteindre les mêmes résultats que les grandes entreprises multinationales qui contrôlent davantage leurs chaînes d'approvisionnement.

- Un *level playing field* européen et international est très important. Il faut éviter une mosaïque d'initiatives nationales. Ceci serait particulièrement dommageable pour la Belgique, qui est aussi un pays d'exportations. Les entreprises de pays tiers actives sur le marché européen doivent également respecter les règles issues d'une initiative européenne. A côté de cela, il faut également prêter attention à un *level playing field* international car la charge réglementaire pour les entreprises européennes est déjà très lourde. L'on veillera ainsi à la compétitivité des entreprises européennes. Il faut être attentifs au respect des droits de l'homme dans les pays tiers ; l'on misera ainsi sur le respect effectif des chapitres Commerce et Durabilité des accords commerciaux européens.

- Un partenariat global entre les entreprises et les autorités est nécessaire. Les autorités ont leur rôle à jouer pour mettre en place le cadre juridique (*rule of law, practice what you preach, access to remedy*). Elles doivent en même temps soutenir les entreprises et en tous cas les PME. Enfin, les autorités doivent responsabiliser les autres pays, afin que le respect des droits de l'homme soit garanti. Mais la FEB s'oppose à tout modèle imposé unilatéralement et préconise un système tripartite (concerté entre autorités, travailleurs et employeurs) permettant de réaliser des améliorations durables sur le terrain.

- Assurer une meilleure visibilité aux initiatives et bonnes pratiques des entreprises, les encourager, les promouvoir et les soutenir.

Que pensent les membres de la FEB des nouvelles initiatives internationales et européenne et de la demande des syndicats pour une loi belge ?

- Une initiative belge n'est pas soutenue car cela représenterait un risque de doublon avec l'initiative européenne et accentuerait la complexité pour les entreprises. La coordination et l'efficacité sont importantes: l'on évitera les doublons avec d'autres initiatives (européennes) en cours (notamment la révision de la directive NFRD, les initiatives relatives au devoir de diligence, à la gouvernance et à la responsabilité d'entreprise dans les autres Etats membres, le projet de traité des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, ...).

- Un *level playing field* avec les pays tiers, et non seulement en Europe, est important.

- Il est important que le champ d'application de la réglementation soit précis (droits de l'homme, droits environnementaux, ...) et que ce qui est attendu des entreprises soit clairement défini.

- Le pragmatisme est de mise : l'obligation doit être une obligation de moyen ; il faut mettre en œuvre l'amélioration continue ; si des mécanismes de sanction sont appliqués, les autorités doivent accompagner les entreprises, les soutenir, tenir compte des besoins des PME et des réalités spécifiques des secteurs.

CONCLUSIONS

Jean-Pascal van Ypersele indique qu'il se réjouit de l'expertise des membres du CFDD sur le devoir de diligence. Ceci donne au CFDD l'occasion d'apporter une contribution importante au nouveau gouvernement fédéral à ce sujet. Le respect des droits de l'homme, le droit du travail et le droit de l'environnement doivent tous trois être pris en compte dans les activités économiques autour desquelles les entreprises cherchent à « créer de la valeur » pour la société. Les ONG membres du CFDD devraient se joindre aux travaux.

Brent Bleys rappelle la place importante que le devoir de diligence occupe dans le programme du nouveau gouvernement fédéral.