

Traduction officielle

**ETUDE SUR LA POSSIBILITE DE LEGIFERER SUR UN DEVOIR DE DILIGENCE
EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME A LUXEMBOURG**

Başak Bağlayan, PhD

Contenu

RESUME EXECUTIF	5
I. INTRODUCTION.....	12
1.1 CONTEXTE GÉNÉRAL	12
1.2 LE CONCEPT DE DILIGENCE RAISONNABLE	14
1.3 PORTÉE ET CONTENU DE L'ÉTUDE.....	17
1.4 MÉTHODOLOGIE ET LIMITES.....	18
II. DÉVELOPPEMENTS INTERNATIONAUX ET ÉTRANGERS.....	20
2.1 DÉVELOPPEMENTS AU NIVEAU DE L'ONU.....	21
2.1.1 <i>Projet de traité des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme.....</i>	<i>21</i>
2.1.2 <i>Remarques générales sur le projet de traité de l'ONU.....</i>	<i>24</i>
2.2 DÉVELOPPEMENTS AU NIVEAU DE L'UE.....	25
2.2.1 <i>Étude de la Commission européenne (CE) sur les exigences de diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement.....</i>	<i>25</i>
2.2.2 <i>Les prochaines étapes au niveau de l'UE.....</i>	<i>27</i>
2.2.3 <i>La proposition de directive du Parlement européen sur la diligence raisonnable</i>	<i>29</i>
2.3 EXEMPLES NATIONAUX.....	31
2.3.1 <i>Royaume-Uni.....</i>	<i>31</i>
2.3.2 <i>France.....</i>	<i>37</i>
2.3.3 <i>Les Pays-Bas</i>	<i>42</i>
2.3.4 <i>Suisse.....</i>	<i>46</i>
2.3.5 <i>Allemagne</i>	<i>49</i>
2.3.6 <i>Norvège.....</i>	<i>53</i>
2.4 ÉVALUATION COMPARATIVE ET LEÇONS POUR LE LUXEMBOURG	54
2.4.1 <i>Champ d'application matériel.....</i>	<i>54</i>
2.4.2 <i>Portée personnelle.....</i>	<i>56</i>
2.4.3 <i>Type d'obligations</i>	<i>61</i>
2.4.4 <i>Obligations du groupe et de la chaîne d'approvisionnement/de valeur.....</i>	<i>62</i>
2.4.5 <i>Contrôle et mise en vigueur.....</i>	<i>66</i>
2.4.6 <i>Accès aux voies de recours.....</i>	<i>68</i>
III. LEGISLATION EN MATIERE DE DILIGENCE RAISONNABLE AU LUXEMBOURG :	
CONSIDERATIONS JURIDIQUES	72

3.1	LE CADRE JURIDIQUE EXISTANT	72
3.1.1	<i>Règlements de l'UE sur la diligence raisonnable</i>	72
3.1.2	<i>Droit des sociétés</i>	77
3.1.3	<i>Droit de l'environnement</i>	87
3.1.4	<i>Droit du travail</i>	92
3.1.5	<i>Régimes de mise en vigueur ou d'application</i>	95
3.2	INTÉGRATION DE LA LÉGISLATION SUR LA DILIGENCE RAISONNABLE DANS LE DROIT LUXEMBOURGEOIS	97
3.2.1	<i>Sécurité juridique</i>	97
3.2.2	<i>Obstacles du point de vue du droit européen</i>	100
3.2.3	<i>Amendements</i>	101
3.3	CONCLUSIONS	101
IV.	LEGISLATION SUR LA DILIGENCE RAISONNABLE AU LUXEMBOURG : CONSIDERATIONS POLITIQUES	103
4.1	CONTRIBUTION A LA COHERENCE DES POLITIQUES.....	103
4.2	LÉGISLATION EUROPÉENNE OU NATIONALE ?.....	106
4.3	ANALYSE D'IMPACT	111
4.3.1	<i>Impact sur les détenteurs de droits</i>	111
4.3.2	<i>Impact sur les entreprises</i>	112
4.3.3	<i>Impact sur la compétitivité</i>	119
4.3.4	<i>Impact sur le travail des autorités</i>	122
4.3.5	<i>Vers une législation équilibrée</i>	125
V.	CONCLUSIONS	126
	ANNEXE.....	129
	BIBLIOGRAPHIE.....	137

Résumé exécutif

Cette étude examine les possibilités d'une nouvelle législation sur la diligence raisonnable pour les entreprises domiciliées au Luxembourg, dans le but de garantir le respect des droits de l'homme et de l'environnement tout au long de leur chaîne de valeur. L'étude a été commandée par le Ministère des Affaires étrangères et européennes conformément à l'Accord de coalition (2018) et à la version actualisée du Plan d'action national sur les entreprises et les droits de l'homme (PAN II). L'étude se compose de trois chapitres principaux répondant à huit questions spécifiques et plusieurs sous-questions identifiées dans les termes de référence (TOR) proposés par le ministère.

Le concept de diligence raisonnable décrit les mesures que les entreprises doivent prendre afin d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de rendre compte des effets négatifs réels ou potentiels sur les droits de l'homme qu'elles peuvent causer ou auxquels elles peuvent contribuer par leurs propres activités, ou qui peuvent être liés à leurs opérations, produits ou services par leurs relations commerciales (PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme - PDNU 18-21).

Développements internationaux et étrangers

Il existe une dynamique internationale en faveur de l'imposition de diligence raisonnable obligatoires aux entreprises. Depuis 2014, des négociations ont lieu au niveau de l'ONU pour un traité juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme. Le projet de traité de l'ONU intègre les obligations de diligence raisonnable énoncées dans les PDNU et semble avoir un champ d'application plutôt étendu. Il s'étend à toutes les activités commerciales, couvre les droits de l'homme et les impacts environnementaux, et exige des entreprises qu'elles intègrent des perspectives de genre et qu'elles s'engagent dans des consultations avec les parties prenantes concernées. Récemment, le Parlement européen a adopté une résolution sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises, assortie de recommandations à la Commission européenne. La résolution contient une proposition de directive qui a également un large champ d'application s'étendant à toutes les grandes entreprises (y compris celles qui fournissent des produits et services financiers) ainsi qu'à toutes les PME cotées en bourse et aux PME à haut risque. La proposition s'applique aux risques de gouvernance, en plus des droits de l'homme et des impacts environnementaux, et contient des exigences en matière d'engagement des parties prenantes. À

l'instar du projet de traité des Nations unies, la proposition du Parlement européen recommande aux entreprises d'intégrer la dimension de genre dans leurs processus de diligence raisonnable. La Commission européenne a déjà commandé une étude pour examiner la possibilité d'introduire une telle législation au niveau de l'UE et a lancé des consultations sur la base des résultats de l'étude. La Commission devrait publier une proposition législative dans le courant de l'année 2021.

Dans l'intervalle, divers développements concernant les obligations de diligence raisonnable ont eu lieu au niveau national. En 2015, la loi britannique sur l'esclavage moderne est entrée en vigueur. En 2017, la France a adopté une loi sur le devoir de vigilance. Cette loi a été suivie par la loi néerlandaise sur le travail des enfants en 2019. Diverses initiatives législatives ont été lancées dans plusieurs autres juridictions, notamment, l'Initiative suisse pour des entreprises responsables et la contre-proposition du Conseil national suisse, le projet allemand sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiales, et le projet de loi norvégien du Comité d'information sur l'éthique.

Toutes ces lois et propositions législatives sont fondées sur le concept de diligence raisonnable défini dans les PDNU et de l'OCDE. Néanmoins, elles montrent qu'il peut y avoir diverses manières de concevoir une loi sur le devoir de diligence, notamment en ce qui concerne le champ d'application matériel (droits humains couverts par la loi), le champ d'application personnel (entreprises soumises à la loi), le type d'obligations, le type de relations commerciales et les mécanismes de mise en œuvre, y compris la surveillance, l'application et l'accès aux recours.

En termes de **champ d'application matériel**, certaines lois se concentrent sur une seule question relative aux droits de l'homme, comme le travail des enfants (loi néerlandaise) ou l'esclavage moderne (loi britannique), tandis que d'autres couvrent l'ensemble des droits de l'homme. Cette dernière approche correspond mieux aux normes énoncées dans les PDNU.

Le **champ d'application personnel** des lois et des initiatives juridiques en matière de diligence raisonnable varie également. Certaines limitent l'applicabilité de la loi aux grandes entreprises, sur la base du nombre d'employés (loi française) ou du chiffre d'affaires (Royaume-Uni). D'autres lois et initiatives reposent sur des formulations plus nuancées et utilisent une combinaison de facteurs (contre-proposition suisse). Outre les critères fondés sur la taille, les lois et propositions incluent généralement aussi des critères spécifiques liés au risque, ce qui peut signifier que certaines PME entrent dans le champ d'application personnel de l'instrument même si elles en seraient normalement exclues en raison de leur taille.

En ce qui concerne le **type d'obligations** couvertes, la loi britannique demande aux entreprises de "faire rapport" ou de "divulguer" leur impact sur les droits de l'homme et l'environnement sans

imposer d'obligations substantielles de diligence raisonnable. Les autres lois et propositions examinées dans cette étude exigent des entreprises qu'elles fassent preuve de diligence raisonnable conformément aux PDNU et à d'autres normes internationales, notamment les Principes directeurs de l'OCDE. Le projet de traité des Nations unies et la proposition du Parlement européen prévoient également l'obligation de mener des consultations avec les parties prenantes.

La **portée des obligations** est un autre élément important dans la conception de la législation sur le devoir de diligence des entreprises en matière de droits de l'homme, étant donné que les violations des droits de l'homme et les atteintes à l'environnement ont souvent lieu dans des chaînes de valeur complexes ou résultent du comportement des filiales étrangères d'une société mère. Les lois et propositions examinées couvrent généralement les filiales ainsi que les chaînes d'approvisionnement ou les chaînes de valeur, mais elles définissent ces relations de différentes manières. La loi française, par exemple, s'applique aux filiales et aux sous-traitants des sociétés françaises et aux entreprises de la chaîne d'approvisionnement "avec lesquelles la société entretient une relation commerciale établie". La loi néerlandaise s'applique aux chaînes d'approvisionnement de toutes les entreprises "vendant des biens et fournissant des services" sur le marché néerlandais.

La **mise en œuvre** des lois sur la diligence raisonnable peut faire appel à des mécanismes de droit administratif, civil et pénal. La loi française s'appuie sur l'application civile (privée) et n'établit pas de suivi et de contrôle gouvernemental, tandis que la loi néerlandaise et les propositions allemande et norvégienne envisagent un contrôle de l'application administrative par une autorité de régulation.

Les **sanctions** en cas de non-respect des obligations de diligence raisonnable peuvent également prendre diverses formes. La loi néerlandaise et les propositions norvégienne et allemande envisagent des amendes en cas de non-respect, tandis que la proposition allemande prévoyait également une exclusion potentielle des marchés publics. La loi néerlandaise sur le travail des enfants et la contre-proposition parlementaire suisse de 2020 imposent des sanctions pénales.

En ce qui concerne l'**accès aux voies de recours**, la loi française crée une cause civile directe d'action permettant aux tiers d'intenter une action contre une entreprise en cas de non-respect de la loi. Le recours est fondé sur le droit français de la responsabilité civile, en vertu duquel il incombe au demandeur de démontrer que la plainte remplit les trois conditions d'une responsabilité civile : un dommage, une violation ou un manquement à l'obligation de vigilance, et un lien de causalité entre le dommage et la violation. Le RBI suisse, qui contenait également une disposition relative à la responsabilité civile, visait à transférer la charge de la preuve à la société défenderesse, qui devait prouver qu'elle avait pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la perte ou le dommage, ou que le dommage se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises.

Lors de la conception d'une loi sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement au Luxembourg, le législateur devra considérer tous ces éléments et leur interaction, en tenant compte des spécificités du Luxembourg. Une législation complète en matière de diligence raisonnable, conforme aux normes internationales, devrait couvrir l'ensemble des droits de l'homme et imposer une obligation de diligence raisonnable substantielle, exigeant des entreprises qu'elles évaluent les impacts réels et potentiels sur les droits de l'homme, qu'elles agissent en fonction des résultats, qu'elles suivent les réponses et qu'elles communiquent la manière dont les impacts sont traités. L'obligation de diligence raisonnable devrait couvrir toutes les entreprises domiciliées au Luxembourg, ainsi que les entreprises qui font des affaires au Luxembourg. Le champ d'application de l'obligation de diligence raisonnable devrait couvrir non seulement les activités propres de l'entreprise, mais aussi celles des sociétés du groupe et des entités de la chaîne de valeur de l'entreprise. Les obligations de déclaration pourraient être différenciées en fonction de la taille ou de la capacité des entreprises. Par ailleurs, le législateur devra déterminer s'il convient de mettre en place un régime d'application spécial pour contrôler le respect de l'obligation de diligence raisonnable. Dans la pratique, la surveillance et l'application d'un régime complet de diligence raisonnable peuvent être complexes et exiger beaucoup de ressources, et les avantages d'un mécanisme d'application devraient être appréciés en fonction d'autres considérations, telles que la capacité des autorités compte tenu du nombre d'entreprises à surveiller, et la mesure dans laquelle cette surveillance apporte des avantages supplémentaires qui justifieraient la charge administrative, en particulier par rapport aux moyens de contrôle de l'application privés.

Législation en matière de diligence raisonnable au Luxembourg : considérations juridiques

Il n'existe actuellement aucune obligation générale explicite de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les entreprises en droit luxembourgeois. Cependant, plusieurs domaines spécifiques du droit contiennent des obligations de diligence raisonnable, notamment celles imposées par les règlements de l'UE directement applicables sur le bois, les minéraux de conflit et la protection des données.

Diverses obligations en matière de rapports sont contenues dans la loi sur les sociétés de 1915. Elles comprennent les obligations de rapport prescrites par la directive européenne sur les rapports non financiers. Cette loi est fondée sur le principe "se conformer ou expliquer", qui oblige les entreprises à faire rapport sur les obligations de diligence raisonnable, entre autres, mais ne les oblige pas à exercer une diligence raisonnable en tant qu'obligation substantielle. La loi sur les sociétés prévoit diverses sanctions en cas de manquement à l'obligation de fournir les informations requises.

Les X Principes de LuxSE (Dix Principes de la Bourse de Luxembourg) fournissent des principes généraux, des recommandations et des lignes directrices sur les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées en bourse. La référence explicite à la diligence raisonnable est absente des X Principes, mais il y a une référence générale à la responsabilité sociale des entreprises.

Le droit luxembourgeois de l'environnement contient diverses obligations similaires à la diligence raisonnable. Il existe une obligation d'entreprendre des évaluations ex ante basées sur le principe de précaution pour prévenir les dommages environnementaux. En outre, si des dommages environnementaux se produisent malgré tout, l'entreprise est tenue de prendre des mesures de réparation. Le droit du travail contient également diverses mesures ressemblant à des obligations de diligence raisonnable, par exemple dans le contexte de l'égalité et de la non-discrimination. Il existe une obligation de mener des consultations avec les employés pour toutes les questions liées à la santé et à la sécurité au travail. Tant en droit de l'environnement qu'en droit du travail, les détails de certaines obligations dépendent de la nature des activités et de la taille des entreprises.

Une future loi sur la diligence raisonnable doit relever plusieurs défis juridiques potentiels. L'un des impératifs est de garantir la sécurité juridique des entreprises en matière de responsabilité civile, pénale et administrative. Dans la mesure où des responsabilités spécifiques seront imposées, des notions clés telles que "diligence raisonnable" et "relation d'affaires" devront être définies avec précision.

Une objection potentielle à la législation sur la diligence raisonnable pourrait venir du point de vue du droit communautaire si l'imposition de nouvelles obligations en matière de droits de l'homme aux entreprises était considérée comme une restriction à la libre circulation au sein du marché intérieur. Toutefois, de telles restrictions pourraient être justifiées par des raisons d'ordre public, pour autant que les exigences de proportionnalité et de non-discrimination soient respectées.

La question a été soulevée de savoir si la nouvelle législation devait prendre la forme d'une loi autonome ou d'un amendement de la législation existante. Du point de vue des droits de l'homme, il n'y a aucune raison impérative de préférer l'une ou l'autre option. D'un point de vue systémique, il serait logique d'insérer de nouvelles obligations de diligence raisonnable dans la loi sur les sociétés.

Législation sur la diligence raisonnable au Luxembourg : considérations politiques

Outre les diverses questions juridiques concrètes, l'élaboration d'un projet de législation sur le devoir de diligence des entreprises doit tenir compte de considérations plus générales liées à l'intégration de la nouvelle loi dans les cadres réglementaires et politiques existants.

L'une de ces considérations concerne les implications d'une nouvelle loi sur la diligence raisonnable sur la cohérence des politiques. L'adoption d'une nouvelle législation dans ce domaine offre l'occasion de coordonner les politiques entre les différents ministères et de formuler un message cohérent de la part des différentes institutions sur l'importance de la diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme.

Les débats récents au Luxembourg se sont concentrés sur les avantages et inconvénients relatifs d'une initiative législative au niveau européen par rapport à une initiative au niveau national, notamment en ce qui concerne l'égalité des conditions de concurrence, la sécurité juridique et le calendrier. Ce débat est peu constructif, si l'on considère que l'adoption d'une législation nationale et d'une législation européenne ne s'excluent pas mutuellement. Toute législation européenne future prendra probablement la forme d'une directive, exigeant des États membres qu'ils adoptent une législation de transposition. Le Luxembourg pourrait déterminer l'approche législative qu'il préfère en matière de droits de l'homme et de diligence raisonnable en matière d'environnement, conformément aux normes internationales, en accord avec sa réalité économique et ses ambitions en matière de droits de l'homme, et le présenter pour contribuer de manière proactive aux développements au niveau de l'UE et préparer sa législation de mise en œuvre.

Une législation sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement aurait divers impacts sur les détenteurs de droits, les entreprises et les autorités. Ceux-ci varieront considérablement en fonction des exigences imposées par la loi et de leur application.

S'il est probable que l'obligation pour les entreprises d'identifier les risques liés aux droits de l'homme et à l'environnement conduira à des niveaux de protection accrus, le devoir de diligence obligatoire engendrera des coûts divers pour les entreprises en fonction de leur taille et de la complexité de leur chaîne de valeur. Toutefois, il faut également s'attendre à certains avantages à long terme pour les entreprises qui exercent une diligence raisonnable, tels que l'atténuation des responsabilités et des risques ainsi que des avantages en termes de réputation.

L'impact de la législation sur la diligence raisonnable sur la compétitivité du Luxembourg est difficile à évaluer en l'absence de scénarios comparables. Des inquiétudes ont été soulevées à l'égard du secteur financier luxembourgeois, compte tenu de sa mobilité. Il convient toutefois de noter que le secteur financier est déjà l'une des industries les plus réglementées et qu'il pourrait s'adapter relativement facilement à une couche supplémentaire de réglementation. Il n'existe actuellement aucune preuve empirique permettant de démontrer que l'adoption d'une législation sur le devoir de diligence obligatoire encouragerait les prestataires de services financiers à migrer vers des pays où une telle législation fait défaut.

L'impact de la législation sur la diligence raisonnable sur les autorités dépendrait d'un certain nombre de variables. L'application administrative d'une loi par un organisme de réglementation entraînera probablement des coûts substantiels, mais l'ampleur de la charge dépendra du nombre d'entreprises soumises à la loi. La nouvelle législation devrait également envisager d'autres possibilités d'inciter ou de sanctionner les entreprises, notamment les régimes de marchés publics ainsi que les processus de crédit à l'exportation et d'octroi de licences d'exportation.

La législation future devrait s'efforcer de trouver un équilibre entre l'impératif d'améliorer le respect des droits de l'homme par les entreprises et la nécessité pratique de ne pas imposer de charges disproportionnées aux entreprises et aux pouvoirs publics. En même temps, il convient de garder à l'esprit que les coûts potentiels de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme sont susceptibles d'être compensés par des avantages, non seulement pour les détenteurs de droits affectés par l'activité des entreprises, mais aussi pour les entreprises luxembourgeoises et pour le pays dans son ensemble, conformément à l'engagement du Luxembourg de protéger et de respecter les droits de l'homme dans le pays et à l'étranger.

I. Introduction

1.1 Contexte général

Cette étude examine les possibilités d'une nouvelle législation sur la diligence raisonnable pour les entreprises domiciliées au Luxembourg, dans le but de garantir le respect des droits de l'homme et de l'environnement tout au long de leur chaîne de valeur. Le concept de diligence raisonnable a été introduit par les PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (PNG) en 2011 et est devenu l'un des éléments clés de la responsabilité des entreprises en matière de respect des droits de l'homme.¹

Depuis 2011, le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme promeut la mise en œuvre des PDNU et encourage les États à adopter des plans d'action nationaux (PAN). Le gouvernement du Luxembourg a publié un premier PAN en juin 2018, puis une version actualisée en 2019. Le PAN II indique que le gouvernement attend des entreprises qu'elles " respectent les droits de l'homme et évitent les impacts négatifs sur les droits de l'homme auxquels elles peuvent être liées par leurs activités économiques, que ce soit dans leur pays ou à l'étranger ". À cette fin, les entreprises sont censées "adopter des instruments de gouvernance, notamment en introduisant des systèmes de diligence raisonnable" et "remédier à tout impact négatif de leurs activités sur les droits de l'homme".²

Malgré les divers efforts déployés dans le monde, plusieurs études ont montré que la mise en œuvre de la diligence raisonnable par les entreprises restait limitée.³ On comprend de plus en plus que les

¹ Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" » (UNGP), UN Doc. HR/PUB/11/04 (2011), https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

² Le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, " Plan d'action national pour la mise en œuvre des PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme 2020-2022 " (PAN II), 19-20.

³ Voir, par exemple, Corporate Human Rights Benchmark (2020), qui conclut que près de la moitié (46,2 %) des 200 plus grandes entreprises mondiales cotées en bourse n'ont pas réussi à démontrer qu'elles exercent une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme conformément aux PDNU en 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chr/b/>.

approches purement volontaires ne sont pas suffisantes.⁴ En réaction, un certain nombre de pays élaborent actuellement une législation sur la diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme. Leurs projets et propositions sont analysés dans le premier chapitre de cette étude, qui couvre les initiatives législatives au Royaume-Uni, en France, aux Pays-Bas, en Suisse, en Allemagne et en Norvège.

Des campagnes de la société civile sont souvent à l'origine des initiatives législatives en faveur du devoir de diligence des entreprises. Dans un certain nombre de pays, dont la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Italie, l'Irlande, l'Espagne, la Suède, le Royaume-Uni et le Luxembourg, des campagnes en faveur d'une législation sur le devoir de vigilance ont été lancées.⁵ Au Luxembourg, l'Initiative pour un devoir de vigilance (L'Initiative), un groupe de 17 organisations de la société civile, fait campagne pour une loi nationale sur le devoir de vigilance depuis 2018. En décembre 2020, l'Initiative a publié les résultats d'une enquête en ligne menée en son nom par TNS Ilres auprès de 505 résidents. Selon l'enquête, 92 % des personnes interrogées soutiennent l'idée d'une loi nationale sur la diligence raisonnable.⁶ Récemment, L'Initiative a lancé une déclaration intitulée "Notre responsabilité dans un monde globalisé : Un appel pour une législation en faveur d'une diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme et de l'environnement". Cette déclaration a été signée par 32 entreprises et l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS), qui représente environ 200 acteurs économiques.⁷ Dans la déclaration, les entreprises expriment qu'elles "saluent une loi sur le devoir de diligence au Luxembourg qui ouvre la voie à une réglementation ambitieuse au niveau européen".⁸

⁴ L. Smit, *et al.*, "Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain" (EC Due Diligence Study), (février 2020), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.Study>.

⁵ Pour une liste régulièrement mise à jour de ces initiatives, voir : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe/>.

⁶ See, TNS Ilres and Initiative devoir de Vigilance, L'opinion des résidents vis-à-vis de propositions de lois contre les violations des droits de l'homme' (7 December 2020), <https://www.initiative-devoirdevigilance.org/>.

⁷ https://a19552c1-19b5-4ffa-b609-e76b2641a39a.filesusr.com/ugd/447785_29fb7c4a83114c30884de06d2208d136.pdf.

⁸ https://a19552c1-19b5-4ffa-b609-e76b2641a39a.filesusr.com/ugd/447785_29fb7c4a83114c30884de06d2208d136.pdf.

Comme dans le contexte national, l'idée d'une législation sur le devoir de diligence des entreprises a gagné du terrain au niveau européen. Depuis 2011, l'UE a entrepris diverses actions pour assurer progressivement la mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement le long des chaînes d'approvisionnement.⁹ En décembre 2019, 80 organisations de la société civile et syndicats ont appelé à une législation européenne dans ce domaine.¹⁰ En novembre 2020, la Commission de l'UE a lancé des consultations publiques pour recueillir des contributions sur la gouvernance durable des entreprises et la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Entre-temps, en mars 2021, le Parlement de l'UE a adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission, notamment une proposition de directive sur la diligence raisonnable et la responsabilité des entreprises. La Commission européenne proposera probablement un texte législatif dans le courant de l'année 2021, portant à la fois sur la gouvernance durable des entreprises et sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement. C'est dans ce contexte d'évolution rapide que cette étude a été réalisée, analysant les possibilités de législation sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme au Luxembourg.

1.2 Le concept de diligence raisonnable

Le concept de diligence raisonnable décrit les mesures que les entreprises doivent prendre pour identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des effets négatifs réels ou potentiels sur les droits de l'homme qu'elles peuvent causer ou auxquels elles peuvent contribuer par leurs activités ou qui peuvent être liés à leurs opérations, produits ou services par leurs relations commerciales.¹¹ Selon les PDNU, les entreprises doivent

- **Identifier et évaluer les** impacts négatifs réels ou potentiels sur les droits de l'homme dans lesquels ils peuvent être impliqués, soit par leurs propres activités, soit en raison de leurs relations commerciales ;

⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une stratégie européenne renouvelée 2011-14 pour la responsabilité sociale des entreprises, 25.10.2011 COM (2011) 681 final.

¹⁰ ECCJ, " Appel à une législation européenne sur les droits de l'homme et la diligence raisonnable en matière d'environnement " (décembre 2019), https://corporatejustice.org/news/final_cso_eu_due_diligence_statement_2.12.19.pdf.

¹¹ UNGPs 17 -21.

- **Intégrer les** résultats de ces évaluations dans les fonctions et processus internes pertinents, et **prendre les mesures appropriées** ;
- **Suivre** l'efficacité de leur réponse (par exemple, la gestion des risques et les efforts d'atténuation) ; et
- **Rendre compte de** la manière dont elles traitent leurs impacts sur les droits de l'homme (par exemple, par le biais de rapports externes).¹²

Les entreprises connaissent bien le concept de diligence raisonnable dans le contexte transactionnel, où la notion désigne "ce que fait un investisseur ou un acheteur pour évaluer un actif ou une affaire cible".¹³ La différence importante avec la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est que cette dernière évaluation ne se concentre pas sur le risque pour les entreprises mais sur les impacts réels ou potentiels sur les droits de l'homme. Selon les PDNU, la diligence raisonnable consiste en :

une démarche complète et proactive de découvrir les risques réels et potentiels en matière de droits de l'homme tout au long du cycle de vie d'un projet ou d'une activité commerciale, dans le but d'éviter et d'atténuer ces risques.¹⁴

Il s'agit :

d'un processus de gestion continu qu'une entreprise raisonnable et prudente doit entreprendre, à la lumière de ses circonstances (y compris son secteur, son contexte opérationnel, sa taille et d'autres facteurs similaires) pour assumer sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme.¹⁵

Le devoir de diligence est une obligation pour les entreprises d'exercer une diligence raisonnable telle que définie dans un instrument juridique pertinent. Elle diffère des obligations d'information des

¹² UNGPs 18, 19, 20, 21. Voir également, Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), "UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies " (juin 2020) (" Issues Paper "), 2.

¹³ J. Ruggie, 'Business and Human Rights : Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework', Rapport au Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Doc. A/HRC/11/13, 22 avril 2009, para. 71, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement>.

¹⁴ *Ibid.* (c'est nous qui soulignons).

¹⁵ HCDH, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Guide interprétatif (2012) (Guide interprétatif), 6.

entreprises qui se concentrent sur le principe "se conformer ou expliquer" et ne contiennent pas de devoirs explicites d'exercer une diligence raisonnable substantielle. Comme l'explique le HCDH

Dans le cadre des régimes obligatoires de diligence en matière de droits de l'homme, la responsabilité est engagée en cas de manquement à une obligation légale de diligence (et/ou de survenance d'un préjudice) plutôt qu'en cas de manquement à l'obligation d'établir un rapport exact. Il n'est pas possible pour les entreprises de se conformer aux régimes obligatoires de diligence en matière de droits de l'homme en se contentant de rendre compte des mesures qu'elles ont prises ou non.¹⁶

La diligence raisonnable en tant que norme de diligence (*standard of care*) existe dans de nombreux systèmes juridiques. Elle exprime que :

l'auteur d'un acte répréhensible serait tenu responsable des actes de négligence s'il n'a pas respecté la norme de conduite qui aurait été exercée dans les circonstances par le paterfamilias [ou "bon père de famille"] diligent.¹⁷

Depuis 2011, le devoir de diligence a été intégré dans des instruments politiques internationaux clés, notamment les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (Principes directeurs de l'OCDE)¹⁸ et la Déclaration tripartite de l'OIT sur les principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale.¹⁹ Dans les Principes directeurs de l'OCDE, l'obligation de diligence raisonnable s'étend à d'autres domaines que les droits de l'homme, notamment l'environnement, l'emploi et les relations industrielles et la corruption. Une autre différence réside dans le fait que les Principes directeurs de l'OCDE font référence aux "chaînes d'approvisionnement", alors que les PDNU parlent de "chaînes de valeur" qui couvrent l'ensemble du cycle de vie d'un produit ou d'un service et incluent des relations commerciales autres que les fournisseurs.²⁰ L'OCDE a publié de nombreux guides sur le devoir de diligence, notamment les Lignes directrices de l'OCDE sur le

¹⁶ OHCHR, Issues Paper, 3.

¹⁷ Etude sur la diligence raisonnable de la CE, *Rapport de synthèse de l'étude*, 21.

¹⁸ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2011, disponible à l'adresse : <https://www.oecd.org/corporate/mne/>.

¹⁹ OIT, " La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale ", dernière mise à jour en mars 2017.

²⁰ UNGP 13 et le commentaire. Cette étude fait référence à la "chaîne de valeur" conformément aux termes de référence.

devoir de diligence pour un comportement responsable des entreprises et plusieurs documents sectoriels.²¹

Les parties prenantes au Luxembourg utilisent différents termes en français pour se référer au concept de diligence raisonnable. *Diligence raisonnable* semble être le terme préféré des entreprises, à en juger par la soumission de l'UEL (Union des entreprises luxembourgeoises) pour cette étude et la déclaration des entreprises publiée sur le site de l'Initiative. C'est également ainsi que le terme est utilisé dans le droit luxembourgeois des sociétés, le PAN et la traduction française des PDNU. D'autres utilisent la formulation devoir de diligence ou devoir de vigilance.

1.3 Portée et contenu de l'étude

Cette étude a été commandée par le Ministère des Affaires étrangères et européennes conformément à l'accord de coalition (2018)²² et à la version actualisée du Plan d'action national sur les entreprises et les droits de l'homme (PAN II).²³ L'étude se compose de trois chapitres principaux répondant à huit questions spécifiques et plusieurs sous-questions identifiées dans les termes de référence (TDR) proposés par le Ministère.

Le **chapitre II** analyse les développements liés à la diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme au niveau de l'ONU, de l'UE et dans un nombre sélectionné de pays européens. Ces développements comprennent les lois et propositions législatives nouvellement adoptées, ainsi que l'étude de la Commission européenne sur le devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement qui a été publiée en février 2020. Le chapitre fournit une évaluation comparative des lois et propositions, en examinant leur champ d'application matériel, leur champ d'application personnel, c'est-à-dire les entreprises qui sont soumises à la loi, le type d'obligations imposées, le type de relations commerciales couvertes, les mécanismes de mise en œuvre applicables (y compris les mécanismes de surveillance et d'application), et leurs dispositions sur l'accès aux recours. Elle compare ensuite ces éléments aux normes prévues par les PDNU et en tire quelques enseignements pour le Luxembourg.

²¹ OCDE, " Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises " (2018).

²² Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, " Accord de Coalition 2018-2023 " (2018), 228.

²³ PAN II, *op. cit.* , 27.

Le **chapitre III** examine plusieurs domaines du droit interne luxembourgeois qui pourraient être pertinents pour une future loi sur les droits de l'homme et le devoir de diligence des entreprises. Le chapitre identifie les éléments constitutifs qui existent déjà, et procède à un relevé des opportunités et des obstacles potentiels pour l'intégration de nouvelles obligations de diligence raisonnable dans le cadre du droit luxembourgeois. Les domaines juridiques examinés comprennent les règlements européens directement applicables à des secteurs économiques spécifiques, ainsi que le droit luxembourgeois des sociétés, le droit de l'environnement et le droit du travail. Le chapitre aborde également d'autres questions juridiques soulevées dans les termes de référence, notamment les préoccupations en matière de "sécurité juridique" et des questions plus pratiques sur la façon d'intégrer de nouvelles dispositions dans le cadre juridique existant.

Le **chapitre III** aborde des considérations politiques plus larges liées à l'adoption et à la conception d'une nouvelle législation sur la diligence raisonnable. Le chapitre examine la contribution de la future loi à la cohérence des politiques, compare les avantages relatifs de la législation européenne prévue par rapport à la législation nationale, et évalue les impacts potentiels d'une telle législation sur les détenteurs de droits humains, sur les entreprises, sur la compétitivité du Luxembourg et sur le travail des autorités.

1.4 Méthodologie et limites

Cette étude résulte d'un examen qualitatif des documents juridiques pertinents ainsi que d'enquêtes et d'entretiens. Elle s'appuie sur une analyse comparative de la législation existante et des propositions législatives, soutenue par un examen d'articles scientifiques et de rapports de la société civile. Une liste des sources utilisées pour cette étude est incluse dans la bibliographie.

En plus de l'examen des documents juridiques et universitaires, une enquête a été menée auprès des entreprises et des parties prenantes. Vingt réponses au questionnaire ont été reçues (12 entreprises, sept parties prenantes et une réponse de L'Initiative qui a rempli le questionnaire au nom des 17 organisations qu'elle représente). Le questionnaire était basé sur une enquête préparée par le British Institute of International and Comparative Law pour l'étude sur le devoir de diligence de la Commission européenne (CE), adaptée au contexte national si nécessaire. L'²⁴enquête n'a cherché à

²⁴ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, *op. cit.*

obtenir des informations que sur la diligence raisonnable *obligatoire en* matière de droits de l'homme, conformément aux termes de référence.

Un certain nombre de préoccupations ont été soulevées par les parties prenantes concernant le contenu de l'enquête. L'Union des entreprises luxembourgeoises (UEL) a déclaré que les questions de l'enquête "présupposent d'emblée une volonté de légiférer au niveau national". Au lieu de répondre au questionnaire, l'UEL, ainsi que l'INDR, ont soumis une déclaration pour exprimer leur position, qui est largement citée dans cette étude lorsque cela est pertinent.

Les réponses à l'enquête ont servi de base aux entretiens semi-structurés qui ont été menés entre le 10 février et le 11 mars 2021 avec 22 parties prenantes (huit entretiens avec des entreprises ou des parties prenantes représentant des entreprises, six entretiens avec des autorités publiques ou des représentants du gouvernement, quatre entretiens avec des organisations de la société civile et quatre entretiens avec des experts dans différents domaines du droit).

Les entretiens et les enquêtes ont été menés sur une base confidentielle, et les citations et observations figurant dans l'étude ne sont pas attribuées à des personnes ou organisations spécifiques, sauf si leur permission a été obtenue.

Les recherches qui sous-tendent ce rapport ont été entreprises entre la seconde moitié de novembre 2020 et la première moitié d'avril 2021. Au cours de cette période, un certain nombre de développements pertinents ont eu lieu. Il s'agit notamment de la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 dans laquelle le Parlement a soumis à la Commission européenne (CE) une proposition de directive européenne sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises ; du projet de loi du gouvernement allemand sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement qui a été adopté par le cabinet fédéral le 3 mars 2021 et est actuellement en attente devant le Parlement allemand ; et d'une proposition de loi soumise par quatre partis politiques au Parlement néerlandais le 11 mars 2021 sur les affaires internationales responsables et durables. Ces deux derniers textes n'ont pas pu être traités en profondeur dans cette étude mais sont décrits de manière concise dans le tableau comparatif annexé au rapport. La proposition du Parlement européen est examinée dans le texte principal en raison de sa pertinence probable pour la future législation européenne.

II. Développements internationaux et étrangers

Ce chapitre analyse les différents développements au niveau des Nations Unies, de l'UE et des pays en ce qui concerne la diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme. Il commence par examiner les négociations en cours au niveau des Nations Unies pour un traité international juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme, en se concentrant sur les obligations de diligence raisonnable dans le projet de traité.

Ensuite, il examine certains développements récents au sein de l'UE concernant les droits de l'homme et la diligence raisonnable en matière d'environnement. Depuis l'adoption de la stratégie renouvelée de l'UE en matière de RSE en 2011,²⁵ l'UE a entrepris diverses actions pour assurer progressivement la mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement tout au long de la chaîne d'approvisionnement.²⁶ Ces actions varient en nature et en portée. Par exemple, l'UE a adopté une législation imposant des obligations de diligence raisonnable dans le contexte de secteurs ou de produits de base à risque (tels que les minéraux de conflit ou le bois) ou de droits de l'homme spécifiques (vie privée). Une obligation d'information sur les questions non financières a été introduite en 2014 par la directive sur l'information non financière. Chacun de ces régimes a été mis en œuvre au Luxembourg et sera abordé dans le chapitre II de l'étude. Le présent chapitre passera en revue les principales conclusions d'une étude commandée par la direction générale de la justice de la Commission européenne sur les obligations de diligence raisonnable à travers la chaîne d'approvisionnement. Ce ²⁷chapitre présente également la résolution du Parlement européen de mars 2021 contenant une proposition de directive sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises. La proposition du Parlement donne un aperçu de la forme que pourrait prendre un éventuel instrument juridique européen sur le devoir de diligence des entreprises.

Le chapitre se poursuit par un examen des diverses lois et initiatives législatives des États européens qui ont adopté ou proposé des obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les entreprises. Il s'agit notamment de la loi britannique sur l'esclavage moderne, de la loi

²⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une stratégie européenne renouvelée 2011-14 pour la responsabilité sociale des entreprises, 25.10.2011 COM (2011) 681 final.

²⁶ Pour un examen complet des développements au niveau de l'UE sur la RSE, la RBC et les entreprises et les droits de l'homme, voir : Commission européenne, Commission Staff Working Document : Responsabilité sociale des entreprises, conduite responsable des affaires, et entreprises et droits de l'homme : Overview of Progress (EC CSR Working Document), Bruxelles, 20.3.2019 SWD (2019) 143 final.

²⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, *op. cit.*

française sur le devoir de vigilance, de la loi néerlandaise sur le devoir de diligence en matière de travail des enfants, de l'initiative suisse pour des entreprises responsables et de la contre-proposition du Conseil national suisse, du projet allemand de réglementation du devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiales (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz - NaWKG) et du projet de loi norvégien du Comité d'information sur l'éthique.

Les développements présentés dans ce chapitre démontrent qu'il existe un élan international en faveur de l'imposition d'obligations de diligence raisonnable obligatoires aux entreprises, et qu'il existe de multiples façons de le faire. Le chapitre se termine par une évaluation de ces options, en tirant des enseignements pour une éventuelle loi luxembourgeoise.

2.1 Développements au niveau de l'ONU

2.1.1 Projet de traité des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme

Le 26 juin 2014, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a créé un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme. Le groupe de travail a pour mandat "d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, en droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales".²⁸ En juillet 2018, le groupe de travail a publié un "Zero Draft" d'un instrument juridiquement contraignant sur les activités des entreprises et les droits de l'homme.²⁹ Une version révisée de ce projet a été publiée en juillet 2019 et un deuxième projet révisé a été publié en août 2020.³⁰

L'objet du projet de traité est défini à l'article 2 comme suit :

- a. clarifier et faciliter la mise en œuvre effective de l'obligation des États de respecter, protéger et promouvoir les droits de l'homme dans le cadre des activités commerciales, ainsi que les responsabilités des entreprises commerciales à cet égard ;

²⁸ A/HRC/RES/26/9.

