HAL open science

L'entreprise et la reddition de compte en matière sociale et environnementale

Marion Bary

▶ **To cite this version:**

Marion Bary (Dir.). L'entreprise et la reddition de compte en matière sociale et environnementale : Regards croisés droits français, de l'Union européenne et brésilien. IODE (UMR CNRS 6262), 2023, Amplitude du droit, Marion Del Sol, 978-2-9581843-2-2. halshs-04028196

HAL Id: halshs-04028196

https://shs.hal.science/halshs-04028196

Submitted on 14 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

L'ENTREPRISE ET LA REDDITION DE COMPTE EN MATIÈRE SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE

Regards croisés droits français, de l'Union européenne et brésilien

sous la direction de

Marion BARY

COLLECTION D'OUVRAGES NUMÉRIQUES
IODE

AMPLITUDE DU DROIT

L'ENTREPRISE ET LA REDDITION DE COMPTE EN MATIÈRE SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE

Regards croisés droits français, de l'Union européenne et brésilien

Collection « Amplitude du droit »

dirigée par Marion DEL SOL

Initiée par Marion Del Sol et l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), la collection d'ouvrages juridiques en libre accès « Amplitude du droit » a été créée dans une volonté de valoriser la recherche en droit et de faire circuler les savoirs. Les ouvrages de la collection peuvent être consultés en ligne et téléchargés sur le site de l'IODE à l'adresse suivante :
https://iode.univ-rennes.fr/collection-en-ligne-amplitude-du-droit

Philippe BATIFOULIER et Marion DEL SOL (dir.)
Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché, 2022, 333 p.

Marion BARY (dir.)
L'entreprise et la reddition de compte en matière sociale et environnementale.
Regards croisés droits français, de l'Union européenne et brésilien, 2023, 233 p.

L'ENTREPRISE ET LA REDDITION DE COMPTE EN MATIÈRE SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE

sous la direction de
Marion BARY

Institut de l'Ouest : Droit et Europe

AMPLITUDE DU DROIT

Remerciements

Nous souhaitons adresser nos plus vifs remerciements à Madame Isabelle Grandrieux qui, par sa relecture attentive des différentes contributions, par la réalisation de la mise en forme de l'ouvrage et par sa grande efficacité, a permis la concrétisation de notre projet collectif.

© INSTITUT DE L'OUEST : DROIT ET EUROPE (UMR CNRS 6262)
Faculté de droit et de science politique
9, rue Jean Macé – 35042 Rennes
https://iode.univ-rennes.fr/

Secrétariat de rédaction et mise en page : Isabelle Grandrieux
Préparation de copie : Alice Brébion
Création de la maquette intérieure : Aude Bourcier
Création de la couverture : Nicolas Chauveau, agence Entreautre

ISBN : 978-2-9581843-2-2
ISSN : dépôt en cours
Dépôt légal : 1er semestre 2022

Sommaire

Introduction 9
Marion BARY

PARTIE 1

L'objectif de la reddition de compte en matière sociale et environnementale : la dignité humaine

Chapitre 1. La notion de justice sociale et environnementale au Brésil 17
Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER et Anderson Orestes CAVALCANTE LOBATO

Chapitre 2. Des justices sociale et environnementale en Europe : l'impératif de la dignité de la personne 25
Benoît PETIT

PARTIE 2

Le rôle de l'État et de l'Union européenne dans le développement de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

Chapitre 3. La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et des droits des travailleurs dans les accords de libre-échange de l'Union européenne : quelle mise en perspective ? 51
Frédérique MICHÉA

Chapitre 4. Le décret n° 9571/18. Directives sur les entreprises et les droits de l'homme : simple stagnation ou alarmant retour en arrière ? 97
Martha Lucia OLIVAR JIMENEZ, Valesca RAIZER MOSCHEN, Demetrius BARRETO TEIXIERA et Isadora COSTI FADANELLI

PARTIE 3

La mise en œuvre de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

L'obligation de vigilance

Chapitre 5. Premiers regards sur le devoir de vigilance 115
Firouse BOUDJELLAL

Chapitre 6. Salariés, lanceurs d'alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ? 141
Joséphа DIRRINGER

Chapitre 7. La responsabilité sociétale de l'entreprise au Brésil 157
Véra Jacob DE FRADERA

L'obligation d'information environnementale

Chapitre 8. L'affichage environnemental en droit brésilien : un statut hybride entre normes obligatoires et engagements volontaires *173*
Felipe Franz WIENKE

Chapitre 9. Les informations environnementales à destination du consommateur..... *185*
Marion BARY

PARTIE 4

Synthèse

Postface. Reddition de compte en matière environnementale *versus* droit public *201*
Véronique INSERGUET-BRISSET

Conclusion finale..... *223*
Marion BARY

Les auteurs *227*

Table des matières *229*

Introduction

Marion BARY

Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR 6262, France

RSE. Ce sigle est aujourd'hui de plus en plus utilisé, renvoie presque à une évidence et est devenu incontournable. Mais qu'est-ce que la RSE ? La RSE ou responsabilité sociale ou sociétale des entreprises est avant tout une démarche (Quenaudon, 2017, n° 1) consistant pour les entreprises à prendre en compte dans leurs activités les préoccupations sociales, envisagées au sens large en incluant les droits de l'homme, et environnementales. Cette démarche a d'abord été d'ordre éthique. Elle a été adoptée par les entreprises elles-mêmes qui, de leur propre initiative, ont pris des engagements sociaux et environnementaux dans leurs relations avec les parties prenantes (partenaires contractuels, commerciaux, société civile), allant ainsi au-delà de ce qui était exigé par la loi. La responsabilité visée était donc avant tout une responsabilité morale. Cet aspect volontaire de la RSE a progressivement été suivi, en France et dans l'Union européenne, par un aspect contraignant, conduisant au développement de nouveaux dispositifs juridiques destinés à certaines entreprises. En effet, la démarche RSE n'est plus considérée comme exclusivement volontaire et relevant de l'éthique mais apparaît comme pouvant être imposée et appartenant au droit. Ainsi, la responsabilité devient une responsabilité juridique. Pour preuve, la Commission européenne définit, depuis 2011, la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » (Commission, 2011). En conséquence, la RSE ne cesse d'évoluer, particulièrement dans son aspect contraignant.

Pourquoi un tel essor de la RSE ? La RSE est d'abord liée au développement durable (Trébulle, 2011, p. 4), dont les objectifs gouvernent les politiques menées aux échelons nationaux et internationaux[1] et qui se définit comme « le développement permettant la satisfaction des besoins présents, sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs » (CMED, 1987). Cela implique la prise en considération de l'économie, du social et de l'écologie dans les activités. La RSE est ensuite liée à la « promotion de la transparence » (Quenaudon, 2017, n° 52), qui conduit à rendre compte de ses activités, de ses agissements, de sa situation, et dont le « bras armé » (Malecki, 2013, p. 107) est inévitablement l'information.

La RSE peut ainsi être définie comme une « démarche qui se concrétise par degré et par laquelle les entreprises, d'abord, prennent en compte les effets de leurs activités sur l'environnement social et écologique, puis intègrent ces aspects dans leur stratégie et leur gestion et, enfin, en

1. Dix-sept objectifs de développement durable ont été adoptés à l'horizon 2030 (ou Agenda 2030) en 2015 par les 193 États membres de l'ONU. Il s'agit de mettre fin à toutes formes de pauvreté, de combattre les inégalités et de lutter contre le changement climatique. Voir [www.agenda-2030.fr], consulté le 3 janvier 2023.

rendent compte aux tiers concernés » (Quenaudon, 2017, nº 1). L'entreprise, acteur privé, acteur économique, devient ainsi un acteur de la protection en matière sociale et environnementale.