²⁹ OEIWG, Instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, Projet zéro (16 juillet 2018), <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

³⁰ OEIWG, Deuxième projet révisé, *op. cit.*

- b. prévenir la survenance de violations des droits de l'homme dans le cadre des activités commerciales ;
- c. garantir l'accès à la justice et à un recours effectif aux victimes de violations des droits de l'homme dans le cadre de ces activités commerciales ;
- d. faciliter et renforcer l'entraide judiciaire et la coopération internationale afin de prévenir les atteintes aux droits de l'homme dans le cadre des activités des entreprises et d'offrir un accès à la justice et un recours effectif aux victimes de ces atteintes.³¹

Le projet de traité s'applique "à toutes les activités commerciales, y compris, en particulier, mais pas seulement, celles qui ont un caractère transnational".³²Cette formulation est beaucoup plus large que celle de l'avant-projet qui ne s'appliquait qu'aux activités commerciales à caractère transnational.

Le projet de traité réaffirme que "les victimes d'atteintes aux droits de l'homme dans le cadre d'activités commerciales doivent jouir de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales internationalement reconnus".³³ Il réaffirme que les États doivent

protéger les victimes, leurs représentants, leurs familles et les témoins contre toute ingérence illégale dans leurs droits de l'homme et leurs libertés fondamentales, y compris avant, pendant et après qu'ils ont engagé une procédure pour obtenir un recours effectif.³⁴

Les mesures de diligence raisonnable sont énumérées à l'article 6 sous le titre "prévention". Les Etats sont tenus de réglementer efficacement les activités de toutes les entreprises commerciales domiciliées sur leur territoire ou sous leur juridiction, en exigeant d'elles "qu'elles exercent une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, proportionnée à leur taille, au risque d'incidences graves sur les droits de l'homme et à la nature et au contexte de leurs opérations".³⁵L'article pertinent du projet de traité reflète les mesures de diligence raisonnable des Principes directeurs, y compris les obligations d'identifier, de prévenir et d'atténuer, de surveiller et de communiquer sur leurs impacts sur les droits de l'homme.³⁶

Les normes applicables à la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans le projet de traité ont une portée plus large que certains des instruments nationaux qui seront examinés ci-

³¹ Deuxième projet révisé, Art. 2.

³² Deuxième projet révisé, Art. 3.

³³ Deuxième projet révisé, Art. 3.

³⁴ Deuxième projet révisé, Art. 4.

³⁵ Deuxième projet révisé, Art. 6.

³⁶ Deuxième projet révisé, Art. 6.2

dessous. Selon le projet de texte, les obligations de diligence raisonnable devraient couvrir à la fois les droits de l'homme et les évaluations d'impact environnemental.³⁷ La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme devrait également intégrer une perspective de genre, y compris la consultation des femmes et des organisations de femmes potentiellement touchées, afin "d'identifier et de traiter les risques et les impacts différenciés que connaissent les femmes et les filles".³⁸ Parmi les autres mesures de diligence raisonnable prévues par le projet de traité figurent des consultations significatives avec les personnes, les communautés ou les autres parties prenantes concernées, l'établissement de rapports publics et périodiques sur les questions non financières, l'intégration des exigences de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans les contrats commerciaux, ainsi que l'adoption et la mise en œuvre de mesures de diligence raisonnable renforcées en matière de droits de l'homme dans les zones occupées ou touchées par un conflit.

Le projet de texte prévoit que des "procédures nationales efficaces" doivent être mises en place afin d'assurer le respect des mesures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme³⁹ et encourage les États à fournir des incitations et à adopter d'autres mesures pour faciliter le respect des règles par les PME.⁴⁰ Le projet de traité prévoit des "sanctions proportionnées, y compris des mesures correctives le cas échéant".⁴¹

Enfin, à l'article 8, le projet de texte prévoit un régime de responsabilité qui est conforme à la formulation des PDNU. Le précédent projet révisé (2019) limitait la responsabilité aux "relations contractuelles", ce qui a été critiqué pour être "trop étroit" et "incompatible" avec les PDNU.⁴² Le dernier projet tient compte de cette critique :

Les États parties veillent à ce que leur droit interne prévoie la responsabilité des personnes morales ou physiques [...] exerçant des activités commerciales, y compris celles de caractère transnational, pour ne pas avoir empêché une autre personne morale ou physique avec laquelle elles sont en relation d'affaires de causer des atteintes aux droits de l'homme ou d'y contribuer, lorsque la première contrôle ou supervise en droit ou en fait cette personne ou

³⁷ Deuxième projet révisé, art. 6.3(a).

³⁸ Deuxième projet révisé, art. 6.3(b).

³⁹ Deuxième projet révisé, Art. 6.5.

⁴⁰ Deuxième projet révisé, Art. 6.4.

⁴¹ Deuxième projet révisé, Art. 6.6.

⁴² D. Cassel, "Five ways the new draft treaty on business and human rights can be strengthened", BHRRC (9 septembre 2019) <https://www.business-humanrights.org/en/five-ways-the-new-draft-treaty-on-business-and-human-rights-can-be-strengthened>.

l'activité pertinente qui a causé l'atteinte aux droits de l'homme ou y a contribué, ou aurait dû prévoir les risques d'atteintes aux droits de l'homme dans la conduite de leurs activités commerciales, y compris celles de caractère transnational, ou dans leurs relations d'affaires, mais n'a pas pris les mesures appropriées pour prévenir ces atteintes.⁴³

Le projet de traité précise en outre que la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme n'exonérera pas automatiquement de toute responsabilité une personne morale ou physique exerçant des activités commerciales : "Le tribunal ou toute autre autorité compétente décidera de la responsabilité de ces entités après un examen du respect des normes applicables en matière de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme".⁴⁴

2.1.2 Remarques générales sur le projet de traité de l'ONU

Le Luxembourg participe indirectement aux négociations du traité de l'ONU par le biais de l'UE. Un représentant du ministère des affaires étrangères a déclaré :

Avec la formation du gouvernement issu des élections législatives d'octobre 2018, le ministère des Affaires étrangères et européennes a participé plus activement aux consultations internes de l'UE avant les négociations du groupe de travail et s'engagera de manière constructive lors de la cinquième session du groupe de travail en octobre 2019.⁴⁵

Dans un premier temps, l'UE s'est montrée critique à l'égard des négociations du traité pour plusieurs raisons, notamment le champ d'application limité du projet zéro (qui se concentrait uniquement sur les sociétés transnationales et excluait les PME) et le mépris des progrès déjà réalisés par les PDNU.⁴⁶ Ces deux préoccupations ont été prises en compte dans les projets ultérieurs et l'UE semble avoir changé de position. La récente résolution du Parlement européen sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises appelle la Commission européenne à proposer un mandat de négociation pour que l'UE s'engage de manière constructive dans les négociations du traité.⁴⁷ Les

⁴³ Deuxième projet révisé, art. 8(7) (les accents sont ajoutés pour marquer les changements dans le texte par rapport au projet précédent).

⁴⁴ Deuxième projet révisé, art. 8(8).

⁴⁵ Voir, Bağlayan, NBA, op. cit. annexe I, 12.

⁴⁶ Pour la position antérieure de l'UE, voir : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session1/Pages/Session1.aspx>.

⁴⁷ Résolution du PE, para. 30.

conclusions du Conseil sur les priorités de l'UE dans les forums des Nations Unies sur les droits de l'homme en 2021, publiées en février 2021, indiquent que :

L'UE participera également activement aux discussions des Nations Unies sur un instrument juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme, dans le but de promouvoir un instrument susceptible de renforcer efficacement la protection des victimes de violations et d'abus des droits de l'homme liés aux entreprises et de créer des conditions plus équitables au niveau mondial.⁴⁸

Les tentatives précédentes au niveau de l'ONU n'ont pas réussi à trouver "un consensus sur des obligations légales significatives de l'UE" pour un instrument contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme.⁴⁹ Dans le débat actuel, l'absence de certains États ayant une position dominante dans l'économie mondiale risque de mettre en péril la "viabilité" du processus de traité.⁵⁰ Néanmoins, l'évolution de la position de l'UE est une cause d'optimisme. L'adoption d'un traité international sur les entreprises et les droits de l'homme serait la bienvenue car elle permettrait une "approche uniforme" pour réglementer le comportement des entreprises à l'échelle mondiale.⁵¹

2.2 Développements au niveau de l'UE

2.2.1 Étude de la Commission européenne (CE) sur les exigences de diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement

Une étude menée par le British Institute of International and Comparative Law (EC Due Diligence Study) sur les exigences de diligence raisonnable à travers la chaîne d'approvisionnement a été publiée en février 2020.⁵² Elle a été commandée par la Direction générale de la justice et des consommateurs

⁴⁸ Secrétariat général du Conseil de l'UE, Conclusions du Conseil sur les priorités de l'UE dans les forums des Nations unies sur les droits de l'homme en 2021 (Bruxelles, 22 février 2021), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6326-2021-INIT/en/pdf>, paragraphe 24.

⁴⁹ Bright, 'Creating a Legislative Playing Field', op. cit. 10. C. Bright, "Creating a Legislative Level Playing Field in Business and Human Rights at the European Level : is the French Duty of Vigilance Law the Way Forward ? ". (2020) EUI Working Papers, MWP 2020/02, 10.

⁵⁰ L. de Leeuw et M. Biggs, "Re-cap : 2020 negotiations over binding treaty on business and human rights", SOMO (5 novembre 2020) <https://www.somo.nl/re-cap-2020-negotiations-over-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>.

⁵¹ Bright, Creating Legislative Playing Field, op. cit, 10.

⁵² Étude sur la diligence raisonnable de la CE, op. cit.

de la Commission européenne en tant qu'étude initiale pour le développement éventuel d'options réglementaires au niveau de l'UE. L'étude sur le devoir de diligence de la Commission européenne (CE) a été menée dans le cadre du plan d'action 2018 de la CE sur le financement de la croissance durable, en complément d'une autre étude sur les devoirs des administrateurs et la gouvernance d'entreprise durable qui a été publiée en juillet 2020.⁵³

L'étude de la CE sur le devoir de diligence s'est concentrée sur les exigences de diligence raisonnable pour identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des violations des droits de l'homme (y compris les droits de l'enfant et les libertés fondamentales, les dommages corporels graves ou les risques pour la santé, les dommages environnementaux et le changement climatique). Elle a examiné les pratiques du marché, les cadres réglementaires et les options pour réglementer la diligence raisonnable dans les opérations des entreprises et dans leur chaîne d'approvisionnement.

La méthodologie de l'étude comprenait des recherches documentaires, des enquêtes, des entretiens et des études de cas. L'étude sur le devoir de diligence de la CE a interrogé les représentants de 334 entreprises (de différents secteurs et de différentes tailles) et environ 300 parties prenantes, dont des associations commerciales et industrielles, la société civile, des syndicats et d'autres parties prenantes.

L'étude de la CE sur la diligence raisonnable a évalué quatre options réglementaires en ce qui concerne une éventuelle législation au niveau de l'UE, notamment :

- option 1 : aucun changement ;
- option 2 : nouvelles directives volontaires ;
- option 3 : nouvelles exigences en matière de rapports ; ou
- option 4 : l'introduction d'obligations de diligence raisonnable.

Sur la base d'une analyse documentaire et des résultats d'une enquête, l'étude a évalué ces quatre options et leurs impacts économiques, sociaux, environnementaux, sur les droits de l'homme et sur les pouvoirs publics dans l'UE. L'une des principales conclusions de l'étude est que l'introduction d'une mesure obligatoire de diligence raisonnable en tant que norme de diligence (option 4) générerait les impacts positifs les plus significatifs sur les droits de l'homme et l'environnement lorsqu'elle est soutenue par des mécanismes de contrôle et d'application appropriés.⁵⁴ L'étude a également révélé que les coûts de cette option seraient les plus élevés, tant pour les entreprises que pour les pouvoirs

⁵³ EY, "Study on directors' duties and sustainable corporate governance", *op. cit.*

⁵⁴ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 22-23.

publics. Les coûts pour les entreprises varieraient en fonction de leur taille, de leur secteur et du champ d'application des exigences, mais "seraient proportionnellement les plus élevés" pour l'option 4.⁵⁵ Pour les pouvoirs publics, les coûts liés au contrôle de la mise en œuvre de l'option 4 devraient être "importants", tandis que "les recours judiciaires devraient entraîner des coûts supplémentaires nettement moindres pour les États membres, dans la mesure où ces coûts s'inscriraient dans les budgets existants des tribunaux et du système judiciaire".⁵⁶

Une autre conclusion clé de l'étude concerne les pratiques actuelles du marché. Selon les résultats de l'étude, actuellement, environ 37% des entreprises entreprennent une diligence raisonnable qui prend en compte les impacts humains, alors que dans seulement 16% des cas, la diligence raisonnable couvre l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement. Les principales raisons qui poussent les entreprises à faire preuve de diligence raisonnable sont les risques de réputation, les exigences des investisseurs et celles des consommateurs.⁵⁷

La majorité des entreprises qui ont répondu à l'enquête menée pour l'étude ont convenu qu'une réglementation au niveau de l'UE d'une obligation générale de diligence raisonnable apporterait des avantages aux entreprises sous la forme d'une norme unique harmonisée (75,37 %), d'une sécurité juridique (66,42 %), de conditions de concurrence égales (71,64 %) et d'une norme non négociable (61,19 %) sans réduire la compétitivité ou l'innovation.⁵⁸ L'étude a révélé qu'"une réglementation générale intersectorielle, qui tient compte des spécificités du secteur et de la taille de l'entreprise dans son application à des cas particuliers" est l'option globalement préférée.⁵⁹

2.2.2 Les prochaines étapes au niveau de l'UE

En avril 2020, le Commissaire européen à la justice Didier Reynders a annoncé des plans pour une initiative législative visant à introduire des exigences de diligence raisonnable obligatoires à l'échelle de l'UE pour que les entreprises respectent les droits de l'homme et préviennent les dommages

⁵⁵ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 22-23.

⁵⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 22-23.

⁵⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 16.

⁵⁸ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 142-48.

⁵⁹ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 17.

environnementaux dans leurs chaînes d'approvisionnement mondiales.⁶⁰En novembre 2020, la Commission européenne a lancé des consultations publiques visant à recueillir des contributions concernant sa proposition législative dans le cadre du Green Deal de l'UE et de son plan d'action pour la finance durable. La consultation portait sur les devoirs des administrateurs et le cadre de gouvernance d'entreprise durable, ainsi que sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. La Commission de l'UE avait déjà indiqué en décembre 2019 que la durabilité devait être "davantage ancrée dans le cadre de la gouvernance d'entreprise, car de nombreuses entreprises se concentrent encore trop sur les performances financières à court terme par rapport à leurs aspects de développement et de durabilité à long terme".⁶¹C'était également l'une des principales conclusions de l'étude sur les devoirs des administrateurs et la gouvernance d'entreprise durable mentionnée ci-dessus. La Commission européenne travaille actuellement à une initiative législative sur le gouvernement d'entreprise durable, portant à la fois sur les obligations des administrateurs et sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Selon le site web de la Commission européenne, une proposition de directive est attendue pour le deuxième trimestre de 2021.

En décembre 2020, le Conseil de l'Union européenne a demandé à la Commission de l'UE de "présenter une proposition de cadre juridique de l'UE sur la gouvernance durable des entreprises, y compris des obligations de diligence raisonnable intersectorielles des entreprises le long des chaînes d'approvisionnement mondiales". Le Conseil a également demandé aux États membres d'"intensifier leurs efforts pour mettre effectivement en œuvre les PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, notamment par le biais de plans d'action nationaux nouveaux ou actualisés contenant un mélange intelligent de mesures volontaires et obligatoires, le cas échéant".⁶²

Le 10 mars 2021, le Parlement européen a adopté une résolution⁶³ demandant à la Commission européenne de soumettre une proposition législative sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises.⁶⁴

⁶⁰ Discours du commissaire Reynders lors du webinaire RBC sur la diligence raisonnable (30 avril 2020), <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

⁶¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, " Le contrat vert européen ", COM(2019) 640 final, 11 décembre 2019, 17.

⁶² *Ibid.* , para. 37.

⁶³ 504 voix pour, 79 contre et 112 abstentions.

⁶⁴ Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le

Ces développements montrent un haut degré de convergence entre les institutions de l'UE pour aller de l'avant avec une diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme et d'environnement (et une gouvernance d'entreprise durable) dans un avenir proche. Le contenu d'une telle initiative législative reste à voir. Le commissaire Reynders a déclaré, en réponse à la loi allemande sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, que la Commission européenne avait l'intention d'aller plus loin que le projet allemand, tant en termes de portée que d'obligations.⁶⁵ Pour l'instant, la proposition du Parlement européen donne une indication de la forme que pourrait prendre la future législation.⁶⁶

2.2.3 La proposition de directive du Parlement européen sur la diligence raisonnable

La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises est basée sur un rapport antérieur de la commission des affaires juridiques du PE qui contient une proposition de directive en annexe. La Commission européenne a jusqu'à juin 2021 pour répondre à la demande du Parlement.⁶⁷

L'objectif premier de la directive proposée est de garantir que les entreprises :

qui participent au marché intérieur s'acquittent de leur obligation de respecter les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance et ne provoquent ni ne contribuent à des effets négatifs potentiels ou réels sur les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance par leurs propres activités ou par celles qui sont directement liées à leurs opérations, produits ou services par une relation commerciale ou dans leurs chaînes de valeur, et qu'ils préviennent et atténuent ces effets négatifs.⁶⁸

La proposition s'étend à toutes les grandes entreprises régies par le droit d'un État membre ou établies sur le territoire de l'UE (y compris celles qui fournissent des produits et services financiers) ainsi qu'à

devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)).

⁶⁵ <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2021-03-03/a6cbde5b4cf2107cc7bf268d423fd708/?GEPC=s3>.

⁶⁶ Il convient de noter que la consultation de la Commission sur le gouvernement d'entreprise durable s'est concentrée sur les obligations des administrateurs et la création de valeur à long terme, en plus des obligations de diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement. La mesure dans laquelle les obligations des administrateurs seront traitées dans le même document législatif que la diligence raisonnable des entreprises n'est pas encore claire.

⁶⁷ Accord interinstitutionnel "Mieux légiférer" du 13 avril 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=FR), par. 10.

⁶⁸ Proposition de directive du PE, art. 1.

toutes les petites et moyennes entreprises cotées en bourse et aux petites et moyennes entreprises "à haut risque".⁶⁹ La proposition couvre également les entreprises non européennes opérant sur le marché unique européen, afin de garantir des "conditions de concurrence équitables". Une version antérieure de la proposition stipulait que les États membres de l'UE auraient la possibilité d'exempter les "micro-entreprises" du champ d'application de la loi, mais cette clause a été omise dans la version finale.

La proposition du Parlement s'inspire largement des principes directeurs de l'ONU et de l'OCDE pour définir les obligations de diligence raisonnable pertinentes et les étend à l'environnement et à la bonne gouvernance. En conséquence, la proposition est plus large que bon nombre des initiatives nationales actuellement en cours d'élaboration. En vertu de la proposition du Parlement européen, les États membres sont tenus d'introduire des règles visant à garantir que les entreprises "exercent une diligence raisonnable à l'égard des risques liés aux droits de l'homme, à l'environnement et à la gouvernance dans le cadre de leurs activités et de leurs relations commerciales".⁷⁰

Les obligations de diligence raisonnable sont décrites à l'article 4 de la directive proposée. Elles comprennent une évaluation permanente des risques liés aux droits de l'homme et la publication des résultats. Dans le cas où l'entreprise identifie des risques, elle est tenue d'établir une stratégie de diligence raisonnable. Les entreprises peuvent être exemptées d'établir une stratégie de diligence raisonnable si elles sont incluses dans le plan de la société mère. Les obligations de diligence raisonnable s'appliquent à l'ensemble de la chaîne de valeur et des relations commerciales. Les entreprises doivent s'assurer que leurs politiques d'achat n'entraînent pas ou ne contribuent pas à des effets négatifs potentiels ou réels sur les droits de l'homme, l'environnement ou la bonne gouvernance. Elles sont tenues de vérifier régulièrement que leurs sous-traitants et fournisseurs respectent leurs obligations.

Les entreprises sont tenues de consulter les parties prenantes, y compris les syndicats et les représentants des travailleurs, lors de l'établissement, de la mise en œuvre et de la révision de leur stratégie de diligence raisonnable.⁷¹ Elles sont tenues de rendre publique leur stratégie de diligence raisonnable et de la communiquer aux employés et aux partenaires commerciaux.⁷²

⁶⁹ Proposition de directive du PE, art. 2.

⁷⁰ Proposition de directive du PE, art. 4(1).

⁷¹ Proposition de directive du PE, Arts. 5 et 8.

⁷² Proposition de directive du PE, art. 9.

La proposition contient une obligation pour les entreprises de prévoir un mécanisme de réclamation comme système d'alerte précoce, permettant aux parties prenantes "d'exprimer des préoccupations raisonnables concernant l'existence d'un impact négatif potentiel ou réel sur les droits de l'homme, l'environnement ou la bonne gouvernance".⁷³

Conformément à la proposition, les États membres sont tenus de désigner une ou plusieurs autorités nationales compétentes chargées de superviser l'application de la directive proposée. Les enquêtes peuvent être lancées sur la base d'une approche fondée sur le risque ou si l'autorité compétente est en possession d'informations pertinentes concernant une suspicion de violation ou une préoccupation fondée et raisonnable soulevée par un tiers. Des sanctions sont prévues si l'entreprise ne prend pas de mesures correctives.

La proposition de directive exige que les États membres mettent en place un régime de responsabilité civile par lequel les entreprises peuvent être tenues responsables de tout préjudice résultant d'incidences négatives que ces entreprises ou les entreprises sous leur contrôle ont causées ou auxquelles elles ont contribué.⁷⁴ Une entreprise peut être déchargée de sa responsabilité si elle prouve qu'elle a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage, ou que le dommage se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises.⁷⁵

2.3 Exemples nationaux

Outre les développements au niveau de l'ONU et de l'UE, plusieurs États ont adopté des lois dans le domaine de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ou ont lancé des initiatives pour une législation future. La présente section décrit un certain nombre de ces lois et propositions, car elles constituent des modèles potentiels pour la législation au Luxembourg.

2.3.1 Royaume-Uni

La loi sur l'esclavage moderne (Modern Slavery Act - MSA) du Royaume-Uni est entrée en vigueur le 29 octobre 2015.⁷⁶ La MSA affine la criminalisation de l'esclavage, du travail forcé et de la traite des

⁷³ Proposition de directive du PE, art. 9.

⁷⁴ Proposition de directive du PE, art. 19(3).

⁷⁵ Proposition de directive du PE, art. 19(3).

⁷⁶ Section 54 de la loi britannique sur l'esclavage moderne (2015). Pour un examen détaillé de la MSA, voir ; J.

êtres humains, imposant des peines allant de l'amende à l'emprisonnement à vie pour les contrevenants condamnés.⁷⁷ La section 54 de la MSA exige de certaines entreprises qu'elles publient sur leur site Internet des déclarations relatives à l'esclavage et à la traite des êtres humains décrivant les mesures qu'elles ont prises pour prévenir l'esclavage et la traite des êtres humains dans leurs entreprises et leurs chaînes d'approvisionnement au cours de l'exercice financier concerné.⁷⁸

La clause relative à la transparence des chaînes d'approvisionnement (article 54) de la MSA s'inspire de la loi californienne sur la transparence des chaînes d'approvisionnement, entrée en vigueur le 1er janvier 2012.⁷⁹ La loi californienne sur la transparence des chaînes d'approvisionnement oblige les grands détaillants et les fabricants opérant dans l'État de Californie à divulguer leurs efforts pour éradiquer l'esclavage et la traite des êtres humains de leurs chaînes d'approvisionnement directes,⁸⁰ même s'ils ne font rien ou presque pour protéger leurs chaînes d'approvisionnement".⁸¹ La principale exigence de la loi californienne sur la transparence de la chaîne d'approvisionnement est que la divulgation doit être affichée "sur le site Internet du vendeur au détail ou du fabricant, avec un lien bien visible et facilement compréhensible vers les informations requises placé sur la page d'accueil de l'entreprise".⁸² L'objectif principal de la loi californienne sur la transparence de la chaîne d'approvisionnement est "d'éduquer les consommateurs sur la manière d'acheter des biens produits par des entreprises qui gèrent leurs chaînes d'approvisionnement de manière responsable".⁸³

Hayes, 'The Modern Slavery Act (2015) : A Legislative Commentary' (2016) 37 Statute Law Review 33.

⁷⁷ S. Neely, "United Kingdom Country Report" (The UK Country Report in EC Due Diligence Study), *op. cit.* 311.

⁷⁸ La MSA britannique, *op. cit.* section 54. La clause de transparence des chaînes d'approvisionnement (section 54) de la MSA s'inspire de la loi californienne sur la transparence des chaînes d'approvisionnement (2012). La loi californienne sur la transparence dans les chaînes d'approvisionnement oblige les détaillants et les fabricants opérant dans l'État de Californie et dont le revenu brut annuel est supérieur à 100 millions de dollars (environ 82 millions d'euros) à divulguer leurs efforts pour éradiquer l'esclavage et la traite des êtres humains de leurs chaînes d'approvisionnement directes. Voir, California Civil Code, § 1714.43, subd. (a)(1), https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=&part=3.&chapter=&article. Voir également, D. K. Harris, California Transparency in Supply Chains Act A Resource Guide (2012), <https://www.oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf>.

⁷⁹ California Civil Code, § 1714.43, subd. (a)(1)
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=&part=3.&chapter=&article.

⁸⁰ L'obligation s'applique aux entreprises dont le revenu brut annuel est supérieur à 100 millions de dollars (environ 82 millions d'euros), *ibid.* section 1714(a)(1).

⁸¹ Harris, A Resource Guide, *op. cit.*

⁸² Cal. Civ. Code, *op. cit.*, § 1714.43, subd. (b).

⁸³ Projet de loi du Sénat n° 657 (2009-2010 Reg. Sess.) § 2(j).
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=200920100SB657.

De même, la section 54 de la MSA exige des "organisations commerciales" qui exercent une activité ou une partie d'activité au Royaume-Uni qu'elles publient des déclarations annuelles indiquant les mesures qu'elles ont prises, le cas échéant, pour s'assurer que l'esclavage moderne et la traite des êtres humains n'ont pas lieu dans l'une de leurs chaînes d'approvisionnement ou dans une partie de leur propre activité. La MSA s'applique à toute "organisation commerciale", quel que soit le secteur, dont le chiffre d'affaires annuel est égal ou supérieur à 36 millions de livres sterling (au niveau mondial).⁸⁴ L'organisation commerciale " est définie comme "une personne morale ou un partenariat qui fournit des biens ou des services, et exerce une activité, ou une partie d'activité, au Royaume-Uni, quel que soit le lieu où cette personne morale est constituée ou formée."⁸⁵

L'un des principaux objectifs de la section 54 de la MSA est de prévenir l'esclavage moderne dans les organisations et leurs chaînes d'approvisionnement.⁸⁶ Le guide officiel du gouvernement britannique relatif à la MSA indique que "l'un des moyens d'y parvenir est d'accroître la transparence en veillant à ce que le public, les consommateurs, les employés et les investisseurs sachent quelles mesures une organisation prend pour lutter contre l'esclavage moderne".⁸⁷ La clause de transparence des chaînes d'approvisionnement "s'appuie largement sur les "tribunaux de l'opinion publique", qui comprennent les consommateurs, la société civile et les investisseurs, pour aborder le rôle des entreprises dans la prévention de l'esclavage moderne dans leurs chaînes d'approvisionnement et leurs organisations".⁸⁸ En pratique, cela "signifie que les entreprises en contact avec les consommateurs font l'objet d'une surveillance accrue".⁸⁹

⁸⁴ Le chiffre d'affaires total est calculé comme suit : (a) le chiffre d'affaires de cette organisation ; et (b) le chiffre d'affaires de toutes ses filiales (y compris celles qui opèrent entièrement en dehors du Royaume-Uni), voir ; MSA Guidance, op. cit, para. 3.2. Le Shift a estimé que cela couvre environ 12 000 entreprises actives au Royaume-Uni. Voir, Shift, 'Mapping the Provisions of the Modern Slavery Act Against the Expectations of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (juillet 2015) https://www.shiftproject.org/media/resources/docs/Shift_ModernSlaveryAct_UNGPs_July2015.pdf, 2.

⁸⁵ La MSA du Royaume-Uni, section 54(12).

⁸⁶ Transparence dans les chaînes d'approvisionnement, etc. Un guide pratique, Guide publié en vertu de la section 54(9) de la loi sur l'esclavage moderne de 2015, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf (Un guide pratique de la MSA), para. 1.5.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ J. G. Ruggie, 'Protect, Respect and Remedy : Un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme - Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises ", A/HRC/8/5 (7 avril 2008), 54, cité dans C. Bright et al. Options for Mandatory Due Diligence in Belgium (juin 2020) https://www.researchgate.net/publication/342424416_Options_for_Mandatory_Human_Rights_Due_Diligence_in_Belgium.

⁸⁹ Bright, *ibid.*

La déclaration sur l'esclavage et la traite des êtres humains⁹⁰ exigée par la MSA doit être approuvée par le conseil d'administration et signée par un directeur,⁹¹ afin de garantir "l'obligation de rendre des comptes, le leadership et la responsabilité de la direction en matière d'esclavage moderne".⁹² La déclaration doit couvrir les "chaînes d'approvisionnement de l'entreprise, et ... toute partie de sa propre activité".⁹³ Une société mère peut produire une déclaration en son nom et au nom de ses filiales concernées.⁹⁴ Cette déclaration doit être publiée sur le site web de l'organisation avec un "lien bien visible vers la déclaration sur la page d'accueil".⁹⁵ La déclaration annuelle doit être publiée le plus tôt possible après la fin de l'exercice financier⁹⁶ et au plus tard dans les six mois.⁹⁷ Si une organisation ne dispose pas d'un site web, elle doit fournir une copie de la déclaration sur l'esclavage et la traite des êtres humains à toute personne qui en fait la demande par écrit, dans les 30 jours suivant cette demande.⁹⁸ La structure ou le contenu spécifique d'une déclaration n'est pas prescrit par la loi.

Une procédure civile d'injonction peut être engagée par le secrétaire d'État si une société ne se conforme pas aux exigences de divulgation.⁹⁹ Le non-respect de l'injonction peut conduire à une ordonnance pour outrage au tribunal, passible d'une amende illimitée.¹⁰⁰ Ce mécanisme d'application n'a toutefois pas été utilisé dans la pratique et aucune sanction n'a été infligée à ce jour aux organisations non conformes.¹⁰¹ Outre les conséquences potentielles sur la réputation et les finances, une déclaration matériellement inexacte peut entraîner un litige civil potentiel de la part des

⁹⁰ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(2).

⁹¹ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(6).

⁹² Un guide pratique de la MAS, *op. cit.*, para. 6(1).

⁹³ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(4).

⁹⁴ Un guide pratique de la MSA, *op. cit.*, para. 3(4).

⁹⁵ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(7).

⁹⁶ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(7).

⁹⁷ Un guide pratique de la MSA, *op. cit.*, para. 7(4).

⁹⁸ Un guide pratique de la MSA, *op. cit.*, para. 7(4).

⁹⁹ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(11).

¹⁰⁰ Le MSA du Royaume-Uni, section 54(11).

¹⁰¹ Examen indépendant de la loi de 2015 sur l'esclavage moderne : Rapport final ("Independent MSA Review") (mai 2019) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf, 14.

actionnaires ou d'autres parties prenantes, ainsi qu'une responsabilité personnelle potentielle des administrateurs pour négligence et/ou manquement à leurs obligations.¹⁰²

Les principales conséquences d'un manquement à l'obligation de préparer une déclaration sont d'ordre réputationnelles et potentiellement financières, compte tenu de la surveillance accrue de ces déclarations par les investisseurs et les ONG.¹⁰³ Cependant, l'absence d'une liste centrale des entreprises qui doivent se conformer à la législation, associée à l'absence d'un dépôt central des déclarations des entreprises, entrave un suivi public efficace.¹⁰⁴

La section 54 de la MSA ne contient aucune disposition concernant l'accès aux recours pour les victimes de l'esclavage moderne ou de la traite des êtres humains,¹⁰⁵ et n'oblige pas les entreprises à divulguer des informations sur leurs processus de réparation lorsque des impacts négatifs ont eu lieu et que l'entreprise les a causés ou y a contribué.¹⁰⁶

Selon les examens de la section de la MSA consacrée aux chaînes d'approvisionnement, la loi a contribué à une "plus grande sensibilisation à l'esclavage moderne" et a conduit un certain nombre de grandes entreprises à prendre des mesures rigoureuses concernant l'esclavage moderne dans leurs chaînes d'approvisionnement.¹⁰⁷ Elle a également suscité des discussions au sein d'entreprises qui, autrement, n'auraient peut-être pas envisagé le problème de l'exploitation grave du travail.¹⁰⁸ Toutefois, en raison de diverses lacunes tant dans sa conception que dans sa mise en œuvre,¹⁰⁹

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Rapport national du Royaume-Uni, *op. cit.*, 312.

¹⁰⁴ Notez que le Business & Human Rights Resource Centre tient un registre public des déclarations des entreprises au titre de la loi britannique sur l'esclavage moderne, <https://www.modernslaveryregistry.org/>.

¹⁰⁵ C. Macchi et C. Bright 'Hardening Soft Law : The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation', in M. Buscemi, *et al. Legal Sources in Business and Human Rights : Evolving Dynamics in International and European Law* (Brill, 2020), 8. Voir, R. McCorquodale, 'Survey of the Provision in the United Kingdom of Access to Remedies for Victims of Human Rights Harms Involving Business Enterprises', *BIICL* (juillet 2015) https://www.biicl.org/documents/724_uk_access_to_remedies.pdf?showdocument=1.

¹⁰⁶ Shift, " Mapping the Provisions of the Modern Slavery Act Against the Expectations of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights " (juillet 2015), https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2015/07/Shift_ModernSlaveryAct_UNGPs_July2015.pdf.

¹⁰⁷ Independent MSA Review, *op. cit.*, 14

¹⁰⁸ Des experts ont noté que "l'engagement de secteurs tels que les services et l'immobilier avec l'obligation de déclaration semble avoir été déclenché par la MSA et est considéré comme un développement positif, étant donné que traditionnellement, ils ne s'engageaient pas sur ces questions". Voir ; V. Mantouvalou, " The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On " (2018), 81(6) *Modern Law Review* 1017, 1043.

¹⁰⁹ Mantouvalou, *ibid.*, 1040.

notamment un manque de clarté, d'orientation, de suivi et d'application,¹¹⁰ la loi a été critiquée pour ne pas avoir réussi à "modifier de manière significative les pratiques des entreprises".¹¹¹

La section 54 de la MSA est principalement conçue pour promouvoir la *transparence*. Cela a suscité des critiques quant à l'efficacité de la MSA.¹¹² D'une manière générale, les tentatives de réglementer la conduite des entreprises par des dispositions faibles destinées à lutter contre les "abus les plus extrêmes des droits des travailleurs" ont été critiquées pour avoir envoyé des "signaux confus" qui suggèrent que "les entreprises peuvent s'en sortir indemnes, même si elles ne prennent aucune mesure sérieuse pour lutter contre l'esclavage moderne".¹¹³

Diverses études ont constaté un manquement généralisé des entreprises aux exigences de la MSA, ainsi que des problèmes liés au contenu des déclarations.¹¹⁴ Un rapport publié par Ergon Associates en octobre 2018 a conclu que les déclarations devenaient plus longues, mais pas nécessairement plus informatives.¹¹⁵ À l'exception de certaines entreprises de premier plan, "les informations détaillées sur les processus d'évaluation des risques restent rares".¹¹⁶ Ces conclusions ont été confirmées par un examen indépendant de la MSA commandé par le Ministère de l'Intérieur britannique.¹¹⁷ Le rapport final de mai 2019 a confirmé qu'"un certain nombre d'entreprises abordent leurs obligations comme un simple exercice de cases à cocher, et on estime qu'environ 40 % des entreprises éligibles ne respectent pas du tout la législation".¹¹⁸ Le même rapport recommandait que les domaines de déclaration actuellement discrétionnaires soient rendus obligatoires et que le gouvernement envisage la création d'un organe d'exécution pour appliquer des sanctions aux entreprises non conformes.¹¹⁹

¹¹⁰ Independent MSA Review, *op. cit.* , 14.

¹¹¹ Bright, Options Mandatory Due Diligence in Belgium, *op. cit.* , 26.

¹¹² Rapport national du Royaume-Uni, *op. cit.* , 314.

¹¹³ Mantouvalou (2018), *op. cit.* , 1045

¹¹⁴ Ergon Associates Ltd, "Modern slavery reporting : Y a-t-il des preuves de progrès ? (octobre 2018), https://ergonassociates.net/wp-content/uploads/2018/10/Ergon_Modern_Slavery_Progress_2018_resource.pdf?x74739.

¹¹⁵ *Ibid.* , 2.

¹¹⁶ Ergon Associates a analysé les déclarations de 150 entreprises en 2017. Parmi celles-ci, seules 81 ont produit une déclaration ultérieure en 2018. Parmi les entreprises qui ont produit une déclaration ultérieure en 2018, 42 % d'entre elles n'ont apporté aucun changement ou des changements minimes, ce qui suggère que le processus ressemble à " un exercice mécanique plutôt qu'à un engagement de fond " ou que " les rapports sont mis en forme par des consultants externes qui utilisent le même modèle pour toutes les entreprises ". Voir également Mantouvalou, *op. cit.* , 1045

¹¹⁷ Independent MSA Review, *op. cit.* , 14.

¹¹⁸ Independent MSA Review, *op. cit.* , 14.

¹¹⁹ Independent MSA Review, *op. cit.* , 14-15.

2.3.2 France

La loi française sur le devoir de vigilance de mars 2017 est la seule loi qui existe actuellement qui impose une obligation générale de diligence raisonnable pour les droits de l'homme et les impacts environnementaux des entreprises.¹²⁰ La loi française impose à certaines grandes entreprises domiciliées en France ou exerçant une activité en France une obligation d'adopter et de mettre en œuvre de manière effective un " plan de vigilance ".¹²¹ Elle est considérée comme une "avancée historique", établissant pour la première fois une obligation légale d'adhérer à une norme de diligence raisonnable à l'égard des comportements susceptibles de porter atteinte aux droits de l'homme.¹²²

La loi sur le devoir de vigilance modifie le Code de commerce français en insérant les articles L225-102-4 et L225-102-5. L'article L225-102-4 précise le contenu du plan de vigilance et ses modalités de publication, et permet à toute personne intéressée de demander au juge d'ordonner aux entreprises de se conformer aux obligations correspondantes. Le Conseil d'Etat français peut compléter ces dispositions par un décret, si nécessaire, ce qui n'a pas encore été fait.¹²³

La loi s'applique à toute entreprise qui remplit l'un des deux critères suivants :

- au moins cinq mille salariés sont employés par l'entreprise elle-même et ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est situé sur le territoire français, ou
- au moins dix mille salariés sont employés par l'entreprise elle-même et ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est situé sur le territoire français ou à l'étranger.¹²⁴

¹²⁰ Étude sur le devoir de diligence de la CE, *op. cit.*, 19.

¹²¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>.

¹²² S. Cossart, "The French Law on Duty of Care", *op.cit.*, 318-19.

¹²³ A. Duthilleul and M. de Jouvenel, 'Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre', January 2020, report of the Conseil général de l'économie (CGE) submitted to the French Ministry of Economy and Finance, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf, at 11 (CGE Report), at 15.

¹²⁴ Pour une analyse détaillée, voir ; S. Brabant et E. Savourey, " Portée de la loi sur le devoir de vigilance Entreprises soumises aux obligations de vigilance " in *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique Des Affaires - Supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires* N° 50 du Jeudi 14 Décembre 2017. http://www.bhrinlaw.org/frenchcorporatedutyaw_articles.pdf (ci-après " Dossier Thématique ").