La RSE amène l'entreprise à rendre des comptes en matière sociale et environnementale. La première réaction est de constater *a priori* un paradoxe dans les termes. En effet, « rendre des comptes » ou encore la reddition de compte est un vocable relatif au comptable, à la gestion, au financier. Il s'agit d'une « opération consistant de la part d'un mandataire, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, d'un comptable, à présenter à l'amiable ou en justice son compte de gestion (sommes dépensées, sommes encaissées, indemnités, etc.) afin que celui-ci soit vérifié, réglé et arrêté » (Cornu, Association Henri Capitant, 2012). Or, la protection des droits sociaux et de l'environnement relève de l'extra-financier. Néanmoins, la prise en compte des impacts sociaux et environnementaux des activités fait aujourd'hui pleinement partie de la gouvernance des entreprises. Il n'est alors pas surprenant que l'entreprise doive rendre des comptes tant sur le plan financier qu'extra-financier. Par conséquent, la RSE se concrétise par une reddition spécifique, qualifiée de « reddition RSE » (Quenaudon, 2017, nº 56) ou de « reddition sociétale » (Desbarats, 2015). En raison de l'aspect contraignant de la RSE, une véritable obligation de rendre des comptes en matière sociale et environnementale est reconnue et est imposée aux entreprises.

Il en est ainsi particulièrement en France. En effet, le droit français a mis en place de nombreux nouveaux outils juridiques pour contraindre les entreprises à rendre des comptes en matière sociale et environnementale. Ce développement est conforté par la nouvelle définition de l'intérêt social adoptée par la loi nº 2019-486 du 22 mai 2019 : l'entreprise « est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité[2] », « imposant ainsi une norme de RSE qui modifie l'essence même de l'entreprise traditionnelle. En introduisant des principes de gestion élargis par rapport aux objectifs traditionnels de maximisation des profits et de la valeur actionnariale à court terme, cette norme enjoint les dirigeants à faire évoluer leur stratégie » (Casse, Pueyo, Béguin, 2022, p. 374).

Il est alors paru intéressant d'examiner ces différents outils de reddition de compte. Si la RSE a fait l'objet de plusieurs travaux, par le biais d'articles ou d'ouvrages, l'originalité de la recherche menée a été de les saisir ensemble par le prisme de l'obligation faite aux entreprises de rendre des comptes en matière sociale et environnementale, nommée par certains auteurs « obligation de reddition sociétale » (Desbarats, 2015). Ainsi, « l'obligation de reddition sociétale est devenue, au fil des réformes, un objectif public visant à contraindre les entreprises à mettre en place, dans une démarche stratégique, des outils de mesure de l'impact social et environnemental de leurs activités » (Desbarats, 2015).

L'étude a également pour objet de montrer la spécificité du droit français, droit précurseur en la matière, face au droit de l'Union européenne, au droit brésilien et au droit du Mercosur[3].

2. Article 1833 du Code civil.

3. Marché commun du Sud.

En réalité, le présent ouvrage s'inscrit dans une recherche plus globale sur la RSE. En effet, il est la concrétisation d'un projet de recherche, financé par l'Université de Rennes 1 dans le cadre de l'action incitative « Défis scientifiques émergents 2019 ». Il fait suite au projet PICS JESRAP (Justice environnementale et sociale : rôle des acteurs privés), sélectionné par le CNRS en 2017 et rassemblant, outre l'Université de Rennes 1, les Universités fédérales brésiliennes de Santa Catarina et de Rio Grande. Le projet PICS JESRAP a permis d'étudier le rôle du contrat dans les relations commerciales et les marchés publics (clauses contractuelles, accords transnationaux)[4]. Le projet de recherche, aboutissant au présent ouvrage, a permis de poursuivre la collaboration avec le Brésil et d'analyser d'autres instruments juridiques de la RSE.

La comparaison des droits français, de l'Union européenne, brésilien et du Mercosur s'est avérée nécessaire en raison de l'apparente contribution des outils de reddition de compte à la justice environnementale et sociale. Cette notion est connue dans certains pays, notamment en Amérique du Nord, et également au niveau international (Organisation internationale du travail). Elle existe également au Brésil où elle présente une spécificité. La coopération scientifique a permis de mettre en exergue l'existence d'une conception extensive de la justice sociale puisque celle-ci inclut la justice environnementale. La justice environnementale et sociale est en revanche encore assez méconnue en France et dans l'Union européenne, où les politiques publiques sociales et environnementales sont, de manière générale, élaborées distinctement. Néanmoins, par la mise en œuvre de la RSE, les questions environnementales et sociales vont être associées.

L'ouvrage a principalement pour but d'examiner les outils de reddition de compte, c'est-à-dire de les décrire et de les analyser, voire de les critiquer. Il convient donc de s'interroger sur l'efficacité de ces dispositifs. Les outils imposés permettent-ils réellement d'œuvrer pour la protection de l'environnement et des droits sociaux ? Quelle est leur efficacité ? Contribuent-ils ou non à la justice sociale et environnementale ? Conduisent-ils à une responsabilisation de l'entreprise ?

Ces questions doivent être parallèlement confrontées au droit brésilien et au droit du Mercosur en raison d'une approche comparée : les instruments de reddition de compte mentionnés existent-ils en droit brésilien ? Si tel est le cas, comment s'appliquent-ils ? Quelle est leur efficacité ? S'ils n'existent pas, d'autres instruments poursuivant le même but sont-ils reconnus en droit brésilien ? Quels sont alors leur fonctionnement et leur efficacité ? Si aucun instrument n'est consacré, des pratiques, tendant au même but, sont-elles néanmoins constatées de la part des entreprises brésiliennes ?

Afin de répondre à ces questions, un préalable est nécessaire : la présentation de la justice sociale et environnementale. Celle-ci est l'objectif poursuivi par l'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale (partie 1). Que l'on adopte une conception extensive de la justice sociale, englobant la justice environnementale, comme cela est le cas au Brésil (M. C. Crespo Brauner et A. O. Cavalcante Lobato, « La notion de justice sociale et environnementale au Brésil »), ou que l'on envisage les justices sociale et environnementale (B. Petit, « Des

4. Voir le dossier « Justice environnementale et sociale : rôle des acteurs privés » (Bary, 2018).

justices sociale et environnementale en Europe : l'impératif de la dignité de la personne »), il s'agit de garantir les droits fondamentaux de tout être humain, à savoir le droit à un environnement sain ou les droits sociaux fondamentaux (droit à l'intégrité physique, droit à des conditions de travail équitables…) et, *in fine,* de garantir la dignité humaine. La quête de justice sociale et environnementale explique le développement des outils de reddition de compte. « Les droits fondamentaux européens peuvent servir d'agents de transmutation de nos comportements marchands, au travers notamment du recours à la « compliance » et à la responsabilité sociétale des organisations » (B. Petit). Outre la nécessité d'instituer des politiques publiques sociales et environnementales, la jurisprudence brésilienne se voit conférer une mission importante pour garantir les droits fondamentaux (M. C. Crespo Brauner et A. O. Cavalcante Lobato).