Le calcul est basé sur le nombre d'employés (salariés) d'une société mère et de ses filiales à la fin de deux exercices consécutifs.¹²⁵

Le devoir de vigilance s'applique aux activités de la société elle-même et à celles des " sociétés qu'elle contrôle... directement ou indirectement, ainsi qu'aux activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels il existe une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont liées à cette relation ".¹²⁶

Une relation commerciale établie est définie en droit français comme " une relation commerciale stable et régulière, se déroulant avec ou sans contrat, avec un certain volume d'affaires, et dans l'attente raisonnable que la relation dure ".¹²⁷

Les obligations prévues par la loi sur le devoir de vigilance impliquent l'élaboration, la divulgation et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance annuel qui doit couvrir les risques et les atteintes graves aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement.¹²⁸

Le plan de vigilance doit comporter les cinq éléments suivants :¹²⁹

- une évaluation des risques qui identifie, analyse et hiérarchise les risques ;
- des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou des fournisseurs avec lesquels il existe une relation commerciale établie ;
- des actions visant à atténuer les risques ou à prévenir les impacts graves ;
- un mécanisme d'alerte relatif aux risques, élaboré en concertation avec les syndicats ;
- un mécanisme de contrôle permettant de suivre les mesures de mise en œuvre et d'évaluer leur efficacité.

¹²⁵ Brabant and Savourey, *Dossier Thématique*, 7.

¹²⁶ Code de commerce, article L. 225-102-4, alinéa 3. 3, par référence à l'article L. 233-16 pour le critère de contrôle.

¹²⁷ S. Cossart, *et al*, " Le droit français de l'obligation de vigilance... ", *op. cit.* citant le Code de commerce français, art L. 442-6-I-5 et la Cour de cassation, Chambre Commerciale, 18 décembre 2007, 320.

¹²⁸ French Commercial Code, Article L. 225-102-4, para. 3, "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 [...]".

¹²⁹ Code de commerce français, article L. 225-102-4, alinéas 4-9. 4-9.

Les entreprises sont encouragées à élaborer leur plan de vigilance en coordination avec les parties prenantes de l'entreprise, et le cas échéant, avec des initiatives multipartites.¹³⁰ La loi ne définit cependant pas la notion de "parties prenantes".¹³¹

La loi française ne prévoit pas d'organe d'exécution, mais elle établit certains mécanismes pour assurer la conformité, y compris des sanctions en cas de non-adoption du plan de vigilance. Si une entreprise ne parvient pas à établir, à mettre en œuvre ou à publier un plan de vigilance, toute personne ayant qualité pour agir (y compris les ONG, les victimes et les syndicats) peut lui adresser une mise en demeure de trois mois, après quoi la partie intéressée peut demander au tribunal compétent d'ordonner à l'entreprise de se mettre en conformité, y compris par le biais d'astreintes.¹³² Le montant de ces astreintes est fixé par le juge.¹³³ Jusqu'à présent, le mécanisme d'exécution a été déclenché sept fois et trois affaires ont été portées devant le tribunal, ce qui indique que "le mécanisme est opérationnel et que plusieurs parties y ont eu recours".¹³⁴ Initialement, la loi avait également permis au juge d'imposer une amende civile jusqu'à 10 millions d'euros.¹³⁵ Toutefois, cette disposition a été annulée par le Conseil constitutionnel français en raison de son manque de sécurité juridique.¹³⁶

¹³⁰ Code de commerce français, article L. 225-102-4, alinéa 4. 4.

¹³¹ Voir, T. Beau de Loménie et S. Cossart, "Parties prenantes et devoir de vigilance", 2017 *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* 50. Des commentateurs ont suggéré que si cette disposition "plutôt mystérieuse" semble encourager l'entreprise à prendre en compte les avis des ONG, des syndicats, des associations de consommateurs et d'actionnaires ayant un intérêt dans les activités de l'entreprise, l'expression "a vocation à" ne crée pas d'obligation, et donc l'entreprise ne manquerait pas à son devoir en ne consultant pas les "parties prenantes", voir, A. Danis-Fatôme et G. Viney, *op. cit.*, fn 39 et texte accompagnant.

¹³² Code de commerce français, article L. 225-102-4-II. Les astreintes sont des amendes injonctives payables à la journée ou à l'événement jusqu'à ce que le défendeur satisfasse à une obligation donnée, voir, S. Brabant et E. Savourey, "A Closer Look at the Penalties Faced by Companies", *op. cit.* S. Brabant et E. Savourey notent que le montant de ces astreintes, qui doit être décidé par le juge, "peut devoir être suffisamment élevé pour entraîner des changements rapides dans le comportement des entreprises", *ibid.*

¹³³ S. Brabant et E. Savourey, "A Closer Look at the Penalties", *op. cit.*, 4.

¹³⁴ E. Savourey et S. Brabant, "Theoretical and Practical Challenges", *op. cit.*, 149.

¹³⁵ S. Cossart, *et al.*, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', 2 *Business and Human Rights Journal* (2017), at 320. See, A. Danis-Fatôme and G. Viney, 'La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre'. 2017 *Recueil Dalloz* p. 1610, fn 85 and accompanying text.

¹³⁶ Pour une décision du texte voir ; Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 - Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Pour une discussion, voir ; C. Bright, "Creating a Legislative Level Playing Field in Business and Human Rights at the European Level : is the French Duty of Vigilance Law the Way Forward ? ", EUI Working Paper MWP 2020/01, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/65957/MWP_2020_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 6-7.

L'article L225-102-5 établit une responsabilité civile pour la violation des obligations de vigilance sur la base du droit commun de la responsabilité civile.¹³⁷ Pour qu'une responsabilité civile soit établie en vertu du droit français, trois conditions doivent être réunies : l'existence d'un dommage, un manquement ou l'inexécution de l'obligation de vigilance, et un lien de causalité entre le dommage et le manquement.¹³⁸ Le demandeur supporte la charge de la preuve et doit prouver que l'affaire remplit ces trois conditions. La responsabilité civile de l'entreprise peut être engagée dès lors que le défaut d'adoption d'un plan de vigilance peut être lié au préjudice subi par la personne lésée,¹³⁹ et non à la violation du droit à l'origine du dommage *en soi*.¹⁴⁰

L'obligation de mise en œuvre effective d'un plan de vigilance relève d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat.¹⁴¹ Le demandeur supporte la charge de la preuve lorsqu'il soutient que le non-respect de la loi par une entreprise a causé un préjudice.¹⁴² Un renversement de la charge de la preuve, qui aurait facilité les recours des victimes potentielles et réelles, a été discuté et rejeté lors des débats parlementaires.¹⁴³

La loi française sur le devoir de vigilance est la première et actuellement la seule loi qui impose aux entreprises des obligations générales de diligence en matière de droits de l'homme. Plusieurs questions ont été soulevées quant à sa mise en œuvre. L'absence d'une liste publique ou officielle des entreprises soumises à la loi a été l'une des questions les plus pressantes depuis l'adoption de la loi, alors qu'une telle liste permettrait à la société civile de suivre l'application de la loi.¹⁴⁴ Un rapport du Conseil général de l'économie (CGE) du ministère français de l'économie et des finances a conclu qu'il est "impossible d'établir une liste fiable des entreprises concernées".¹⁴⁵ Le rapport indique, entre autres, qu' "aucune administration ne dispose actuellement de toutes les informations nécessaires

¹³⁷ Cons. const., déc. n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, paragr. 27.

¹³⁸ Code civil français, articles 1240 et 1241. Les dispositions générales de la responsabilité délictuelle sont les mêmes au Luxembourg qu'en France et sont codifiées dans le Code civil Art. 1382 et Art. 1383.

¹³⁹ Code de commerce français, article L. 225-102-5.

¹⁴⁰ C. Lavite, " The French Loi de Vigilance : Perspectives et limites d'une diligence obligatoire pionnière pour les entreprises " (16 juin 2020) *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence/>.

¹⁴¹ S. Brabant et E. Savourey, "A Closer Look at the Penalties Faced by Companies", *op. cit.* à la page 2.

¹⁴² E. G. Diggs, *et al.*, " Business and Human Rights as a Galaxy of Norms ", 50 *Georgetown J. of Int. L.* 309 (2019), 313.

¹⁴³ Rapport du GCE, *op. cit.*, 47.

¹⁴⁴ P. Barraud de Lagerie et al. "Rapport de recherche", *op. cit.* à la page 5.

¹⁴⁵ Voir le "Rapport du GCE", *op. cit.* à la page 20.

pour déterminer si la loi s'applique à une entreprise donnée".¹⁴⁶ Cette conclusion a été interprétée par la société civile "comme un refus de publier une telle liste".¹⁴⁷ Un rapport de la société civile publié en juin 2020 estime qu'environ 27% des entreprises visées par la loi n'ont pas publié de plan de vigilance depuis son adoption.¹⁴⁸

Une autre critique formulée à l'encontre de la loi française est qu'elle limite le devoir de vigilance aux "relations établies". Selon Olivier de Schutter, la raison pour laquelle les obligations sont limitées aux relations permanentes est fondée sur l'argument selon lequel "ce n'est que lorsque l'acheteur entretient une telle relation à long terme qu'il peut espérer apporter des changements dans la conduite des opérations du fournisseur, et ce n'est que dans ce cas, pourrait-on dire, qu'il est facile pour une entreprise de surveiller son fournisseur".¹⁴⁹ Toutefois, Schutter ajoute qu'"il n'y a aucune raison de principe pour que même un acheteur unique ne puisse pas insérer dans le contrat de fourniture une clause faisant référence au respect, par le fournisseur, des normes internationales en matière de droits de l'homme [...]".¹⁵⁰

Le rapport du CGE a caractérisé le dialogue avec les parties prenantes comme le défi le plus important dans la mise en œuvre de la loi, notant que de nombreuses entreprises n'ont pas encore un engagement satisfaisant avec les parties prenantes.¹⁵¹ Un rapport de 2019 de Shift est arrivé à une conclusion similaire.¹⁵² Dans ce rapport, Shift a analysé les rapports sur les droits de l'homme des 20 plus grandes entreprises en France, avant et après l'entrée en vigueur de la loi sur le devoir de

¹⁴⁶ "[...]qu'aucun service de l'Etat ne dispose actuellement de l'intégralité des informations nécessaires pour déterminer si la Loi s'applique à telle ou telle société", *ibid.*

¹⁴⁷ E. Savourey et S. Brabant, 'The French Law on the Duty of Vigilance : Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption', *Business and Human Rights Journal*, 6 (2021), pp. 141-152, 143.

¹⁴⁸ S. Bommier, *et al.*, "Le radar du devoir de vigilance - identifier les entreprises soumises à la loi" (juin 2020) <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2020/06/2020-06-25-Radar-DDV-Edition-2020.pdf>, à 6. Le même rapport suggère que le secret fiscal et statistique, et l'absence d'obligation expresse dans la loi de publier une telle liste sont parmi les raisons de ne pas publier la liste des entreprises soumises à la loi.

¹⁴⁹ O. de Schutter, "Towards Mandatory Due Diligence in Supply Chains", *étude préparée pour la Confédération syndicale internationale* (étude CSI), https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf?msdyntrid=HJ0w_cm3qqs-h9nacnudjgd9vEool6Dt7W788D5WiM, 27.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 28.

¹⁵¹ Voir "Rapport du GCE", *op. cit.* à la page 37. Voir également, Shift, 'Human Rights Reporting in France : Deux ans après : Has the Duty of Vigilance Law led to more Meaningful Disclosure?' (décembre 2019) https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2019/11/Shift_HumanRightsReportinginFrance_Nov27.pdf.

¹⁵² Shift, 'Human Rights Reporting in France : Deux ans après : La loi sur le devoir de vigilance a-t-elle conduit à une divulgation plus significative ?'. (décembre 2019) https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2019/11/Shift_HumanRightsReportinginFrance_Nov27.pdf.

vigilance. Le rapport a constaté que "l'engagement des parties prenantes" est le domaine où la divulgation s'est effectivement affaiblie après l'adoption de la loi.¹⁵³

Enfin, tant les universitaires que les praticiens ont critiqué la loi sur la question de la "charge de la preuve" dans les litiges en matière de responsabilité civile. Claire Bright a fait remarquer que "la législation constitue une occasion manquée en ce qui concerne l'accès effectif à la justice" car la charge de la preuve constitue "un obstacle insurmontable pour les demandeurs" à l'accès aux recours.¹⁵⁴ Stéphane Brabant et Elsa Savourey ont également commenté l'"ambiguïté" des concepts de "violation" et de "causalité" qui peuvent être "particulièrement difficiles à prouver pour un demandeur".¹⁵⁵ Cela, comme ils l'ont fait valoir, "peut rendre difficile l'établissement de la responsabilité civile et affaiblir l'objectif de fournir une réparation aux victimes".¹⁵⁶ Le rapport du CGE indique que cette question "reste une attente explicite du développement futur des textes", notant toutefois qu'il est encore prématuré d'y répondre à ce stade précoce de l'application de la loi.¹⁵⁷

2.3.3 Les Pays-Bas

La loi néerlandaise sur le devoir de vigilance en matière de travail des enfants (Wet zorgplicht kinderarbeid) a été adoptée le 14 mai 2019,¹⁵⁸ mais ne devrait pas entrer en vigueur avant la mi-2022.¹⁵⁹ Cette période d'attente est prévue pour permettre au gouvernement de préparer une

¹⁵³ Le rapport conclut que la note moyenne est passée de 2,5/5 avant l'entrée en vigueur de la loi sur le devoir de vigilance (Shift) à 2,2/5 avant l'entrée en vigueur de la loi sur le devoir de vigilance (Shift), qui fonde la notation des entreprises en matière de rapports sur les droits de l'homme sur des échelles de maturité basées sur les PDNU et sur le cadre de rapport des Nations unies. Chaque entreprise se voit attribuer un score de maturité global basé sur les éléments clés de la responsabilité de respecter les droits de l'homme, ainsi que sur trois indicateurs transversaux de bon reporting. Les entreprises se voient attribuer un niveau de maturité sur une échelle allant de "0 - Négligeable" à "5 - Leader" (*ibid.*, 5).

¹⁵⁴ C. Bright, "Creating a Legislative Level Playing Field", *op. cit.*, 7.

¹⁵⁵ S. Brabant et E. Savourey, "Un regard plus attentif sur les pénalités encourues par les entreprises", *op. cit.*, 3.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Une traduction non officielle de la loi commandée par Ropes & Gray est disponible à l'adresse suivante : <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.

¹⁵⁹ Allen & Overy LLP, "Mandatory human rights due diligence laws : the Netherlands led the way in addressing child labour and contemplates broader action" (2 septembre 2020), <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/mandatory-human-rights-due-diligence-laws-the-netherlands-led-the-way-in-addressing-child-labour-and-contemplates-broader-action>.

ordonnance administrative générale (Algemene Maatregel van Bestuur) qui désignerait un organisme de réglementation et étofferait plus en détail les obligations des entreprises en vertu de la loi.¹⁶⁰

La loi s'applique à toutes les entreprises qui fournissent des biens ou des services aux consommateurs néerlandais, quels que soient le lieu où l'entreprise est basée ou enregistrée, sa forme juridique et sa taille.¹⁶¹ Le champ des entreprises couvertes par la loi est particulièrement large puisqu'il "peut inclure les entreprises qui vendent des biens ou fournissent des services en ligne, dans la mesure où elles s'adressent explicitement au consommateur néerlandais".¹⁶² Les entreprises de transport sont exemptées si elles ne font que transporter et non fournir les marchandises.¹⁶³

L'objectif de la loi est de faire en sorte que les consommateurs néerlandais "puissent acheter des biens et des services en toute bonne conscience" en sachant qu'ils ne sont pas produits ou prestés en recourant au travail des enfants.¹⁶⁴ Le travail des enfants est défini conformément aux conventions de l'OIT C138 (Convention sur l'âge minimum de 1973) et C182 (Convention sur les pires formes de travail des enfants de 1999).¹⁶⁵

Toutes les entreprises opérant sur le marché néerlandais sont censées :

- i. *enquêter pour* savoir s'il existe une suspicion raisonnable que les biens ou services à fournir aux utilisateurs finaux néerlandais ont été produits en utilisant le travail des enfants, et
- ii. s'il existe une suspicion raisonnable (*redelijk vermoeden*) de travail des enfants dans la production des biens ou services, adopter et mettre en œuvre un plan d'action (*plan van aanpak*).

L'enquête doit se concentrer sur les sources qui sont connues et accessibles pour l'entreprise concernée.¹⁶⁶ L'obligation d'exercer une diligence raisonnable peut être satisfaite si les fournisseurs

¹⁶⁰ Ropes & Gray, " Dutch Child Labor Due Diligence Act Approved by Senate - Implications for Global Companies " (5 juin 2019), <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.

¹⁶¹ Art. 4.1, Art. 1 et Art. 4.3.

¹⁶² Étude de la CSI, *op. cit.* , 29.

¹⁶³ Art. 4.4.

¹⁶⁴ L. F. H. Enneking, " The Netherlands Country Report ", Etude sur la diligence raisonnable de la CE, 173, citant le préambule de la loi, telle qu'adoptée en mai 2019.

¹⁶⁵ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, *op. cit.* , Art 2.

¹⁶⁶ Loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, article 5.2.

ont émis des déclarations selon lesquelles ils exercent une diligence raisonnable à l'égard des biens et services qu'ils fournissent.¹⁶⁷

Si l'entreprise a un soupçon raisonnable de travail des enfants dans la production des biens ou services, elle doit adopter et mettre en œuvre un plan d'action.¹⁶⁸ Il peut s'agir d' "un plan d'action conjoint ... garantissant que les entreprises affiliées exercent une diligence raisonnable, élaboré par ou entre une ou plusieurs organisations sociales, organisations de salariés ou organisations d'employeurs" et approuvé par le Ministre du commerce extérieur et de la coopération au développement.¹⁶⁹ La loi néerlandaise laisse à l'ordre administratif général le soin de définir les contours exacts de la diligence raisonnable et les exigences du plan d'action, qui tiendra compte de l'outil d'orientation de l'OIT-OIE sur le travail des enfants destiné aux entreprises.¹⁷⁰

Les entreprises sont également soumises à des obligations de "déclaration" en vertu de la loi. La déclaration doit indiquer que l'entreprise exerce une diligence raisonnable afin d'éviter que les biens et services qu'elle vend ou preste aux utilisateurs finaux néerlandais soient produits en recourant au travail des enfants.¹⁷¹ Les déclarations seront publiées dans un registre public en ligne établi par l'autorité de contrôle désignée.¹⁷² Dans sa forme actuelle, la loi ne contient aucune spécification concernant le contenu des déclarations, l'évaluation des risques et les plans d'action. Cela peut entraîner une variation importante entre les déclarations des entreprises et la manière dont elles abordent les obligations de diligence raisonnable, et peut créer une incertitude juridique pour les entreprises.¹⁷³

L'application de la loi néerlandaise sera assurée par une autorité de régulation qui sera compétente pour traiter les plaintes de toute personne physique ou morale dont les intérêts sont affectés par les actions ou omissions d'une entreprise. L'entreprise doit répondre à la plainte dans les six mois suivant

¹⁶⁷ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 5.1.

¹⁶⁸ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 5.2.

¹⁶⁹ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 5.4.

¹⁷⁰ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 4.3. L'outil d'orientation sur le travail des enfants a été créé conjointement par l'Organisation internationale du travail et l'Organisation internationale des employeurs comme une ressource permettant aux entreprises de satisfaire aux exigences de diligence raisonnable indiquées dans les PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, dans la mesure où ils concernent le travail des enfants. Voir ; Ropes & Gray, *op. cit.*

¹⁷¹ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, *op. cit.* , Art 4.1.

¹⁷² La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 4.

¹⁷³ A. Marcelis, " Dutch Take the Lead on Child Labour with New Due Diligence Law " (17 mai 2019), <https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>.

son dépôt, et si l'entreprise ne répond pas, l'autorité de régulation s'en chargera.¹⁷⁴ L'un des principaux problèmes concernant l'applicabilité de la loi est qu'elle ne crée pas d'exigences de rapports réguliers pour les entreprises : "Il s'agit d'un exercice ponctuel, plutôt que d'une exigence qui doit être répétée régulièrement".¹⁷⁵ En outre, l'autorité de régulation ne répondra qu'aux plaintes déposées par d'autres et ne s'engagera pas activement dans la mise en application. Cela signifie que la loi s'appuiera sur le rôle de chien de garde de la société civile pour garantir son efficacité.¹⁷⁶

Le non-respect de l'obligation de déposer une déclaration peut entraîner une amende allant jusqu'à 4.350 euros et le défaut de diligence raisonnable ou de plan d'action (satisfaisant) peut entraîner une amende allant jusqu'à 870 000 euros. Les sanctions peuvent "augmenter de manière exponentielle pour les entreprises dont on constate qu'elles n'ont pas fait preuve de la diligence requise ou qu'elles n'ont pas établi de plan d'action approprié pour détecter et prévenir le recours au travail des enfants".¹⁷⁷ Les entreprises qui ne respectent pas leurs obligations de diligence raisonnable telles que définies dans la loi peuvent être soumises à des amendes pouvant atteindre 10 % de leur chiffre d'affaires annuel.¹⁷⁸ La loi prévoit également une application pénale, une nouveauté dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme : "Dans les cinq ans suivant l'imposition d'une amende administrative, [si] une transgression similaire est commise par l'entreprise sur ordre ou sous la supervision du même directeur (*de fait*), cela est considéré comme une infraction pénale". La ¹⁷⁹loi ne crée pas de cause d'action civile directe et ne contient pas de disposition concernant l'accès à un recours pour les victimes du travail des enfants.¹⁸⁰

¹⁷⁴ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, Art. 3.4.

¹⁷⁵ Bright, *Options for Due Diligence in Belgium*, *op. cit.*, 31.

¹⁷⁶ Macchi et Bright, *op. cit.*, 12.

¹⁷⁷ Allen & Overy, *Mandatory Due Diligence Laws*, *op. cit.*

¹⁷⁸ La loi néerlandaise sur le travail des enfants, traduction non officielle, art. 7.1 et Art. 7.3.

¹⁷⁹ Enneking, *op. cit.*, 177, citant l'art. 9 de la loi : " Si cette deuxième transgression a été commise sans intention, elle est considérée comme un délit, puni d'un maximum de 6 mois de détention et d'une amende de 20 500 €. Si la deuxième transgression a été commise avec intention, elle est considérée comme un crime, passible d'une peine maximale de 2 ans d'emprisonnement et de 20 500 euros d'amende".

¹⁸⁰ Cette section a été achevée en décembre 2020. Le 11 mars 2011, quatre partis politiques ont soumis au Parlement néerlandais une proposition de loi sur la "conduite responsable et durable des affaires internationales" (*Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*). En raison de contraintes de temps, la loi n'a pas été analysée en détail dans cette section. Les éléments de la loi sont abordés dans la section sur l'évaluation comparative et dans le tableau 1. Il est important de noter que, si elle était adoptée, la loi sur la conduite responsable et durable des affaires internationales remplacerait la loi sur la diligence raisonnable en matière de travail des enfants (art. 4.1). 4.1.

2.3.4 Suisse

Récemment, plusieurs propositions législatives alternatives sur les droits de l'homme et le devoir de diligence environnementale ont vu le jour en Suisse. L'initiative suisse pour des entreprises responsables (Konzernverantwortungsinitiative) (RBI),¹⁸¹ qui a été lancée en 2016 par la coalition suisse pour la justice des entreprises représentant plus de 80 organisations de la société civile, visait à modifier la Constitution fédérale suisse par l'introduction d'une disposition spécifique sur la "responsabilité des entreprises".¹⁸² L'amendement proposé visait à créer une obligation légale pour les entreprises basées en Suisse en matière d'environnement et de droits humains, tant en Suisse qu'à l'étranger. Il contenait également une disposition spécifique sur la responsabilité et une disposition garantissant l'applicabilité du droit suisse.

Un contre-projet parlementaire a été adopté par le Conseil national (chambre basse) en juin 2018 mais rejeté en juin 2020. Il comprenait les trois mêmes éléments (une obligation de diligence raisonnable, une disposition spécifique en matière de responsabilité et une disposition impérative prépondérante pour garantir l'application du droit suisse en matière internationale), bien que la portée de ces éléments diffère du RBI.¹⁸³ La proposition impliquait une modification de l'article 716a bis du Code suisse des obligations exigeant que " le conseil d'administration prenne des mesures pour que la société respecte les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement pertinentes pour ses domaines d'activité, y compris à l'étranger ".¹⁸⁴

Une deuxième contre-proposition a été approuvée à la fois par le Conseil national et le Conseil des États (chambre haute du Parlement suisse) en juin 2020. Cette proposition a un champ d'application beaucoup plus restreint par rapport au RBI et au contre-projet parlementaire de 2018. Elle se limite aux obligations de reporting non financier pour les grandes entreprises cotées en bourse et les

¹⁸¹ L'initiative suisse pour des entreprises responsables, informations disponibles à l'adresse : https://konzerninitiative.ch/initiative-erklaert/?_ga=2.91171738.1204446159.1608462276-1501191985.1608462276.

¹⁸² N. Bueno, 'The Swiss Popular Initiative on Responsible Business From Responsibility to Liability' in L. F. H. Enneking, *et al.* (eds.) *Accountability and International Business Operations : Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards* (Routledge 2018).

¹⁸³ N. Bueno, 'L'initiative suisse pour des entreprises responsables et son contre-projet : Textes et développements actuels' (7 décembre 2018), *Business and Human Rights Journal Blog*, https://www.researchgate.net/publication/337207890_The_Swiss_Responsible_Business_Initiative_and_its_counter-proposal_Texts_and_current_developments.

¹⁸⁴ Counter-proposal of June 2018 by the Swiss Parliament to the RBI, Projet du Conseil fédéral du 23 novembre 2016, Décision du Conseil national du 15 juin 2018, 16.077 n CO. Droit de la société anonyme, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N11%20F.pdf> (in French) and <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N11%20D.pdf> (in German).

institutions financières réglementées, et impose des obligations de diligence raisonnable spécifiques uniquement en ce qui concerne les minéraux de conflit et le travail des enfants.

Compte tenu du champ d'application beaucoup plus restreint du deuxième contre-projet parlementaire, les auteurs du RBI ont décidé de poursuivre leur proposition, ouvrant ainsi la voie à un référendum national sur le RBI par rapport au contre-projet. Le 29 novembre 2020, dans ce qui a été qualifié de "vote à couteaux tirés",¹⁸⁵ le RBI a été rejeté de justesse.¹⁸⁶ Le contre-projet est actuellement soumis à un délai de 100 jours, durant lequel les opposants peuvent réunir 50 000 mille signatures et exiger une nouvelle votation populaire.¹⁸⁷ Dans le cas contraire, le contre-projet 2020 entrera en vigueur automatiquement à l'issue du délai.

Tant la proposition du RBI que le contre-projet parlementaire de 2018 (contre-projet du Conseil national) donnent des indications utiles pour la législation sur les droits de l'homme et la diligence raisonnable en matière d'environnement, car ils impliquaient certaines caractéristiques qu'aucune autre loi ne possède (en particulier le régime de responsabilité stricte prévu par le RBI).

Le RBI a proposé un amendement à la Constitution suisse créant une obligation légale pour les entreprises basées en Suisse en matière d'environnement et de droits de l'homme, à la fois dans leurs propres activités et à l'égard des entreprises contrôlées. Les entreprises auraient été tenues d'exercer une diligence raisonnable *appropriée*.¹⁸⁸ Elle se serait appliquée aux entreprises ayant leur siège social, leur administration centrale ou leur principal établissement en Suisse.¹⁸⁹ Les PME étaient exemptées, à l'exception des PME appartenant à des secteurs à haut risque (l'extraction ou le commerce de matières premières telles que le cuivre, l'or, les diamants ou les bois tropicaux dans les pays en

¹⁸⁵ J. Horowitz, "Knife-edge Swiss vote could make businesses liable for global rights abuses", CNN Business (27 novembre 2020), <https://edition.cnn.com/2020/11/27/business/switzerland-responsible-business-initiative-referendum/index.html>.

¹⁸⁶ J. D. Plüss, " Initiative pour des entreprises responsables rejetée dans les urnes " (29 novembre 2020), <https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500>.

¹⁸⁷ Lenz & Staehelin, " Contre-proposition à l'initiative pour des entreprises responsables : Overview of New Duties for Companies" (30 novembre 2020) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fe665c39-f775-4935-9294-044e94a65472>.

¹⁸⁸ *Ibid.* La diligence raisonnable doit permettre aux entreprises " d'identifier les impacts réels et potentiels sur les droits de l'homme et l'environnement internationalement reconnus ; de prendre les mesures appropriées pour prévenir la violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, de mettre fin aux violations existantes et de rendre compte des actions entreprises ". Texte du RBI avec explications, *op. cit.*

¹⁸⁹ Swiss Coalition for Corporate Justice, "Texte de l'initiative avec Explications", disponible à l'adresse suivante : https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2020/11/kvi_factsheet_initiativtext_fr.pdf (texte RBI avec explications).

développement).¹⁹⁰ Les obligations de diligence se seraient étendues à "toutes les relations d'affaires".

191

Le RBI contenait un régime de responsabilité stricte pour les sociétés de *contrôle*.¹⁹² Il s'agissait d'un renversement de la charge de la preuve ordinaire en droit de la responsabilité civile, selon lequel les demandeurs auraient dû prouver que la société avait manqué à ses obligations et que ce manquement avait causé le dommage. Dans le cadre d'un régime de responsabilité objective, un défendeur devrait prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la perte ou le dommage, ou que le dommage se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises.¹⁹³ Cette attribution de la charge de la preuve visait à "atténuer les difficultés pratiques que les demandeurs peuvent rencontrer pour accéder aux informations pertinentes afin de prouver qu'il y a eu un comportement négligent de la part de la société de contrôle".¹⁹⁴ Le "contrôle" pertinent englobe à la fois le contrôle d'une société mère sur ses filiales et le "contrôle économique" qu'une société peut exercer, par exemple, sur un fournisseur dans sa chaîne d'approvisionnement.¹⁹⁵

Le contre-projet de 2018 se serait appliqué aux entreprises basées en Suisse dépassant deux des trois seuils suivants : un total du bilan de 40 millions de francs suisses ; un chiffre d'affaires de 80 millions de francs suisses ; et/ou 500 employés à plein temps.¹⁹⁶ Elle se serait également appliquée aux "entreprises dont les activités comportent un risque particulièrement élevé de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, également à l'étranger". Ces domaines ont été laissés à l'appréciation de la loi d'application. En ce qui concerne

¹⁹⁰ Coalition suisse pour la justice des entreprises, " En quoi le contre-projet parlementaire diffère-t-il de l'initiative populaire ? ", https://corporatejustice.ch/wp-content/uploads/2018/07/Comparision_RBI_counter-proposal_EN-1.pdf.

¹⁹¹ Texte du RBI avec explications, *op. cit.* proposé Art. 101a(2)(b) proposé

¹⁹² Bright et Bueno, *op. cit.* , 804.

¹⁹³ Proposition d'article 101 bis, paragraphe 2, point c)

¹⁹⁴ Bright et Bueno, *op. cit.* , 805. Dans la proposition du RBI, "le renversement de la charge de la preuve n'est que partiel (c'est-à-dire qu'il ne concerne que les processus de diligence raisonnable mis en place), pour les autres éléments de l'action en responsabilité civile (tels que la causalité) et le degré de contrôle exercé par les sociétés mères ou chefs de file, la charge de la preuve reste sur le demandeur", voir Bright, Mandatory HRDD in Belgium, 42.

¹⁹⁵ Bright et Bueno, *op. cit.* , 804.

¹⁹⁶ Contre-proposition de 2018, *op. cit.* Proposition d'art. 716a bis CO.

¹⁹⁷les obligations de diligence raisonnable, il n'existe pas de différence substantielle entre le RBI et la contre-proposition 2018. ¹⁹⁸

Le régime de responsabilité de la contre-proposition 2018 comprenait également une responsabilité stricte pour la société de contrôle. Toutefois, contrairement au RBI, la dépendance économique n'était pas considérée comme suffisante pour établir une relation de contrôle, excluant ainsi la responsabilité de la chaîne d'approvisionnement.¹⁹⁹ La responsabilité personnelle des membres du conseil d'administration et des personnes physiques participant à l'administration ou à la direction de la société envers les parties affectées était expressément exclue. Tant le RBI que la contre-proposition 2018 précisaient que l'obligation de diligence raisonnable et la disposition relative à la responsabilité proposées devaient être comprises comme des dispositions impératives prépondérantes. Ni le RBI, ni la contre-proposition parlementaire 2018 ne prévoyaient un organe de surveillance étatique pour contrôler et assurer le respect de la loi.

La contre-proposition 2020 imposait des obligations de rapport non financier similaires à celles introduites par la directive européenne NFR (voir partie II) et n'exigeait pas des entreprises qu'elles prennent des mesures concrètes si elles identifiaient des risques sociaux et environnementaux dans leur rapport. Elle prévoyait des sanctions pénales en cas de non-respect des obligations applicables en matière de rapports annuels ou de fausses déclarations, qui pouvaient être sanctionnées par une amende allant jusqu'à 100 000 CHF en cas de violation intentionnelle et jusqu'à 50 000 CHF en cas de négligence. ²⁰⁰

2.3.5 Allemagne

L'Allemagne a approuvé son plan d'action national sur les entreprises et les droits de l'homme (Nationale Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte - PAN) en 2016.²⁰¹ Il a fixé comme objectif que 50% des entreprises allemandes de plus de 500 employés intègrent le devoir de diligence en matière de droits de l'homme dans leurs processus d'entreprise jusqu'en 2020. Si cet objectif ne devait

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Bueno (2018), *op. cit.*, 4.

¹⁹⁹ Bright et Bueno, *op. cit.*, 806.

²⁰⁰ Proposition d'art. 325ter, Code pénal suisse.

²⁰¹ Ministère fédéral allemand des affaires étrangères, *Plan d'action national : Mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme 2016-2020*, <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/610714/fb740510e8c2fa83dc507afad0b2d7ad/nap-wirtschaft-menschenrechte-engl-data.pdf> (PAN allemand).

pas être atteint, le gouvernement a déclaré qu'il "envisagerait d'autres actions, qui pourraient aboutir à des mesures législatives".²⁰²

Afin d'évaluer si cet objectif a été atteint, deux enquêtes ont été menées en 2019 et 2020.²⁰³ Seules 465 entreprises sur 3 300 sélectionnées au hasard ont répondu à la première enquête et, parmi elles, moins de 20 % remplissaient les exigences du PAN. Des résultats similaires ont été obtenus lors de la deuxième enquête : 455 entreprises sur 2 250 ont participé et seulement 22 % d'entre elles ont satisfait aux exigences du PAN.²⁰⁴ Les résultats ont montré que les objectifs du PAN étaient loin d'être atteints et ont renforcé les critiques selon lesquelles les efforts codifiés dans le PAN étaient insuffisants et trop lents.²⁰⁵

En février 2019, le projet de loi sur la réglementation de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiales (NaWKG) préparé par le ministère du Développement et de la Coopération (BMZ) a été divulgué.²⁰⁶ L'objectif de ce projet de loi est d'assurer la protection des droits de l'homme et de l'environnement internationalement reconnus dans le cadre des chaînes de valeur mondiales. En décembre 2019, le ministre fédéral du Travail et des Affaires sociales (BMAS) et le BMZ se sont publiquement engagés à présenter une proposition conjointe de loi sur la diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement pour les entreprises allemandes.²⁰⁷

²⁰² PAN allemand, 10.

²⁰³ Pour le résumé des résultats de l'enquête, voir : https://www.bmz.de/de/zentrales_downloadarchiv/Presse/hintergrund-NAP-unternehmensbefragung.pdf.

²⁰⁴ Herbert Smith Freehills LLP, *Supply Chain Law in Germany : Current steps towards a mandatory human rights due diligence law* (22 juillet 2020), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f1bde270-239d-40cd-85ad-d805adba5790#:~:text=A%20Supply%20Chain%20Law%20would,must%20also%20comply%20with%20them.>

L'enquête a fait l'objet d'une controverse au sein du gouvernement, le ministère fédéral des affaires économiques ayant critiqué la méthodologie et les critères d'évaluation. Les préoccupations concernant l'enquête ont été partagées par les associations professionnelles et diverses entreprises. Voir : Volland, T., "Germany's Due Diligence Act" (31 juillet 2020), <https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/business-and-human-rights-insights/germanys-due-diligence-act.html>.

²⁰⁵ S. Schenk et Q. Hubert, *L'Allemagne pourrait-elle introduire une loi obligatoire sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ?* (30 septembre 2019), <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/could-germany-introduce-a-mandatory-human-rights-due-diligence-law>.

²⁰⁶ Le projet de loi du BMZ a été couvert par le journal allemand TAZ (Die Tageszeitung) le 10 février 2019, <https://taz.de/Neues-Wertschoepfungskettengesetz/!5569037/>.

²⁰⁷ Voir ; <http://www.bhrinlaw.org/key-developments/59-germany#NGO%20HRDD>.

La NaWKG s'applique aux entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement en Allemagne (art. 2(1)). Elle s'applique à toutes les "grandes entreprises" qui dépassent au moins deux des trois critères suivants :

- total du bilan : 20 000 000 EUR ;
- chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ;
- nombre moyen d'employés au cours de l'exercice : 250.²⁰⁸

Le projet couvre également les "autres sociétés" (à l'exception des "sociétés mineures" et des filiales contrôlées par leur société mère, si ces sociétés (a) opèrent dans un "secteur à haut risque" (agriculture, sylviculture et pêche ; mines ; industries manufacturières, y compris l'alimentation, le textile et l'électronique ; et fourniture d'énergie), *ou* (b) opèrent dans des zones affectées par des conflits ou à haut risque.²⁰⁹ La NaWKG couvre les activités commerciales de ces entreprises en dehors de l'Allemagne (ausländische Geschäftstätigkeit) (art. 2 (2)).

Le NaWKG impose une obligation de diligence raisonnable complète pour protéger les droits de l'homme et l'environnement tout au long de la chaîne de valeur.²¹⁰ Le champ d'application de l'obligation de diligence raisonnable est délimité par une notion d'adéquation (Angemessenheit).²¹¹ Le projet de loi précise en outre que, "pour satisfaire à l'exigence d'adéquation, les entreprises doivent procéder à une "analyse de risque renforcée" chaque fois qu'elles prennent conscience de risques concrets d'impact sur les droits de l'homme".²¹² Plus précisément, les entreprises sont tenues de :

- procéder à une évaluation continue des risques, dont l'adéquation sera fondée sur les risques spécifiques au pays et au secteur, la gravité et la prévisibilité des violations potentielles, le degré d'implication de l'entreprise dans lesdites violations ainsi que la taille de l'entreprise et l'influence qu'elle exerce *de facto* sur l'entité directement à l'origine de la violation/du dommage ;
- mettre en œuvre des mesures de prévention et contrôler leur efficacité ;
- prendre des mesures correctives, notamment en établissant un mécanisme interne de règlement des griefs ou en participant à un mécanisme efficace de règlement des griefs non judiciaire par une initiative multipartite ;

²⁰⁸ Voir. D. Augenstein, "Country Report : Germany", Etude sur la diligence raisonnable de la CE, *op. cit.* , 113.

²⁰⁹ *Ibid.* citant l'art. 3.

²¹⁰ Augenstein, *op. cit.* , 113.

²¹¹ Augenstein, *ibid.* ,113 (soulignement original).

²¹² *Ibid.* , 114.

- mettre en place un système de dénonciation ;
- nommer un responsable de la conformité qui contrôle les obligations de diligence raisonnable;
- établir une documentation complète de son respect des obligations de diligence raisonnable.²¹³

Le responsable de la conformité a le devoir d'établir le mécanisme de plainte et le système d'alerte, et de remplir les obligations de documentation et de rapport de l'entreprise.²¹⁴ Le responsable de la conformité peut être soumis à des amendes ou à une peine d'emprisonnement en cas de manquement à ses obligations entraînant des dommages corporels graves ou la mort.²¹⁵

Le projet de loi envisage également la nomination d'une autorité publique compétente qui mettrait en œuvre la loi et contrôlerait le respect par les entreprises des obligations de diligence raisonnable. L'autorité publique compétente serait habilitée à prendre les ordonnances nécessaires à l'application de la loi, à pénétrer dans les locaux des entreprises et à demander la divulgation d'informations et de documents.²¹⁶

Des sanctions sont envisagées pour les entreprises qui ne respectent pas le projet de loi, notamment des amendes administratives et l'exclusion des marchés publics.

Bien que le projet de loi ne prévoie pas de régime de responsabilité spécifique en cas de préjudice, il contient plusieurs mesures "visant à renforcer l'accès à la justice des personnes concernées".²¹⁷ Il s'agit notamment des mesures suivantes :

- l'obligation pour les entreprises de mettre en place un mécanisme de plainte interne ou de participer à un mécanisme de réclamation non judiciaire efficace dans le cadre d'une initiative multipartite ;
- la considération des obligations de diligence raisonnable comme des règles impératives prépondérantes, indépendamment du droit autrement applicable en vertu du droit international privé ;

²¹³ *Ibid.* , 114.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Bright, " Options for Mandatory HRDD in Belgium ", *op. cit.* 45.

²¹⁶ Augenstein, *op. cit.* , 116.

²¹⁷ Bright, " Options for Mandatory HRDD in Belgium ", *op. cit.* 46.

- une exigence selon laquelle la prescription serait levée en attendant l'achèvement de la procédure de grief non judiciaire prévue par la loi.²¹⁸

2.3.6 Norvège

En août 2018, le gouvernement norvégien a nommé un comité d'experts chargé d'étudier une éventuelle loi sur les "informations éthiques" et un droit à l'information sur les impacts des entreprises sur les droits de l'homme. En novembre 2019, le comité a publié un projet de loi relatif à la transparence concernant les chaînes d'approvisionnement, le devoir de savoir et la diligence raisonnable.²¹⁹ L'objectif déclaré de la proposition de loi est de "veiller à ce que les consommateurs, les organisations, les syndicats et autres aient accès à des informations sur les droits de l'homme fondamentaux et les conditions de travail dans les entreprises et les chaînes d'approvisionnement et contribue à promouvoir le respect des droits de l'homme fondamentaux et du travail décent par les entreprises".²²⁰

La loi s'applique aux entreprises qui offrent des biens et des services en Norvège, y compris les entreprises publiques.²²¹ Elle s'applique aux grandes entreprises couvertes par la loi sur la comptabilité *ou aux* entreprises dépassant au moins deux des seuils suivants :

- bilan de 35 millions de NOK (environ 3,25 millions d'euros) ;
- un chiffre d'affaires net de 70 millions de NOK (environ 6,5 millions d'euros) ; et
- au moins 50 employés.

La loi impose aux entreprises l'obligation de "connaître les risques saillants qui peuvent avoir un impact négatif sur les droits de l'homme fondamentaux et le travail décent, tant au sein de l'entreprise elle-même que dans ses chaînes d'approvisionnement".²²² La proposition de loi impose des obligations de diligence raisonnable "afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer tout impact négatif

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Comité d'information sur l'éthique (28 novembre 2019), https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Norway_Draft_Transparency_Act_-_draft_translation_0.pdf.

²²⁰ Ch. 1.1.

²²¹ Ch. 1.

²²² Ch.2.5.

possible sur les droits de l'homme fondamentaux et le travail décent" ainsi que des obligations de rapport.²²³

L'autorité norvégienne de protection des consommateurs serait chargée de fournir des orientations et de superviser le respect de la loi.²²⁴ Elle serait également habilitée à imposer des amendes en cas de non-respect de ses obligations.²²⁵

2.4 Évaluation comparative et leçons pour le Luxembourg

Les lois et propositions législatives examinées ci-dessus montrent qu'il existe des manières divergentes de concevoir une loi sur le devoir de diligence, notamment en ce qui concerne le champ d'application matériel, le champ d'application personnel, le type d'obligations, le type de relations d'affaires et les mécanismes de mise en œuvre, y compris la surveillance, l'application et l'accès aux recours.²²⁶ Cette dernière partie propose une évaluation comparative de ces éléments à la lumière du cadre prescrit par les PDNU afin d'en tirer quelques enseignements pour le Luxembourg.

2.4.1 Champ d'application matériel

Le champ d'application matériel de la loi concerne les types d'impacts négatifs sur les droits de l'homme et l'environnement que l'obligation de diligence raisonnable couvre. Un certain nombre de lois et d'initiatives législatives existantes se concentrent sur une seule question relative aux droits de l'homme, notamment la MSA britannique et la loi néerlandaise sur le travail des enfants, et définissent le champ d'application matériel en termes spécifiques. La loi néerlandaise sur le travail des enfants, par exemple, définit le champ d'application matériel en faisant référence à la convention de l'OIT sur l'âge minimum de 1973 et à la convention sur les pires formes de travail des enfants.

²²³ Ch.2.10.

²²⁴ Ch. 3.11.

²²⁵ Ch. 4.

²²⁶ Le tableau comparatif en annexe fournit un résumé des éléments discutés dans cette section.

L'accent mis sur une seule question a été critiqué dans l'étude de diligence raisonnable de la Commission européenne (CE) pour ses "effets involontaires", car il pourrait détourner l'attention d'autres types d'impacts ou d'autres violations graves des droits de l'homme.²²⁷

En guise d'alternative, l'accent pourrait être mis sur les violations les plus graves des droits de l'homme. Cependant, une autre étude menée par le British Institute of International and Comparative Law (BIICL) a conclu que :

Une référence aux "violations flagrantes des droits de l'homme" [...] réduirait le champ d'application [...] d'une manière qui n'est pas conforme aux PDNU. Elle ne couvrirait qu'un petit éventail des violations les plus graves des droits de l'homme. Dans la mesure où ces définitions se limitent aux défenseurs des droits de l'homme ou à ceux qui dénoncent des activités publiques illégales, elles ne couvriraient pas les détenteurs de droits envisagés par les PDNU. De plus, ces définitions étroites n'apporteraient pas de sécurité juridique en ce qui concerne les autres droits de l'homme potentiellement lésés par les entreprises, leurs filiales ou leurs chaînes d'approvisionnement. Elles risquent également d'exclure l'attention croissante accordée aux impacts environnementaux et au changement climatique.²²⁸

En général, l'approche adoptée dans les pays européens semble favoriser une obligation générale de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme qui s'étend également aux impacts environnementaux (ce qui pourrait être fait sur la base des Principes directeurs de l'OCDE).²²⁹ La loi française sur le devoir de vigilance, par exemple, exige que le plan de vigilance d'une entreprise porte sur "les atteintes graves aux *droits de l'homme et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes* ainsi qu'à *l'environnement*" sans en définir plus précisément le champ d'application. L'initiative suisse pour des entreprises responsables se serait appliquée aux normes internationalement reconnues en matière de droits humains et d'environnement, alors que le contre-projet (2018) se limitait aux instruments juridiques internationaux ratifiés par la Suisse. Le projet de loi allemand sur les chaînes de valeur durables définit son champ d'application par référence à une liste de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme énumérés dans une annexe. La proposition du Parlement européen comprend également une liste exhaustive d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

²²⁷ Étude sur le devoir de diligence de la CE, rapport de synthèse, 54.

²²⁸ Pietropaoli et al, "A UK Failure to Prevent Mechanism for Corporate Human Rights Harms" (BIICL 2020), 25.

²²⁹ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, Rapport final, 277.

Pour être conforme à l'PDNU, une loi luxembourgeoise sur le devoir de diligence doit couvrir "tous les droits de l'homme internationalement reconnus", y compris, "au minimum", les droits énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et les principes des huit conventions fondamentales de l'OIT tels qu'énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail.²³⁰ La formulation "au minimum" montre que la liste n'est pas exhaustive et peut inclure d'autres normes relatives aux droits de l'homme.

2.4.2 Portée personnelle

Les lois et propositions de loi examinées ci-dessus varient en termes de portée personnelle.²³¹ Un certain nombre d'entre elles ne s'appliquent qu'aux grandes entreprises, définies par leur chiffre d'affaires ou leur nombre de salariés. La loi française sur le devoir de vigilance ne s'applique qu'aux grandes entreprises définies par le nombre de "salariés" (à l'exclusion des employés non-salariés). La loi a été critiquée pour son champ d'application étroit.²³² Il a été estimé qu'environ 200 à 250 entreprises tombent sous le coup de la loi.²³³ Il a toutefois été avancé que les PME sont indirectement concernées par cette loi dans la mesure où elles font partie de la chaîne d'approvisionnement des grandes entreprises.²³⁴

Le projet de loi allemand actuellement en instance devant le Parlement se concentre sur le nombre de salariés, mais abaisse le seuil de 3000 à 1000 salariés après deux ans de l'adoption de la loi. Les travailleurs temporaires sont inclus dans ce nombre, qui prend en compte toutes les entreprises appartenant à un même groupe.²³⁵

Un certain nombre de propositions se sont appuyées sur des formulations plus nuancées au lieu de se baser exclusivement sur le chiffre d'affaires ou le nombre d'employés. Elles ont utilisé une combinaison de critères incluant le total du bilan, le chiffre d'affaires et le nombre d'employés. Citons

²³⁰ UNGP 12.

²³¹ *Personal* ne doit pas être confondu avec "personnel" en français. Le champ d'application personnel fait référence aux entreprises qui sont soumises à la loi et qui peuvent être définies en fonction de divers critères, comme nous le verrons dans cette section.

²³² Sherpa et al., 'le radar du devoir de vigilance: identifier les entreprises soumises à la loi' (2020), <https://www.asso-sherpa.org/entreprises-soumises-devoir-de-vigilance-radar-ong>.

²³³ Voir "Rapport du GCE", *op. cit.*, 20.

²³⁴ Pietropaoli *et al.*, "A UK Failure to Prevent Mechanism", *op. cit.*, 31.

²³⁵ Loi sur la diligence raisonnable des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, art. 1§1(3).

par exemple la contre-proposition suisse de 2018, la loi néerlandaise sur les entreprises internationales responsables et durables qui est actuellement en instance devant le Parlement néerlandais et la NaWKG allemande qui a ensuite été remplacée par le projet du gouvernement.

Certaines de ces lois étendent les obligations de diligence raisonnable et de déclaration aux entreprises étrangères comme aux entreprises nationales. La loi néerlandaise sur le travail des enfants, par exemple, couvre les entreprises qui fournissent des biens ou des services à des utilisateurs finaux néerlandais. La loi britannique sur le travail des enfants s'applique également à toutes les entreprises britanniques et étrangères qui font des affaires au Royaume-Uni, à condition qu'elles atteignent certains seuils. De même, la proposition du Parlement européen s'applique également aux entreprises non européennes qui vendent des biens et fournissent des services sur le marché intérieur. Cette dernière s'applique en outre à toutes les PME cotées en bourse et aux PME des secteurs à haut risque. Le préambule de la proposition du Parlement européen indique que la directive devrait couvrir les entreprises publiques et les entreprises fournissant des produits et services financiers.

Le PDNU 14 stipule clairement que :

La responsabilité des entreprises commerciales en matière de respect des droits de l'homme s'applique à toutes les entreprises, quels que soient leur taille, leur secteur, leur contexte opérationnel, leur propriété et leur structure.²³⁶

Cependant, le commentaire du PDNU 14 explique plus loin que :

Les petites et moyennes entreprises peuvent avoir moins de capacités ainsi que des processus et des structures de gestion plus informels que les grandes entreprises, de sorte que leurs politiques et processus respectifs prendront des formes différentes. Mais certaines petites et moyennes entreprises peuvent avoir des impacts graves sur les droits de l'homme, qui nécessiteront des mesures correspondantes quelle que soit leur taille.

Le Guide interprétatif du Haut Commissaire aux droits de l'homme (HCDH) fournit des indications supplémentaires :

Dans de nombreux cas, les approches nécessaires pour intégrer le respect des droits de l'homme dans les activités d'une petite entreprise peuvent refléter la moindre complexité de ses activités. Cependant, *la taille n'est jamais le seul facteur permettant de déterminer la nature et l'ampleur des processus nécessaires à une entreprise pour gérer ses risques en*

²³⁶ UNGP 14 (soulignement ajouté).

matière de droits de l'homme. La gravité de son impact réel et potentiel sur les droits de l'homme sera le facteur le plus significatif [...].²³⁷

En tant que "compromis réalisable" pour résoudre les problèmes contradictoires de capacité limitée et d'impact potentiel, le HCDH a suggéré une approche de la réglementation "basée sur le risque" qui comprendrait les éléments suivants :

la hiérarchisation des ressources de manière à ce que les entreprises et les secteurs présentant les niveaux de risque les plus élevés fassent l'objet d'une surveillance plus étroite, tandis que ceux qui présentent apparemment des niveaux de risque moins élevés font l'objet d'une réglementation "plus légère".²³⁸

Cela ne signifie pas nécessairement que les PME sont *a priori* exclues du champ d'application. Cela favoriserait plutôt l'adoption d'une approche fondée sur le risque ou l'introduction d'exigences allégées pour les PME ou encore une "phase d'introduction" ou d'une "période de transition", laissant aux PME plus de temps pour s'adapter tout en leur apportant un soutien pour renforcer leurs capacités.²³⁹ Par exemple, les exigences en matière de déclaration pourraient être allégées pour les petites entreprises et exclues pour les plus petites (micro) entreprises.

Il est toutefois important d'inclure les PME dans le champ d'application matériel de la loi, compte tenu de leur rôle majeur dans l'économie.²⁴⁰ Leur inclusion contribuerait également à renforcer les PME « face à l'épreuve du temps » et à garantir qu'elles s'adaptent et "restent pertinentes dans l'économie", comme l'a fait remarquer l'une des personnes interrogées lors de la préparation de cette étude. Enfin, les grandes entreprises demandent de plus en plus que les obligations soient étendues aux petites entreprises afin de garantir des conditions de concurrence équitables.²⁴¹

²³⁷ HCDH, Guide interprétatif, 20 (soulignement ajouté).

²³⁸ HCDH, " UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies " (juin 2020), (Issues Paper on Legislative Proposals) https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf, 11.

²³⁹ L'Institut danois des droits de l'homme, Sustainable Corporate Governance Consultation Response (février 2021), <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/DIHR%20Response%20to%20EC%20Consultation%20on%20Sustainable%20Corporate%20Governance%20February%202021.pdf>, 9.

²⁴⁰ See, STATEC, 'Un portrait chiffré des entreprises au Luxembourg' (2020), 16-17, <https://statistiques.public.lu/catalogue-publications/analyses/2020/PDF-Analyses-03-2020.pdf>.

²⁴¹ F. West, "On Mandatory Due Diligence, SMEs Don't Need a Free Pass ; they Need Flexibility", *Shift* (novembre 2020) <https://shiftproject.org/smes-mhrdd/>.

Des périodes transitoires pourraient être introduites non seulement pour les PME mais aussi pour les entités plus importantes. La loi française sur le devoir de vigilance, par exemple, ne permet une action en justice qu'après la présentation des rapports de l'exercice suivant l'entrée en vigueur de la loi (en 2018).²⁴² De même, la loi néerlandaise sur le travail des enfants donne aux entreprises "cinq ans pour réduire ou remédier à tout engagement d'approvisionnement potentiellement infractionnel contracté avant la date d'entrée en vigueur de la loi".²⁴³

Pour s'aligner sur les PDNU et d'autres normes internationales, il serait souhaitable qu'une éventuelle législation sur le devoir de diligence au Luxembourg s'applique à toutes les sociétés, indépendamment de leur forme juridique, de leur taille, de leur secteur, de leur contexte opérationnel, de leur propriété et de leur structure, exerçant une activité ou une partie d'activité au Luxembourg.²⁴⁴ En même temps, afin d'éviter une charge disproportionnée pour les PME, des obligations différenciées pourraient être introduites en tenant compte des facteurs de risque, par exemple. Les modalités d'une telle approche pourraient être réglementées par un règlement grand-ducal afin de permettre une certaine souplesse face à l'évolution des circonstances (c'est souvent le cas en droit administratif (environnemental), par exemple, comme le démontrera le chapitre suivant). Les PME devraient bénéficier d'une orientation et d'un soutien supplémentaires fondés sur les Principes directeurs et d'autres normes internationales, notamment les Principes directeurs de l'OCDE.

Il serait souhaitable, du point de vue des droits de l'homme, que le champ d'application personnel de la loi soit aussi large que raisonnablement possible, et couvre les entreprises ayant un nombre limité de salariés ou une présence effective limitée au Luxembourg.²⁴⁵ En conséquence, une combinaison de différents facteurs, dont le nombre d'employés, le chiffre d'affaires net (le chiffre d'affaires) et la somme bilantaire, pourrait être plus utile qu'une focalisation exclusive sur le nombre d'employés au Luxembourg.

Les fonds d'investissement et les prestataires de services financiers font l'objet d'une préoccupation particulière, compte tenu de leur importance au Luxembourg.²⁴⁶ Le HCDH déclare que :

²⁴² Étude sur le devoir de diligence de la CE, Rapport final, *op. cit.* , 280.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ UNGP 14.

²⁴⁵ Il s'agit par exemple de la Soparfi (Société de participation financière), entre autres. Les Soparfis sont des sociétés holding régies par le droit luxembourgeois des sociétés, même si elles peuvent revêtir des formes juridiques différentes. Par conséquent, une loi sur la diligence raisonnable qui couvre les sociétés luxembourgeoises s'appliquerait également aux Soparfi, à condition qu'elles entrent dans le champ d'application de la loi.

²⁴⁶ Pour les chiffres clés sur les services financiers, voir : <https://www.luxembourgforfinance.com/en/financial->

Les PDNU s'appliquent à toutes les entreprises commerciales, y compris les banques commerciales et autres entités du secteur financier. Elles s'appliquent également à toute entreprise et à tout véhicule commercial de tout autre secteur qui peut être client d'une banque ou entrer en relation d'affaires avec elle. ²⁴⁷

Par conséquent, il est important que le champ d'application d'une future loi au Luxembourg soit clair et s'étende aux acteurs économiques de l'industrie financière.

Un certain nombre de lois analysées ci-dessus s'appliquent aux sociétés domiciliées dans la juridiction concernée ainsi qu'aux sociétés qui vendent des biens et fournissent des services dans cette juridiction. Une loi sur la diligence raisonnable au Luxembourg devrait s'appliquer à la fois aux sociétés domiciliées au Luxembourg et aux sociétés qui vendent des biens et fournissent des services au Luxembourg.²⁴⁸ Cette approche permettrait de créer des conditions de concurrence équitables entre les sociétés luxembourgeoises et les sociétés non luxembourgeoises qui opèrent au Luxembourg.

Pour être en accord avec les PDNU, une éventuelle loi sur la diligence raisonnable pourrait inclure les entreprises du secteur public. Selon le PDNU 4 :

Les États devraient prendre des mesures supplémentaires pour se protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises commerciales qui sont détenues ou contrôlées par l'État, ou qui reçoivent un soutien et des services importants de la part d'organismes publics tels que les agences de crédit à l'exportation et les agences officielles d'assurance ou de garantie des investissements, y compris, le cas échéant, en exigeant une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. ²⁴⁹

Ce point est renforcé dans le PAN qui contient un point d'action sur la mise en œuvre de projets pilotes sur la diligence raisonnable dans les entreprises détenues majoritairement par l'État. ²⁵⁰

[centre/key-figures/](#); pour l'industrie des fonds, voir : <https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Industry-statistics/Luxembourg>. Pour un guide complet sur les approches de diligence raisonnable applicables aux gestionnaires d'investissements institutionnels et aux propriétaires d'actifs, voir : <https://mneguidelines.oecd.org/RBC-for-Institutional-Investors.pdf>.

²⁴⁷ HCDH, Réponse du HCDH à la demande de conseils de BankTrack concernant l'application des PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans le contexte du secteur bancaire (2017), <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>, 3.

²⁴⁸ Cette approche est susceptible d'étendre le champ d'application de la loi aux succursales bancaires, par exemple, pour autant qu'elles remplissent les autres critères d'éligibilité.

²⁴⁹ UNGP 4 et le commentaire.

²⁵⁰ PAN II, *op. cit.*, 22.

2.4.3 Type d'obligations

Les lois sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme varient en termes d'obligations. Un certain nombre de lois obligent les entreprises à "faire rapport" ou à "divulguer" leur impact sur les droits de l'homme et l'environnement. Ces lois *encouragent les* entreprises à faire preuve de diligence raisonnable en introduisant des exigences de transparence et de rapport. À proprement parler, elles n'imposent pas d'obligations substantielles de diligence raisonnable. La directive européenne sur l'information non financière et la loi britannique sur l'esclavage moderne en sont des exemples.

Une deuxième catégorie de lois sur la diligence raisonnable va au-delà des exigences en matière de rapports sur les droits de l'homme et impose aux entreprises des obligations explicites de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. La plupart des lois ou propositions examinées ci-dessus entrent dans cette catégorie, même si elles varient à d'autres égards (par exemple en ce qui concerne les dispositions relatives à la responsabilité civile). En général, ces lois exigent des entreprises qu'elles fassent preuve de diligence raisonnable conformément aux PDNU ou à d'autres normes internationales, notamment les principes directeurs de l'OCDE. Cela oblige les entreprises à identifier les risques liés aux droits de l'homme, à prévenir et à atténuer les impacts négatifs et à rendre compte de leurs politiques.

Conformément aux PDNU, la plupart de ces lois exigent un processus de diligence raisonnable continu. À cet égard, la loi néerlandaise sur le travail des enfants n'est pas tout à fait conforme aux PDNU, car elle n'oblige les entreprises à effectuer la diligence raisonnable qu'une seule fois.

L'engagement des parties prenantes, y compris la consultation des travailleurs, est une obligation de plus en plus répandue imposée aux entreprises. Tant le projet de traité des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme que la proposition du Parlement européen attirent l'attention sur les consultations significatives avec les parties prenantes en tant que composante importante des obligations de diligence raisonnable conformément aux PDNU.

Une loi sur la diligence raisonnable au Luxembourg pourrait s'inspirer des obligations de diligence raisonnable prescrites par les PDNU et les Principes directeurs de l'OCDE. Il s'agirait d'évaluer les impacts réels et potentiels sur les droits de l'homme, d'intégrer les conclusions et d'agir en conséquence, d'assurer un suivi des réponses et de communiquer sur la manière dont les impacts sont traités. La consultation des parties prenantes pourrait également être envisagée.

2.4.4 Obligations du groupe et de la chaîne d'approvisionnement/de valeur

Les violations des droits de l'homme et les atteintes à l'environnement ont souvent lieu au sein de chaînes de valeur complexes ou résultent du comportement des filiales étrangères de la société mère. Il est donc difficile pour les victimes de demander réparation contre la société mère ou le groupe, en raison du principe de "responsabilité limitée" et de la séparation des personnalités juridiques au sein des groupes de sociétés.²⁵¹ Il est donc important qu'une loi sur la diligence raisonnable définisse clairement la portée des obligations au sein du groupe de sociétés ou des chaînes de valeur.

Les lois et propositions examinées ci-dessus s'appliquent aux filiales et aux chaînes d'approvisionnement/de valeur, mais de différentes manières.

Au Royaume-Uni, la loi sur l'esclavage et la traite des êtres humains (MSA) s'applique aux entreprises qui exercent une activité ou une partie d'une activité dans n'importe quelle partie du Royaume-Uni. La déclaration sur l'esclavage et la traite des êtres humains doit couvrir les "chaînes d'approvisionnement de l'entreprise et [...] toute partie de sa propre activité".²⁵² La société mère peut produire une déclaration pour elle-même et pour ses filiales concernées.²⁵³

La loi française sur le devoir de vigilance couvre les risques et préjudices graves qui découlent des activités de l'entreprise et des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que des sous-traitants et fournisseurs "avec lesquels l'entreprise entretient une relation commerciale établie".²⁵⁴ Une relation commerciale établie est définie en droit français comme "une relation commerciale stable et régulière, se déroulant avec ou sans contrat, avec un certain volume d'affaires, et dans l'attente raisonnable que la relation dure".²⁵⁵

La loi néerlandaise sur la diligence raisonnable en matière de travail des enfants exige des entreprises qu'elles examinent l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement, car elles sont censées vérifier s'il existe une présomption raisonnable que les biens et services à fournir ont été produits en recourant au travail des enfants. La proposition néerlandaise de conduite responsable et durable des affaires internationales couvre la chaîne de production (*productieketen*) définie comme "l'ensemble des

²⁵¹ P. Muchlinski, 'Limited liability and Multinational Enterprises : A Case for Reform ?' (201) 34 *Camb. J. Econ.* 915, 915.

²⁵² Le MSA du Royaume-Uni, section 54(4).

²⁵³ Un guide pratique de la MSA, *op. cit.*, para. 3.4.

²⁵⁴ Code de commerce français, article L. 225-102-4, alinéa 3. 3.

²⁵⁵ S. Cossart, *et al.*, " Le droit français de l'obligation de vigilance... ", *op. cit.* citant le Code de commerce français, art L. 442-6-I-5 et la Cour de cassation, Chambre Commerciale, (18 décembre 2007), 320.

activités, produits, lignes de production, chaîne d'approvisionnement et relations commerciales d'une entreprise".

Le RBI suisse se serait appliqué aux sociétés qui ont leur siège social, leur administration centrale ou leur principal établissement en Suisse. Il aurait utilisé le " contrôle de fait " ou le " contrôle économique " pour déterminer l'étendue de la responsabilité.²⁵⁶Dans le contre-projet 2018, la dépendance purement économique n'était pas considérée comme suffisante pour établir une relation de contrôle. Le projet de loi norvégien impose une obligation à l'entreprise elle-même et dans ses chaînes d'approvisionnement.

Selon les Principes directeurs, une entreprise doit examiner à la fois ses propres activités et ses relations d'affaires.²⁵⁷Les relations d'affaires sont définies comme suit

les relations qu'une entreprise commerciale entretient avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur et toute autre entité étatique ou non étatique directement liée à ses opérations commerciales, ses produits ou ses services. Elles comprennent les relations commerciales indirectes dans sa chaîne de valeur, au-delà du premier niveau, et les participations minoritaires et majoritaires dans les *joint ventures*.²⁵⁸

Irene Pietropaoli *et al.* notent que :

La question de savoir si une entreprise cause, contribue ou est directement liée à un impact n'est pas exclusivement déterminée par la relation que l'entreprise entretient avec le partenaire commercial concerné. Elle est plutôt déterminée par la façon dont l'entreprise est liée à l'impact lui-même (et non à l'acteur qui le cause).²⁵⁹

A cet égard, comme ils le notent, la loi française sur le devoir de vigilance ne suit pas les PDNU dans la mesure où elle limite la responsabilité en fonction de la relation que l'entreprise entretient avec l'acteur, plutôt que de l'impact.²⁶⁰

Récemment, l'auteur des PDNU, John Ruggie, a clarifié certains aspects de cette question complexe dans une lettre publique relative au projet de loi allemand sur le devoir de diligence des entreprises

²⁵⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 275.

²⁵⁷ HCDH, Guide interprétatif, *op. cit.* , 41.

²⁵⁸ HCDH, Guide interprétatif, *op. cit.* , 5.

²⁵⁹ Pietropaoli *et al.*, "A UK Failure to Prevent Mechanism", *op. cit.* , 43 (souligné dans l'original).

²⁶⁰ *Ibid.*

dans les chaînes d'approvisionnement.²⁶¹ Après avoir noté que la loi n'est pas "étroitement alignée" sur les PDNU, John Ruggie a expliqué :

Bien que le projet de loi définisse le concept de chaîne d'approvisionnement de manière large afin d'inclure l'ensemble de la chaîne de valeur, les obligations spécifiques imposées aux entreprises pour identifier les risques de manière proactive et prendre des mesures pour y remédier ne s'appliquent qu'aux opérations de l'entreprise et à ses fournisseurs directs, c'est-à-dire aux fournisseurs de niveau 1. En revanche, les PDNU et les Principes directeurs de l'OCDE couvrent l'ensemble des acteurs de la chaîne de valeur, pour la simple raison que les fournisseurs de niveau 1 ne sont généralement pas la principale source du problème. Une focalisation sur le seul niveau 1 conduirait les entreprises à se concentrer sur les relations qui sont moins susceptibles de poser des risques significatifs en matière de droits de l'homme, tout en ignorant les autres (au-delà du niveau 1) où la probabilité de tels risques est plus élevée.²⁶²

De plus, des chercheurs ont soutenu que :

Le fait de limiter la diligence raisonnable au comportement de l'entreprise et de son fournisseur de premier rang [...] peut inciter à contourner la diligence raisonnable en externalisant davantage ou en ajoutant artificiellement des niveaux supplémentaires à la chaîne d'approvisionnement. En outre, cela créerait des distinctions arbitraires entre les entreprises (et les secteurs) opérant avec des chaînes d'approvisionnement plus longues par rapport à celles qui ont des modèles d'entreprise intégrés.²⁶³

En réponse à cette question, les entreprises se demandent souvent à quel niveau de la chaîne d'approvisionnement leurs obligations s'étendent. Selon John Ruggie, la réponse à cette question ne doit pas être définie "par couches", mais plutôt par "risques saillants en matière de droits de l'homme".²⁶⁴ Selon les PDNU, les entreprises doivent se concentrer sur les domaines où le risque d'effets négatifs sur les droits de l'homme est le plus important :

²⁶¹ J. Ruggie, "Lettre aux ministres allemands concernant l'alignement du projet de loi sur la chaîne d'approvisionnement avec les UNGP" (9 mars 2021), *Shift*, https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2021/03/Shift_John-Ruggie_Letter_German-DD.pdf.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ M. Krajewski, *et al*, "Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU" (24 avril 2020), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_BRI\(2020\)603495](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_BRI(2020)603495).

²⁶⁴ UNGP 17, le commentaire.

Lorsque les entreprises ont un grand nombre d'entités dans leur chaîne de valeur, il peut s'avérer déraisonnablement difficile de mener une diligence raisonnable pour les impacts négatifs sur les droits de l'homme dans toutes ces entités. Dans ce cas, les entreprises doivent identifier les domaines généraux où le risque d'impacts négatifs sur les droits de l'homme est le plus important, que ce soit en raison du contexte opérationnel de certains fournisseurs ou clients, des opérations, produits ou services particuliers concernés, ou d'autres considérations pertinentes, et donner la priorité à ces domaines pour la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.²⁶⁵

A la lumière de ce qui précède, il est important qu'une loi sur le devoir de diligence au Luxembourg définisse clairement la portée transnationale des obligations à travers les groupes de sociétés et les chaînes de valeur. Les éléments d'une telle définition pourraient se concentrer sur les relations d'entreprise et juridiques, mais aussi sur des aspects plus factuels de contrôle et d'influence. Dans ce contexte, il est souvent fait référence à la notion de "levier", qui définit le "niveau d'influence qu'une entreprise exerce sur un tiers".

En utilisant les tests d'"influence" ou de "contrôle" pour déterminer la responsabilité, un mécanisme peut inciter les entreprises à se désengager de ces activités dans le but de s'éloigner du champ d'application. Au contraire, le concept d'influence attend en fait des entreprises qu'elles s'engagent davantage de manière proactive, et qu'elles démontrent cet engagement. Ainsi, une obligation de diligence raisonnable pourrait utiliser le critère juridique de l'"influence" ou du "contrôle", en exigeant des entreprises qu'elles démontrent qu'elles ont effectivement exercé le degré d'influence attendu pour satisfaire à la norme de diligence raisonnable.²⁶⁶

La législation sur la diligence raisonnable devrait imposer une obligation indépendante au sein d'un réseau économique de surveiller les activités d'autres entités à l'étranger. Elle devrait clairement affirmer :

le devoir de la société mère d'exercer une diligence raisonnable en contrôlant la filiale pour s'assurer qu'elle ne se livre pas à des violations des droits de l'homme, directement ou indirectement.²⁶⁷

²⁶⁵ UNGP 17, le commentaire.

²⁶⁶ Étude sur le devoir de diligence de la CE, *Rapport de synthèse*, 53. Voir également : UNGP 19 et le commentaire.

²⁶⁷ G. Skinner, et al, *The Third Pillar : L'accès aux recours judiciaires pour les violations des droits de l'homme par les entreprises transnationales* (décembre 2013), 65.

2.4.5 Contrôle et mise en vigueur

La mise en vigueur ou l'application des lois sur le devoir de diligence peut prendre diverses formes, notamment des mécanismes de droit administratif, civil (voir section suivante) et pénal. La loi française sur le devoir de vigilance s'appuie sur une application civile (privée) et n'établit pas de suivi et de surveillance gouvernementale.²⁶⁸ Le RBI suisse et la contre-proposition parlementaire de 2018 ne proposaient pas non plus d'organe de surveillance étatique.²⁶⁹ Les propositions néerlandaise, allemande et norvégienne présentées ci-dessus envisagent une application administrative par une autorité de régulation aux compétences divergentes. L'autorité compétente pourrait contrôler la conformité, recevoir des plaintes ou s'engager dans le renforcement des capacités et la sensibilisation. La proposition du Parlement européen laisse l'application aux États membres.

Les sanctions en cas de non-respect des obligations de diligence raisonnable peuvent également prendre diverses formes. Les propositions néerlandaise, norvégienne et allemande envisageaient des amendes en cas de non-respect, tandis que la proposition allemande prévoyait également une exclusion potentielle des marchés publics. La loi néerlandaise sur le travail des enfants et la contre-proposition parlementaire suisse de 2020 imposent des sanctions pénales.

Les sanctions présupposent un examen a posteriori des activités des entreprises, une fois que les impacts sur les droits de l'homme et l'environnement se sont matérialisés. En outre, les sanctions pourraient également être conçues de manière à encourager les entreprises à se conformer à leurs obligations de diligence raisonnable plutôt que de les punir en cas de non-respect. Cela pourrait impliquer des exigences ex ante, telles que des évaluations d'impact et des exigences de permis qui sont courantes dans le droit environnemental. Les entreprises pourraient également être incitées (ou sanctionnées) par le biais de divers outils économiques à la disposition de l'État, tels que les conditions des marchés publics et les processus de crédit à l'exportation et d'octroi de licences d'exportation.

Diverses sources ont suggéré que l'application des lois sur la diligence raisonnable par une autorité publique présenterait certains avantages. Le HCDH a déclaré que :

Quelle que soit la structure réglementaire finalement privilégiée [...], il est probable qu'une certaine forme d'institution de contrôle sera nécessaire pour aider à la mise en œuvre et au respect de la réglementation, par le biais d'un travail d'éducation et de renforcement des capacités auprès des entreprises, par exemple. Ces types d'institutions de soutien ont

²⁶⁸ Les OSC ont créé un site web qui fournit une liste des entreprises soumises à la loi et assure le suivi de leurs plans de vigilance : <https://vigilance-plan.org/>.

²⁶⁹ *Ibid.* , 40.

également des rôles potentiellement importants à jouer en ce qui concerne la liaison avec les groupes de parties prenantes, le suivi de l'évaluation des impacts et de l'efficacité de la réglementation, l'engagement avec d'autres organismes d'État [...], la communication des progrès et la contribution au développement de la réglementation et à la réforme législative.²⁷⁰

Dans le même ordre d'idées, Scheltema et van Dam ont noté que :

Les avantages les plus importants peuvent être obtenus avec une certaine forme d'application administrative par le biais d'un superviseur unique. Contrairement à l'application du droit privé, l'application du droit administratif est structurée et systématique, ce qui permet de clarifier plus rapidement les normes et contribue ainsi à la sécurité juridique. De cette manière, les normes ouvertes peuvent être spécifiées plus rapidement qu'avec l'application du droit privé.²⁷¹

En effet, étant donné que le législateur ne peut pas prédéfinir tous les scénarios possibles où des risques pour les droits de l'homme des entreprises peuvent survenir, une agence administrative pourrait jouer un rôle important en concrétisant ces obligations au cas par cas. Dans le même temps, toute proposition de supervision et d'application par une agence publique devrait examiner si la capacité est suffisante pour assurer une mise en œuvre efficace de la loi sur le devoir de diligence, car une telle supervision et une telle application pourraient entraîner des coûts considérables, compte tenu de l'ampleur de l'activité commerciale au Luxembourg. Une loi potentielle devrait éviter d'imposer des charges administratives élevées aux entreprises et à la bureaucratie, surtout s'il n'est pas garanti que ces charges permettent d'atteindre l'objectif de la loi, c'est-à-dire la protection des droits de l'homme dans les activités commerciales et les chaînes de valeur. En outre, l'absence de supervision et d'application centralisées ne serait pas nécessairement synonyme d'inefficacité, car la simple adoption d'une obligation de diligence raisonnable pourrait stimuler l'action des actionnaires, des parties prenantes et de la société civile, poussant les entreprises à se conformer à leurs obligations de diligence raisonnable.

²⁷⁰ HCDH, *Propositions législatives pour une diligence raisonnable obligatoire des entreprises en matière de droits de l'homme* (juin 2020), 19-20.

²⁷¹ C.C. van Dam et M.W. Scheltema, "Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten".

An investigation into the possible legal design and enforcement of enforceable IMVO instruments" (2020), 33.

2.4.6 Accès aux voies de recours

L'accès aux recours est l'un des principaux obstacles auxquels sont confrontées les victimes de violations des droits de l'homme dans le monde entier. Les PDNU le reconnaissent :

Dans le cadre de leur devoir de protection contre les violations des droits de l'homme liées aux entreprises, les États doivent prendre des mesures appropriées pour garantir, par des moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles violations se produisent sur leur territoire et/ou dans leur juridiction, les personnes affectées ont accès à un recours effectif. Les recours peuvent prendre de nombreuses formes, y compris judiciaires et non judiciaires.

Les lois et propositions législatives examinées ci-dessus ont des approches différentes en matière de recours. La loi française, le RBI suisse et la contre-proposition 2018 créent une cause d'action civile directe permettant aux tiers de poursuivre une entreprise pour les conséquences négatives du non-respect de la loi. La loi française fait référence au droit commun de la responsabilité civile. Le demandeur a la charge de la preuve pour démontrer que la plainte remplit les trois conditions d'une responsabilité civile : un dommage, une violation ou un manquement à l'obligation de vigilance, et un lien de causalité entre le dommage et la violation. Cela est souvent considéré comme un obstacle aux recours, car le plaignant peut ne pas avoir accès aux informations nécessaires pour remplir ces éléments. L'approche suisse aurait déplacé la charge de la preuve vers l'entreprise en introduisant un régime de responsabilité stricte. Un défendeur aurait dû prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la perte ou le dommage, ou que le dommage se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises.

Le HCDH classe les régimes de responsabilité en trois grandes catégories :

Catégorie 1 : régimes qui exigent des entreprises qu'elles préviennent les préjudices par l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (pour lesquels la survenance d'un préjudice est un élément clé de la violation) ;

Catégorie 2 : régimes qui exigent des entreprises qu'elles exercent une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (c'est-à-dire que la responsabilité découle du manquement à l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, et le fait que ce manquement ait entraîné ou non un préjudice réel est sans importance pour établir la non-conformité) ; et

Catégorie 3 : régimes qui ne prévoient pas d'obligation explicite d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, mais qui créent de fortes incitations dans ce sens (par exemple, les régimes qui permettent à l'entreprise d'invoquer le fait qu'elle a exercé

une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme comme moyen de défense contre la responsabilité juridique pour avoir causé un préjudice, ou qui permettent de prendre en compte les niveaux de conformité aux normes de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme "en atténuation" pour décider d'une sanction appropriée pour une violation juridique).²⁷²

En conséquence, la loi française est à cheval sur les catégories 1 et 2.

En effet, si les mesures d'exécution n'exigent pas des demandeurs qu'ils démontrent l'existence d'un préjudice réel découlant de l'incapacité d'une entreprise à mettre en place un "plan de vigilance" ou à le mettre en œuvre correctement, elles prévoient également la possibilité d'actions en réparation en cas de préjudice réel.²⁷³

Outre les mécanismes judiciaires, des recours non judiciaires pourraient également être envisagés, notamment des procédures de plainte et des mécanismes de dénonciation au niveau de l'entreprise ou du secteur. Par exemple, la proposition du Parlement européen prévoit une procédure de réclamation au niveau de l'entreprise en tant que système d'alerte précoce pour la sensibilisation aux risques et la médiation. De même, la proposition allemande prévoit un mécanisme de plainte au sein de l'entreprise.

Le projet allemand comprenait également diverses autres dispositions visant à améliorer l'accès aux recours, notamment une renonciation à la prescription en attendant l'achèvement d'une procédure de grief non judiciaire et l'utilisation de dispositions impératives dérogatoires. Ce dernier élément peut être pertinent dans le contexte des activités des entreprises transnationales si les droits de l'homme et les impacts environnementaux se produisent dans un pays où l'accès à la justice est limité. En vertu du règlement Rome II (article 4), la loi applicable aux actions en responsabilité civile est la loi du lieu où le dommage est survenu. Le fait de qualifier une disposition de disposition impérative garantit son application indépendamment de la loi autrement applicable. La proposition du Parlement européen et le RBI Swill contiennent également des dispositions similaires.