Pour parvenir à cet objectif de justice sociale et environnementale, les pouvoirs publics ont sans conteste un rôle non négligeable. Ce sont eux qui donnent ou non un aspect contraignant à la RSE, qui consacrent ou non une obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale à la charge des entreprises. C'est pourquoi il est intéressant d'examiner, au travers de deux exemples précis, quel peut être le rôle de l'État et de l'Union européenne dans le développement des outils de reddition de compte en matière sociale et environnementale (partie 2). Une première contribution permet d'étudier l'inclusion de clauses relatives à la RSE dans les accords de libre-échange, ayant un objet principalement commercial, conclus entre l'Union européenne, les États membres et les États tiers (F. Michéa, « La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et des droits des travailleurs dans les accords de libre-échange de l'Union européenne : quelle mise en perspective ? »). Il s'agit en particulier de s'intéresser aux « points de rencontre entre la RSE et les droits des travailleurs […] pour accroître la protection de la main-d'œuvre mise au service des firmes transnationales » (F. Michéa). Si « l'Union européenne modélise des dispositions intéressantes sur la RSE dans les accords de libre-échange qu'elle a contractés avec ses partenaires commerciaux » (F. Michéa), l'intégration de la RSE et de l'obligation de reddition de compte en matière sociale exige encore quelques efforts. Une autre contribution traite d'un texte pris par le gouvernement brésilien afin de satisfaire les recommandations internationales pour la protection des droits sociaux et environnementaux. Le décret n° 9571/18, établissant les directives nationales sur les entreprises et les droits de l'homme, apparaît « comme un instrument insuffisant pour répondre aux attentes de la société quant à la responsabilisation des entreprises et aux garanties de respect des droits de l'homme » (M. L. Olivar Jimenez, V. Raizer Moschen, D. Barreto Teixiera et I. Costi Fadanelli, « Le décret n° 9571/18. Directives sur les entreprises et les droits de l'homme : simple stagnation ou alarmant retour en arrière ? »).

À la suite de cette approche générale de l'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale, une étude de la mise en œuvre de cette obligation s'impose (partie 3). L'exécution de la reddition de compte en matière sociale et environnementale passe par l'instauration de dispositifs particuliers. Même si le déploiement de ces derniers est constant, tout au moins en France et dans l'Union européenne (Teyssié, 2022), seuls certains d'entre eux font l'objet d'une analyse. Le choix s'est effectué en fonction de l'originalité de l'outil et des évolutions législatives les plus importantes. Ainsi, la reddition de compte en matière sociale et environnementale conduit à une obligation de vigilance (partie 3.1), comprise comme une

obligation de veiller au respect des droits fondamentaux, et à la reconnaissance d'une obligation d'information environnementale (partie 3.2).

Concernant l'obligation de vigilance, une première réflexion s'ouvre avec une contribution sur le devoir de vigilance (F. Boudjellal, « Premiers regards sur le devoir de vigilance »). Un premier bilan de cette innovation et spécificité du droit français est présenté, avec la mise en exergue de lacunes législatives et de difficultés de judiciarisation. Entre également dans l'obligation de vigilance l'alerte environnementale et sociale des salariés, que le droit français et de l'Union européenne encadrent de diverses manières et qui s'avère assez ineffective (J. Dirringer, « Salariés, lanceurs d'alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ? »). Enfin, le droit brésilien intègre de manière variable une fonction sociale de l'entreprise, qui ne se concrétise pas en revanche par l'adoption d'outils spécifiques contraignants de reddition en matière sociale et environnementale. Un devoir de collaboration de l'entreprise avec l'État dans l'exécution de ses objectifs de développement est seul retenu (V. Jacob de Fradera, « La responsabilité sociétale de l'entreprise au Brésil »).

Quant à l'obligation d'information environnementale, celle-ci est présente tant dans le droit brésilien que les droits français et de l'Union européenne. Au Brésil, les informations environnementales destinées au consommateur, dont le développement est croissant, restent encore principalement facultatives, mais la mise en œuvre d'une responsabilité civile des entreprises est possible, contribuant ainsi à leur responsabilisation (F. F. Wienke, « L'affichage environnemental en droit brésilien : un statut hybride entre normes obligatoires et engagements volontaires »). En France, une responsabilisation des acteurs privés, entreprises comme consommateurs, est confortée par la coexistence d'informations environnementales facultatives et obligatoires, contrôlées et sanctionnées. Cependant, la reddition de compte pesant sur l'entreprise peut manquer son objectif en raison d'une difficile appréhension de l'information environnementale (M. Bary, « Les informations environnementales à destination du consommateur »).

L'ensemble de ces contributions va permettre de dresser un bilan de l'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale par une évaluation de l'efficacité des différents outils et d'apprécier ainsi si ces dispositifs contribuent ou non à la justice sociale et environnementale.

Il est apparu intéressant également de confronter l'obligation de reddition de compte aux mécanismes de droit public, particulièrement présents en matière environnementale en droits français et de l'Union européenne. En effet, le droit public a instauré tout un arsenal juridique relatif à la protection de l'environnement en amont de l'autorisation d'une activité et pour son fonctionnement. Ainsi, une reddition de compte de l'entreprise n'a cessé de se développer avant tout à l'égard des autorités publiques (V. Inserguet-Brisset, « Reddition de compte en matière environnementale *versus* droit public »). Par conséquent, la conclusion s'établit en deux temps : le premier porte sur le regard publiciste précédemment évoqué et permet d'examiner le degré de complémentarité entre les différents dispositifs de droit privé et de droit public ; le second s'intéresse spécifiquement à la contribution des outils étudiés à la justice sociale et environnementale.

Bibliographie

Bary M. (dir.), 2018, « Justice environnementale et sociale : rôle des acteurs privés », *Énergie, environnement, infrastructures*, dossiers n° 34 à n° 39, p. 9-44

Casse Ch., Pueyo V., Béguin P., 2022, « Responsabilité sociale des entreprises, développement durable et travail », *RDT*, n° 6, p. 371-379

Commission européenne, 2011, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011

CMED (Commission mondiale sur l'environnement et le développement), 1987, *Notre avenir à tous. Rapport Brundtland*, Nations unies

Cornu G., Association Henri Capitant, 2012, « Reddition », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF

Desbarats I., 2015, « La RSE en droit français : un champ d'évolution normative », *Droit social*, n° 7-8, p. 572-581

Malecki C., 2013, « La transparence environnementale à la charge de sociétés », dans L. Fonbaustier, V. Magnier (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, p. 107-121

Quenaudon R. de, 2017, « Responsabilité sociale des entreprises », dans *Répertoire du droit du travail*, Paris, Dalloz

Trébulle F.-G., 2011, « Quel droit pour la RSE ? », dans F.-G. Trébulle, O. Uzan (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés. Droit et gestion*, Paris, Economica, p. 3-29

Teyssié B., 2022, « RSE », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 3, 1018

PARTIE 1

L'objectif de la reddition de compte en matière sociale et environnementale : la dignité humaine

Chapitre 1. La notion de justice sociale et environnementale au Brésil

Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER

Professeure à la Faculté de droit, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil

Anderson Orestes CAVALCANTE LOBATO

Professeur à la Faculté de droit, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil

Résumé : La paix sociale au Brésil est garantie par la recherche d'une solution juridique des conflits sociaux. Le phénomène de la constitutionnalisation du droit, promu par la transition démocratique, a permis l'association de l'idée de justice sociale, fondée sur la nécessité de surmonter les inégalités structurelles, à l'idée de justice environnementale, dont les politiques publiques sont souvent questionnées devant le pouvoir judiciaire. La construction d'un droit jurisprudentiel est seule capable de l'emporter sur le déficit démocratique cyclique qui perdure en Amérique latine.

Mots-clés : justice sociale, justice environnementale, justice constitutionnelle, protection de l'environnement

Cet article a été rédigé avant l'élection présidentielle brésilienne d'octobre 2022.

Introduction

La question environnementale préoccupe fortement les juristes brésiliens. L'utilisation indiscriminée de ressources environnementales associée à des inégalités structurelles de la société brésilienne menace la paix sociale et la stabilité de la vie politique.

Bien qu'il puisse exister au Brésil une tendance à l'adoption d'un cadre législatif de protection de l'environnement, il faut admettre que son efficacité est souvent questionnée en justice en raison de l'insuffisance des normes administratives tributaires d'une politique gouvernementale qui n'est pas toujours claire et cohérente avec les objectifs recherchés par le législateur.