²⁷² HCDH, Issuer Paper, *op. cit.*, 12-13.

²⁷³ *Ibid.*, 13.

" Due Diligence Defence "

Selon les PDNU, " la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme est distincte des questions de responsabilité juridique et d'exécution, qui restent largement définies par les dispositions du droit national des juridictions concernées ".²⁷⁴ Cela signifie que le champ de la responsabilité peut être beaucoup plus étroit que celui des obligations de diligence raisonnable.

Le commentaire du PDNU 17 indique que :

La mise en œuvre d'une diligence raisonnable appropriée en matière de droits de l'homme devrait aider les entreprises à faire face au risque de poursuites judiciaires à leur encontre en démontrant qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables pour éviter d'être impliquées dans une violation présumée des droits de l'homme.²⁷⁵

Cependant, le commentaire souligne également que :

Les entreprises qui exercent une telle diligence raisonnable ne doivent pas supposer que, par elles-mêmes, elles seront automatiquement et totalement exonérées de toute responsabilité d'avoir causé ou contribué à des violations des droits de l'homme.

D'aucuns ont fait valoir qu'un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable n'est pas conforme aux PDNU, car il pourrait conduire à un "exercice sophistiqué de "case à cocher"" par lequel les entreprises pratiquent une "diligence raisonnable *a minima*" afin d'éviter toute responsabilité juridique.²⁷⁶ Cependant, un point de vue plus largement accepté semble être qu'une défense de diligence raisonnable n'est pas nécessairement suspecte.²⁷⁷ Une défense fondée sur la diligence raisonnable "permettrait à une entreprise d'éviter toute responsabilité si elle démontrait qu'elle a mis en place des processus raisonnables en toutes circonstances. ...] L'existence d'un moyen de défense pourrait inciter très efficacement les entreprises à s'acquitter de ce devoir et à fournir aux tribunaux la preuve qu'elles ont fait plus que simplement rendre compte de ce qu'elles prétendent avoir fait. Ainsi, la défense est une incitation pour une entreprise à entreprendre une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme en faisant plus qu'un exercice de cases à cocher".²⁷⁸ La clarification de

²⁷⁴ UNGP 12, le commentaire.

²⁷⁵ UNGP 17, le commentaire (accentuation ajoutée).

²⁷⁶ Étude de la CSI, 50.

²⁷⁷ Étude sur le devoir de diligence de la CE, *op. cit.*, 264 ; Étude sur l'incapacité à prévenir, *op. cit.*, 48-54 ; Institut danois des droits de l'homme, "Sustainable Corporate Governance Response" (février 2021), 21.

²⁷⁸ R. McCorquodale, "Corporate Duty to Prevent Human Rights Impacts - A Way Forward for UK Legislation" (12 mars 2020), examinant "Failure to Prevent Study", <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/03/12/corporate-duty-to-prevent-human-rights-impacts-a-way->

l'étendue de la diligence raisonnable qui permettrait d'exonérer les entreprises de leur responsabilité pour les impacts sur les droits de l'homme encouragerait les entreprises à se conformer à ces obligations tout en créant une sécurité juridique indispensable.

Une future loi devrait chercher à contribuer à la prévention des violations des droits de l'homme, tout en garantissant la responsabilité en cas d'échec de la prévention. Un régime clair de responsabilité civile pourrait faciliter l'application privée et éviter certains des problèmes que pourrait entraîner une application centralisée par une agence publique. Le droit luxembourgeois dispose déjà de règles favorables pour faciliter l'accès aux voies de recours. Par exemple, le délai de prescription est de 30 ans (article 2262 du code civil), ce qui est plus long que dans de nombreux pays européens. Il existe également diverses possibilités de résolution non judiciaire des litiges au Luxembourg, notamment la médiation civile.²⁷⁹ Ces mécanismes ne sont pas limités en termes de nationalité des parties ou de lieu des agissements, ce qui leur confère un large champ d'application. Une législation future sur le devoir de diligence pourrait coopter ces mécanismes à côté des mécanismes judiciaires afin d'établir un régime d'application privé efficace pour les manquements au devoir de diligence en matière de droits de l'homme.

forward-for-uk-legislation/.

²⁷⁹ Voir, Bağlayan, NBA, op. cit. Annexe, 139-144 pour une liste des différents mécanismes et institutions de médiation au Luxembourg.

III. Législation en matière de diligence raisonnable au Luxembourg : considérations juridiques

Il n'existe actuellement aucune obligation générale contraignante pour les entreprises au Luxembourg d'adopter des mesures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement dans le cadre de leurs activités ou de leurs relations d'affaires. Néanmoins, le droit luxembourgeois contient des références à la diligence raisonnable dans divers contextes. Ce chapitre aborde plusieurs domaines du droit interne qui sont pertinents pour une future loi sur le devoir de diligence des entreprises en matière de droits de l'homme, en identifiant les éléments constitutifs qui existent déjà, ainsi que les possibilités d'intégration de nouvelles obligations de diligence dans le cadre du droit luxembourgeois.²⁸⁰ Le chapitre commence par la référence à plusieurs règlements sectoriels de l'UE qui font partie du droit luxembourgeois, avant de passer à des sections spécifiques du droit national. Le chapitre se termine par l'examen de plusieurs questions d'intégration juridique qui devraient être abordées par la future législation sur la diligence raisonnable.

3.1 Le cadre juridique existant

3.1.1 Règlements de l'UE sur la diligence raisonnable

Règlement sur le bois

Entré en vigueur en 2013, le règlement de l'UE sur le bois est "le premier instrument juridique²⁸¹ au niveau de l'UE qui comprend une obligation de diligence raisonnable.²⁸² Le règlement vise à interdire le bois récolté illégalement et les produits dérivés de ce bois sur le marché intérieur de l'UE en imposant des obligations de diligence raisonnable aux opérateurs initiaux.²⁸³ Le processus de diligence raisonnable, tel que défini dans le règlement sur le bois, comporte trois volets :

²⁸⁰ Une liste plus complète des lois et règlements relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme est incluse dans la NBA 2019.

²⁸¹ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 167.

²⁸² Règlement (UE) n° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché.

²⁸³ Règlement sur le bois, paragraphe 16 du préambule. 16.

- l'accès à l'information,
- l'évaluation des risques sur la base des informations obtenues, et
- l'atténuation du risque d'une manière proportionnelle au risque identifié.²⁸⁴

La diligence raisonnable prévue par le règlement sur le bois est un processus *ex ante* qui doit être mené à bien avant toute mise sur le marché de l'UE de bois ou de produits dérivés.²⁸⁵

Dans le cadre du processus de diligence raisonnable, le règlement sur le bois définit deux catégories d'informations à évaluer :

- a) des informations spécifiques relatives au bois ou au produit du bois lui-même : une description, le pays de récolte (et, le cas échéant, la région infranationale et la concession), le fournisseur et le négociant, ainsi que des documents attestant du respect de la législation applicable ;²⁸⁶
- b) des informations générales qui fournissent le contexte pour évaluer les informations spécifiques au produit, sur la prévalence de la récolte illégale d'espèces d'arbres spécifiques, la prévalence des pratiques de récolte illégale sur le lieu de la récolte et la complexité de la chaîne d'approvisionnement.²⁸⁷

Selon le document d'orientation non contraignant de la Commission européenne sur le règlement de l'UE sur le bois :

Alors que les informations générales fournissent aux opérateurs le contexte dans lequel ils peuvent évaluer le niveau de risque, les informations spécifiques au produit sont nécessaires pour déterminer le risque lié au produit du bois lui-même. Cela signifie que si les informations générales indiquent des risques potentiels, une attention particulière doit être accordée à la collecte d'informations spécifiques au produit. Si le produit est dérivé de plusieurs sources de bois, il est nécessaire d'évaluer le risque pour chaque composant ou espèce.²⁸⁸

²⁸⁴ Règlement sur le bois, paragraphe 17 du préambule. 17.

²⁸⁵ Groupe d'experts sur le règlement de l'UE sur le bois et le règlement FLEGT (application des réglementations forestières, gouvernance et échanges commerciaux) Document d'orientation - Diligence raisonnable, https://ec.europa.eu/environment/forests/pdf/28_02_2020_Guidance_on_Due_Diligence.pdf.

²⁸⁶ Règlement sur le bois, Art. 6.1(a).

²⁸⁷ Règlement sur le bois, Art. 6.1(b).

²⁸⁸ Commission européenne, *Avis de la Commission du 12.2.2016 Document d'orientation pour le règlement de l'UE sur le bois*, Bruxelles, 12.2.2016 C(2016) 755 final, 4.

Le règlement sur le bois stipule que "les autorités compétentes effectuent des contrôles pour vérifier si les opérateurs respectent les exigences".²⁸⁹ En outre, le règlement prévoit une "organisation de contrôle" qui doit "maintenir et évaluer régulièrement" les systèmes de diligence raisonnable et "prendre les mesures appropriées en cas de manquement d'un opérateur à utiliser correctement son système de diligence raisonnable, y compris la notification des autorités compétentes en cas de manquement important ou répété de l'opérateur".²⁹⁰

Règlement sur les minéraux de conflit

Le règlement sur les minéraux de conflit, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2021, codifie les obligations de diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement pour certains importateurs de l'UE de certains minéraux et métaux, y compris les fonderies et les raffineurs qui traitent les minéraux au sein de l'UE.²⁹¹ Les importateurs de divers métaux, dont l'étain et l'or, doivent se conformer aux obligations de diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement et en rendre compte si les minerais proviennent de zones touchées par des conflits ou à haut risque.

Le règlement définit les obligations relatives à cinq domaines clés :

- l'introduction de systèmes de gestion internes pour soutenir la diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement ;
- identifier et évaluer les risques réels ou potentiels dans la chaîne d'approvisionnement ;
- répondre aux risques identifiés ;
- la réalisation d'audits indépendants par des tiers ; et
- l'établissement de rapports sur les politiques et pratiques de diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement.²⁹²

Pour chacune des exigences ci-dessus, le règlement définit des obligations détaillées et leur impose de suivre les lignes directrices de l'OCDE en matière de diligence raisonnable pour les chaînes d'approvisionnement responsables provenant de zones touchées par des conflits et à haut risque. En

²⁸⁹ Règlement sur le bois, Art. 10.

²⁹⁰ Règlement sur le bois, Art. 8.

²⁹¹ Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 établissant des obligations de diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union d'étain, de tantale et de tungstène, de leurs minerais et d'or originaires de zones touchées par des conflits ou à haut risque (règlement sur les minéraux de conflit), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2017:130:TOC>.

²⁹² Règlement sur les minéraux de conflit, Arts 4-7.

2018, la Commission européenne (CE) a adopté des lignes directrices non contraignantes à l'intention des entreprises du champ d'application sur la manière d'identifier les zones touchées par des conflits et à haut risque, et à l'intention des États membres sur la manière d'effectuer un contrôle *a posteriori* des importateurs.²⁹³

Le règlement sur les minerais de la guerre définit des obligations différenciées pour les entreprises "en amont" et "en aval".²⁹⁴ Les entreprises en amont doivent se conformer aux règles obligatoires de diligence raisonnable lorsqu'elles importent.²⁹⁵ Les entreprises en aval sont en outre classées en deux catégories : "celles qui importent des produits à l'état de métal doivent également respecter les règles obligatoires de diligence raisonnable ; et celles qui opèrent au-delà de l'état de métal n'ont pas d'obligations au titre du règlement, mais elles sont censées utiliser des outils de reporting et autres pour rendre leur diligence raisonnable plus transparente, y compris, pour de nombreuses grandes entreprises, ceux de la directive sur les rapports non financiers".²⁹⁶

Le règlement sur les minéraux de conflit oblige les États membres à effectuer des contrôles *a posteriori* afin de s'assurer que les entreprises du champ d'application respectent leurs obligations de diligence raisonnable.²⁹⁷

Règlement général sur la protection des données (RGPD)

Le RGPD "établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation des données à caractère personnel".²⁹⁸ Il a un large champ d'application territorial et s'applique au traitement des données

²⁹³ Recommandation (UE) 2018/1149 de la Commission du 10 août 2018 relative à des lignes directrices non contraignantes pour l'identification des zones touchées par des conflits et à haut risque et d'autres risques liés à la chaîne d'approvisionnement en vertu du règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018H1149>.

²⁹⁴ "'En amont', la chaîne d'approvisionnement en minéraux depuis les sites d'extraction jusqu'aux fonderies et aux raffineries, inclusivement" (art. 2(j)) ; "'en aval', la chaîne d'approvisionnement en métaux depuis le stade suivant les fonderies et les raffineries jusqu'au produit final" (art. 2(k)).

²⁹⁵ <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/regulation-explained/>

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Règlement sur les minéraux de conflit, Art. 11.

²⁹⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), art. 1(1).

personnelles par " un responsable du traitement ou un sous-traitant " basé dans l'UE,²⁹⁹ que le traitement ait lieu ou non dans l'UE.³⁰⁰ Elle s'applique également au traitement des données à caractère personnel des personnes concernées qui se trouvent dans l'UE par un responsable du traitement ou un sous-traitant ne se trouvant pas dans l'UE, lorsque les activités de traitement sont liées à des biens ou des services offerts dans l'UE,³⁰¹ ou à la surveillance de leur comportement dans la mesure où ce comportement a lieu dans l'UE.³⁰²

Le RGPD prévoit que " compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques de probabilité et de gravité variables pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir et pouvoir démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement. Ces mesures sont réexaminées et mises à jour si nécessaire".

303

En vertu de l'art. 35 du RGPD, certains types de traitement, qui incluent l'utilisation de nouvelles technologies et sont susceptibles de présenter un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques en raison de la nature, de la portée, du contexte et de la finalité du traitement, nécessiteraient une " analyse d'impact sur la protection des données ". L'évaluation d'impact sur la protection des données doit, au minimum, comprendre les éléments suivants :

- a) une description systématique des opérations de traitement envisagées et des finalités du traitement, y compris, le cas échéant, l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ;
- b) une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des opérations de traitement par rapport aux finalités ;
- c) une évaluation des risques pour les droits et libertés des personnes concernées, [et]
- d) les mesures envisagées pour faire face aux risques, y compris les garanties, les mesures de sécurité et les mécanismes destinés à assurer la protection des données à caractère personnel

²⁹⁹ Les articles 4(7) et 4(8) du RGPD définissent respectivement les termes de contrôleur et de sous-traitant.

³⁰⁰ RGPD, Art. 3(1).

³⁰¹ RGPD, Art. 3(2)a.

³⁰² RGPD, Art. 3(2)b.

³⁰³ RGPD, Art. 24.

et à démontrer la conformité au présent règlement, en tenant compte des droits et des intérêts légitimes des personnes concernées et des autres personnes concernées.³⁰⁴

Le fait de ne pas réaliser d'analyse d'impact ou de ne pas se conformer aux exigences du RGPD peut conduire aux amendes imposées par l'autorité de contrôle compétente.³⁰⁵ Cette dernière peut également recevoir des plaintes des "personnes concernées" (data subjects) sur des violations présumées du règlement.³⁰⁶

3.1.2 Droit des sociétés

Diverses caractéristiques du droit des sociétés peuvent être pertinentes pour l'élaboration d'une législation sur la diligence raisonnable, notamment les exigences en matière d'information et de transparence des sociétés, les devoirs et la responsabilité des administrateurs et la gouvernance d'entreprise.

Les sociétés luxembourgeoises sont principalement régies par le droit statutaire, les codes de gouvernance d'entreprise (le principal étant les "X Principes" de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg)³⁰⁷ et les statuts de la société.

Les principaux instruments statutaires du droit des sociétés qui présentent un intérêt sont les suivants:

- *La loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915*, telle que modifiée (la "loi sur les sociétés").³⁰⁸ La loi sur les sociétés a été révisée en 2016³⁰⁹ et une version consolidée de la loi a été publiée en décembre 2017.³¹⁰ Outre une modernisation de la SARL et de la SA, la loi a introduit un nouveau type de société, la société anonyme simplifiée (SAS). Elle a également clarifié le cadre juridique et confirmé certaines pratiques.

³⁰⁴ RGPD, Art. 35(7).

³⁰⁵ RGPD, Art. 83.

³⁰⁶ RGPD, Art. 77.

³⁰⁷ Luxembourg Stock Exchange, *Les X Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse du Luxembourg*, 4th edition-revised version (December 2017); <https://www.bourse.lu/legislation#14688535946648>.

³⁰⁸ Law of 10 August 2016 amending the Law of 10 August 1915 on Commercial Companies (Loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales).

³⁰⁹ I. Corbisier, "La réforme du droit luxembourgeois des sociétés" (2016) 4 *TRV-RPS* 416.

³¹⁰ Suite à la renumérotation des articles de cette loi, une nouvelle version consolidée de la loi sur les sociétés commerciales a été publiée le 15 décembre 2017 par le règlement grand-ducal du 5 décembre 2017.

- La loi du 19 décembre 2002 relative au registre du commerce et des sociétés et à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, telle que modifiée (loi comptable).³¹¹

Il n'existe pas de code général de gouvernance d'entreprise applicable à toutes les sociétés au Luxembourg. Les X (Dix) Principes de la Bourse de Luxembourg (LuxSE) s'appliquent aux sociétés cotées au LuxSE et aux sociétés luxembourgeoises dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé géré par le LuxSE. Les sociétés non cotées peuvent appliquer volontairement les X Principes. L'Association Luxembourgeoise de l'Industrie des Fonds d'investissement (ALFI) a également publié un code de conduite pour la gouvernance des fonds d'investissement et des sociétés de gestion, dont la dernière mise à jour date de 2013.³¹² Selon le site Internet de l'ALFI, le code de conduite de l'ALFI "fournit un cadre de principes de haut niveau et de recommandations de meilleures pratiques pour l'industrie luxembourgeoise des fonds".³¹³ Bien que l'adoption du Code de conduite de l'ALFI soit entièrement volontaire, le site Internet de l'ALFI indique que le "Code de conduite a été largement adopté par les acteurs de l'industrie".³¹⁴

3.1.2.1 Exigences en matière d'information et de transparence des entreprises au Luxembourg

Au Luxembourg, l'article 1711-1 de la loi sur les sociétés commerciales définit le champ d'application des comptes annuels consolidés pour les sociétés basées au Luxembourg.³¹⁵ La loi du 18 décembre 2015³¹⁶, transposant la directive 2013/34.U.E, a apporté diverses modifications à l'établissement des comptes annuels, notamment en modifiant les règles qui sont utilisées pour déterminer la taille d'une société.³¹⁷ Les obligations en matière d'information financière varient en fonction de la taille de l'entreprise.³¹⁸ La loi a également modifié les obligations d'information des petites entreprises en introduisant un principe de "matérialité", en vertu duquel les informations considérées comme non significatives peuvent être omises des comptes annuels.³¹⁹ Le terme "significatif" (material) désigne le

³¹¹ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2002/12/19/n1/jo>.

³¹² <https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Setting-up-in-Luxembourg/Fund-governance>

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ Loi sur les sociétés, Art. 1711-1.

³¹⁶ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2015/12/18/n7/jo>.

³¹⁷ M. Wilkenhuysen, "Luxembourg", in W. J. L. Calkon (ed.), *The Corporate Governance Review* (9th Edition) (2019 Law Business Research Ltd), 216.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*

statut d'une information dont l'omission ou l'inexactitude pourrait raisonnablement influencer les décisions que les utilisateurs prennent sur la base des comptes annuels de l'entreprise.³²⁰

Des dispositions législatives sur le reporting socio-environnemental ont été introduites pour la première fois avec la transposition de la directive européenne sur le reporting non financier (directive NFR).³²¹ La loi du 23 juillet 2016 a transposé la directive NFR en droit interne *a minima*, sans aller au-delà de ce qui est exigé par la directive. La transposition a entraîné des modifications de plusieurs textes législatifs, notamment des modifications du droit des sociétés et du droit comptable.

La loi sur les rapports non financiers vise les entités d'intérêt public (EIP) qui répondent aux critères suivants :³²²

- les sociétés qui (avec leurs filiales - entreprises filiales) dépassent au moins deux des trois critères suivants :
 - 20 millions d'euros de total du bilan,
 - 40 millions d'euros de chiffre d'affaires,
 - 250 employés (nombre des membres du personnel employé à plein temps et en moyenne au cours de l'exercice) ;
- les entreprises (ainsi que leurs filiales) employant plus de 500 personnes à la date de clôture de leur bilan, sur une base consolidée.³²³

Les critères ci-dessus limitent le champ d'application personnel de la loi à environ 76 entreprises au Luxembourg.³²⁴

Les entreprises soumises à la loi sont tenues de publier des déclarations non financières contenant des informations relatives aux questions environnementales, sociales et relatives aux employés, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et les pots-de-vin.³²⁵ Les entreprises

³²⁰ Loi du 18 décembre 2015, modifiant la loi comptable, art. 26.6.

³²¹ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>.

³²² Une PIE est définie comme une entité dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé de l'UE, ainsi que les établissements de crédit et les compagnies d'assurance agréés ayant leur siège social dans l'UE.

³²³ Loi sur les sociétés, Art. 1730-1(1), Loi sur la comptabilité, Art. 68bis(1).

³²⁴ Projet de loi ,n° 6868 du 6 juillet 2016, séance 42, https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSShowAttachment?id=202C0978BCBFE15EEED924952B669F5A5FB5AE22DBA52006CC5FA1FCEA236DAC0.

³²⁵ "au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits

qui sont actives dans le secteur extractif ou dans l'exploitation des forêts primaires sont tenues de publier un rapport annuel sur les paiements effectués aux gouvernements.³²⁶

La loi identifie les informations qui doivent être divulguées :³²⁷

- une brève description du modèle commercial de l'entreprise/du groupe ;
- une description des politiques poursuivies en relation avec les questions énoncées ci-dessus, y compris les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre ;
- les résultats de ces politiques ;
- les principaux risques liés à ces questions dans le cadre de ses activités, y compris, lorsque cela est pertinent et proportionné, ses relations commerciales, ses produits et/ou services susceptibles d'avoir un impact négatif dans ces domaines de risque, et la manière dont elle gère ces risques.
- des indicateurs clés de performance non financiers pertinents pour l'activité en question.

La loi repose sur le principe "se conformer ou expliquer", selon lequel les entreprises sont tenues de fournir une explication claire et motivée des raisons si elles ne mènent pas de politique en rapport avec les questions spécifiées dans la loi. En conséquence, les entreprises sont tenues de signaler si elles ont mis en place une politique, mais elles ne sont pas tenues d'avoir une politique dans ces domaines ou de mettre en place des procédures de diligence raisonnable.

Les entités peuvent se fonder sur des normes nationales, européennes ou internationales pour divulguer les informations pertinentes. La loi ne fournit aucune référence supplémentaire concernant ces cadres, ni aucune clarification concernant les procédures de diligence raisonnable. Le " flou de certaines dispositions " a été relevé par la Chambre de Commerce dans son *avis sur projet de loi* du 21 avril 2016 :

La Chambre de Commerce regrette [...] l'imprécision de certaines dispositions, notamment quant aux principes généraux pour les informations à publier, particulièrement pour le rapport consolidé [...].^{328 329}

de l'homme et de lutte contre la corruption", Companies Law, Art. 1730-1(2).

³²⁶ Loi sur les sociétés, Art. 1760-2.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Avis de la Chambre de Commerce (21.4.2016), Projet de Loi, n° 6868, p. 3. Notons que, Chambre de Commerce a salué la Loi, notamment le fait qu'elle ait été transposée *a minima* et a relevé que l'imprécision des dispositions n'est en rien imputable au Gouvernement puisqu'il a " fidèlement transposé le contenu de la Directive 2014/95/UE ". Elle a toutefois demandé à la Commission européenne de publier des lignes directrices non contraignantes sur la méthodologie applicable à la communication des informations non financières conformément à la directive.

³²⁹ Notons qu'en 2017, la Commission européenne a publié des lignes directrices pour aider les entreprises à

Les entités ont la possibilité de choisir d'inclure les états non financiers dans le rapport de gestion ou dans un rapport distinct, à condition que le rapport distinct soit publié en même temps que le rapport de gestion ou qu'il soit disponible sur le site web de l'entité dans les six mois suivant la date de clôture.

330

La loi prévoit certaines exceptions en matière d'information. Les sociétés peuvent être autorisées à ne pas divulguer d'informations non financières dans des cas exceptionnels, lorsque cela porterait gravement préjudice à la position commerciale du groupe, à condition qu'une telle omission n'empêche pas une compréhension juste et équilibrée du développement, des performances, de la position et de l'impact de l'activité du groupe.³³¹

Un réviseur d'entreprises agréé doit vérifier si la déclaration non financière a été fournie.³³² Le fait de ne pas fournir les informations requises peut entraîner une amende de 500 à 25 000 euros pour les administrateurs ou les dirigeants.³³³ Une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 5 000 à 125 000 euros peuvent être infligées aux dirigeants, administrateurs et réviseurs qui, dans une intention frauduleuse, omettent de publier les comptes annuels, les comptes consolidés ou le rapport de gestion.³³⁴

Jusqu'à présent, aucune sanction n'a été signalée pour non-respect de la loi. La Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) a procédé à un examen des informations non financières pertinentes pour 2017 et a noté que la plupart des sociétés du champ d'application ont publié des informations sur les questions visées ; "néanmoins, des améliorations supplémentaires sont attendues pour qu'[elles] se conforment pleinement à la loi".³³⁵

divulguer les questions sociales et environnementales : Lignes directrices de la Commission sur les rapports non financiers (26 juin 2017), disponibles à l'adresse [suivante](https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en) : https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en.

La Commission européenne a également publié des lignes directrices concernant les informations liées au climat (2019) qui complètent les lignes directrices de 2017, disponibles à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en#climate.

³³⁰ *Ibid*, Art. 68bis.(5).

³³¹ Loi sur les sociétés, Art. 1730-1(1).

³³² Loi du 19 décembre 2002, Art. 68bis(6), Loi sur les sociétés, Art. 1730-1(6).

³³³ Loi sur les sociétés, Art. 1500-2(4).

³³⁴ Loi sur les sociétés, 1500-5(2).

³³⁵ CSSF, lettre d'information n° 216 - janvier 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.cssf.lu/wp-content/uploads/files/Publications/Newsletter/Newsletter_2019/newsletter216eng.pdf.

3.1.2.2 Obligations et responsabilités des administrateurs

Les administrateurs ont le devoir d'agir dans le meilleur intérêt de la société, et sont tenus de se conformer à la loi sur les sociétés et aux statuts de la société.³³⁶ Ils doivent "agir comme des hommes d'affaires raisonnablement prudents", "gérer les affaires de la société de bonne foi, avec un soin raisonnable, de manière compétente, prudente et active, à tout moment dans le meilleur intérêt de la société, et s'abstenir de faire quoi que ce soit qui n'entre pas dans le cadre des objectifs de la société".³³⁷

La loi ne définit pas ce qui doit être considéré comme le meilleur intérêt social d'une société.³³⁸ En décembre 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a expliqué que :

Il s'agit d'un concept adaptable, dont l'interprétation exacte dépend de l'entreprise concernée et de la nature de ses activités. Pour certaines sociétés, l'intérêt social est aligné sur les intérêts des actionnaires de la société. Pour d'autres sociétés, il inclut l'intérêt de l'entité juridique dans son ensemble, y compris les intérêts des actionnaires mais aussi ceux des employés et des créanciers.³³⁹

La responsabilité des administrateurs est principalement fondée sur les dispositions de la loi sur les sociétés (en particulier les articles 441-8 et 441-9) ainsi que sur les dispositions générales du code civil en matière de responsabilité délictuelle (articles 1382 et 1383). En outre, les administrateurs peuvent faire l'objet de poursuites pénales pour certaines infractions.

Responsabilité civile

Selon l'art. 441-8 du Code des sociétés, les administrateurs n'encourent, "en principe"³⁴⁰, aucune responsabilité personnelle en relation avec les engagements de la société.³⁴¹ Toutefois, la

³³⁶ Outre les lois pertinentes (loi sur les sociétés de 1915, code civil et code pénal), cette section s'appuie sur : M. Wilkenhuysen, "Luxembourg", in W. J. L. Calkon (ed.), *The Corporate Governance Review* (9th Edition) (2019 Law Business Research Ltd), 207-228 ; et I. Corbisier et P.-H. Conac, "Luxembourg". Conac, "Luxembourg. La gouvernance d'entreprise des sociétés cotées " in Conac in A. Fleckner et K. Hopt (Eds.) *Comparative Corporate Governance : Une analyse fonctionnelle et internationale* (2013), 630-32. Wilkenhuysen, *ibid*, 213.

³³⁷ En outre, sur la base de la loi sur les sociétés, les administrateurs sont tenus à certaines obligations générales, notamment la gestion générale de la société, la représentation de la société vis-à-vis des tiers et le respect de leur devoir d'éviter tout conflit d'intérêts. Voir, *ibid*.

³³⁸ *Ibid*.

³³⁹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 23 décembre 2015, n° 145 724 et 145 725, cité *ibid*. 214.

³⁴⁰ I. Corbisier et P.-H. Conac, "Luxembourg. La gouvernance d'entreprise des sociétés cotées " in Conac in A. Fleckner et K. Hopt (Eds.) *Comparative Corporate Governance : Une analyse fonctionnelle et internationale* (2013), 630.

³⁴¹ Art. 441-8.

responsabilité des membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance peut être engagée sur la base de diverses dispositions de la loi sur les sociétés et sur la base des principes généraux du droit de la responsabilité civile du Code civil :

- Responsabilité pour faute de gestion : en droit luxembourgeois, les administrateurs peuvent être tenus responsables des actes fautifs commis dans l'exercice de leurs fonctions sur la base de la première phrase de l'art. 441-9.³⁴² Pour que la responsabilité soit engagée en vertu de cette disposition, l'administrateur doit commettre une faute, soit par un acte ou une omission fautive, qui doit causer un dommage prévisible à la société. Si le dommage se serait produit indépendamment de cet acte ou de cette omission, aucune responsabilité ne sera encourue par les administrateurs. Le type de responsabilité prévu à l'art. 441-9 est une responsabilité contractuelle fondée sur le mandat social envers la société et n'existe pas envers les tiers.
- Responsabilité en cas de violation des statuts de la société ou des dispositions du Code des sociétés : sur la base de *la deuxième phrase de l'art. 441-9*, les administrateurs peuvent être tenus solidairement responsables des dommages causés soit à la société, soit aux tiers, du fait d'une violation des statuts ou du droit des sociétés.³⁴³ L'action intentée par les tiers sera fondée sur la responsabilité délictuelle. La notion de "tiers" a une portée large selon une décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 novembre 2000. Selon cette disposition, le demandeur doit prouver l'existence d'un lien de causalité entre le manquement et le dommage pour que la responsabilité soit engagée.³⁴⁴ On a fait valoir que l'exigence d'un lien de causalité peut créer un "obstacle supplémentaire" à la responsabilité, en particulier dans les situations où la violation consiste en une absence d'action.³⁴⁵

³⁴² Notez que l'Art. 441-9 s'applique au système à un niveau. Pour les articles correspondants dans le système à deux niveaux, voir ; Art. 442-10 [Art. 60bis-10] pour le directoire, et l'Art. 442-18 [Art. 60bis-18] pour le conseil de surveillance.

³⁴³ La phrase pertinente de l'Art. 441-9 se lit comme suit : « Les administrateurs et les membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts ».

³⁴⁴ Cited in R. Sabatier and M. Heart, *La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles (1re partie)* in Wolters Kluwer – ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg (2015), 24 (international citations omitted).

³⁴⁵ L'argument est soulevé dans G. V. Calster et S. Demeyere, "Belgium County Report" dans *Etude sur la diligence raisonnable de la CE (Annexe : Country Reports)*, 13. Compte tenu de la proximité du droit des sociétés belge et luxembourgeois (voir I. Corbisier et P.-H. Conac, *op. cit.* , 632), l'argument est également pertinent dans le contexte du Luxembourg.

Responsabilité pénale

La loi sur les sociétés contient certaines infractions pénales spécifiques qui peuvent être déclenchées par une faute commise par un administrateur.³⁴⁶ Selon l'Art. 1500-2, alinéa 4, qui stipule que les gérants et les administrateurs qui ont omis de publier une déclaration non financière ou la déclaration sur la gouvernance d'entreprise peuvent être soumis à une amende allant jusqu'à 25 000 euros.³⁴⁷ En outre, les dirigeants ou administrateurs qui, dans une intention frauduleuse, ont omis de publier les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle sont passibles "d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement" (Art. 1500-5).

Certains actes des administrateurs, agissant seuls ou collectivement, qui relèveraient de la responsabilité civile, peuvent également tomber sous le coup des règles énoncées dans le code pénal.

348

3.1.2.3 Gouvernance d'entreprise : les X Principes de LuxSE (Dix Principes de la Bourse de Luxembourg)

Les X Principes de LuxSE fournissent des principes généraux, des recommandations et des lignes directrices sur les meilleures pratiques en matière de gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées sur LuxSE et toutes les sociétés luxembourgeoises dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé géré par LuxSE.³⁴⁹

Les principes X comprennent trois séries de règles :

Les principes généraux

Les dix principes généraux sont obligatoires pour les sociétés cotées. Selon le préambule :

Leur champ d'application est suffisamment large pour que toutes les sociétés puissent y adhérer, quelles que soient leurs spécificités. Toutes les sociétés luxembourgeoises dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé exploité par la Bourse de Luxembourg [...] doivent donc les appliquer sans exception.³⁵⁰

³⁴⁶ Pour une liste des infractions, voir le titre XV de la loi sur les sociétés.

³⁴⁷ Loi sur les sociétés, Art 1500-2(4).

³⁴⁸ Buren, *op. cit.* , 6.

³⁴⁹ Préambule, X Principes.

³⁵⁰ *Ibid.*, "Les X Principes sont obligatoires. Ils sont d'une portée suffisamment large pour que toutes les sociétés puissent y adhérer, quelles que soient leurs spécificités. Toutes les sociétés luxembourgeoises dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé opéré par la Bourse de Luxembourg [...] doivent donc

Les recommandations

Les recommandations sont basées sur une approche "se conformer ou expliquer" selon laquelle les sociétés sont invitées à se conformer aux recommandations ou à expliquer, dans leurs rapports annuels, pourquoi elles s'en écartent. Bien que les sociétés cotées soient censées se conformer aux recommandations, il est admis que certaines "circonstances spécifiques", telles que la nationalité, la taille, la structure de l'actionnariat, les activités commerciales, l'exposition au risque, la structure de gestion et les aspects de la RSE de la société, peuvent justifier une dérogation à certaines recommandations.³⁵¹ Dans ce cas, les entreprises doivent expliquer pourquoi elles ont choisi de s'écarter de la recommandation.

Notamment, les X Principes mentionnent que :

Les petites sociétés cibles, en particulier celles qui ont été récemment admises à la négociation sur le marché, ainsi que les jeunes sociétés en croissance, peuvent estimer que certaines des Recommandations sont disproportionnées ou moins pertinentes dans leur cas. De même, les sociétés holding et d'investissement peuvent exiger une structure différente pour leur conseil d'administration, ce qui peut affecter la pertinence de certaines des Recommandations pour elles.³⁵²

Les lignes directrices

Les lignes directrices "fournissent des conseils sur la manière appropriée pour une entreprise de mettre en œuvre ou d'interpréter les recommandations, et reflètent les "meilleures pratiques"³⁵³. Comme indiqué dans le préambule, "les lignes directrices sont facultatives et ne sont donc pas soumises à l'obligation de "se conformer ou s'expliquer"³⁵⁴.

La quatrième version révisée des Principes X a été publiée en décembre 2017 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2018. Il n'y a aucune référence aux droits de l'homme ou à la diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement dans les X Principes, mais ils comprennent un principe de RSE (Principe 9), qui précise diverses mesures pour la mise en œuvre des politiques et introduit la divulgation obligatoire des engagements en matière de RSE.³⁵⁵ Le principe 2, qui définit les devoirs des

les appliquer sans exception".

³⁵¹ Préambule, X Principes. Voir aussi, Corbisier et Conac, *op. cit.*, 609.

³⁵² Préambule, X Principes.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Principe 9, X Principes.

administrateurs, demande également au conseil d'administration d'examiner les aspects de la RSE et de prendre en compte les intérêts de "toutes les parties prenantes dans leurs délibérations".³⁵⁶

Le Principe 9 se lit comme suit :

La société définit sa politique en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale. Elle précise les mesures prises pour la mise en œuvre de sa politique et leur donne une publicité adéquate.³⁵⁷

Selon ce principe, les entreprises doivent intégrer les aspects de la RSE dans leur stratégie à long terme et décrire comment la démarche RSE contribue à cet objectif.³⁵⁸ Elles doivent communiquer des informations non financières de manière "claire et transparente" dans un rapport dédié qui analyse la durabilité de leurs activités. Le ³⁵⁹conseil d'administration est invité à "examiner régulièrement les risques non financiers de la société, dont notamment les risques sociaux et environnementaux"³⁶⁰ et à "publier une note méthodologique [...] relative à la manière dont les facteurs significatifs ont été identifiés et les données établies".³⁶¹ La ligne directrice 9.4 énumère les indicateurs de performance RSE "significatifs", qui comprennent "la sous-traitance et les relations avec les fournisseurs".

Bien que le langage explicite de la diligence raisonnable soit absent des X Principes et que les références aux droits de l'homme soient larges (principalement dans le cadre de la RSE), il est concevable d'inclure des exigences de diligence raisonnable dans le code de gouvernance d'entreprise. L'évaluation des risques non financiers et les obligations d'information ressemblent à des obligations de diligence raisonnable, bien qu'elles se concentrent sur le risque pour les *entreprises*

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*, "La société définit sa politique en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale. Elle précise les mesures prises pour la mise en œuvre de sa politique et leur donne une publicité adéquate".

³⁵⁸ Recommandation 9.1, Principes X.

³⁵⁹ Recommandation 9.2, Principes X. La ligne directrice de la recommandation 9.2 des X Principes se lit comme suit : "L'entreprise est encouragée à utiliser un cadre reconnu au niveau international (Global Reporting Initiative, International Integrated Reporting Framework, SASB sustainability standards, FSBTCFD Climate-related Financial Disclosures et/ou des normes similaires) pour préparer un tel rapport. Elle est invitée à s'aligner sur les 17 objectifs de développement durable des Nations unies".

³⁶⁰ Recommandation 9.3, Principes X.

³⁶¹ Recommandation 9.4, X Principes. Les effectifs, la formation du personnel, la sécurité, l'absentéisme, la parité hommes-femmes, la sous-traitance et les relations avec les fournisseurs, la consommation d'énergie, la consommation d'eau, le traitement des déchets, les émissions de CO₂, l'adaptation aux conséquences du changement climatique, les mesures prises pour préserver ou développer la biodiversité sont précisés dans les indicateurs de performance applicables aux activités.

et non pour l'environnement ou les parties prenantes externes, comme le prévoit le cadre de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.³⁶²

3.1.3 Droit de l'environnement

La protection de l'environnement fait partie des principes constitutionnels du Luxembourg.³⁶³ Selon l'article 11bis de la Constitution, "l'État garantit la protection de l'environnement humain et naturel, en veillant à établir un équilibre durable entre la conservation de la nature, notamment de sa capacité de renouvellement, et la satisfaction des besoins des générations présentes et futures [...]".³⁶⁴

La législation nationale en matière d'environnement, qui est dans une large mesure dérivée du cadre juridique de l'UE, est compilée dans un "Code de l'environnement".³⁶⁵ En l'état actuel, le droit de l'environnement luxembourgeois n'impose pas expressément aux entreprises d'exercer une diligence raisonnable. Toutefois, certains principes environnementaux de base, qui sont également inscrits dans le droit luxembourgeois, présentent des similitudes avec le concept de diligence raisonnable. En particulier, "les principes de "prévention" et d'"approche de précaution" (Vorsorgeprinzip) présentent des similitudes avec le concept de diligence raisonnable dans la mesure où ils concernent la prise de décision préalable et la gestion des risques".³⁶⁶ On peut argumenter que ces principes "sont susceptibles d'avoir une influence sur l'interprétation de toute norme de diligence raisonnable relative à l'environnement".³⁶⁷

Le principe de précaution peut être distingué de mesures préventives similaires en ce que "les formulations du principe de prévention suggèrent qu'une action légale ne doit être entreprise que lorsqu'il existe des preuves que l'activité envisagée cause un danger pour l'environnement"³⁶⁸, alors que le principe de précaution "anticipe déjà de tels dommages ou risques évidents"³⁶⁹, "permettant d'utiliser un niveau de preuve inférieur lorsque les conséquences de l'attente d'une preuve irréfutable

³⁶² Parmi les exemples de risques identifiés dans les Principes X, on peut citer "les risques financiers, stratégiques, opérationnels, juridiques et réglementaires, ainsi que les risques de réputation", Principe 2, Ligne directrice 2.3.2, Principes X.