La constitutionnalisation du droit de l'environnement démontre l'importance de la reconnaissance du problème de l'instabilité juridique de la protection sociale et environnementale. En effet, protéger l'environnement nécessite la reconnaissance de la dimension trans-individuelle du droit. La théorie classique du droit, fondée sur la protection individuelle de la propriété privée, échappe à la compréhension collective des droits sociaux inscrits dans la Constitution brésilienne de 1988, issue de la transition vers la démocratie, à la suite de l'expérience d'une vie politique autoritaire qui a duré pas moins de vingt années.

Le pacte de la transition démocratique a été fondé sur le respect du résultat électoral dont la fiabilité est assurée par le pouvoir judiciaire qui a fait ses preuves depuis les années 1930 avec la création de la justice électorale[1].

Les conflits entre les initiatives économiques capables de dégradation de l'environnement et les normes administratives de protection de la nature seront résolus par une décision de justice. Ainsi, la juridiction acquiert une approche instrumentale afin d'assurer les effets juridiques de la décision de justice par le respect de la dimension sociale et collective des conflits juridiques trans-individuels propres au droit de l'environnement. La protection de l'environnement est directement associée à la capacité des tribunaux d'assurer la force de leurs décisions en tant qu'instruments de garantie des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution.

La notion de dégradation de l'environnement peut être comprise *via* un point de vue civiliste du droit individuel absolu de la propriété privée. La question de la fonction sociale de la propriété a fait son apparition en droit brésilien dans la première Constitution sociale de 1934. Celle-ci a conduit à une instabilité politique qui a permis le développement de la concentration du pouvoir politique auprès de la présidence de la République par l'adoption de la Constitution de 1937, dont l'héritage est sans doute le décret-loi (l'actuelle Mesure provisoire), qui a empêché le débat démocratique au moment de la création de la loi par le pouvoir législatif (1). En effet, la concentration de la propriété de la terre reste un problème majeur pour l'efficacité des politiques publiques de protection de l'environnement. L'absence d'un débat démocratique a conduit à la recherche d'une solution jurisprudentielle pour les conflits sociaux et environnementaux (2).

1. L'urgence d'un concept juridique : la fonction sociale et environnementale de la propriété

Fondées sur la reconnaissance de la finitude des ressources naturelles, reconnue dans le monde occidental au début des années 1970, les conditions pour garantir la protection du bien environnemental ont également été prévues dans le système juridique brésilien.

Le processus de constitutionnalisation du bien environnemental, dans le cas du Brésil, a coïncidé avec le moment décisif de la re-démocratisation du pays, qui a permis l'affirmation des droits sociaux et des nouveaux droits fondamentaux, parmi lesquels le bien environnemental (1.1).

La protection de l'environnement a commencé avant sa constitutionnalisation. Elle a été intégrée au niveau infra-constitutionnel avec la loi sur la politique nationale de l'environnement de 1981. Il s'agit d'une loi particulièrement importante puisqu'elle a marqué le début de la création des normes de protection de l'environnement (1.2).

1. Le Code électoral brésilien, loi n° 4.737 du 15 juillet 1965, actuellement en vigueur, fut adopté par le Congrès national par la procédure de l'article 4, *caput* de l'Acte institutionnel du 9 avril 1964 ; il a été précédé par les Codes électoraux de 1932, 1935, 1945 et 1950.

1.1 Le processus de constitutionnalisation

L'environnement est classé dans la catégorie des intérêts diffus, c'est-à-dire que le droit subjectif de protection de l'environnement appartient à tous, sans discrimination et sans qu'il soit exigé la démonstration d'un intérêt particulier ou individuel. En ce sens, H. N. Mazzilli déclare que l'intérêt à la protection de l'environnement est en effet diffus, puisqu'il n'y a pas de lien juridique ou factuel entre celui qui agit en justice et le bien environnemental à protéger. Au sens large, les intérêts diffus les plus authentiques, tels que l'environnement, peuvent être inclus dans la catégorie de l'intérêt public (Mazzilli, 1998, p. 5).

Pour J. A. de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 263), les intérêts diffus constituent une tentative de garantir l'équi-primordialité entre les intérêts publics et privés devant la justice, par la reconnaissance du caractère intersubjectif des conflits juridiques. Enfin, nous sommes confrontés à un droit spécial car la protection du bien environnemental est indispensable pour garantir la survie des générations futures.

Dans cette optique, l'article 225 de la Constitution fédérale reconnaît le droit à un environnement écologiquement équilibré, en l'affirmant comme un « bien commun pour le peuple ». Cette définition est la même que celle insérée à l'article 66, I du Code civil, qui considère que les biens publics font l'objet d'un usage commun à tous, reconnaissant ainsi les mers, les rivières, les routes, les rues et les places.

Cependant, les biens qui composent « l'environnement écologiquement équilibré » appartiennent à une personne privée. Ainsi, un individu peut devenir propriétaire d'une superficie de terrain donnée, où se trouvent des spécimens de végétation qui constituent un objet d'intérêt pour la communauté.

L'évolution de la société a conduit à ce que le droit de propriété lui-même soit porté au niveau constitutionnel afin de remplir sa fonction sociale[2]. Pour cette raison, cette « fonction sociale » est devenue l'essence même du concept de propriété, de sorte que le propriétaire du bien est tenu de respecter l'intérêt public contenu dans les actifs qui composent le patrimoine.

En résumé, la nature du bien environnemental nécessite une protection spécifique, adaptée à sa nature et reconnaissant l'importance de ce bien à protéger.

1.2 La construction d'une catégorie juridique infra-constitutionnelle

La protection de l'environnement, incorporée au texte de la Constitution, peut sembler insuffisante par rapport à l'expérience brésilienne, habituée à la profusion de législation. Cependant, il ne faut pas oublier que, même dans le cas brésilien, la vaste législation environnementale, de la Constitution aux règlements des organes exécutifs, n'assure pas efficacement la protection du

2. Article 5, XXIII de la Constitution fédérale brésilienne.

bien environnemental. Il est temps de reconnaître que le problème de la législation consiste dans les moyens d'accorder une effectivité à la protection du bien environnemental.

La construction du droit de l'environnement, en tant que catégorie juridique infra-constitutionnelle, a commencé par la loi sur la politique nationale de l'environnement, avant même la Constitution de 1988. Cette loi a affirmé la politique nationale de l'environnement et, à partir de là, a permis le développement d'un cadre juridique protecteur pour le bien environnemental[3]. Cette législation infra-constitutionnelle représente de toute évidence une étape très importante dans la protection de l'environnement, fondée sur une idée de durabilité. La réflexion sur le droit de l'environnement, dans sa dimension constitutionnelle, conduit à conclure à l'existence d'un service public de la protection de l'environnement, fondé sur une éthique environnementale qui permet au droit de garantir la vie. « Dans une compréhension guidée par l'idée de développement durable, qui depuis les années 1980 a suscité des débats dans le monde occidental, la question est désormais de savoir comment transformer de manière durable les modes de production économique respectueuse de vie et la nature » (Lunelli, Marin, 2019, p. 23).

Il est possible d'affirmer ainsi que la construction de la protection infra-constitutionnelle de l'environnement, dans le cas brésilien, a permis la formation du droit brésilien de l'environnement, orienté vers la protection du bien environnemental.

Ce droit environnemental, qui a un caractère véritablement trans-individuel, va au-delà des conceptions du droit civil. Et, parce que l'environnement fournit les conditions pour la vie, la défense des biens environnementaux est répartie dans toute la société et peut également être exercée individuellement, ce qui exige une protection spéciale de l'État, notamment par l'action en justice.