³⁶³ <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-recueil-constitution-20191214-fr-pdf.pdf>.

³⁶⁴ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/recueil/constitution/20191214>.

³⁶⁵ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/environnement/20201220>.

³⁶⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, Rapport final, 182.

³⁶⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 182.

³⁶⁸ M. Schröder, *Approche/principe de précaution* (mars 2014), MPEPIL, para. 4, renvoyant à l'affaire *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* [2010] ICJ Rep 14, para. 101 et à la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (1974), art. 4 (4).

³⁶⁹ *Ibid.*

peuvent être très coûteuses ou même irréversibles".³⁷⁰ Le droit luxembourgeois de l'environnement comprend des dispositions qui contiennent à la fois des principes de prévention et de précaution.

Loi du 15 mai 2018 relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement

Une évaluation des incidences sur l'environnement (EIE) est un processus *ex ante* visant à identifier et à analyser les incidences potentielles d'un certain projet sur l'environnement. Elle repose sur l'idée que "l'impact des projets (potentiellement) nuisibles à l'environnement devrait être analysé avant que l'autorisation du projet ne soit accordée, afin de pouvoir prendre une décision en tenant compte de tous les impacts d'un projet".³⁷¹ L'obligation d'EIE découle du principe de précaution qui exige une compréhension précoce des impacts environnementaux d'un projet afin de prévenir les dommages environnementaux.³⁷²

Au Luxembourg, le principal texte législatif réglementant les évaluations des incidences sur l'environnement est la loi du 15 mai 2018 relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement humain et naturel de certains projets routiers.³⁷³ Le règlement grand-ducal du même jour établit la liste des projets soumis à une telle évaluation environnementale.³⁷⁴

Selon la loi 15 mai 2018, les projets susceptibles d'avoir des impacts significatifs sur l'environnement doivent impliquer une EIE (art. 2.1). La loi divise les projets de développement en quatre catégories qui sont soumises à des régimes d'EIE distincts.

Une EIE doit identifier, décrire et évaluer de manière intégrée "les incidences directes et indirectes significatives" d'un projet sur la population et la santé humaine, sur la biodiversité, sur les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat, sur les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage, ainsi que l'interaction entre ces facteurs (art. 3).

Le développeur du projet est tenu de fournir un rapport comprenant les éléments suivants : (Art. 6) :

- une description des effets significatifs probables du projet sur l'environnement ;

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ A. Epiney, *Etude d'impact sur l'environnement* (janvier 2009), MPEPIL, para. 1.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/05/15/a398/jo>.

³⁷⁴ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2018/05/15/a399/jo>.

- une description des caractéristiques du projet et/ou des mesures envisagées pour éviter, prévenir ou réduire et, si possible, compenser les effets négatifs significatifs et probables sur l'environnement ;
- une description des alternatives raisonnables qui ont été examinées par le développeur, en fonction du projet et de ses caractéristiques spécifiques, et une indication des principales raisons du choix effectué, compte tenu de l'impact du projet sur l'environnement.

Le développeur de projet qui prépare le rapport d'EIE est tenu de consulter les autorités compétentes (art. 7) et le public (art. 8). Le cas échéant, il est également tenu de procéder à des consultations transfrontalières (article 9). Le rapport d'EIE est publié sur un site web dédié et annoncé dans au moins quatre journaux quotidiens pour que le public puisse formuler des observations pendant une période de 30 jours (art. 8.1). Après examen de l'EIE, le Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement Durable (MECDD), transmet sa conclusion motivée au développeur du projet au plus tard 90 jours après l'expiration de la période de consultation (Art. 10). Si nécessaire, l'autorité compétente est habilitée à demander des informations complémentaires utiles pour une conclusion motivée sur les effets environnementaux significatifs du projet (Art. 10). La loi prévoit des sanctions pénales dans le cas où le développeur du projet fournit sciemment des informations inexacts dans le cadre du rapport d'EIE, y compris une peine de prison de huit jours à six mois et/ou une amende de 251 à 100.000 euros (Art. 22).

Loi du 20 avril 2009 relative à la responsabilité environnementale en matière de prévention et de réparation des dommages environnementaux

La loi du 20 avril 2009 ³⁷⁵ transpose en droit interne la directive européenne 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale.³⁷⁶ Elle établit un cadre de responsabilité environnementale basé sur le principe du "pollueur-payeur" pour *prévenir* et *réparer les* dommages environnementaux (Art. 1). La loi distingue deux types d'activités et le régime de responsabilité applicable (article 4). Elle s'applique aux "dommages environnementaux causés par l'une des activités professionnelles énumérées à l'annexe III, ainsi qu'à toute menace imminente de tels dommages résultant de l'une de ces activités" (article 4, point a)) ; et aux "dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés par toute activité professionnelle autre que celles énumérées à l'annexe III, ainsi qu'à toute menace imminente de tels dommages résultant de l'une de ces activités, lorsque l'exploitant a commis une faute ou une négligence" (article 4, point b)).

³⁷⁵ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/tc/2014/08/13/n1/jo>.

³⁷⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0035>.

Le principe de prévention est énoncé à l'art. 6. S'il existe une menace imminente de dommage environnemental, l'exploitant est tenu de prendre sans délai les "mesures de prévention nécessaires" (art. 6.1). Si le dommage environnemental s'est néanmoins produit, l'exploitant est tenu de prendre des mesures de réparation (art. 7) et de supporter les coûts des mesures de prévention et de réparation prises en application de la loi (art. 9.1), sauf s'il peut prouver qu'il n'a pas commis de faute ou de négligence (art. 9.4).

Loi du 28 avril 2017 relative à la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

La loi du 28 avril 2017³⁷⁷ est une transposition de la directive 2012/18/UE qui impose aux établissements où des substances dangereuses sont utilisées ou stockées en grande quantité de mettre en place des mesures de sécurité et des mesures de prévention des accidents majeurs dans les installations industrielles.³⁷⁸ L'objectif de la loi est de prévoir des règles pour la prévention des accidents majeurs qui impliquent des substances dangereuses, et la limitation de leurs conséquences sur la santé humaine et l'environnement, et d'assurer un niveau de protection élevé. En vertu de la loi, les exploitants sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les accidents majeurs et limiter leurs conséquences sur la santé humaine et l'environnement, y compris la notification de tous les établissements concernés (article 5), le déploiement d'une politique de prévention des accidents majeurs (article 17), l'élaboration d'un rapport de sécurité pour les établissements de niveau supérieur (article 19), l'élaboration de plans d'urgence internes pour les établissements de niveau supérieur (article 20) et la fourniture d'informations en cas d'accident (article 24).

La loi prévoit un système d'inspection supervisé par l'Inspection du travail et des mines (ITM) et l'Administration de l'environnement, qui comprend des inspections à intervalles réguliers et des inspections ponctuelles (article 27). En cas d'infraction, la loi prévoit des sanctions administratives (article 35) et des sanctions pénales (article 36).

Loi du 9 mai 2014 relative aux émissions industrielles

La loi modifiée du 9 mai 2014 sur les émissions industrielles transpose la directive 2010/75/UE sur les émissions industrielles³⁷⁹ et vise à réaliser la prévention et la réduction intégrées de la pollution des établissements. " Afin d'atteindre un niveau élevé de protection de l'environnement considéré dans

³⁷⁷ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/04/28/a459/jo>.

³⁷⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0018>.

³⁷⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0075>.

son ensemble ", la loi vise à prévenir et à réduire la pollution provenant des activités industrielles ; à éviter ou, lorsque cela n'est pas possible, à réduire les émissions dans l'air, l'eau et le sol ; et à prévenir la production de déchets (art. 1). Les installations concernées sont énumérées dans les différents chapitres et annexes de la loi.

La loi exige que les opérateurs concernés produisent un "rapport de base" qui contient des informations sur l'état de la contamination du sol et des eaux souterraines par les substances dangereuses pertinentes (article 3.9).³⁸⁰

La loi exige que les exploitants concernés³⁸¹ préparent et soumettent un "rapport de base" (baseline report) à l'Administration de l'environnement avant la mise en service de l'installation ou avant la première mise à jour du permis délivré à l'installation qui a lieu après l'entrée en vigueur de la loi (Art 21.2).

Le rapport de base doit contenir les informations nécessaires pour déterminer l'état de contamination du sol et des eaux souterraines permettant une comparaison avec la situation lors de la cessation définitive des activités (art. 21.2). Le rapport de base doit contenir au moins les éléments suivants : (a) des informations sur l'utilisation actuelle et, lorsqu'elles sont disponibles, sur les utilisations antérieures du site ; (b) lorsqu'elles sont disponibles, des informations existantes sur les mesures du sol et des eaux souterraines qui reflètent l'état au moment de l'établissement du rapport ou, à défaut, de nouvelles mesures du sol et des eaux souterraines compte tenu de la possibilité de contamination du sol et des eaux souterraines par les substances dangereuses qui seront utilisées, produites ou rejetées par l'installation concernée (art. 21.2).

L'évaluation systématique des risques environnementaux se fonde au moins sur les critères suivants :

a) les incidences potentielles et réelles des installations concernées sur la santé humaine et l'environnement, compte tenu des niveaux et des types d'émissions, de la sensibilité de l'environnement local et du risque d'accident ;

(b) le registre du respect des conditions d'autorisation par l'exploitant ;

³⁸⁰ Communication de la Commission - Orientations de la Commission européenne concernant les rapports de base au titre de l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2010/75/UE sur les émissions industrielles, disponibles à l'adresse : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1d9c8da3-d4f2-11e3-8cd4-01aa75ed71a1>.

³⁸¹ Selon le site Internet du gouvernement, une soixantaine d'établissements au Luxembourg entrent dans le champ d'application de la loi. Voir : https://environnement.public.lu/fr/emweltprozeduren/Autorisations/Etablissements_classes/IED.html.

(c) la participation de l'exploitant au système communautaire de gestion environnementale et d'audit (EMAS)³⁸²(art. 22.4(c)).

L'art. 22 de la loi établit un système d'inspection environnementale. Les exploitants sont tenus de fournir à l'Administration de l'environnement toute l'assistance nécessaire pour lui permettre d'effectuer des visites sur site, de prélever des échantillons et de collecter toute information nécessaire à la réalisation de l'inspection (art. 21.1). Afin de mener des activités de contrôle de conformité, l'Unité de contrôle et d'inspection de l'Administration de l'environnement a été créée en 2017. Elle publie des informations sur la planification des inspections et des rapports d'inspection complets,³⁸³ y compris des descriptions des cas de non-conformité et des mesures correctives recommandées aux exploitants et acceptées par ces derniers.³⁸⁴

3.1.4 Droit du travail

Bien qu'il n'y ait pas de référence directe aux droits de l'homme et à la diligence raisonnable en matière d'environnement dans le droit du travail luxembourgeois, diverses dispositions imposent aux employeurs des obligations qui peuvent être pertinentes pour la législation sur la diligence raisonnable. Cette section se concentre sur "l'égalité et la non-discrimination" et "la santé et la sécurité" au travail, et se termine par quelques observations générales sur la "responsabilité de l'employeur".

Égalité et non-discrimination

Le Code du travail interdit la discrimination sur le lieu de travail pour plusieurs motifs, notamment le sexe, le statut familial, le statut matrimonial, la religion ou les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le handicap, la race, l'origine ethnique et la nationalité.³⁸⁵

³⁸² EMAS est un instrument de gestion développé par la Commission pour les entreprises et autres organisations afin d'évaluer, de rendre compte et d'améliorer leurs performances environnementales, voir ; Document de travail des services de la Commission de l'UE, *Responsabilité sociale des entreprises, conduite responsable des affaires, et affaires et droits de l'homme : Overview of Progress*, SWD(2019) 143 final, (20 mars 2019). Selon l'OCDE, "plusieurs institutions de l'UE situées au Luxembourg et une organisation locale ont adopté l'EMAS. Plusieurs autres organisations locales sont à l'étude. Toutefois, l'EMAS reste impopulaire parmi les entreprises locales", voir ; OCDE, *Examens des performances environnementales de l'OCDE : Luxembourg 2020* (2020) (Examen des performances environnementales de l'OCDE), disponible sur : <https://doi.org/10.1787/fd9f43e6-en>, 84.

³⁸³ Rapports d'inspection, see; https://environnement.public.lu/fr/emweltprozeduren/Autorisations/Etablissements_classes/IED/rapports-inspection-ied.html.

³⁸⁴ Examen des performances environnementales de l'OCDE, *op. cit.*, 83.

³⁸⁵ La définition de la discrimination en droit pénal (code pénal, article 454) est plus large que celle du droit du travail et inclut également les critères suivants : origine, couleur de peau, mœurs, nation, activités syndicales et

La discrimination fondée sur le sexe et les autres formes de discrimination font l'objet de titres distincts dans le Code du travail. La discrimination fondée sur le sexe est traitée aux articles L.241-1 à L.245-8, qui interdisent "toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à la situation matrimoniale ou familiale".³⁸⁶ En vertu de l'art. L.245-4(3), l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures de prévention nécessaires pour assurer la protection de la dignité de toute personne dans les relations de travail (*toutes les mesures de prévention nécessaires*), y compris des mesures d'information. L'ITM est chargée de veiller à l'application de cette disposition (art. L. 245-8).³⁸⁷ Le Code du travail prévoit des sanctions fondées sur la discrimination fondée sur le sexe en vertu des articles 241-11.³⁸⁸

D'autres formes de discrimination sont mentionnées dans les articles L.241-1 à L.251-1 à L.254-1. Ces articles définissent la discrimination directe et indirecte et le harcèlement fondés sur la religion ou les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, la race et l'origine ethnique (L.251-1).³⁸⁹ La loi s'applique en matière d'accès à l'emploi, au travail et aux occupations indépendants, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, dans toute branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris les promotions ; l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de formation professionnelle avancée et de reconversion, y compris les stages pratiques ; les conditions d'emploi et de travail, y compris les licenciements et les rémunérations ; l'affiliation et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages prévus par ces organisations ; la protection sociale, y compris la

état de santé, voir ; Putz, *ibid.*

³⁸⁶ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/2008/70>.

³⁸⁷ L'Inspection du travail et des mines (ITM) est chargée, entre autres, de veiller à la bonne application des dispositions légales, réglementaires, administratives et contractuelles relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à la santé et au bien-être, ainsi qu'au travail des enfants et des adolescents, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, à la protection contre le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, et de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur la manière de respecter les dispositions légales, réglementaires, administratives et contractuelles. Le tribunal du travail est compétent pour les litiges individuels entre employeurs et employés découlant d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, les régimes de retraite complémentaire et l'assurance insolvabilité.

³⁸⁸ L'article L.241-11 du Code du travail reads; « *L'employeur, ses préposés ou mandataires ou toute personne qui diffuse ou publie des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi non conformes au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et qui, malgré l'injonction écrite de l'Administration de l'emploi de s'y conformer, persistent dans le maintien de ces offres ou annonces, sont punissables d'une amende de 251 à 2000 euros. En cas de récidive, cette peine peut être portée au double du maximum.* »

³⁸⁹ <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2006/11/29/n1/jo>.

sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris le logement.

Les exceptions au principe de non-discrimination sont énoncées aux articles Art. L. 252-1 à Art. L. 252-3. Comme l'ont noté les spécialistes, il n'existe pas de principe général d'"égalité" (*égalité*) en droit du travail.³⁹⁰ Contrairement à la jurisprudence française, qui impose à l'employeur un principe général d'égalité pour toute décision, la jurisprudence luxembourgeoise ne semble pas suivre cette approche.³⁹¹ Au Luxembourg, "l'employeur reste libre de fonder ses choix et ses décisions sur ses propres critères",³⁹² à l'exception des critères de non-discrimination mentionnés ci-dessus.

Santé et sécurité au travail

La loi du 17 juin 1994 impose des mesures de santé au travail à toutes les entreprises et à tous les salariés du Luxembourg. Les employeurs qui ne s'y conforment pas, peuvent voir leur responsabilité civile et pénale engagée (L.327-2).

Selon l'article L.312-2(1) du Code du travail, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour protéger la sécurité et la santé des salariés, y compris les actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation. La prévention est définie comme " l'ensemble des dispositions ou des mesures prises ou prévues à tous les stades de l'activité dans l'entreprise en vue d'éviter ou de diminuer les risques professionnels " (Art. L. 311-2(3)). En outre, l'employeur doit veiller à ce que ces mesures soient adaptées si les circonstances ont changé et doivent viser à améliorer les situations existantes (Art. L. 312-2(1)).

Les obligations imposées aux employeurs présentent des similitudes avec les principes des obligations de diligence raisonnable, notamment l'évaluation des risques et l'établissement de rapports. En vertu de l'art. L.312-5, les employeurs sont tenus d'évaluer les risques pour la santé et la sécurité au travail, de déterminer les mesures de protection à prendre et, si nécessaire, les équipements de protection à utiliser, d'enregistrer la liste des accidents du travail ayant entraîné une incapacité de travail de plus de trois jours pour un salarié, et de déclarer les accidents du travail dont sont victimes les salariés à l'ITM (Art. L.312-5(1)). L'art. L.312-5(2) précise encore qu'"un règlement grand-ducal ... définit, compte tenu de la nature des activités et de la taille des entreprises, les obligations auxquelles doivent satisfaire les différentes catégories d'entreprises, concernant l'établissement des documents prévus au paragraphe (1) sous les points 1 et 2" (documents concernant l'évaluation des risques et la

³⁹⁰ Putz, *op. cit.*, 233.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

détermination des mesures de protection à prendre).³⁹³ La loi présuppose ainsi des obligations différenciées en fonction de la nature des activités et de la taille des entreprises.

En vertu de l'Art. L. 312-7 (1) et (2) l'employeur a l'obligation de consulter les travailleurs dans le cadre de toutes les questions relatives à la santé et à la sécurité au travail, notamment pour toute action ayant des effets substantiels, et d'examiner leurs propositions.

Responsabilité de l'employeur

La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis des salariés suit le régime traditionnel de responsabilité, sauf en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle où le régime traditionnel est en principe exclu car le salarié est pris en charge par l'Association d'Assurance contre les Accidents (AAA).³⁹⁴

Les employeurs sont responsables des erreurs et omissions de leurs employés envers les *tiers* s'il existe une relation contractuelle. En outre, même en l'absence de relation contractuelle, les employeurs peuvent être tenus responsables des dommages causés par leurs employés sur deux bases légales³⁹⁵ :

- Responsabilité du fait d'autrui : L'employeur est responsable pour les actions de ses salariés et apprentis ;
- Responsabilité du fait des choses : selon l'article 1384.1 du Code civil.

3.1.5 Régimes de mise en vigueur ou d'application

Les régimes d'application peuvent être divisés entre les systèmes d'application privés (responsabilité civile) et les systèmes d'application publics (application pénale et administrative).

La *responsabilité civile* est codifiée à l'article 1382 du code civil : "tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". Selon l'article 1383, " on est responsable non seulement à raison de ses actes, mais encore à raison de son imprudence ou de sa négligence ".³⁹⁶ Ces dispositions s'appliquent tant aux personnes physiques

³⁹³ Code du travail, Art. L.312-5(2),

³⁹⁴ Putz, *ibid.*, 359. L'Association d'Assurance Accident (AAA), sous les auspices du Ministère de la Sécurité Sociale, est une institution publique chargée de la prévention et du paiement des indemnités pour les accidents du travail et les maladies professionnelles.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence"

qu'aux personnes morales, y compris les sociétés. Pour que la responsabilité soit engagée, trois éléments doivent être réunis :

- une faute
- un dommage
- un lien de causalité entre la faute et le dommage.

La charge de la preuve de tous ces éléments incombe au demandeur. La norme de diligence au Luxembourg est le comportement que l'on peut attendre d'un *bon père de famille*.

Le droit luxembourgeois reconnaît la *responsabilité pénale* des personnes morales en vertu de la loi du 3 mars 2010.³⁹⁷ Cette loi s'applique à la plupart des types de personnes morales, à l'exception de l'Etat et des communes qui sont expressément exclus (article 34). La responsabilité pénale des entreprises n'exclut pas la responsabilité pénale des personnes physiques, des auteurs ou des complices qui ont commis les infractions concernées. Elle est engagée dès lors qu'un crime ou un *délit* est commis par un ou plusieurs représentants légaux de l'entité ou un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de *fait pour le compte* et au profit de l'entité. Les tribunaux peuvent appliquer les sanctions suivantes dans le cas où la personne morale est reconnue responsable d'un crime ou d'un délit :

- Amendes pécuniaires : Minimum de 500 euros et maximum de 750.000 euros pour les infractions de minimum de 500 euros et maximum correspondant au double du taux maximum prévu par le Code pénal pour la commission d'une infraction par une personne physique (Art 36, Code pénal).
- Pour les crimes et délits suivants, les amendes minimales et maximales seront multipliées par cinq (article 37 du code pénal) :
 - Crimes ou délits contre la sécurité de l'État ;
 - Actes de terrorisme et financement du terrorisme ;
 - Violation des lois relatives à la détention d'armes ;
 - Trafic d'êtres humains ;
 - Trafic de drogue ;
 - Le blanchiment d'argent ;
 - Utilisation abusive de fonds publics ;
 - Corruption et pots-de-vin ;
 - Aide à l'entrée non autorisée dans le pays et à la résidence ;

³⁹⁷ Loi du 3 mars 2010, Mémorial A n° 36 de 2010.

- Emploi illégal de ressortissants de pays tiers.
- Confiscation spéciale;
- Exclusion de la participation aux marchés publics ;
- Dissolution de l'entité.

Au Luxembourg, diverses agences *administratives* sont habilitées à surveiller la conduite des entreprises et à imposer des sanctions administratives. Par exemple, la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) a le pouvoir d'émettre des injonctions et des suspensions ainsi que des amendes administratives.³⁹⁸ La Commission nationale pour la protection des données (CNDP) dispose de divers pouvoirs d'enquête, de correction et de conseil, notamment celui d'infliger des sanctions pour les infractions prévues par le règlement général sur la protection des données et d'imposer des astreintes en cas de retard à se conformer à un ordre de la CNPD de fournir des informations ou à une mesure corrective émise par la CNPD.³⁹⁹ Le Commissariat aux assurances (CAA), l'autorité administrative qui supervise le secteur des assurances, a également le pouvoir de prononcer un large éventail de sanctions en plus ou à la place des amendes.⁴⁰⁰ Il s'agit notamment d'avertissements, de réprimandes, d'interdictions d'effectuer certaines opérations et d'autres limitations à la conduite des affaires, de la suspension temporaire d'un ou de plusieurs des dirigeants et de la radiation du registre correspondant.

3.2 Intégration de la législation sur la diligence raisonnable dans le droit luxembourgeois

3.2.1 Sécurité juridique

Un défi potentiel pour une future loi sur la diligence raisonnable est de savoir comment assurer la sécurité juridique des entreprises en matière de responsabilité civile, pénale et administrative. On pourrait s'opposer à l'extension des responsabilités en matière de droits de l'homme aux entreprises au motif que cela "entraînerait des charges particulièrement incalculables pour les entreprises" et que, par conséquent, "les lois pertinentes pourraient être inconstitutionnelles car elles violeraient le

³⁹⁸ Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, Arts. 59 et 63.

³⁹⁹ Loi du 1er août 2018, articles 48-52.

⁴⁰⁰ Loi du 10 août 2018, article 46.

principe de sécurité juridique".⁴⁰¹Certains concepts clés, tels que la "diligence raisonnable" et la "relation d'affaires", impliquent un certain niveau de flexibilité qui pourrait créer un certain degré d'incertitude. Par conséquent, la loi devrait définir ces termes de manière aussi précise que possible, en particulier si des sanctions sont prévues : "La certitude est une considération particulièrement importante lorsque les conséquences d'un manquement sont potentiellement graves pour une société et ses dirigeants".⁴⁰²

Le Conseil constitutionnel français a abordé cette question lors de l'examen de la constitutionnalité du projet de loi français sur le devoir de vigilance, en particulier en ce qui concerne l'amende prévue dans le projet adopté par le Parlement. Le projet prévoyait une amende pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros en cas de manquement aux obligations de vigilance et jusqu'à 30 millions d'euros si ce manquement a entraîné un dommage. Le Conseil constitutionnel a invalidé cette disposition pour cause d'inconstitutionnalité car la sanction était équivalente à une sanction pénale mais n'avait pas été définie en termes suffisants et clairs comme l'exige la loi.⁴⁰³

Le Conseil constitutionnel a conclu que :

Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis.⁴⁰⁴

Au Luxembourg, la Cour constitutionnelle a récemment reconnu la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique.⁴⁰⁵ Ce principe exige que toute loi soit suffisamment claire, accessible et prévisible.

⁴⁰¹ R. Grabosch et C. Scheper, " Corporate Obligations with Regard to Human Rights Due Diligence Policy and Legal Approaches " (Friedrich Ebert Stiftung 2015), <https://library.fes.de/pdf-files/iez/12167.pdf>, 28.

⁴⁰² J. Zerk, *Multinationales et responsabilité sociale des entreprises* (CUP 2006), 53.

⁴⁰³ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, para. 8.

⁴⁰⁴ *Ibid*, para. 13.

⁴⁰⁵ Arrêt de la Cour constitutionnelle - Arrêt n° 00152 of 22 January 2021, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2021/01/22/a72/jo>. For an analysis of this topic see; C. Sauer, 'Le principe de sécurité juridique au Luxembourg : la constitutionnalisation d'un concept aux contours flous' (15

La sécurité juridique requiert que :

[l]es personnes soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.⁴⁰⁶

Cependant, comme l'ont noté Robert Grabosch et Christian Scheper :

Une norme ne doit pas être considérée comme incertaine du seul fait qu'elle nécessite une interprétation. Tant qu'elle est susceptible d'interprétation [...], la situation juridique reste reconnaissable. Il n'est en principe pas nécessaire que le destinataire de la norme soit en mesure de comprendre la disposition, sans demander l'avis d'un juriste. L'utilisation de concepts juridiques dits incertains en ce qui concerne la définition de la norme, ainsi que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part des autorités, en ce qui concerne les conséquences juridiques, ne posent donc pas de problèmes tant que la signification des concepts juridiques est compréhensible lorsque toutes les composantes matérielles et expériences de la pratique commerciale et juridique sont pris en compte.⁴⁰⁷

Afin de garantir la sécurité juridique, une future loi sur la diligence raisonnable devrait s'efforcer de définir le contenu et la portée des obligations aussi clairement que possible. Cela serait d'autant plus pertinent si la violation des obligations devait entraîner des amendes ou des pénalités. Les concepts devraient être définis en référence à des normes internationalement reconnues, notamment les PDNU et les Principes directeurs de l'OCDE. Les nouvelles initiatives législatives, tant au niveau national qu'europpéen, sont fondées sur ces normes, ce qui garantira un certain degré de cohérence, même entre différentes juridictions. La sécurité juridique sera importante non seulement pour les entreprises (transnationales), mais aussi pour les autres parties prenantes, notamment les victimes d'impacts négatifs sur les droits de l'homme.

Néanmoins, compte tenu de la nature essentiellement factuelle de toute évaluation de la responsabilité des entreprises pour les violations des droits de l'homme, il peut être illusoire de suggérer qu'une future loi sur la diligence raisonnable devrait fournir une certitude juridique absolue, et cela pourrait même ne pas être souhaitable. Comme le note le HCDH :

February 2020) *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2020/1, n° 67, 66.

⁴⁰⁶ M. Besch 'Normes et légistique en droit public Luxembourgeois' (Larcier 2019), 412 quoting Conseil d'État français, *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 281 (emphasis added).

⁴⁰⁷ R. Grabosch et C. Scheper, *op. cit.* 29 (citations omises, accentuation originale).

Des régimes juridiques trop détaillés et proscriptifs pourraient décourager l'innovation et le comportement proactif des entreprises et encourager des processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme étroits, axés sur la conformité et les "cases à cocher".⁴⁰⁸

La Cour européenne des droits de l'homme a également estimé que :

Si la certitude est hautement souhaitable, elle peut entraîner une rigidité excessive et le droit doit pouvoir s'adapter à l'évolution des circonstances. Par conséquent, de nombreuses lois sont inévitablement formulées en termes plus ou moins vagues et dont l'interprétation et l'application sont des questions de pratique.⁴⁰⁹

Par conséquent, en concevant les obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, le législateur doit trouver un équilibre entre la sécurité juridique et une flexibilité suffisante.

⁴¹⁰Le HCDH a suggéré que :

une façon raisonnablement courante de fournir cette flexibilité [pourrait être envisagée] par le biais d'une législation "parapluie", qui peut être complétée par d'autres règlements et orientations selon les besoins. Les orientations peuvent être contraignantes ou non contraignantes, ou peuvent être utilisées pour créer une présomption de conformité au régime.⁴¹¹

Pour trouver cet équilibre, le projet de loi devrait chercher à clarifier les obligations centrales à imposer aux sociétés, en particulier lorsque le non-respect de ces obligations entraîne une responsabilité. En même temps, la loi devrait laisser une marge d'adaptation à l'évolution des circonstances et à un développement progressif du droit des droits de l'homme.

3.2.2 Obstacles du point de vue du droit européen

Une objection potentielle à la législation sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pourrait venir du point de vue du droit communautaire, bien que de telles objections n'aient apparemment pas été soulevées contre la loi française sur la diligence raisonnable. Il est possible que l'imposition de nouvelles obligations en matière de droits de l'homme aux entreprises soit considérée

⁴⁰⁸ HCDH, " Améliorer la responsabilité et l'accès à la réparation pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme liées aux entreprises : la pertinence de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour déterminer la responsabilité des entreprises ", UN Doc. A/HRC/38/20/Add.2, (1er juin 2018), para. 17.

⁴⁰⁹ *The Sunday Times v United Kingdom (No 1)* Application No 6538/74, Merits (26 avril 1979, para. 49.

⁴¹⁰ HCDH, A/HRC/38/20/Add.2, *op. cit.*, para. 18.

⁴¹¹ HCDH, Issues Paper, *op. cit.* 19.

comme une restriction potentielle à la libre circulation au sein du marché intérieur. Néanmoins, si tel était le cas, de telles restrictions pourraient être justifiées pour des raisons d'ordre public, pour autant que les exigences de proportionnalité et de non-discrimination soient respectées. Une obligation de diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme serait conforme au fondement de l'Union européenne sur "le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit et le respect des droits de l'homme". ⁴¹²

3.2.3 Amendements

La nouvelle législation peut prendre la forme d'une loi autonome ou d'un amendement de la législation existante. Du point de vue des droits de l'homme, il n'y a aucune raison impérative de préférer l'une ou l'autre option. La loi française sur le devoir de vigilance impliquait un amendement du code du commerce, tandis que le RBI suisse proposait un amendement de la Constitution.

Les sections précédentes de ce chapitre ont identifié les contextes en droit luxembourgeois où des obligations de diligence raisonnable ou des devoirs similaires existent déjà. L'une des possibilités d'introduire des obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les sociétés serait de modifier la loi sur les sociétés de 1915. Ces modifications devraient garantir que les nouvelles obligations concernent un devoir substantiel de diligence raisonnable et qu'elles sont clairement délimitées des dispositions relatives à l'information non financière. Pour garantir que cet aspect substantiel de la nouvelle législation soit clairement établi, il pourrait être préférable d'ajouter une nouvelle section distincte à la loi sur les sociétés. Si les amendements étaient introduits dans les "Dispositions générales" (1^{er} titre) du droit des sociétés, ils couvriraient tous les types de sociétés luxembourgeoises, contrairement à la loi française qui ne s'applique qu'aux "sociétés anonymes". S'il est envisagé que la loi s'applique également aux sociétés non luxembourgeoises qui opèrent au Luxembourg, d'autres points d'entrée doivent être étudiés.

3.3 Conclusions

En l'état actuel, le droit luxembourgeois ne prévoit pas d'obligation générale pour les entreprises d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement, bien que certaines obligations de diligence raisonnable sectorielles existent, notamment dans le contexte du

⁴¹² Union européenne, Traité sur l'Union européenne (version consolidée), (7 février 1992), Art. 2.

commerce du bois et des minerais de conflit. En outre, le droit luxembourgeois des sociétés comprend plusieurs obligations de déclaration qui font référence à la diligence raisonnable, mais ces dispositions ont un champ d'application limité.

En même temps, la législation existante étudiée dans cette section démontre que la notion juridique de diligence raisonnable n'est pas étrangère au droit luxembourgeois, ce qui pourrait faciliter l'introduction d'une obligation générale de diligence raisonnable pour les entreprises. Cette section a identifié et décrit divers régimes impliquant des obligations de diligence raisonnable, qui peuvent être utilisés comme exemples de la manière dont l'obligation de diligence raisonnable pourrait être rédigée. Ils fournissent également des modèles d'obligations de déclaration ainsi que des suggestions sur la manière dont les mécanismes de surveillance et d'application pourraient être encadrés.

IV. Législation sur la diligence raisonnable au Luxembourg : considérations politiques

Outre les questions juridiques concrètes abordées précédemment, l'élaboration d'un projet de législation sur le devoir de diligence des entreprises devrait tenir compte de considérations plus générales liées à l'intégration de la nouvelle loi dans les cadres réglementaires et politiques existants.

4.1 Contribution à la cohérence des politiques

L'importance de la cohérence et de l'alignement des politiques dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme est soulignée dans les PDNU :

Le PDNU 8 appelle les États à promouvoir le respect des droits de l'homme par les entreprises via des entités étatiques qui influencent les pratiques commerciales ;

Le PDNU 9 exhorte les États à conserver une marge de manœuvre suffisante pour satisfaire aux obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent d'autres objectifs politiques, tels que les accords conclus avec d'autres États ou entreprises, notamment les traités ou contrats d'investissement ;

Le PDNU 10 appelle les États à promouvoir le respect des droits de l'homme par leur adhésion aux institutions multilatérales.

En outre, les principes directeurs 4 à 6 soulignent la nécessité pour les États de rendre opérationnel leur devoir de protection des droits de l'homme en leur qualité d'acteurs économiques.

Les PDNU reconnaissent que les États doivent parfois faire des choix difficiles et qu'un équilibre approprié nécessite une approche globale des entreprises et des droits de l'homme visant à assurer la cohérence horizontale et verticale des politiques.⁴¹³ La cohérence horizontale des politiques concerne la cohérence des politiques et des pratiques de l'État en matière de droits de l'homme entre les départements et les agences, tant au niveau national qu'infranational, qui façonnent les pratiques commerciales - notamment ceux qui sont responsables du droit des sociétés et de la réglementation des valeurs mobilières, des investissements, du crédit et de l'assurance à l'exportation, du commerce

⁴¹³ UNGP 8 et le commentaire.

et du travail. La cohérence verticale, quant à elle, implique de disposer des politiques, lois et processus nécessaires à la mise en œuvre des obligations découlant du droit international des droits de l'homme.

Dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme, la cohérence des politiques a été favorisée par les PAN. Selon le groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, l'une des principales fonctions des PAN est d'assurer "une meilleure coordination et une plus grande cohérence au sein du gouvernement sur l'ensemble des domaines de politique publique qui ont trait aux entreprises et aux droits de l'homme".⁴¹⁴ Un certain nombre de PAN actuellement en place, y compris au Luxembourg, traitent de la diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement ou la chaîne de valeur.⁴¹⁵

Néanmoins, il existe un certain nombre de problèmes de cohérence des politiques. Selon l'OCDE, ces défis sont liés à "une compréhension divergente de la diligence raisonnable parmi les agences gouvernementales, ainsi qu'à des différences de vues sur la promotion de la diligence raisonnable".⁴¹⁶ En conséquence, "l'un des moyens de faciliter la cohérence des politiques est de parvenir à une compréhension commune, au sein des agences gouvernementales, du concept de diligence raisonnable et des processus de mise en œuvre de la diligence raisonnable".⁴¹⁷ Selon l'OCDE, "la création d'un environnement favorable cohérent pour soutenir les efforts de diligence raisonnable des entreprises peut prendre plusieurs formes, y compris la législation".⁴¹⁸ Le document de l'OCDE sur la cohérence des politiques pour un comportement responsable des entreprises note que les nouvelles lois contribuent de plus en plus à la cohérence des politiques en matière de diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement.

Cela ne signifie pas pour autant que la législation sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme contribuerait *a priori* à la cohérence globale des politiques. Le HCDH a lancé une mise en garde :

⁴¹⁴ Groupe de travail de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme, " Orientations relatives aux plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits de l'homme " (novembre 2016), 1.

⁴¹⁵ Pour une liste des PAN qui font référence à la diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement à des degrés divers, voir : <https://globalnaps.org/issue/supply-chains/> (dernière visite en janvier 2021).

⁴¹⁶ OCDE, Cohérence des politiques pour la RBC, *op. cit.* , 3.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.* Le document de l'OCDE sur la cohérence des politiques pour la RBC note que les nouvelles lois contribuent de plus en plus au cadre politique en matière de diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement, comme la loi française sur le devoir de vigilance promulguée le 27 mars 2017.

Il sera important de veiller à ce que les régimes obligatoires de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme puissent bénéficier de régimes plus larges, sans interférer avec eux ni les affaiblir.⁴¹⁹

Selon la manière dont elles sont conçues, les lois sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peuvent entrer en conflit avec d'autres objectifs politiques et potentiellement dissuader les entreprises de s'engager de manière proactive dans la protection des droits de l'homme :

Il peut exister des incitations allant à l'encontre des objectifs des régimes obligatoires de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, notamment dans le cadre des lois sur la responsabilité civile, [...] (par exemple, entre les approches réglementaires qui cherchent à encourager les entreprises à enquêter de manière plus proactive sur les violations des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement et les approches judiciaires de la responsabilité qui peuvent fonctionner de manière à décourager cette démarche).⁴²⁰

Afin d'éviter de tels conflits, le HCDH recommande aux États de s'engager dans un processus d'examen complet afin d'identifier toutes les zones de tension ainsi que les chevauchements avec d'autres régimes de droit interne.⁴²¹ Au Luxembourg, l'évaluation nationale de base (2019) a passé en revue un certain nombre de domaines et identifié diverses lacunes juridiques et politiques, qui pourraient être comblées par un éventuel régime obligatoire de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

Le Luxembourg est signataire de divers traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et est tenu de protéger ces derniers, y compris contre les abus commis par des tiers, notamment des entreprises. Une future législation sur la diligence raisonnable aiderait le Luxembourg à remplir son devoir de protection.

The "Nohaltegekeetscheck" (contrôle de durabilité)⁴²² qui est mis en place pour tous les projets de loi, comprendra la question suivante : "L'avant-projet de loi permet-il au Luxembourg d'être en conformité avec les droits de l'homme et respecte-t-il les règles prévues dans les textes internationaux?".⁴²³

⁴¹⁹ HCDH, Issues Paper, *op. cit.* 21.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*, 20.

⁴²² <https://csdd.public.lu/dam-assets/documents/avis/2018/idees-directrices-pour-une-politique-de-developpement-durable.pdf>.

⁴²³ Communication par courriel avec l'autorité compétente.

En même temps, la législation ne doit pas être considérée comme le seul moyen de favoriser la cohérence des politiques en matière de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Un autre exemple de cette cohérence politique concerne les clauses insérées depuis novembre 2020 dans les contrats signés entre le ministère de la Coopération au développement et les entités non publiques et dans les contrats sur les subventions et les aides entre le ministère de l'Économie et les entreprises.⁴²⁴ Selon ces clauses, l'entreprise bénéficiaire vérifie - dans le cadre d'une procédure de diligence raisonnable - qu'elle respecte les PDNU et les principes directeurs de l'OCDE, et que l'ensemble de sa chaîne de valeur le fait également. Les marchés publics, les crédits à l'exportation et les licences d'exportation, ainsi que le financement du développement sont également des domaines dans lesquels le gouvernement pourrait contribuer à une plus grande cohérence des politiques en exigeant des entreprises qu'elles démontrent leur engagement en matière de diligence raisonnable dans le domaine des droits de l'homme.