2. Reconnaissance jurisprudentielle de la fonction sociale et environnementale du bien

Pour protéger l'environnement, l'affirmation de son importance dans le système juridique ne suffit pas. En plus de reconnaître la protection de l'environnement, il est également nécessaire d'assurer l'effectivité de la loi, c'est-à-dire que la décision de justice soit capable de modifier les relations matérielles entre la société et la nature. C'est peut-être là le grand défi qui se présente à la justice : veiller à ce que la protection énoncée dans la norme juridique atteigne effectivement son *desideratum*.

La reconnaissance de la fonction sociale et environnementale de la propriété, dans les décisions de la Cour suprême (2.1), ainsi que la portée des effets vis-à-vis des tiers sont des jalons importants dans la protection de l'environnement au Brésil.

Outre l'affirmation de la protection de l'environnement par les tribunaux (2.2), la formulation de politiques publiques sociales et environnementales se présente également comme l'un des instruments capables de garantir une protection adéquate du bien environnemental (2.3).

3. Loi nº 6.938 du 31 août 1981.

2.1 L'affirmation de la fonction sociale et environnementale de la propriété par la Cour suprême fédérale

Dans le cas brésilien, la reconnaissance de la fonction sociale de la propriété est affirmée par la Cour suprême fédérale (STF) afin de garantir la protection constitutionnelle du bien environnemental.

Ainsi, lors de l'examen de la possibilité d'élargir les unités de conservation, c'est-à-dire les espaces territoriaux protégés par la loi, tels que les parcs naturels, à travers des instruments normatifs différents de la loi, la Cour suprême a reconnu que, au vu du principe de la fonction sociale de la propriété, affirmé dans la Constitution fédérale, il s'agissait d'accepter l'extension de la protection, même en l'absence d'une loi.

Cette reconnaissance résulte d'une action directe d'inconstitutionnalité, à l'initiative du gouverneur de l'État de Santa Catarina concernant la constitutionnalité de l'article 22, § 5 et § 6 de la loi n° 9.985/2000, qui institut le Système national d'unités de conservation de la nature (SNUC), les décrets du 19 octobre 2005, qui ont créé le Parc national des Araucárias et la Station écologique de la Mata Preta, ainsi que le décret du 4 juin 2004 de création du Parc national de Serra do Itajaí[4].

Dans son vote, accueilli à l'unanimité, le ministre rapporteur, Dias Toffoli, a affirmé que la protection de l'environnement et la préservation des biomes étaient une obligation constitutionnelle commune à toutes les entités de la République fédérative du Brésil[5]. Les unités fédératives sont même chargées de définir les espaces territoriaux et leurs composantes à protéger tout particulièrement. Cette déclaration permet de mieux appréhender la notion de violation de la disposition constitutionnelle relative à la protection du bien environnemental.

4. Extraits de la décision : 2. Constitutionnalité de l'article 22, *caput* de la loi n° 985/2000. L'interprétation du texte constitutionnel ne pose pas de problème majeur quant à la définition d'un acte normatif propre à l'institution/création d'espaces territorialement protégés, parmi lesquels les unités de conservation régies par la loi n° 9985/2000 qui peuvent être mises en évidence. La Charte constitutionnelle ne mentionnant la réserve de législation qu'en tant que condition de modification ou de suppression d'une unité de conservation, elle ouvre la possibilité à d'autres actes du pouvoir public, en plus de la loi au sens strict, d'être utilisés comme mécanismes d'institution d'espaces environnementaux protégés. 3. Contenu de l'article 225, § 1, III de la Constitution fédérale. La modification et la suppression d'espaces territoriaux spécialement protégés ne sont autorisées que par la loi. Le but de la Magna Carta, en fixant la réserve de légalité, doit être compris dans l'esprit de protection de l'environnement qui y est inscrit. Ce n'est qu'à partir de la téléologie de la disposition constitutionnelle que son contenu normatif peut être appréhendé. En ce sens, la pratique d'actes conduisant à restreindre ou à supprimer le statut de protection déjà établi dans cette unité de conservation est impossible sans l'assentiment du pouvoir législatif. À l'inverse, la Constitution n'impose pas au gouvernement de promulguer une loi pour reconnaître ou limiter le droit de propriété comme pour établir un simple élargissement territorial ou une modification du régime d'usage applicable à l'unité de conservation. Une loi n'est de toute façon pas nécessaire pour donner une protection supérieure à l'environnement (de la protection partielle à la protection totale). Pour cette raison, les hypothèses mentionnées aux § 5 et § 6 de l'article 22 de la loi n° 9.985/2000 n'exigent pas le respect de la réserve légale pour les cas de modification des unités de conservation. Ces hypothèses correspondent soit à la transformation de l'unité de conservation du groupe d'utilisation durable en groupe de protection intégrale, soit à l'élargissement des limites territoriales de l'unité, à condition que les limites d'origine ne soient pas modifiées, à l'exception de l'augmentation proposée. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3646, Relator Dias Toffoli, jugé le 20 septembre 2019, publié le 2 décembre 2019.
5. Article 23, VI et VII de la Constitution brésilienne de 1988.

2.2 L'efficacité de la judiciarisation : l'effet erga omnes *des décisions de la Cour suprême brésilienne*

Le bien environnemental mérite une protection constitutionnelle car il garde un caractère public. Les actions visant à le protéger relèvent également de la sphère constitutionnelle. Il y a un droit spécial, avec une caractéristique publique claire et diffuse, que chacun doit protéger. C'est, sans aucun doute, le fondement qui devrait guider les actions en justice qui visent à protéger le bien environnemental. Ainsi, l'application des effets contre des tiers est une mesure saine, qui fonctionne pour assurer l'efficacité de la protection juridictionnelle environnementale.

Lors du jugement de l'action directe d'inconstitutionnalité n° 3.470, selon la juge rapporteure Rosa Weber, la Cour suprême fédérale a proclamé la possibilité pour les États fédéraux d'adopter une législation concurrente en ce qui concerne l'extraction, la commercialisation, l'industrialisation et le transport de l'amiante. De plus, la Cour suprême a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 2 de la loi n° 9.055/1995 et a reconnu des effets *erga omnes* de sa décision[6].

La protection de l'environnement a effectivement un caractère public. Il s'agit de protéger un bien collectif d'intérêt général et qui profite à tous. Pour cette raison, même dans le cas analysé, il s'agit d'une action directe d'inconstitutionnalité, dont l'origine implique des effets *erga omnes*, comprenant tous ceux qui n'ont pas participé à la relation procédurale. La force *erga omnes* de la décision de la Cour suprême fédérale garde un caractère salutaire, consolidant la protection du bien environnemental, telle qu'énoncée par le texte constitutionnel.

6. Extraits de la décision : 5. L'allégation d'inconstitutionnalité formelle de l'article 7, XII, XIII et XIV de la loi n° 3.579/2001 de l'État de Rio de Janeiro, en raison d'un défaut d'initiative (art. 84, II et VI, a, de la Constitution fédérale de 1988). Il n'est pas exposé au contrôle de la constitutionnalité dans un précepte normatif abstrait dont les effets ont déjà été épuisés. 6. La même conclusion qu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité formelle conduit à comprendre que l'article est inconstitutionnel et par conséquent nul et inopérant. Demande incidente d'inconstitutionnalité de l'article 2 de la loi n° 9.055/1995, fondée sur l'article 24, § 3 de la Constitution fédérale selon lequel, « s'il n'y a pas de loi fédérale sur les règles générales, les États exerceront la pleine compétence législative » et sur la violation de l'article 24, V, VI et XII et § 1 à 4 de la Constitution fédérale. 7. Constitutionnalité matérielle de la loi n° 3.579/2001. À la lumière des connaissances scientifiques accumulées sur l'étendue des effets nocifs de l'amiante sur la santé et l'environnement et sur la preuve de l'inefficacité des mesures de contrôle qui y sont envisagées, le fait de tolérer l'utilisation de l'amiante chrysotile, comme indiqué à l'article 2 de la loi n° 9.055/1995, ne protège pas de manière adéquate et suffisante les droits fondamentaux à la santé et à un environnement équilibré (art. 6 et 7, XXII, 196 et 225 de la Constitution fédérale) et n'est pas non plus conforme aux engagements internationaux, ayant façonné le contenu de ces droits, qui sont de nature supra-légale et auxquels le Brésil a adhéré. Il s'agit en particulier des conventions 139 et 162 de l'Organisation internationale du travail et de la Convention de Bâle. Inconstitutionnalité de protection insuffisante. Validité des initiatives législatives liées à sa réglementation, à tout niveau fédéral, même si elles aboutissent à l'interdiction de toute utilisation d'amiante. 8. Action directe d'inconstitutionnalité rejetée, non fondée, avec déclaration incidente d'inconstitutionnalité de l'article 2 de la loi n° 9.055/1995 à laquelle sont attribués des effets *erga omnes* contraignants et immédiats. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.470, Relatora Rosa Weber, jugé le 29 novembre 2017, publié le 1er février 2019.

2.3 Institutionnalisation des politiques de promotion de la justice sociale et environnementale

Dans le cas brésilien, la protection de l'environnement, bien que garantie par la Constitution, est encore loin de montrer l'efficacité souhaitée. Il ne faut pas oublier non plus que le pays vit une période marquée par plusieurs problèmes sociaux, d'extrême gravité et dont la résolution est difficile. Par exemple, le manque en matière d'assainissement de base fait encore des victimes mortelles de maladies que la médecine guérit depuis longtemps.

En cette période d'affirmation des préoccupations écologiques, il est important de signaler que, pour plusieurs raisons, la question environnementale a eu pour berceau le premier monde et que, dans les pays sous-développés, il est encore nécessaire d'améliorer les conditions de vie de la population et d'assurer les besoins essentiels de celle-ci avant de passer aux questions du modèle de développement et de la protection de l'environnement.

Si la protection de l'environnement est décisive, car elle est vitale pour la survie de l'espèce humaine, la réalité brésilienne est particulière et, par conséquent, le traitement de la question environnementale mérite d'y être examiné et analysé. On ne peut oublier la réalité du pays, encore loin d'avoir atteint son plein développement économique. En ce sens, E. J. Viola et H. R. Leis considèrent que :

> « Le déséquilibre socio-écologique est réparti différemment sur la planète : la majorité de la population du premier monde a une consommation somptueuse ; la majorité de la population du second monde a une consommation modérée, quoiqu'insuffisante ; la majorité de la population du tiers-monde est misérable – l'épuisement des ressources naturelles et la pollution tendent de plus en plus à se concentrer dans le tiers-monde. La pollution des richesses est concentrée dans le premier monde : centrales nucléaires, pluies acides, consommation somptueuse, montagnes de déchets mis en décharge, maladies causées par l'excès de nourriture, l'alcool, les drogues et les médicaments. La pollution et la pauvreté sont concentrées dans le tiers-monde : malnutrition, manque d'eau potable et d'égouts, dépotoirs à l'air libre ou simplement jetés à la rue, absence de soins médicaux et de médicaments, consommation d'alcool et de drogues » (Viola, Leis, 1991, p. 27).

En effet, la pauvreté résulte de la répartition inégale des ressources naturelles et de la richesse produite par le travail de la population entre les nations et entre les différentes couches sociales de chaque pays. De plus, limiter la croissance démographique des pays en développement n'empêcherait pas en soi l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement. Le mode de vie des pays riches est tout aussi grave pour l'écologie mondiale que la soi-disant « explosion démographique » dans les pays pauvres.

Face à la pauvreté disséminée et grandissante, la mise en œuvre de politiques publiques environnementales semble être une utopie. Cependant, l'allocation de ressources publiques destinées à combattre la misère est la voie pour promouvoir le bien-être et la qualité de vie des populations et, à terme, l'émergence d'une prise de conscience écologiquement correcte, contribuant à la protection du bien environnemental.

Malgré ce constat, l'attention doit être portée sur la question de la protection juridictionnelle de l'environnement, qui se présente comme l'une des possibilités de réalisation de politiques publiques

environnementales. Une législation protectrice ne suffit pas pour garantir une protection adéquate du bien environnemental. Il faut que le pouvoir judiciaire brésilien puisse faire appliquer la loi par une décision de justice capable de changer la réalité concrète de la dégradation de l'environnement.

Conclusion

Le défi de la protection de l'environnement est la condition d'une existence digne de la personne humaine qui motive l'adoption de mesures de protection efficaces dans le monde entier. Il est vrai que le Brésil présente de graves problèmes sociaux qui se sont aggravés avec la crise sanitaire et qui vont également à l'encontre de la dignité humaine. Cependant, la question environnementale ne peut être négligée, même face à tous les autres problèmes qui affligent le pays.

La reconnaissance de l'intérêt de chacun s'agissant des biens environnementaux affirme le caractère trans-individuel de cet intérêt, qui est diffus dans la mesure où il concerne toute la société. Sensible à la nécessité de la préservation de l'environnement, la planification écologique brésilienne est le résultat de normes infra-constitutionnelles telles que les arrêtés du Conseil national de l'environnement (CONAMA). La Cour suprême fédérale a ainsi pu déclarer l'inconstitutionnalité de l'arrêté n° 500 CONAMA du 19 octobre visant à abroger notamment l'arrêté n° 284 CONAMA du 30 août 2001 qui exigeait une licence environnementale pour les projets d'irrigation[7]. En effet, la législation brésilienne de protection de l'environnement est souvent mise à l'épreuve devant la justice. Il n'est pas rare que la question d'inconstitutionnalité soit tranchée par la Cour suprême fédérale. Ainsi, l'enjeu d'effectivité des normes environnementales au Brésil prend une dimension juridictionnelle dans la mesure où les conflits politiques vont être résolus par le pouvoir judiciaire.

Bibliographie

Barroso L. R., 1996, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar

Lunelli C. A., Marin J., 2019, *Jurisdição ambiental: A influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro*, Rio Grande, Editora da FURG

Mazzilli H. N., 1998, *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, São Paulo, Saraiva

Oliveira Baracho Júnior J. A. de, 2000, *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, Belo Horizonte, Del Rey

Santilli J., 2006, « Os "novos" direitos socioambientais », *Revista Direito e Justiça. Reflexões sociojurídicas*, ano VI, n° 9, p. 173-200

Viola E. J., Leis H. R., 1991, « Desordem global da biosfera e a nova ordem internacional: O papel organizador do ecologismo », dans H. R. Leis (dir.), *Ecologia e política mundial*, Rio de Janeiro, Vozes, p. 23-50

7. *Arqgüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF (Action en violation d'un principe fondamental) n° 747, jugé le 14 décembre 2021.

Chapitre 2. Des justices sociale et environnementale en Europe : l'impératif de la dignité de la personne

Benoît PETIT

Maître de conférences, Université Paris-Saclay (UVSQ),
laboratoire de Droit des affaires et nouvelles technologies (DANTE), France

Résumé : Si l'injustice est une préoccupation universelle et intemporelle, l'époque contemporaine n'est pas en reste, sur ce plan précis, vis-à-vis de toutes celles qui l'ont précédée. La rationalité marchande s'étant emparée de nos cultures, elle produit d'innombrables situations d'injustices sociale et environnementale, dont les conséquences sur la soutenabilité de nos sociétés menacent, paradoxalement, tous les bienfaits qu'on a pu en retirer par ailleurs. La présente réflexion est un appel à renouer avec la rationalité du droit, fondée sur l'impératif absolu de garantie de la dignité de la personne. En limitant l'étude à celle des droits fondamentaux européens, il s'agit de trouver de nouveaux leviers de justice sociale et environnementale, ce qui suppose en premier lieu d'ouvrir notre approche desdits droits à la double perspective *ex post* et *ex ante*. *Ex post*, l'apport des droits fondamentaux européens pourrait être renforcé pour peu que l'on dépassionne les débats autour de leur justiciabilité et que l'on rompe avec la rationalité marchande qui perturbe leur compréhension. *Ex ante*, les droits fondamentaux européens peuvent servir d'agents de transmutation de nos comportements marchands, à travers notamment le recours à la « compliance » et à la responsabilité sociétale des organisations. C'est moins une question de possibilité juridique que de volonté civilisationnelle, dans un contexte global où le temps pour agir s'épuise inexorablement.