La législation sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme tout au long de la chaîne d'approvisionnement soulève un certain nombre de problèmes de cohérence politique en raison de sa nature complexe et de l'implication de diverses parties prenantes. Dans son travail final pour le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, l'auteur des PDNU mettait en garde contre " l'incohérence "horizontale", dans laquelle les ministères et les organismes axés sur l'économie ou les affaires qui influencent directement les pratiques commerciales mènent leurs activités sans tenir compte des organismes et des obligations de leur gouvernement en matière de droits de l'homme, et vice versa".⁴²⁵ L'élaboration d'une loi sur la diligence raisonnable constitue une occasion de coordination entre les ministères. Un effort conjoint pourrait aider à aligner des politiques divergentes et à formuler un message cohérent de la part des différentes institutions sur l'importance de la diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme.

4.2 Législation européenne ou nationale ?

Des préoccupations ont été soulevées concernant les avantages et les inconvénients d'une initiative législative au niveau européen par rapport à une initiative au niveau national. Certains de ces arguments sont généraux et d'autres sont spécifiques au Luxembourg.

⁴²⁴ A noter que les mesures spécifiques Covid-19 sont exclues compte tenu de leur caractère temporel et exceptionnel (communication avec un représentant du Ministère de l'Économie).

⁴²⁵ UN Doc A/HRC/17/31/Add.2 (23 mai 2011), paragraphe 28.

Les parties prenantes au Luxembourg semblent avoir des positions divergentes sur cette question. L'accord de coalition du gouvernement de 2018 stipule que ;

Le Luxembourg soutiendra des initiatives européennes pour renforcer la responsabilité sociale et environnementale des entreprises transnationales dans la gestion de leurs chaînes d'approvisionnement et s'engagera au niveau européen pour une législation contraignante et effective. Dans ce contexte, la possibilité de légiférer sur le devoir de diligence pour les entreprises domiciliées au Luxembourg sera étudiée [...].

Selon l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL)⁴²⁶ et l'Institut National pour le Développement durable et la Responsabilité sociale des entreprises (INDR) ;

L'UEL est clairement contre une législation nationale unilatérale. Le Luxembourg est une économie ouverte et ne peut à lui seul imposer des contraintes législatives à ses propres entreprises qui vont plus loin que celles auxquelles font face les entreprises étrangères, défavorisant de ce fait les entreprises luxembourgeoises comparativement aux entreprises étrangères. Le Luxembourg faisant partie du marché unique européen, une initiative isolée de ce genre entraînerait inévitablement des distorsions de marché, une perte d'attractivité, des délocalisations, des procédures juridiques complexes et disparates au niveau européen, et ainsi des charges administratives et financières lourdes et généralisées à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement, etc.

Cela ne signifie pas que l'UEL est contre l'introduction d'un cadre plus contraignant en la matière, pour autant qu'il émane d'une initiative européenne proportionnelle, et ait des répercussions mondiales. Nous soutenons le développement d'un mécanisme de diligence raisonnable qui constitue un pas en avant par rapport à la situation actuelle, tout en étant réalisable dans la pratique pour les entreprises. Cela à l'image des nombreuses entreprises qui déploient des efforts indéniables en la matière, et l'UEL les y encourage.⁴²⁷

Récemment, 32 entreprises représentant huit secteurs économiques différents à Luxembourg et l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS)⁴²⁸ ont publié la déclaration

⁴²⁶ Representing, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg (ABBL), Association des Compagnies d'Assurances et de Réassurance (ACA), Chambre de Commerce du Grand-Duché de Luxembourg, Chambre des Métiers du Grand-Duché de Luxembourg, Confédération luxembourgeoise du commerce (clc), Fédération des Artisans, FEDIL – The Voice of Luxembourg's Industry, HORESCA.

⁴²⁷ Human Rights Stakeholder Survey - Position UEL-INDR, 2 février 2021.

⁴²⁸ <https://www.uless.lu/fr/>.

intitulée : “Un appel pour une législation en faveur d’une diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l’homme et de l’environnement” :

Selon les PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits humains, y compris dans leurs chaînes de valeur. Certaines entreprises ont déjà pris des mesures pour mettre en œuvre cette responsabilité. L'expérience a toutefois montré que les engagements volontaires ne suffisent pas à eux seuls. Il est nécessaire que la diligence raisonnable obligatoire soit mise en œuvre de manière adéquate par tous. Une législation sur la diligence raisonnable en matière de droits humains et de l'environnement contribuerait effectivement à créer à la fois une sécurité juridique et des conditions de concurrence équitables („level playing field“). Elle garantirait que tous les acteurs économiques sont tenus de respecter les mêmes normes et qu'aucune entreprise ne peut se soustraire à ses responsabilités sans conséquences ou réaliser des bénéfices au détriment de personnes et de la nature. Aujourd’hui, les employés, les clients, les investisseurs et le grand public attendent que les entreprises assument cette responsabilité. Nous saluons si le Luxembourg mette en place une législation nationale en faveur d’une diligence raisonnable en matière de droits humains et de l’environnement qui ouvrira la voie à une réglementation ambitieuse au niveau européen.⁴²⁹

Depuis mars 2018, L'Initiative pour un devoir de vigilance (L'Initiative), représentant 17 organisations de la société civile, mène une campagne pour l'adoption d'une législation sur le devoir de vigilance.⁴³⁰ Dans le questionnaire d'enquête envoyé dans le cadre de cette étude, L'Initiative a soumis les éléments suivants :

L'Initiative pour un devoir de vigilance tient à rappeler qu'il existe encore "un déséquilibre en faveur des mesures purement volontaires par rapport aux mesures contraignantes" dans le contexte économique en matière de droits de l'homme.

Par conséquent, une loi nationale sur la diligence raisonnable pour la mise en œuvre des PDNU pourrait renforcer la protection effective des droits de l'homme dans le monde entier.

⁴²⁹ Available, https://a19552c1-19b5-4ffa-b609-e76b2641a39a.filesusr.com/ugd/447785_29fb7c4a83114c30884de06d2208d136.pdf

⁴³⁰ <https://www.initiative-devoirdevigilance.org/>. L’Initiative includes the following organizations: Action Solidarité Tiers Monde, Aide à l'enfance en Inde et au Népal, Amnesty International Luxembourg, Association luxembourgeoise des Nations Unies, Caritas Luxembourg, Cercle de coopération des ONGD, Comité pour une Paix juste au Proche-Orient, Commission luxembourgeoise Paix et Justice, Etika, Fairtrade Lëtzebuerg, Fncttfel – Landesverband, Frères des Hommes Luxembourg, Greenpeace Luxembourg, OGBL, OGBL Solidarité syndicale, Partage.lu, SOS Faim Luxembourg.

En effet, comme le montrent les rapports des ONG et de la Commission consultative pour les droits de l'Homme, les activités des entreprises (dans les secteurs à risque mais aussi au-delà) posent des défis en termes de violations potentielles ou réelles des droits de l'Homme "ici et ailleurs".

Le Luxembourg, candidat à un siège au Conseil des droits de l'homme de l'ONU, ne pourra donc pas ignorer ces réalités.

Pour que sa candidature à un siège au Conseil des droits de l'homme de l'ONU en 2022 soit cohérente, le Luxembourg devrait être parmi les premiers à garantir la protection contre les violations des droits de l'homme dans le cadre des activités économiques en adoptant une législation nationale. Cette législation permettrait également au Luxembourg d'adopter des règles adaptées au contexte économique national.

Si le Luxembourg met en place une législation efficace au niveau national, cela contribuerait également à l'élaboration d'un cadre réglementaire ambitieux au niveau européen. Une telle approche ne pourrait que renforcer la cohérence de la candidature du Luxembourg à un siège au Conseil des droits de l'homme des Nations unies.

Dans le cadre de cette même enquête, la Commission consultative des Droits de l'Homme (CCDH) a mis en avant ce qui suit :

Toute réglementation nationale future devrait être complémentaire à la réglementation européenne et internationale - la première n'excluant pas la seconde et vice versa. Le CCDH recommande donc de réglementer les obligations de diligence raisonnable dès que possible au Luxembourg tout en poursuivant ses efforts au niveau de l'UE pour faire pression en faveur d'une réglementation européenne complète. Elle devrait également contribuer de manière significative aux négociations de l'UE concernant le traité international sur la diligence raisonnable obligatoire.

Évaluation

On peut soutenir qu'un instrument à l'échelle de l'UE sur le devoir de diligence des entreprises présente certains avantages, indépendamment du contenu spécifique d'un tel instrument. Il est souvent avancé que la législation européenne garantirait des conditions de concurrence équitables et la sécurité juridique en fournissant une norme applicable dans tous les États membres. Toutefois, étant donné que l'instrument européen de diligence raisonnable sera très probablement une directive,⁴³¹ certaines divergences dans la mise en œuvre par les États membres sont inévitables. Cela

⁴³¹ Cela est prévu dans l'étude de diligence raisonnable de la CE : "Conformément à l'article 50 du traité sur le

pourrait nuire à l'égalité des conditions de concurrence et à la sécurité juridique attendues au niveau de l'UE. Des observations similaires ont été faites dans le contexte du RGPD, qui a abrogé la directive 95/46/CE. Selon le préambule du RGPD, la directive 95/46/CE n'avait pas empêché "la fragmentation de la mise en œuvre de la protection des données dans l'Union" ni "l'insécurité juridique".⁴³² En vertu de la directive, il existait "une différence dans les niveaux de protection" en raison de "l'existence de différences dans la mise en œuvre et l'application de la directive 95/46/CE".

Un autre argument qui a été avancé en faveur de l'adoption d'un instrument européen plutôt que d'une législation nationale est que cela déchargerait, dans une certaine mesure, les États membres de la tâche difficile de définir la portée et le contenu appropriés des obligations de diligence raisonnable.

Il convient toutefois de souligner que les législations européenne et luxembourgeoise en matière de diligence raisonnable ne s'excluent pas mutuellement. Il n'est pas inhabituel pour le Luxembourg de déterminer ses priorités en matière de politique et, par conséquent, de "faire pression pour une loi européenne ambitieuse". Au cours d'une interview réalisée dans le cadre de cette étude, la Ministre de l'Environnement a souligné l'exemple de la législation sur le changement climatique, pour laquelle le Luxembourg faisait partie des "pionniers" de l'UE. Le Luxembourg a fixé des normes élevées au niveau national, alors que la législation européenne était encore en cours d'élaboration. Les décideurs politiques de l'UE discutaient des objectifs de réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre. Le Luxembourg, ainsi que d'autres pays partageant les mêmes idées, a fixé son objectif national à 55 %, et finalement, l'objectif a été porté à 55 % également au niveau de l'UE.

Divers autres arguments entrent en ligne de compte dans la décision d'attendre la législation européenne ou de préparer une législation nationale, notamment le calendrier. Il est prévu que les négociations au niveau de l'UE prennent beaucoup de temps en raison de la nature complexe de la législation. Cependant, le processus législatif dans le contexte national pourrait également prendre un temps considérable, car il impliquera également des délibérations, des négociations et des consultations avec les Chambres professionnelles. Par conséquent, il y a lieu de conclure que le processus devrait commencer le plus tôt possible.

Comme mentionné ci-dessus, un instrument de l'UE sera probablement une directive, impliquant une norme minimale, ce qui pourrait ne pas être l'approche la plus souhaitable du point de vue des droits de l'homme. En tout état de cause, l'adoption d'une directive obligerait le Luxembourg, comme tous

fonctionnement de l'UE [...], une obligation légale formulée dans le droit européen des sociétés prendrait très probablement la forme d'une directive". Voir l'étude de diligence de la CE, *rapport de synthèse*, 53.

⁴³² RGPD, *précité*, considérants, para. 9.

les États membres, à adopter une législation de mise en œuvre. Le Luxembourg pourrait anticiper ces développements en formulant son approche nationale, adaptée au contexte luxembourgeois spécifique, dans le cadre des paramètres des normes internationales mentionnées ci-dessus. Ce faisant, il pourrait également contribuer aux débats sur le contenu d'un instrument européen ambitieux.

4.3 Analyse d'impact

Les lois sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peuvent prendre de nombreuses formes en ce qui concerne leur conception et leur mise en œuvre. Par conséquent, l'impact de la législation peut varier considérablement en fonction des exigences imposées par la loi et de son application. Compte tenu de ces variables, il est difficile d'évaluer de manière générale les impacts potentiels d'une future législation sur la diligence raisonnable. Dans d'autres juridictions également, la diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme est un domaine de réglementation relativement nouveau, ce qui signifie qu'il existe peu de données empiriques sur les impacts possibles d'une telle législation.⁴³³ En conséquence, la présente section fournit quelques commentaires généraux fondés sur un examen de la littérature secondaire et, le cas échéant, sur les observations de diverses parties prenantes obtenues par le biais des enquêtes ou des entretiens.

4.3.1 Impact sur les détenteurs de droits

On estime que les impacts sociaux, humains et environnementaux d'un système de diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme seront nettement plus élevés que ceux des directives volontaires ou des simples obligations de déclaration.⁴³⁴ L'un des avantages d'un régime de diligence raisonnable obligatoire, selon l'étude de la Commission européenne (CE) sur la diligence raisonnable, est qu'il offrirait des avantages préventifs.⁴³⁵ Ces avantages sont "particulièrement susceptibles de créer un impact substantiel lorsqu'ils incluent des demandes de collaboration avec des parties prenantes externes" et lorsqu'il existe des systèmes solides d'évaluation des risques, de

⁴³³ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532.

⁴³⁴ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532 (soulignement ajouté).

⁴³⁵ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532.

transparence, de surveillance et de conformité en vigueur.⁴³⁶ On s'attend également à ce que le devoir de diligence obligatoire ait un impact positif sur les normes en matière de droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement par un effet de retombée.

En même temps, l'étude de la CE sur le devoir de diligence met en garde contre les régimes obligatoires de diligence "mal conçus" qui peuvent avoir des conséquences négatives sur les droits de l'homme.⁴³⁷ Une législation stricte pourrait inciter les entreprises à réduire leurs investissements ou à se retirer de certaines régions, au lieu de devoir justifier des relations commerciales dans des zones à risque. Cela pourrait à son tour infliger un fardeau économique aux populations locales et avoir un impact sur leurs droits de l'homme, notamment le droit à l'alimentation, le droit à la santé et le droit à l'éducation.⁴³⁸

4.3.2 Impact sur les entreprises

La législation sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme vise à réglementer le comportement des entreprises en ce qui concerne la manière dont elles évaluent et traitent les risques liés aux droits de l'homme et à l'environnement. Au cours des entretiens, un certain nombre de parties prenantes, y compris des représentants des entreprises et du secteur public, ont fait remarquer qu'il devrait y avoir une "évaluation complète de l'impact économique" avant qu'une législation sur le devoir de diligence ne soit proposée, afin d'éviter des interventions disproportionnées. Une telle évaluation d'impact serait certainement souhaitable, mais dans la pratique, il pourrait être difficile d'obtenir des résultats concluants, notamment parce que toute analyse d'impact devrait prendre en compte non seulement les coûts, mais aussi les avantages que la diligence raisonnable générerait. Comme l'a montré la littérature, ces avantages sont difficiles à quantifier, car ils ne se manifestent souvent qu'à long terme, mais aussi parce que certains avantages sont difficiles à mesurer, comme l'amélioration de la réputation et de la confiance des parties prenantes. En outre, une entreprise pourrait transférer une partie des coûts engendrés par la nouvelle législation à ses consommateurs, ce qui compliquerait l'analyse. En outre, la boîte à outils "Mieux légiférer" de l'UE note qu'un coût

⁴³⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532.

⁴³⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532.

⁴³⁸ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 522-532.

pour une entreprise peut être un avantage pour une autre entreprise.⁴³⁹ L'étude sur le devoir de diligence de la CE résume ces points comme suit :

La quantification des coûts et des avantages dans les analyses d'impact est souvent difficile en raison du manque de données appropriées. Il est particulièrement difficile de quantifier les impacts dans les domaines d'impact non économique, car la quantification et la monétisation des coûts et des avantages sociaux et environnementaux nécessitent des méthodologies et des données sophistiquées pour obtenir des estimations approximatives et il n'existe que peu d'analyses d'impact de législations similaires contenant des données pouvant être utilisées pour cette analyse.⁴⁴⁰

Coûts

Le devoir de diligence obligatoire engendrera des coûts différents selon la taille de l'entreprise, la complexité de la chaîne de valeur et les exigences imposées. Selon une étude préparée par le Parlement européen, "chaque étape du processus de diligence raisonnable implique des coûts spécifiques", notamment :

- la phase d'identification des risques : coûts d'acquisition de connaissances sur les opérations et la chaîne d'approvisionnement de l'entreprise ;
- la phase de prévention et d'atténuation : coûts du développement des capacités des fournisseurs, mesures d'atténuation ;
- la phase comptable : coûts de suivi, de rapport et de communication sur les résultats de la diligence raisonnable et les mesures prises.⁴⁴¹

Certains de ces coûts seront ponctuels, tandis que les autres seront récurrents.

Les coûts ponctuels comprennent généralement les coûts du personnel interne, les honoraires des services de conseil externes et les coûts liés aux changements dans les systèmes et procédures TIC. Les coûts récurrents comprennent les coûts de personnel liés à la collecte des informations requises, à la préparation des rapports, à la vérification des informations, à la divulgation des informations et/ou

⁴³⁹ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-58_en_0.pdfbid.

⁴⁴⁰ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 390.

⁴⁴¹ C. Navarra, 'Corporate Due Diligence and Corporate Accountability European Added Value Assessment' (octobre 2020) *Service de recherche du Parlement européen*.

à la publication des rapports. En outre, les honoraires des consultants externes ainsi que les coûts des auditeurs externes entrent dans l'estimation des coûts récurrents induits par la réglementation.⁴⁴²

L'étude de diligence raisonnable de la CE fournit les estimations suivantes des coûts de main-d'œuvre supplémentaires par an :

- une grande entreprise représentative ayant un chiffre d'affaires de 10 milliards d'euros devrait faire face à des coûts salariaux annuels supplémentaires d'environ 500 920 euros.
- une PME représentative dont les recettes s'élèvent à 1 million d'euros serait confrontée à des coûts salariaux annuels supplémentaires d'environ 740 euros,
- une grande PME avec des revenus annuels de 50 millions d'euros (la limite supérieure selon les définitions des PME d'Eurostat) devrait faire face à des coûts de main-d'œuvre annuels supplémentaires de 36 990 euros.⁴⁴³

L'étude de la CE sur la diligence raisonnable note que les estimations ci-dessus représentent des moyennes pour les entreprises de tous les secteurs de l'économie et que "selon le modèle d'entreprise, la complexité de la chaîne de valeur et le degré d'internationalisation, les chiffres peuvent être sensiblement inférieurs ou supérieurs pour certaines entreprises".⁴⁴⁴ Ces estimations peuvent être plus élevées pour une entreprise luxembourgeoise, étant donné que le Luxembourg a un coût moyen de la main-d'œuvre par heure plus élevé (40,6 euros) que l'UE (27,4 euros).⁴⁴⁵

Ce qui est particulièrement important dans le contexte du Luxembourg :

Selon la réglementation finale, les coûts récurrents peuvent être beaucoup plus importants pour le secteur financier que pour les autres entreprises. Cela s'explique par le rôle du secteur financier dans le financement et la facilitation des activités économiques des entreprises dans pratiquement tous les autres secteurs de l'économie.⁴⁴⁶

Au cours des entretiens, un certain nombre d'entreprises ont indiqué qu'elles effectuent déjà des évaluations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement de manière volontaire (par conviction), même si elles ne les désignent pas nécessairement comme telles. Pour ces entreprises, les coûts engendrés par la future législation seront moindres car elles pourront s'appuyer

⁴⁴² Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 293.

⁴⁴³ Pour une analyse détaillée des coûts, voir l'étude EC Due Diligence, 427-428.

⁴⁴⁴ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 428.

⁴⁴⁵ Données Eurostat reproduites dans l'étude sur la diligence raisonnable de la CE, 421-22.

⁴⁴⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 428.

sur les mécanismes existants. C'est également ce qu'a indiqué un représentant de l'industrie des fonds:

Les coûts varieront considérablement en fonction de la solidité des procédures de bonne gouvernance existantes. Certaines organisations verront des lacunes importantes, d'autres rempliront déjà les conditions requises.

L'étude sur le devoir de diligence de la CE note que les entreprises qui ne sont "pas directement affectées par les réglementations sont susceptibles d'être touchées indirectement par les effets de la chaîne d'approvisionnement".⁴⁴⁷ Ceci est confirmé par un commentaire fait dans l'étude par le représentant d'une petite entreprise :

[La loi] devrait commencer par ne considérer que les grandes entités commerciales (par exemple, >500 employés ou >50 millions d'euros de chiffre d'affaires). Dans les entreprises multinationales, cela se répercutera sur les plus petites entités de chaque pays [...].

Un certain nombre de parties prenantes ont exprimé des inquiétudes quant à l'impact financier de la future législation sur les PME. Une entreprise ayant répondu à l'enquête a indiqué "nous sommes petits et parfois dépassés par toutes les nouvelles réglementations. Le coût de la gestion d'une entreprise dans un monde réglementé devient trop élevé". Il se peut que les PME surestiment l'impact financier de la diligence raisonnable. Le HCDH a déclaré que "pour une petite entreprise présentant des risques limités en matière de droits de l'homme, il s'agira probablement d'une tâche qui pourra être confiée à un membre du personnel existant et qui ne nécessitera qu'une quantité limitée de son temps", ce qui implique qu'une partie des coûts sera couverte par les structures existantes de l'entreprise.⁴⁴⁸

Un participant à l'enquête a attiré l'attention sur l'utilisation de la technologie et a mentionné comment elle pourrait réduire le coût administratif pour les entreprises :

Il faudrait probablement un effort initial (financier) important pour mettre en place les outils nécessaires au suivi des situations et de la conformité des membres. Les coûts de fonctionnement peuvent être digérés au fil du temps. Des outils numériques devraient être disponibles à un certain stade afin de réduire la charge administrative.

⁴⁴⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 300-301.

⁴⁴⁸ HCDH, Guide interprétatif, 33.

On constate un intérêt croissant pour le développement de technologies qui aideraient les entreprises et les fournisseurs à différentes étapes de leurs processus de diligence raisonnable, notamment en utilisant la blockchain, l'intelligence artificielle et les solutions d'apprentissage automatique.⁴⁴⁹

Avantages

Les entreprises sont censées mener une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, indépendamment des avantages économiques qu'une telle évaluation pourrait apporter. Néanmoins, diverses études ont suggéré que la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement pourrait apporter certains avantages économiques aux entreprises, bien que ceux-ci soient également difficiles à quantifier. L'OCDE a énuméré certains de ces avantages comme suit :

Le devoir de diligence peut aider les entreprises à créer davantage de valeur, notamment en identifiant les possibilités de réduction des coûts, en améliorant la compréhension des marchés et des sources d'approvisionnement stratégiques, en renforçant la gestion des risques commerciaux et opérationnels propres à l'entreprise, en diminuant la probabilité d'incidents liés aux questions couvertes par les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et en réduisant l'exposition aux risques systémiques.⁴⁵⁰

Un autre document publié par l'OCDE, avec des contributions de l'OIT, du FMI et du Groupe de la Banque mondiale, développe ce point :

Œuvrer pour des chaînes d'approvisionnement durables, notamment en intégrant un processus de diligence raisonnable approfondi dans leurs systèmes de gestion, aide les entreprises à détecter les risques et à mieux connaître leurs activités. La prévention et l'atténuation des risques liés à la durabilité réduisent l'exposition de l'entreprise à des coûts de remédiation potentiellement importants qu'elle pourrait encourir si le risque n'était pas traité. Une meilleure connaissance des actions de l'entreprise entraîne des avantages à long terme, car l'entreprise internalise et institutionnalise les résultats de la diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement. Ces avantages peuvent se manifester par une meilleure

⁴⁴⁹ Pour une évaluation des différents outils technologiques qui pourraient aider les processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, voir ; J. Nishinaga et F. Natour, " Technology Solutions for Advancing Human Rights in Global Supply Chains A Landscape Assessment " (juin 2019) *Human Rights and Business Initiative University of California, Berkeley*, https://humanrights.berkeley.edu/sites/default/files/publications/technology_solutions_for_advancing_human_rights_in_global_supply_chains_june_2019_0.pdf.

⁴⁵⁰ OCDE, « Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises » (2018), 16.

perception de l'entreprise, tant en interne qu'en externe, ce qui entraîne d'autres avantages tels que de meilleures recommandations des analystes ou une diminution du coût du capital (principalement en raison de la réduction des risques et de la transparence accrue). Les avantages internes, tels que la capacité accrue à retenir et à attirer les talents, l'augmentation de la productivité, une meilleure gestion de la réputation de l'entreprise et la création de valeur, ne doivent pas être négligés.⁴⁵¹

D'autres études ont également confirmé ces résultats. Bağlayan *et al.* ont identifié un certain nombre de domaines dans lesquels le respect des droits de l'homme pourrait avoir un impact économique positif sur les entreprises, soit en réduisant leurs "coûts et risques", soit en les aidant à "acquérir un avantage concurrentiel" sur le marché.⁴⁵² L'un de ces domaines concerne les relations communautaires et ce que l'on appelle la "licence sociale d'exploitation" :

La "licence sociale d'exploitation" est un terme utilisé pour identifier l'approbation ou l'acceptation intangible mais permanente des entreprises par les communautés concernées. Elle est distincte de la licence légale ou réglementaire accordée par le gouvernement d'un pays. Une entreprise obtient une licence sociale lorsque ses activités répondent aux attentes des parties prenantes et aux normes sociales.⁴⁵³

Les auteurs fournissent divers exemples où l'absence de licence sociale a entraîné des pertes financières à long et à court terme pour les entreprises, notamment des coûts d'opportunité et des pertes de productivité.

Un autre domaine cité dans cette étude attire l'attention sur les préférences des générations futures. Selon une étude de Deloitte couvrant 29 pays :

Les *millennials* titulaires d'un diplôme universitaire et travaillant dans des organisations majoritairement privées veulent contribuer à l'impact positif des entreprises sur la société. 73 % des participants pensent que les entreprises sont une force du bien dans la société. Les

⁴⁵¹ OCDE, " Promouvoir des chaînes d'approvisionnement mondiales durables : Normes internationales, diligence raisonnable et mécanismes de réclamation " (février 2017) 7-8, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_559146.pdf (citations omises).

⁴⁵² B. Bağlayan, *et al.*, 'Good Business : The Economic Case for Protecting Human Rights' BHR, Frank Bold et ICAR (2018) (Good Business) https://corporatejustice.org/2018_good-business-report.pdf.

⁴⁵³ Bağlayan, Good Business, 26.

résultats suggèrent que les *millennials* choisissent de plus en plus leurs employeurs parce qu'ils s'identifient positivement aux valeurs de l'entreprise.⁴⁵⁴

Une étude récente menée conjointement par Finance & Human Rights et le Geneva Center for Business and Human Rights a analysé des banques et des gestionnaires d'actifs dans six pays européens, dont le Luxembourg, afin d'obtenir des informations de base sur le statut actuel des droits de l'homme dans le secteur financier européen.⁴⁵⁵ L'une des principales conclusions de l'étude est la suivante :

La prise en compte des droits de l'homme est associée non seulement à l'atténuation des risques, mais aussi à la création d'opportunités pour de meilleures performances financières. Les facteurs de risque pertinents qui peuvent être atténués par la prise en compte des droits de l'homme comprennent le risque de réputation, le risque d'atteinte aux droits des personnes, le risque réglementaire, la capacité réduite d'attirer les talents, ainsi que le risque opérationnel.⁴⁵⁶

Certaines données suggèrent que les chefs d'entreprise du monde entier reconnaissent de plus en plus le "lien inextricable entre profits et objectifs". Selon Larry Fink de BlackRock, l'un des plus grands gestionnaires d'actifs au monde :⁴⁵⁷

Il est clair que le fait d'être connecté aux parties prenantes - en établissant une relation de confiance avec elles et en agissant de manière ciblée - permet à une entreprise de comprendre et de réagir aux changements qui se produisent dans le monde. Les entreprises qui ignorent les parties prenantes le font à leurs risques et périls - les entreprises qui ne gagnent pas cette confiance auront de plus en plus de mal à attirer les clients et les talents, d'autant que les jeunes attendent de plus en plus des entreprises qu'elles reflètent leurs valeurs. Plus votre entreprise peut montrer sa raison d'être en apportant de la valeur à ses clients, à ses employés

⁴⁵⁴ *Ibid.*, 24.

⁴⁵⁵ Finance & Human Rights (FaHR), et al, " How are European financial institutions addressing human rights in their activities ? ". (2020), <https://www.finance-humanrights.org/wp-content/uploads/2020/11/Sustainable-Finance-and-Human-Rights-survey.pdf>.

⁴⁵⁶ *Ibid.* 14 (références numériques omises).

⁴⁵⁷ L. Fink, Lettre aux chefs d'entreprise : 'A Sense of Purpose', BlackRock, 2018, <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2018-larry-fink-ceo-letter>. Pour d'autres exemples, voir : K. Marslev, Doing Well by Doing Right ? Exploration des potentialités et des limites d'un argumentaire commercial en faveur des droits de l'homme (DIHR 2020), 12.

et à ses communautés, plus elle sera en mesure d'être compétitive et d'apporter des bénéfices durables et à long terme à ses actionnaires.⁴⁵⁸

Un certain nombre d'entreprises qui ont rempli le questionnaire de l'enquête ont énuméré les avantages suivants à attendre de la diligence raisonnable obligatoire en matière de droits de l'homme:

- Amélioration de la réputation, égalité des conditions de concurrence, satisfaction personnelle et motivation grâce à des normes commerciales élevées ;
- Une sensibilisation plus forte au sein de l'entreprise et parmi les parties prenantes ;
- Une confiance accrue des consommateurs ;
- Amélioration de la gestion des risques ESG et des possibilités de s'engager sur les sujets de durabilité avec les clients directs ;
- Amélioration de l'identité et des valeurs de l'entreprise ;
- La bonne gouvernance et l'amélioration de la gestion des risques, dont il a été démontré qu'elles améliorent les résultats financiers ;
- Une plus grande transparence sur le thème des droits de l'homme ;
- Une plus grande influence sur les fournisseurs.

4.3.3 Impact sur la compétitivité

La compétitivité est un concept multidimensionnel qu'il est difficile d'analyser en termes généraux.⁴⁵⁹ Davidson *et al.* affirment qu'"une entreprise et un pays peuvent avoir des objectifs différents : l'objectif d'une entreprise peut être d'abord de survivre puis de prospérer sur les marchés internationaux, tandis que l'objectif d'un pays peut être d'améliorer le niveau de vie et le bien-être de ses citoyens".⁴⁶⁰

Commentant la loi française sur le devoir de vigilance, le seul exemple de législation générale sur la diligence raisonnable actuellement en vigueur, Bright a fait valoir que "contrairement à ce que les critiques ont pu suggérer, la législation ne semble pas avoir affecté la compétitivité internationale de

⁴⁵⁸ L. Fink, "Lettre aux PDG" (2021).

⁴⁵⁹ P. Davidson, *et al.*, 'How do Laws and Regulations Affect Competitiveness : The Role for Regulatory Impact Assessment', Documents de travail de l'OCDE sur la politique réglementaire n° 15 (2021), 13.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, 13.

la France ; le pays a attiré un niveau record d'investissements directs étrangers après son adoption".

461

Scheltema et Van Dam ont évalué l'impact de l'introduction d'une obligation de diligence raisonnable sur le climat des affaires et la position concurrentielle internationale des Pays-Bas. Leurs conclusions peuvent être pertinentes pour le Luxembourg, compte tenu des similitudes entre les deux économies, notamment le cadre réglementaire et fiscal orienté vers les entreprises, la prééminence du secteur financier et la présence d'entreprises à haut degré de mobilité. Les auteurs affirment que :

Il est très peu probable que l'introduction d'une réglementation qui rende la diligence raisonnable applicable soit en soi une raison pour une entreprise de quitter le [pays] ou de ne pas s'y établir. Si les entreprises envisagent déjà une telle décision, elles prendront souvent en considération l'ensemble du système de législation et de réglementation, y compris la charge fiscale. ⁴⁶²

Diverses parties prenantes au Luxembourg ont fait part de leurs préoccupations concernant le secteur financier, notamment en raison de sa mobilité. Il n'existe actuellement aucune preuve empirique permettant de démontrer que l'adoption d'une législation sur le devoir de diligence obligatoire encouragerait les prestataires de services financiers à migrer vers des pays où une telle législation fait défaut. En outre, il convient de noter que le secteur financier est déjà l'une des industries les plus réglementées, ce qui signifie qu'il pourrait s'adapter relativement facilement à une couche supplémentaire de réglementation.

Néanmoins, un certain nombre de parties prenantes ont exprimé la crainte que les entreprises, en particulier celles du secteur financier, ne quittent le Luxembourg si une réglementation est introduite, surtout si les pays voisins n'ont pas de législation similaire. Une partie prenante a fait remarquer lors d'un entretien :

L'industrie des fonds et l'industrie financière dépendent des efficacités et des chaînes de valeur à travers l'Europe. Il y a évidemment une concurrence entre les centres financiers. Donc, s'il y a une sorte de surréglementation, il y a toujours un risque que le secteur des fonds parte à cause de la surréglementation, quel que soit le sujet. [...] Il y a toujours un risque si vous ajoutez des couches supplémentaires de réglementation qui ne sont pas présentes sur d'autres marchés.

⁴⁶¹ C. Bright., EUI Working Papers, *op. cit.* , 9.

⁴⁶² Scheltema et van Dam, *op. cit.* , 104.

Dans le même ordre d'idées, une autre partie prenante a déclaré que si la réglementation permettait de

renforcer la position du Luxembourg en tant que juridiction caractérisée par une réglementation robuste", [...] "une réglementation trop prescriptive peut mettre en péril la compétitivité du centre financier si des conditions de concurrence équitables ne sont pas maintenues parce que d'autres régions ou juridictions choisissent de mettre en œuvre des règles à un stade ultérieur.

Une partie prenante du secteur public a estimé :

Nous espérons que le bilan sera neutre ou positif. Le Luxembourg a déjà une conscience et une acceptation élevées de la protection des ressources humaines et de l'environnement. Les clients et les gouvernements accueilleraient probablement favorablement l'ajout d'une couche supplémentaire. Mais les entreprises pourraient éviter le Luxembourg par crainte de coûts plus élevés.

Deux représentants du secteur public ont déclaré que la législation sur la diligence raisonnable pourrait être une autre forme de "nation branding" pour le Luxembourg et renforcer l'image positive du pays. L'un d'eux a déclaré :

Il serait très bon pour les entreprises luxembourgeoises de montrer à leurs partenaires commerciaux qu'elles sont tenues à des normes très élevées.

Dans le même ordre d'idées, les représentants des organisations de la société civile ont déclaré :

Une nouvelle réglementation pourrait faire partie de la stratégie "Let's make it happen" et peut également devenir un véritable argument pour les entreprises de choisir le Luxembourg dans un contexte international où les entreprises sont de plus en plus tenues responsables de leurs activités dans le monde entier [...].

Une partie prenante du secteur public a fait une comparaison avec l'approche luxembourgeoise en matière de durabilité :

La position du Luxembourg sur les questions de durabilité a montré qu'un investissement dans les normes environnementales a cimenté la position du Luxembourg en tant que centre financier de l'avenir.

Une partie prenante du monde des entreprises s'est montrée plus prudente :

[Une] nouvelle réglementation présenterait probablement des contraintes pour les entreprises et aurait un impact négatif sur l'image favorable aux entreprises du Luxembourg

en ajoutant une nouvelle couche de charges administratives. D'un autre côté, l'obligation de diligence améliorerait la réputation de la place financière luxembourgeoise et renforcerait à long terme les performances d'un secteur économique durable.

Une autre partie prenante s'est opposée à l'idée que les entreprises quitteraient le Luxembourg si une loi sur la diligence raisonnable devait être introduite :

il n'y a aucune raison de supposer que les entreprises quitteraient le pays. Si tel est le cas, cela soulève la question de savoir quel type d'entreprises le Luxembourg veut accueillir - des entreprises qui sont prêtes à respecter les droits de l'homme ou aussi celles qui ne le sont pas ? Selon le droit international des droits de l'homme, la réponse à cette question devrait être la première plutôt que la seconde, ce qui signifie que les États doivent s'assurer que chaque entreprise respecte les droits de l'homme.

Un représentant du secteur public a déclaré que la législation "donnerait un signal positif mais pourrait en même temps inquiéter les investisseurs quant à la portée et aux risques [...]". Une préoccupation similaire a été soulevée par un représentant du secteur privé :

[o]n sait bien que ces sont les investisseurs étrangers qui font vivre le pays. Ils regardent le taux d'impôt, le personnel disponible, etc... et les points descendent pour tout ce qui est contrainte. ... Si on rajoute encore cette contrainte en plus, une contrainte qui vient avec des sanctions, ils vont se demander pourquoi ils viendraient ici.

Pour une autre personne interrogée du secteur public, la législation sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme n'aurait pas un impact décisif sur la compétitivité de l'économie car " [les droits de l'homme] ne sont pas l'activité principale (des entreprises). Les violations des droits de l'homme sont généralement des impacts collatéraux".

4.3.4 Impact sur le travail des autorités

La supervision et l'application des lois sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement peuvent prendre différentes formes, ce qui imposera des charges divergentes aux autorités publiques. Le nombre d'entités soumises à la loi et l'étendue des compétences attribuées à un organe de surveillance (s'il y en a un) seront cruciaux à cet égard.

En général, la nouvelle législation pourrait imposer les coûts de mise en œuvre et d'application suivants :

- le coût de la sensibilisation aux nouvelles exigences ;

- établir des systèmes de licence, de permis, de certification, de label et/ou de code de conduite;
- traiter les requêtes et les applications ;
- mettre en œuvre des inspections et des audits pour vérifier la conformité et sanctionner la non-conformité.⁴⁶³

Selon l'étude de diligence raisonnable de la CE, si un recours judiciaire est prévu dans la nouvelle législation, "on s'attend à ce qu'il ait lieu dans le cadre des structures et processus judiciaires existants, de sorte que cette option n'entraînera pas de coûts supplémentaires pour les systèmes juridiques [...]".⁴⁶⁴

Outre les mécanismes judiciaires, des options de mise en œuvre non judiciaires pourraient être envisagées dans une proposition législative. Par exemple, un médiateur ou des institutions nationales des droits de l'homme pourraient être impliqués dans la mise en œuvre de la loi sur la diligence raisonnable. Le Luxembourg offre divers mécanismes non judiciaires de résolution des litiges,⁴⁶⁵ qui pourraient être utilisés pour l'application privée de la législation sur la diligence raisonnable. L'impact de ces options sur la charge de travail des autorités serait probablement minime. De même, des procédures de plainte et des mécanismes de dénonciation au niveau de l'entreprise ou du secteur pourraient être envisagés, ce qui éviterait également d'imposer des charges aux autorités.

En revanche, l'application administrative par un organisme de réglementation "pourrait vraisemblablement avoir des répercussions importantes sur les ressources de l'État".⁴⁶⁶ Au lieu de créer une nouvelle autorité, une autre option pourrait être la "mise en application décentralisée". Il s'agirait de confier le travail de contrôle à des institutions sectorielles existantes en fonction de leur domaine d'expertise. Toutefois, un expert travaillant actuellement à la gestion d'un organisme de réglementation a déclaré que "les organismes existants ne sont formés que pour protéger des questions spécifiques [de droits de l'homme] ou d'environnement et leur champ d'action est souvent limité au territoire national. Une couverture transversale nécessiterait l'extension d'un organisme existant [...] ou la création d'un nouvel organisme transversal". L'expert a ajouté que les coûts de la création d'un nouvel organe administratif "seraient probablement similaires à ceux de l'application par les organes existants", puisque dans les deux cas, il faudrait "de nouveaux agents, des formations

⁴⁶³ Commission européenne, "Better Regulation Toolbox", 471.

⁴⁶⁴ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 544.

⁴⁶⁵ Bağlayan, NBA, *op. cit.* Annexe, 141.

⁴⁶⁶ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, *rapport de synthèse*, 49.

spécifiques, des bureaux, des équipements, etc. L'expert a estimé que, "si un nouvel organe démarrait avec 15 personnes à temps plein, le budget estimé serait probablement d'environ 2 millions d'euros".