Mots-clés : justice sociale, justice environnementale, droits fondamentaux, Europe, RSE

« **L'injustice, constatait Ernest Renan, est le principe même de la marche de cet univers. » Source inépuisable et universelle de revendications,** par lesquelles les personnes réinterrogent leurs rapports au corps social (Rawls, 1972 ; Ewald, 1986 ; Supiot, 2019), l'injustice est sans conteste l'un des déterminants du droit. Celui-ci, dans son rapport à la justice, traduit toute l'ambiguïté de la notion qui « peut aussi bien préparer le triomphe de la morale que servir de masque à la force » (Jestaz, 2016, p. 12). Mais de quelle morale ou de quelle force est-il question ? La justice n'est que le miroir des époques qui s'y mirent, et le droit, l'image imparfaite (parfois disgracieuse) qui leur est renvoyée.

Il faut prendre la justice pour ce qu'elle est : un idéal moral qui ne se fixe jamais, mais dont on tente néanmoins de tirer l'essence du droit (Perelman, 2012). C'est là, d'ailleurs, toute la tragédie de notre art : juristes, nous ne cessons de fabriquer des représentations du monde que nous pensons justes (et peut-être l'ont-elles été, plus ou moins, à un moment donné) mais qui, à l'épreuve de la vie sociale, ne le demeurent jamais. La tradition nous enseigne que la justice est aveugle. Mais n'est-ce point plutôt le droit qui est atteint de cécité, lui qui court inlassablement derrière la justice et qui, ne les voyant pas, trébuche sur toutes les injustices que sa course folle engendre ?

Si l'on prend l'époque contemporaine, voici un droit dont on nous a dit qu'il devait suivre les trajectoires de la rationalité économique et marchande pour atteindre la justice. Si l'on veut assurer la meilleure redistribution possible des richesses, il conviendrait de garantir en amont la création de ces richesses, et donc de laisser libres les opérateurs marchands dans leurs actions. L'on nous a enseigné les vertus du contrat, de la libre concurrence et de la libre entreprise. L'on nous a mis en garde contre les réglementations et les obligations contraignantes qui grèvent le processus de croissance. Il faudrait absolument « simplifier » le droit (Bert, Chagny, Constantin, 2015), le réformer pour rendre le marché toujours plus performant (Pébereau, 2018), l'adosser aux savants calculs des économistes qui, nous dit-on, savent si bien prédire les comportements humains. Nous pensions alors entrevoir le visage du juste, avec d'autant plus d'allant que notre modèle économique nous a effectivement offert d'innombrables progrès sur les plans technologique, médical ou infrastructurel.

Mais nous n'avons pas vu – ou voulu voir – que, dans le même temps, nous étions en train d'épuiser nos ressources naturelles, de détruire la biodiversité, de bouleverser les grands équilibres climatiques, et de générer de nouvelles maladies chroniques ; que, dans ce même temps, les précarités et les inégalités sociales s'étaient elles aussi complexifiées et développées, chez nous et ailleurs ; que sont apparus de nouveaux risques professionnels aux conséquences graves pour les travailleurs, que les dispositifs de protection sociale se sont considérablement fragilisés et s'étiolent au fil des ans… Bref que nos modes de vie, de production, de consommation, de transports et de travail, fabriqués par notre droit et son inspiration économiste, généraient une explosion d'injustices sociales et environnementales, entendues comme des avaries dans les rapports des personnes aux conditions de leur développement social d'une part, à leur environnement écologique et sanitaire d'autre part. Les « forces imaginantes du droit » (Delmas-Marty, 2016) sont aujourd'hui partout convoquées, dans un ultime espoir de retrouver la maîtrise de notre destin.

L'enjeu appelle à être lucide – il ne s'agit pas de condamner un système économique qui est ce qu'il est, à savoir socialement vertueux dans certains de ses aspects, et socialement vicieux dans d'autres – , et à engager une remise en question – c'est davantage autour du droit et de ce que nous en avons fait qu'il convient de s'interroger.

Pourquoi avons-nous cédé aux tentations des rationalités qui se présentent comme prédictives, alors que l'histoire du droit nous enseigne l'inéluctabilité des incertitudes dans les rapports humains (Atias, 2016, p. 173-199) ? Comment expliquer que nous avons progressivement renoncé à cultiver une éthique de la justice, par nature aléatoire, subjective et nécessairement coûteuse pour ceux qui créent les richesses, pour lui préférer une éthique de l'utile, où le profit sert de repère à la moralité et où la mise en cohérence de l'intérêt individuel avec celui du plus grand nombre se confond avec l'intérêt général (Cardot, 2006) ? À quel moment avons-nous rompu avec l'idée moderne que le droit était ce pouvoir social capable d'opposer un « non » protecteur des personnes contre toutes les forces (étatiques, économiques, sociales) qui portent atteinte à l'idée civilisationnelle que nous nous faisons de l'humain ? Il nous semble que ce que révèlent les injustices sociales et environnementales actuelles est avant tout un renoncement majeur du droit à sa propre rationalité : celle fondée sur la garantie de la dignité de la personne.

Cette rationalité est pourtant le fruit des constructions normatives qui, depuis la fin du XVIIIe siècle, ont explicitement placé nos systèmes de droit positif sous l'égide du respect des droits fondamentaux de la personne, eux-mêmes garants de cette notion de dignité. Bien plus que de simples principes éthiques incantatoires, ce sont là des engagements normatifs élémentaires qui assurent la cohésion de tous les édifices juridiques (Cassia, 2016). Ils traduisent un choix ontologique par lequel le droit érige la dignité de la personne humaine en concept nourricier de toutes ses composantes et de tous ses raisonnements. « La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », déclare le premier considérant du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, si bien que nous touchons là, dans le droit moderne des sociétés démocratiques, à son fondement irréductible.

N'en déplaise à ceux qui rêvent de maîtriser leur destin et celui du monde, la rationalité du droit n'a rien de prédictive. Elle suppose même de nombreuses interprétations, des contradictions à résoudre et une adaptation permanente aux faits qui la convoquent. Mais elle présente l'avantage de faire dépendre le juridique (ce qui doit être) de l'entièreté complexe de la matière humaine, que l'on cherche à comprendre autrement que sous le prisme de l'avoir.

Si l'on entend s'interroger sur les justices sociale et environnementale, il nous apparaît alors que la question essentielle consiste à déterminer si le droit est capable, de nouveau, de dire autre chose que ce que l'économique lui murmure à l'oreille. Que, face à des problématiques qui se caractérisent par le refus de l'humain d'être réduit à un simple paramètre de calcul mathématique, dans une équation où il faudrait gagner moins pour vivre mieux, il est nécessaire de porter une attention toute particulière aux systèmes de garantie et de sauvegarde des droits de l'homme. Pour le continent européen : les systèmes incarnés par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne.