Cette observation est conforme aux conclusions de l'étude sur la diligence raisonnable de la CE :

La supervision et l'application d'une obligation de diligence raisonnable par l'État dépasseraient probablement très largement l'expertise, les ressources et le mandat juridique actuels des autorités nationales chargées de superviser et de faire respecter les obligations d'information des entreprises. Compte tenu de l'ampleur de ce qu'il faudrait surveiller, il pourrait être difficile de doter un tel organe de surveillance de ressources suffisantes. Toutefois, les mécanismes de surveillance et les mécanismes d'application étatiques se sont avérés efficaces, même lorsqu'ils sont critiqués pour leur manque de ressources et le faible nombre de poursuites engagées.⁴⁶⁷

Le coût d'une autorité de régulation dépendrait également du nombre d'entreprises à superviser : "plus le nombre d'entreprises soumises à la réglementation sera élevé, plus les coûts seront élevés pour les autorités publiques, car elles devront effectuer davantage de contrôles de conformité et d'inspections des entreprises".⁴⁶⁸

Si, toutefois, des amendes et des pénalités sont prévues, cela pourrait générer des revenus pour les autorités publiques et permettre de récupérer une partie des coûts. Les autorités pourraient également envisager de recourir à des "systèmes d'assurance qualité".⁴⁶⁹ Selon Chambers et ses co-auteurs, il s'agit de

systèmes volontaires ouverts aux entités réglementées qui peuvent démontrer qu'elles ont fait leurs preuves en matière de conformité et de respect des normes, et qu'elles disposent de systèmes et de processus solides. Ces systèmes sont ensuite liés à la réglementation légale, car ceux qui ont fait leurs preuves bénéficient alors d'une réduction de la charge de la mise en œuvre".⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, *rapport de synthèse*, 49.

⁴⁶⁸ Étude sur la diligence raisonnable de la CE, 546.

⁴⁶⁹ R. Chambers, *et al*, "Report of research into how a regulator could monitor and enforce a proposed UK Human Rights Due Diligence law" (août 2020), 25.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

Un certain nombre d'entreprises interrogées ont souligné le travail de l'INDR. On pourrait envisager d'utiliser le système de certification INDR ESR à cet égard.⁴⁷¹ L'IMS (Inspiring More Sustainability) pourrait être un autre interlocuteur.

Enfin, divers outils économiques à la disposition de l'État pourraient être utilisés pour renforcer les obligations de diligence raisonnable sans grever les budgets et les ressources, comme les marchés publics et les processus de crédit à l'exportation et d'octroi de licences d'exportation.

4.3.5 Vers une législation équilibrée

L'objectif principal d'une législation sur le devoir de diligence des entreprises serait d'améliorer la protection des droits de l'homme et de l'environnement tout au long des chaînes de valeur mondiales en imposant aux entreprises l'obligation d'exercer une diligence raisonnable. Compte tenu des impacts positifs et négatifs importants que l'activité des entreprises peut avoir sur les droits de l'homme et l'environnement, il est probable qu'une obligation pour les entreprises d'identifier les risques conduira à des niveaux de protection accrus. La réalisation de cet objectif doit être appréciée en tenant compte de préoccupations corrélées, par exemple en ce qui concerne les charges administratives pesant sur les entreprises, en particulier les petites et moyennes entreprises et les autorités. La législation future devrait s'efforcer de trouver un équilibre entre ces différentes préoccupations, et les législateurs devraient évaluer et comparer différentes options en termes de déclaration, de surveillance et d'application. Dans le même temps, cette section a montré que certains des coûts ou charges imposés par la nouvelle législation seront contrebalancés par des avantages spécifiques pour les entreprises et le secteur public.

⁴⁷¹ <https://indr.lu/obtenir-le-label-esr/>.

V. Conclusions

Il existe une dynamique croissante aux niveaux international, européen et national pour imposer aux entreprises des obligations de diligence raisonnable. Divers pays ont lancé des propositions législatives à cet égard, basées explicitement ou implicitement sur les PDNU et le concept de diligence raisonnable qui y est développé. La présente étude a examiné les possibilités d'introduire une telle législation au Luxembourg.

Les lois et propositions des différents pays montrent qu'il existe différentes façons de concevoir une législation sur la diligence raisonnable. Certaines lois spécifient explicitement une obligation substantielle d'exercer une diligence raisonnable, tandis que d'autres encouragent les entreprises à le faire en introduisant des exigences de transparence et de rapport. Le champ d'application matériel des lois et des initiatives diffère également, puisque certaines se concentrent sur un seul problème de droits de l'homme (travail des enfants, esclavage moderne, vie privée) ou sur une activité économique spécifique (commerce du bois ou des minéraux), tandis que d'autres couvrent tout le spectre des droits de l'homme et de la protection de l'environnement. En général, les projets de législation reconnaissent que les obligations de diligence raisonnable ne doivent pas se limiter aux opérations propres des entreprises, mais s'étendre aux "relations d'affaires" dans les chaînes d'approvisionnement ou de valeur, même si ces relations sont définies sur la base de critères variables. Enfin, les mécanismes de surveillance et d'application prennent également différentes formes, notamment des mécanismes administratifs, civils et pénaux. Certains projets facilitent l'accès spécifique aux voies de recours dans leur conception, tandis que d'autres sont muets à ce sujet.

Les diverses approches développées dans les différents pays témoignent d'un certain degré de fragmentation, qui a donné lieu à des appels en faveur d'une approche européenne uniforme, invoquant des préoccupations relatives à la "sécurité juridique" et à l'"égalité des conditions de concurrence", entre autres. La Commission européenne a pris note de ces préoccupations et a commandé une étude pour examiner les options d'un régime obligatoire de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement. Entre-temps, en mars 2021, le Parlement européen a adopté une résolution demandant à la Commission européenne de soumettre une proposition législative sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises. Il est prévu que la Commission européenne publie sa proposition au cours de l'été 2021. Bien que le contenu de cette proposition reste indéterminé, le commissaire Didier Reynders a déclaré qu'elle serait "ambitieuse".

Les développements simultanés aux niveaux national et européen ont eu un impact sur les discussions au Luxembourg. Récemment, le débat s'est concentré sur la question de savoir si le Luxembourg devait attendre une proposition de l'UE ou aller de l'avant avec une législation nationale. Il s'agit là d'un débat peu constructif (*relatively unhelpful*), car les deux approches ne s'excluent pas mutuellement. Le Gouvernement luxembourgeois s'est déjà engagé dans son Accord de coalition à soutenir les développements à venir au niveau de l'UE. En conséquence, il est souhaitable que le Luxembourg commence à s'attaquer à certaines des questions complexes mentionnées ci-dessus, dont la résolution prendra du temps tant au niveau de l'UE qu'au niveau national. Étant donné que le régime de l'UE prendra très probablement la forme d'une directive qui obligera le Luxembourg, comme les autres États membres, à adopter une législation de mise en œuvre, le Luxembourg pourrait commencer à définir sa propre approche préférée dans le cadre des paramètres des PDNU et d'autres normes internationales. Compte tenu de la situation spécifique du Luxembourg, en termes de taille de son économie par rapport à sa faible capacité réglementaire, il devrait commencer dès que possible à aborder les questions de fond qui devront de toute façon être traitées à terme. Un comité interministériel réunissant les ministères concernés pourrait commencer à travailler systématiquement sur ces questions, en consultation avec les entreprises, les représentants des entreprises, les syndicats, les organisations de la société civile et le barreau. Une fois que le Luxembourg aura conçu une approche qui correspond à la fois à ses ambitions en matière de droits de l'homme et à sa réalité économique, il pourra également présenter ses propositions au niveau de l'UE et influencer les développements de manière affirmée et préventive.

Cette étude a identifié une variété de régimes de diligence raisonnable déjà existants dans différents domaines du droit luxembourgeois. Il est recommandé aux rédacteurs de la future législation sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement d'utiliser ces modèles et la compréhension sous-jacente de la manière dont la diligence raisonnable peut être encouragée, contrôlée et sanctionnée par des moyens juridiques.

Il est important que le Luxembourg détermine l'objectif primordial de sa législation sur la diligence raisonnable. Une loi qui se concentre sur la prévention des violations des droits de l'homme le long des chaînes de valeur incorporerait d'autres éléments de diligence raisonnable qu'une loi qui se concentre sur l'accès aux recours. En outre, même si une loi ambitieuse serait préférable du point de vue des droits de l'homme, ce ne serait peut-être pas l'option la plus réalisable en termes de mise en œuvre. À la lumière de ces considérations, il est conseillé aux décideurs et aux législateurs de se prononcer sur les différentes questions signalées dans cette étude, notamment le champ d'application personnel et matériel de la loi, le caractère et la portée des obligations, ainsi que les moyens d'application et l'accès aux recours. La législation future devrait chercher à trouver un équilibre entre

l'impératif d'améliorer le respect des droits de l'homme par les entreprises et la nécessité pratique d'éviter d'imposer des charges disproportionnées aux entreprises et aux pouvoirs publics. En même temps, il faut garder à l'esprit que les coûts potentiels de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme sont susceptibles d'être contrebalancés par divers avantages, non seulement pour les titulaires de droits affectés par l'activité des entreprises, mais aussi pour les entreprises luxembourgeoises et pour le pays dans son ensemble. Pour cette raison, une nouvelle loi devrait être intégrée dans un "smart mix" de mesures et de politiques gouvernementales visant à améliorer la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme au Luxembourg et à l'étranger.

Annexe

Lois et propositions relatives à la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans certains pays européens et au Parlement européen

	FR Loi sur le devoir de vigilance - FR	NL Loi sur la diligence raisonnable en matière de travail des enfants	NL Loi sur les affaires internationales responsables et durables	CH Initiative pour une entreprise responsable	DE Réglementation de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiales NaWKG	DE Loi sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement	NOR Projet de loi relatif à la transparence des chaînes d'approvisionnement, au devoir d'information et à la diligence raisonnable	Parlement europ. Résolution du PE sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises
Statut	En vigueur	Entrée en vigueur prévue en 2022	Proposition des partis politiques - soumise au Parlement	Proposition de la CSO - rejetée lors du référendum national sur les	Proposition initiale du ministère du Développement (remplacée par le projet du gouvernement)	Projet du gouvernement actuellement en attente devant le Parlement	Comité d'experts Proposition	Résolution du PE avec recommandations à la Commission européenne

Champ d'application matériel	Droits de l'homme, santé, sécurité personnelle et environnement	Travail des enfants	Droits de l'homme, environnement et travail	Droits de l'homme et environnement	Droits de l'homme et environnement	Normes relatives aux droits de l'homme telles qu'annexées au projet de loi	Droits de l'homme et travail décent	Droits de l'homme, environnement et bonne gouvernance
Portée personnelle	Les entreprises qui, pendant deux exercices consécutifs, emploient : a) 5 000 salariés pour elle-même et dans ses filiales directes	Toutes les entreprises qui vendent des biens et fournissent des services aux Pays-Bas (qu'elles	Toutes les entreprises qui, à la date de clôture, dépassent au moins deux des trois critères suivants : un effectif moyen	Toutes les entreprises basées en Suisse, à l'exception des PME à faible risque.	Grandes entreprises basées en Allemagne Toutes les entreprises qui fournissent des produits ou des services en Allemagne ⁴⁷²	Grandes entreprises de plus de 3 000 employés (> 1 000 à partir de 2024), y compris dans le monde entier. ⁴⁷⁴	Toutes les entreprises fournissant des produits ou des services en NO ⁴⁷⁵	Toutes les grandes entreprises opérant dans l'UE (y compris les entreprises publiques et le secteur financier)

⁴⁷² Großunternehmen qui, à la date de leur bilan, dépassent au moins deux des trois critères suivants :

a) total du bilan : 20 000 000 EUR ;

b) le chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ;

c) le nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250.

Les sociétés qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement en Allemagne.

⁴⁷⁴ Les grandes entreprises qui ont leur siège social (Hauptverwaltung), leur principal établissement (Hauptniederlassung) ou leur siège (Sitz) en Allemagne (environ 600 entreprises).

⁴⁷⁵ Elle s'applique aux grandes entreprises couvertes par la loi comptable *ou aux* entreprises dépassant au moins deux des seuils suivants :

	et indirectes dont le siège social est en France, ou (b) 10 000 salariés en propre et dans ses filiales directes et indirectes dont le siège social est en France ou à l'étranger.	soient basées ou non aux Pays-Bas).	au cours de l'exercice de 250 salariés, un total du bilan de 20 millions d'euros ou un chiffre d'affaires net supérieur à 40 millions d'euros.		- PME dans les secteurs à haut risque ⁴⁷³			PME cotées en bourse et Les PME à haut risque sont incluses Exclusion expresse des entreprises de petite taille
--	---	-------------------------------------	--	--	--	--	--	---

(a) bilan de 35 millions de NOK (environ 3,25 millions d'euros) ;

(b) ventes nettes de 70 millions de NOK (environ 6,5 millions d'euros) ;

(c) au moins 50 employés.

Comprend les entreprises publiques offrant des biens et des services.

⁴⁷³ les PME, à l'exception des "petites entreprises" (Kleinunternehmen), et les filiales contrôlées par leur société mère (beherrschtes Unternehmen), à condition que ces entreprises

(a) exercer des activités dans un "secteur à haut risque" (agriculture, sylviculture et pêche, exploitation minière, industries manufacturières, y compris l'alimentation, le textile et l'électronique, et approvisionnement en énergie, ou

(b) opérer dans des zones affectées par des conflits ou à haut risque.

Les activités commerciales de ces entreprises en dehors de l'Allemagne ("ausländische Geschäftstätigkeit") sont également couvertes.

	les filiales françaises d'entreprises étrangères si elles atteignent les seuils fixés							
Principales obligations	Elaboration, divulgation et mise en œuvre effective d'un plan de vigilance (annuellement)	Exercice d'une diligence raisonnable et reporting	Obligations détaillées de diligence raisonnable conformément aux lignes directrices de l'OCDE (orientation extraterritoriale explicite) ⁴⁷⁶	Le devoir de diligence, y compris la diligence raisonnable fondée sur les PDNU.	Diligence raisonnable et analyse de risque annuelle renforcée s'il existe des risques concrets d'impact sur les droits de l'homme.	Devoir de diligence, gestion des risques, mesures préventives, recours	Obligation de connaître les risques saillants (toutes les entreprises), d'exercer une diligence raisonnable (grandes entreprises), de rendre compte.	Diligence raisonnable détaillée, consultation des parties prenantes, publication et communication de la stratégie de diligence raisonnable, divulgation d'informations

⁴⁷⁶ L'art. 2.1 du projet de loi se lit comme suit : " Une entreprise qui sait ou peut raisonnablement soupçonner que son activité peut porter atteinte aux droits de l'homme, aux droits du travail ou à l'environnement *dans un pays autre que les Pays-Bas* est tenue de :

- (a) prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger d'elle pour prévenir ces conséquences ;
- b) dans la mesure où ces conséquences ne peuvent être évitées : limiter autant que possible ces conséquences, les annuler et, si nécessaire, en assurer la réparation ;
- c) si ces conséquences ne peuvent être suffisamment limitées : s'abstenir de pratiquer cette activité dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'y attendre.

								non financières et sur la diversité.
Portée des obligations	Sociétés contrôlées directement ou indirectement et " relations commerciales établies ".	Toute la chaîne d'approvisionnement	Chaîne de production (productieketen) définie comme "l'ensemble des activités, produits, lignes de production, chaîne d'approvisionnement et relations commerciales	Toute la chaîne d'approvisionnement, les opérations propres des entreprises et les entreprises qu'elles "contrôlent".	Toute la chaîne de valeur ⁴⁷⁷	Toute la chaîne d'approvisionnement (Lieferketten). La responsabilité au-delà du premier niveau dépend de la "connaissance avérée" d'éventuelles violations des droits de l'homme.	Toute la chaîne d'approvisionnement	Toute la chaîne de valeur ⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ S'applique à toute la chaîne de valeur délimitée par une *notion d'adéquation* (Angemessenheit). Pour satisfaire à l'exigence d'adéquation, les entreprises doivent effectuer une "analyse de risque renforcée".

⁴⁷⁸ Défini dans l'Art. 3.5. comme : " l'ensemble des activités, opérations, relations d'affaires et chaînes d'investissement d'une entreprise et comprend les entités avec lesquelles l'entreprise a une relation d'affaires directe ou indirecte, en amont et en aval, et qui soit :

- (a) fournir des produits, des parties de produits ou des services qui contribuent aux propres produits ou services de l'entreprise, ou
- (b) recevoir des produits ou des services de l'entreprise ".

			d'une entreprise".					
Responsabilité civile	Responsabilité de la société mère pour les dommages causés par les sociétés contrôlées, les sous-traitants et les fournisseurs ayant des "relations commerciales établies" que le devoir de vigilance aurait pu empêcher.	Non prévu explicitement dans la loi	Non prévu explicitement dans la loi ⁴⁷⁹	Responsabilité de la société mère (stricte) pour les dommages causés par les sociétés contrôlées (filiales et sociétés économiquement contrôlées) Défense de diligence raisonnable si l'entreprise peut prouver	Pas de disposition explicite, mais les victimes peuvent introduire des demandes fondées sur les principes généraux du droit allemand.	Pas de disposition explicite sur la responsabilité civile dans le projet de loi, mais l'article 11 permet aux syndicats ou aux ONG d'intenter une action civile au nom des victimes.	Non prévu explicitement dans la loi	Les États membres doivent s'assurer qu'ils ont mis en place un régime de responsabilité civile. Si l'entreprise peut prouver qu'elle a pris toutes les précautions nécessaires, conformément à la directive, pour éviter tout

⁴⁷⁹ La loi proposée stipule que les parties en litige "peuvent soumettre leur différend à un comité de résolution des litiges ou à un tribunal" (traduction non officielle disponible sur <https://www.mvoplatfom.nl/>, Art. 2.7). Il convient de noter que les tribunaux civils seront à la disposition de toute partie intéressée pour soumettre ses réclamations, même en l'absence de référence explicite dans le texte juridique, dès lors qu'il existe une obligation légale de diligence raisonnable.

				qu'elle a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage, ou que le dommage se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises.				dommage ou que le dommage se serait produit de toute façon, elle ne devrait pas être tenue responsable de ce dommage.
Application de la loi	Toute personne ayant qualité pour agir peut déposer une plainte pour non-conformité devant le juge Le juge peut exiger que l'entreprise publie un plan et impose des astreintes.	Toute personne affectée par le manquement de l'entreprise peut déposer une plainte auprès de l'autorité de régulation (après avoir	Toute partie concernée peut déposer une plainte auprès de l'autorité de régulation.	Pas de disposition explicite	La société a nommé un agent de conformité. Surveillance par un organe administratif doté de pouvoirs d'ordonnance et de sanction.	Le Bureau fédéral de l'économie et du contrôle des exportations (BAFA) est chargé de faire appliquer la loi (§§ 14-19). Le BAFA dispose de pouvoirs d'investigation (par exemple, perquisitions et saisies) et peut	L'autorité norvégienne de protection des consommateurs serait chargée de fournir des orientations et de contrôler le respect de la loi.	Au niveau des États membres, par le biais d'une autorité nationale compétente qui aurait le pouvoir d'entreprendre des enquêtes, y compris de recevoir des soumissions de la part de tiers.

		<p>d'abord déposé la plainte auprès de l'entreprise) . L'autorité de régulation peut imposer des amendes en cas de non-respect des règles.</p>				<p>infliger des amendes.</p> <p>En fonction du montant de l'amende, les entreprises peuvent être exclues des marchés publics pendant une période pouvant aller jusqu'à trois ans.</p>		<p>Des sanctions et des amendes administratives sont prévues en cas de non-conformité.</p>
--	--	--	--	--	--	---	--	--

Bibliographie

Allen & Overy LLP, Mandatory human rights due diligence laws : the Netherlands led the way in addressing child labour and contemplates broader action, 2020, disponible sur : <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/mandatory-human-rights-due-diligence-laws-the-netherlands-led-the-way-in-addressing-child-labour-and-contemplates-broader-action>.

Association luxembourgeoise de l'industrie des fonds (ALFI), Industry Statistics Luxembourg, disponible à l'adresse : <https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Industry-statistics/Luxembourg>.

Association luxembourgeoise de l'industrie des fonds (ALFI), Setting Up in Luxembourg - Fund Governance, disponible à l'adresse : <https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Setting-up-in-Luxembourg/Fund-governance>.

Bağlayan, B., Landau, I., McVey M. et Wodajo, K., Good Business : The Economic Case for Protecting Human Rights, 2018, BHR, Frank Bold et ICAR, disponible sur https://corporatejustice.org/2018_good-business-report.pdf.

Bağlayan, B., Mapping the Business and Human Rights Landscape in Luxembourg National Baseline Study, 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://maee.gouvernement.lu/dam-assets/directions/d1/pan-entreprises-et-droits-de-l-homme/Mapping-the-Business-and-Human-Rights-Landscape-in-Luxembourg.pdf>.

Beau de Loménie, T. and Cossart, S., Parties prenantes et devoir de vigilance, 2017, Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires 50

Besch, M., Normes et légistique en droit public Luxembourgeois, 2019, Larcier

Bommier, S., et al., Le radar du devoir de vigilance – identifier les entreprises soumises à la loi, 2020, available at: <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2020/06/2020-06-25-Radar-DDV-Edition-2020.pdf>

Brabant, S., Savourey, E., A Closer Look at the Penalties Faced by Companies, 2017, BHRRC, disponible à l'adresse suivante : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/a-closer-look-at-the-penalties-faced-by-companies/>.

Brabant, S., Savourey, E., Scope of the Law on the Duty of Vigilance Corporate Duty of Vigilance Companies Subject to the Vigilance Obligations, 2017, Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique Des Affaires – Supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires N° 50 du Jeudi 14 Décembre 2017, available at : <https://media.business-humanrights.org/media/documents/cc551474b8206d6a7b9c6a92c2a3fb280c881139.pdf>

Bright, C., Creating a Legislative Level Playing Field in Business and Human Rights at the European Level : is the French Duty of Vigilance Law the Way Forward, EUI Working Papers, MWP 2020/02, disponible à l'adresse : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/65957>.

Bright, C., et al., Options for Mandatory Due Diligence in Belgium, 2020, disponible à l'adresse : https://www.researchgate.net/publication/342424416_Options_for_Mandatory_Human_Rights_Due_Diligence_in_Belgium.

Bueno, N., L'initiative suisse pour des entreprises responsables et son contre-projet : Textes et développements actuels, 2018, Business and Human Rights Journal Blog, disponible à l'adresse suivante : https://www.researchgate.net/publication/337207890_The_Swiss_Responsible_Business_Initiative_and_its_counter-proposal_Texts_and_current_developments.

Bueno, N., L'initiative populaire suisse pour des entreprises responsables, de la responsabilité à la responsabilité, dans Enneking, L.F.H., et al. (eds.), Accountability and International Business Operations : Rendre justice aux violations des droits de l'homme et des normes environnementales par les entreprises, 2018, Routledge.

Buscemi, M., et al, Legal Sources in Business and Human Rights : Evolving Dynamics in International and European Law, 2020, Brill.

Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'homme (BHRRRC), Five ways the new draft treaty on business and human rights can be strengthened, 2019, disponible à l'adresse : <https://www.business-humanrights.org/en/blog/five-ways-the-new-draft-treaty-on-business-and-human-rights-can-be-strengthened/>.

Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'homme (BHRRRC), Suisse : Initiative pour des entreprises responsables rejetée dans les urnes malgré 50,7 % des voix, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/swiss-due-diligence-initiative-set-for-public-referendum-as-parliament-only-opts-for-reporting-centred-proposal/>.

Chambers, R., Kemp, S. et Tyler K., Report of research into how a regulator could monitor and enforce a proposed UK Human Rights Due Diligence law, août 2020, Kingsley Napley.

Commission de Surveillance du Secteur Financier du Luxembourg (CSSF), Annual Report 2018, 2018, available at: <https://www.cssf.lu/en/Document/annual-report-2018/>

Commission de Surveillance du Secteur Financier du Luxembourg (CSSF), Newsletter n° 216 - janvier 2019, 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.cssf.lu/wp-content/uploads/files/Publications/Newsletter/Newsletter_2019/newsletter216eng.pdf.

Corbisier, I., La réforme du droit luxembourgeois des sociétés, 2016, 4 TRV-RPS 416

Corbisier, I. et Conac, P.-H., Luxembourg. La gouvernance d'entreprise des sociétés cotées, in Conac, P.-H., Fleckner, A., Hopt K., (Eds.) Comparative Corporate Governance : Une analyse fonctionnelle et internationale, 2013.

Cossart, S., et al., La loi française sur le devoir de vigilance : Une étape historique pour que la mondialisation profite à tous, 2017, 2 Business and Human Rights Journal.

Danis-Fatôme, A. and Viney, G., La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2017, Recueil Dalloz p. 1610

L'Institut danois des droits de l'homme, Sustainable Corporate Governance Consultation Response, 2021, disponible à l'adresse :

<https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/DIHR%20Response%20to%20EC%20Consultation%20on%20Sustainable%20Corporate%20Governance%20February%202021.pdf>.

Davidson, P. et al, How do Laws and Regulations Affect Competitiveness : The Role for Regulatory Impact Assessment, 2021, Documents de travail de l'OCDE sur la politique de réglementation n° 15.

Davies, P. et Green, M., Swiss Parliament Considers Responsible Business Initiative, 2020, Latham and Watkins LLP, disponible sur : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2742c5ee-7a9e-4e65-bab6-d1a5939e619e>.

De Leeuw, L., et Biggs, M., Re-cap : 2020 negotiations over binding treaty on business and human rights, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.somo.nl/re-cap-2020-negotiations-over-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>.

De Schutter, O., Towards Mandatory Due Diligence in Global Supply Chains, 2020, Confédération syndicale internationale (CSI), disponible à l'adresse : https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf?msdyntrid=HlJ0w_cm3qqqsh9nacnudjgd9vEool6Dt7W788D5WiM.

Diggs, E. G., et al., Business and Human Rights as a Galaxy of Norms, 2019, 50 Georgetown J. of Int. L. 309

Duthilleul, A. and De Jouvenel, M., Evaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2020, available at: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf

Enneking, L.F.H., *Netherlands country report for European Commission study on Human Rights Due Diligence in the Supply Chain*, 2020, In : *Étude sur les obligations de diligence raisonnable dans la chaîne*

d'approvisionnement. Part III : Country Reports (pp. 170-196), disponible à l'adresse : <http://hdl.handle.net/1765/116741>.

Epiney, A., Etude d'impact sur l'environnement, 2009, MPEPIL

Ergon Associates Ltd, Modern slavery reporting : Is there evidence of progress ?", 2018, disponible à l'adresse : https://ergonassociates.net/wp-content/uploads/2018/10/Ergon_Modern_Slavery_Progress_2018_resource.pdf.

Comité d'information sur l'éthique, Rapport du Comité d'information sur l'éthique, nommé par le gouvernement norvégien le 1er juin 2018. Rapport remis le 28 novembre 2019, 2019, disponible à l'adresse suivante : https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Norway_Draft_Transparency_Act_-_draft_translation_0.pdf.

Commission européenne, Staff Working Document, Responsabilité sociale des entreprises, comportement responsable des entreprises et entreprises et droits de l'homme : Overview of Progress, Commission européenne, 2019, SWD(2019) 143 final, Bruxelles, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34482>.

Groupe de travail du Parlement européen sur la conduite responsable des affaires (RBC), discours du commissaire Reynders lors du webinaire RBC sur la diligence raisonnable, 2020, disponible à l'adresse : <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

Commission européenne, Communication de la Commission - Orientations de la Commission européenne concernant les rapports de base au titre de l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2010/75/UE sur les émissions industrielles, 2014, C 136/3, disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0506%2801%29>.

Commission européenne, Lignes directrices de la Commission sur l'information non financière, 2017, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en.

Commission européenne, Avis de la Commission du 12.2.2016 Document d'orientation pour le règlement de l'UE sur le bois, 2016, (COM/2016/755/Final), disponible à l'adresse : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/C-2016-755-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

Commission européenne, Recommandation (UE) 2018/1149 de la Commission du 10 août 2018 concernant des lignes directrices non contraignantes pour l'identification des zones touchées par des conflits et à haut risque et d'autres risques liés à la chaîne d'approvisionnement en vertu du règlement

(UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil, 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018H1149>.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une stratégie renouvelée de l'UE 2011-14 pour la responsabilité sociale des entreprises, 2011, (COM/2011/681/Final), disponible à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ae5ada03-0dc3-48f8-9a32-0460e65ba7ed>.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, "Le contrat vert européen", 2019, (COM/2019/640/Final).

Conseil européen, Conclusions du Conseil sur les priorités de l'UE dans les forums des Nations unies sur les droits de l'homme en 2021, adoptées par le Conseil lors de sa 3785e réunion tenue le 22 février 2021, disponibles à l'adresse suivante : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6326-2021-INIT/en/pdf>.

Parlement européen, Résolution sur une action coordonnée de l'UE pour lutter contre la pandémie de COVID-19 et ses conséquences, 2020, (2020/2616(RSP)), disponible à l'adresse : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_EN.pdf.

Parlement européen, Résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020, (2020/2129(INL))

Groupe d'experts sur le règlement de l'UE sur le bois et sur l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux (FLEGT), Document d'orientation sur le règlement - Diligence raisonnable, 2020, disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/environment/forests/pdf/28_02_2020_Guidance_on_Due_Diligence.pdf.

Finance & Human Rights (FaHR), et al, How are European financial institutions addressing human rights in their activities, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.finance-humanrights.org/wp-content/uploads/2020/11/Sustainable-Finance-and-Human-Rights-survey.pdf>.

Frankfurter Allgemeine, EU pushes for even tougher supply chain law : justice commissioner Reynders praises German deal, 2021, available at : <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2021-03-03/a6cbde5b4cf2107cc7bf268d423fd708/?GEPC=s3>

Ministère fédéral allemand des affaires étrangères, Plan d'action national : Mise en œuvre des PDNU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme 2016-2020, 2020, disponible à l'adresse :

<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/610714/fb740510e8c2fa83dc507afad0b2d7ad/nap-wirtschaft-menschenrechte-engl-data.pdf>.

Grabosch, R., et Scheper, C., Corporate Obligations with Regard to Human Rights Due Diligence Policy and Legal Approaches, 2015, Friedrich Ebert Stiftung, disponible à l'adresse : <https://library.fes.de/pdf-files/iez/12167.pdf>.

Harris, K., California Transparency in Supply Chains Act : A Resource Guide, 2012, disponible à l'adresse suivante : <https://www.oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf>.

Horowitz, J., Knife-edge Swiss vote could make businesses liable for global rights abuses, 2020, CNN Business, disponible sur : <https://edition.cnn.com/2020/11/27/business/switzerland-responsible-business-initiative-referendum/index.html>.

Koch, H., Patterns for a better world, 2019, Taz.de, disponible sur le site : <https://taz.de/Neues-Wertschoepfungskettengesetz/!5569037/>

Accord interinstitutionnel "Mieux légiférer" du 13 avril 2016, disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=FR).

Krajewski, M., Faracik B., Methven O'brien C. et Martin-Ortega, O., Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU, 2020, disponible à l'adresse : [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_BRI\(2020\)603495](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_BRI(2020)603495).

Landau, I., What are we missing by focusing on modern slavery, 2019, BHRRC, disponible à l'adresse : <https://www.business-humanrights.org/en/blog/what-are-we-missing-by-focusing-on-modern-slavery/>.

Lavite, C., La Loi de Vigilance française : Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence, 2020, Verfassungsblog, disponible à l'adresse : <https://verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence/>.

Lenz & Staehelin, Contre-proposition à l'initiative pour des entreprises responsables : Overview of New Duties for Companies, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fe665c39-f775-4935-9294-044e94a65472>.

Luxembourg Stock Exchange, Les X Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse du Luxembourg 4th edition-revised version, 2017, available at : <https://www.bourse.lu/legislation#14688535946648>

Mantouvalou, V., The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On, 2018, 81(6) Modern Law Review 1017.

Marcelis, A., Les Pays-Bas prennent l'initiative en matière de travail des enfants avec une nouvelle loi sur la diligence raisonnable, 2019 <https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>

Marslev, K., Doing Well by Doing Right ? Explorer les potentialités et les limites d'un argumentaire commercial en faveur des droits de l'homme, 2020, DIHR

McCorquodale, R., Survey of the Provision in the United Kingdom of Access to Remedies for Victims of Human Rights Harms Involving Business Enterprises, 2015, BIICL, disponible à l'adresse : https://www.biicl.org/documents/724_uk_access_to_remedies.pdf?showdocument=1.

McCorquodale, R., Corporate Duty to Prevent Human Rights Impacts - A Way Forward for UK Legislation, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/03/12/corporate-duty-to-prevent-human-rights-impacts-a-way-forward-for-uk-legislation/>.

Muchlinski, P., Responsabilité limitée et entreprises multinationales : A Case for Reform ?, 2010, 34 Camb. J. Econ. 915

Navarra, C., Corporate Due Diligence and Corporate Accountability European Added Value Assessment, 2020, European Parliamentary Research Service, disponible à l'adresse : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654191/EPRS_STU\(2020\)654191_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654191/EPRS_STU(2020)654191_FR.pdf)

Nishinaga, J. et Natour, F., Technology Solutions for Advancing Human Rights in Global Supply Chains A Landscape Assessment, 2019 Human Rights and Business Initiative University of California, Berkeley, disponible à l'adresse : https://humanrights.berkeley.edu/sites/default/files/publications/technology_solutions_for_advancing_human_rights_in_global_supply_chains_june_2019_0.pdf.

OCDE, Examens des performances environnementales : Luxembourg 2020, 2020, disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.1787/fd9f43e6-en>.

OCDE, Promouvoir des chaînes d'approvisionnement mondiales durables : Normes internationales, diligence raisonnable et mécanismes de réclamation, 2017, disponible à l'adresse suivante : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_559146.pdf.

OCDE, Conduite responsable des entreprises pour les investisseurs institutionnels, 2017, disponible à l'adresse suivante : https://mneguidelines.oecd.org/RBC-for-Institutional-Investors.pdf.

Bureau du secrétaire d'État britannique au ministère de l'Intérieur, Independent Review of the Modern Slavery Act 2015 : Final Report, 2019, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf.

Bureau du secrétaire d'État britannique au ministère de l'Intérieur, Transparency in Supply Chains etc. Un guide pratique, 2017, disponible à l'adresse [suivante](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf) : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency in Supply Chains A Practical Guide 2017.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf).

Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises (GTIECO), Instrument juridiquement contraignant visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, Zero Draft, 2018, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises (OEIGWG), Instrument juridiquement contraignant visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, deuxième projet révisé, 2020, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.

Conseil des droits de l'homme des Nations unies (CDH), Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, 2014, A/HRC/RES/26/9.

Pietropaoli, I., et al, A UK Failure to Prevent Mechanism for Corporate Human Rights Harms, 2020, BIICL, disponible à l'adresse : https://www.biicl.org/documents/84_failure_to_prevent_final_10_feb.pdf.

Plüss, J.D., Initiative pour des entreprises responsables rejetée dans les urnes, 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500>.

Ropes & Gray, Dutch Child Labor Due Diligence Act Approved by Senate - Implications for Global Companies, 2019, disponible à l'adresse : <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.

Ruggie, J., Lettre aux ministres allemands concernant l'alignement du projet de loi sur la chaîne d'approvisionnement avec les PDNU 2021, Shift, disponible sur : https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2021/03/Shift_John-Ruggie_Letter_German-DD.pdf

Sabatier, R., and Heart, M., La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles (1re partie) in ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg, 2015, Wolters-Kluwer

Sauer, C., Le principe de sécurité juridique au Luxembourg : la constitutionnalisation d'un concept aux contours flous, 2020, Journal des tribunaux Luxembourg 2020/1 No 67

Savourey, E. et Brabant, S., La loi française sur le devoir de vigilance : Défis théoriques et pratiques depuis son adoption, 2021, Business and Human Rights Journal, 6.

Schenk, S. et Hubert, Q., L'Allemagne pourrait-elle introduire une loi obligatoire sur la diligence raisonnable en matière de droits de la personne ? 2019, Herbert Smith Freehills LLP, disponible à l'adresse [suivante : https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/could-germany-introduce-a-mandatory-human-rights-due-diligence-law](https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/could-germany-introduce-a-mandatory-human-rights-due-diligence-law).

Schenk, S., Thorhauer, N. et Hubert, Q., Supply Chain Law in Germany : Current steps towards a mandatory human rights due diligence law, 2020, Herbert Smith Freehills LLP, disponible à l'adresse : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f1bde270-239d-40cd-85ad-d805adba5790#:~:text=A%20Supply%20Chain%20Law%20would,must%20also%20comply%20with%20them>

Schröder, M., Approche/Principe de précaution, 2014, MPEPIL

Sherpa et al., Le radar du devoir de vigilance: identifier les entreprises soumises à la loi, 2020, available at : <https://www.asso-sherpa.org/entreprises-soumises-devoir-de-vigilance-radar-ong>

Shift, Human Rights Reporting in France : Deux ans après : Has the Duty of Vigilance Law led to more Meaningful Disclosure, 2019, disponible à l'adresse : https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2019/11/Shift_HumanRightsReportinginFrance_Nov27.pdf.

Shift, Mapping the Provisions of the Modern Slavery Act Against the Expectations of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2015, disponible à l'adresse : <https://shiftproject.org/resource/mapping-the-modern-slavery-act-against-the-un-guiding-principles/>.

Smit, L., Bright C. , McCorquodale R. , Bauer M, Deringer H. , Baeza- Breinbauer D, Torres-Cortés F. , Alleweldt F. , Kara S. et Salinier C. et Tejero Tobed H., Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain, 2020, disponible à l'adresse : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

STATEC, Un portrait chiffré des entreprises au Luxembourg, 2020, available at: <https://statistiques.public.lu/catalogue-publications/analyses/2020/PDF-Analyses-03-2020.pdf>

Coalition suisse pour la justice des entreprises, En quoi le contre-projet parlementaire diffère-t-il de l'initiative populaire, 2018, disponible sur : https://corporatejustice.ch/wp-content/uploads/2018/07/Comparision_RBI_counter-proposal_EN-1.pdf.

Coalition suisse pour la justice des entreprises, Texte de l'initiative avec Explications, 2020, disponible sur : https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2020/11/kvi_factsheet_initiativtext_fr.pdf

Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), Améliorer la responsabilité et l'accès aux recours pour les victimes de violations des droits de l'homme liées aux entreprises : la pertinence de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour déterminer la responsabilité des entreprises, 2018, A/HRC/38/20/Add.2.

Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), OHCHR response to request from BankTrack for advice regarding the application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the banking sector, 2017, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>.

Bureau du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies, 2020, disponible à l'adresse :

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf

Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : Un guide interprétatif, 2012, disponible sur : https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_en.pdf

Groupe de travail des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme, Orientations relatives aux plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits de l'homme, 2014, disponible à l'adresse suivante : https://www.ohchr.org/documents/issues/business/unwg_%20nagguidance.pdf.

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (CDH), Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 2008, A/HRC/8/5, disponible à l'adresse : <https://www.undocs.org/A/HRC/8/5>.

Conseil des droits de l'homme des Nations unies (CDH), Première session du groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, 2016, A/HRC/31/50.

Van Dam, C.C., et Scheltema, M.W., Options for enforceable IMVO-instruments : Een onderzoek naar de mogelijke juridische vormgeving en handhaving van envenbare IMVO-instrumenten, 2020, Rijksoverheid, disponible à l'adresse :

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/04/03/opties-voor-afdwingbare-imvo-instrumenten>.

Voland, T., Loi allemande sur la diligence raisonnable, 2020, Clifford Chance, disponible à l'adresse : <https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/business-and-human-rights-insights/germanys-due-diligence-act.html>.

West, F., On Mandatory Due Diligence, SMEs don't Need a Free Pass ; they Need Flexibility, 2020, Shift, disponible à l'adresse : <https://shiftproject.org/smes-mhrdd/>.

Wilkenhuysen, M., Luxembourg, dans Calkon, W.J.L., (ed.), The Corporate Governance Review ^{9th} Edition, 2019, Law Business Research Ltd.

Zerk, J., Responsabilité des entreprises pour les violations flagrantes des droits de l'homme : vers un système de recours en droit interne plus juste et plus efficace, 2013, HCDH, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/documents/issues/business/domesticlawremedies/studydomesticlawremedies.pdf>.

Zerk, J., Multinationales et responsabilité sociale des entreprises, 2006, Cambridge University Press (CUP).