Le choix de traiter le sujet des justices sociale et environnementale à travers le prisme des droits fondamentaux européens est axiologique. Si les normes de droit ne sont que des moyens pour résoudre les problématiques d'injustice, il faut alors affirmer la supériorité absolue d'une fin morale – la garantie de la dignité de la personne – pour conférer et pour sonder à la fois leur cohérence systémique et leur effectivité réelle. Contre la rationalité économique qui suppose que la personne *ne vaut rien* – puisque n'a de valeur économique que ce que la personne produit ou possède (proposition à partir de laquelle, du reste, il est tellement facile de glisser vers l'affirmation que la personne *n'est rien*) –, la rationalité du droit affirme au contraire que la personne *vaut tout*, puisqu'elle incarne, au-delà de son individualité propre, ce qu'il y a de plus sacré dans l'humain : cette vie qui ajoute quelque chose à la mortalité (Dworkin, 2011 ; Cassia, 2016). Les problématiques de justice disposent ainsi d'une méthodologie spécifique de résolution qui, sans prétendre garantir des résultats certains et prévisibles, offre néanmoins l'assurance que l'essentiel du juste est pris en considération.

Bien évidemment, les droits fondamentaux n'épuisent pas le thème de la justice, qu'elle soit sociale, environnementale ou autre. Ils ne sont qu'un élément du cheminement intellectuel du juriste, la boussole qui le guide « aux quatre vents du monde » (Delmas-Marty, 2016). Mais

quiconque aspire à ce que l'humanité écrive une nouvelle page de son rapport au juste doit en être conscient : « Au commencement, étaient les droits fondamentaux [...] » (Delmas-Marty, 2016).

De là partant, les réalités nous rattrapent inexorablement. Les droits fondamentaux européens, tels qu'ils sont consacrés en droit positif, tels qu'ils sont appréhendés en doctrine et tels qu'ils se pratiquent, présentent quelques forces mais aussi beaucoup de faiblesses : on les dit trop vagues, trop flous, trop politiques, insuffisamment justiciables... et si beaucoup reconnaissent qu'ils peuvent effectivement servir de fondements à des discours politiques sur la justice sociale et environnementale, peu croient en leur capacité à nous faire dépasser la sphère du métajuridique.

Il nous semble, toutefois, que cet *a priori* est erroné : il repose à tort sur un prisme réducteur d'appréhension du droit et de ses fonctions (1) ; surtout, il minimise ou occulte les potentiels des droits fondamentaux européens, aussi bien lorsque l'injustice sociale ou environnementale découle d'une atteinte avérée à la dignité de la personne (2), ou n'est encore qu'un risque qu'il convient de prévenir (3).

1. Droits fondamentaux et quête de justice : écueils d'un prisme trop réducteur

L'usage veut que les libertés et les droits fondamentaux soient classés selon des catégories « générationnelles » qui, en apparence, suivent une logique chrono-thématique (Renucci, 2012, p. 80-82). Ainsi, les droits « de première génération » désignent les droits civils et politiques qui ont inspiré les révolutions de la Modernité au XVIIIe siècle ; ceux « de deuxième génération » regroupent les droits économiques, sociaux et culturels qui ont émergé avec les révolutions industrielles du XIXe siècle ; quant à ceux « de la troisième génération », également qualifiés de « droits de solidarité » – par exemple le droit des peuples à la paix, le droit au développement, ou encore le droit à la préservation de son environnement –, leur apparition est plus récente, accompagnant, au XXe siècle, l'émergence de préoccupations liées aux réorganisations de l'ordre mondial ainsi que l'affirmation (en Afrique, en Amérique du Sud et en Asie) d'autres cultures juridiques philosophiquement plus holistiques[1].

Significative d'une certaine réalité historique, cette classification n'en demeure pas moins critiquable en ce qu'elle égratigne le principe élémentaire d'indivisibilité des libertés et droits fondamentaux (Redor-Fichot, 2009 ; Hennebel, 2010 ; Besson, 2011). Elle induit par ailleurs une représentation simpliste de ces derniers, dont beaucoup ont une nature « mixte » (à la fois civils et politiques, et économiques, sociaux et culturels). Elle traduit surtout une volonté de freiner le mouvement permanent – et selon nous inéluctable – de reconnaissance de nouveaux droits au fur et à mesure que notre monde évolue : plus qu'une classification, l'approche générationnelle des droits fondamentaux est une démarche de hiérarchisation qui distingue ceux que l'on

1. Certains auteurs proposent même de reconnaître, désormais, les droits « de quatrième génération », qui protégeraient la dignité humaine contre les abus de la science (Marcus-Helmons, 2000 ; Benar, 1999).

considère comme les plus fondamentaux (la première génération), ceux qui le sont un peu moins (la deuxième génération) et ceux qui ne le seraient pas du tout (la troisième génération), certains auteurs qualifiant même les droits de cette catégorie de « droits-caprices » (Fontbressin, 1999), et/ou considérant qu'ils constituent, pour l'ensemble des autres droits fondamentaux, une véritable menace en raison de leur nature holistique (Loschak, 1984 ; Renucci, 2012, p. 902-903 ; Sudre, 2015 ; Terré, 2012 ; *contra* Rousseau, 1987).

Il est indéniable que certaines préoccupations majeures de notre temps, qui interpellent philosophiquement nos conceptions de la dignité de la personne, se traduisent davantage comme des aspirations morales que comme des droits subjectifs ; et qu'à considérer des aspirations morales, un certain nombre (parfois polémique) pourraient prétendre au statut de droits fondamentaux. Mais n'est-ce pas là le processus normal de maturation des droits fondamentaux, qui débute par l'expression d'un besoin, qui identifie une valeur correspondante, qui évolue ensuite en une idée de droit que l'on soumet au corps social, et qui enfin peut aboutir à une consécration juridique formelle ? La garantie de la dignité au travers des libertés et des droits fondamentaux est un processus dynamique lent et complexe. Le fait qu'un droit n'ait pas encore atteint son âge de maturité ne le disqualifie pas pour autant : en fin de compte ce qui demeure essentiel, ce qui atteste de sa filiation avec les autres droits fondamentaux, c'est son lien direct avec la dignité de la personne et par là même son potentiel de contribution à l'idée de justice. Si une classification générationnelle des droits fondamentaux doit être proposée pour plus de lisibilité, c'est moins sur le critère de la nature du droit que sur celui de sa maturité qu'elle devrait se fonder.

En tout état de cause, la classification générationnelle actuelle pose les fondements d'une hiérarchie à partir de l'idée que l'on se fait de l'effectivité des droits fondamentaux, et plus précisément de leur justiciabilité (Pelloux, 1981 ; Vedel, 1991) ; de leur justiciabilité *subjective*[2] serait-on même tenté de dire. Le droit fondamental « idéal » serait ainsi celui qui serait détenu par une personne titulaire identifiée, qui présenterait un contenu parfaitement défini et qui, dès lors, permettrait de réaliser un intérêt dans la relation du titulaire aux autres personnes ou aux biens (Dupré de Boulois, 2018, p. 40-41) ; qui serait, pour le dire autrement, un outil technique suffisamment abouti pour permettre au juge de rendre son office.

Dans cette optique, le cadre de résolution des enjeux de justice sociale et environnementale *via* les droits fondamentaux se restreint considérablement. En matière environnementale, d'abord, la difficulté est réelle puisque les grands phénomènes qui préoccupent le corps social sont, pour beaucoup, des phénomènes plus collectifs qu'individuels, souvent plongés dans le bain des incertitudes et des controverses scientifiques (Déjeant-Pons, Pallemaerts, 2002 ; Maljean-Dubois, 2003 ; Gros, 2004 ; Robert, 2013). Qui est responsable ? Comment le prouver ? Quoi réparer ? En matière sociale, le constat est similaire s'agissant de certains aspects

2. La justiciabilité subjective des droits fondamentaux renvoie à la question de leur invocabilité devant les juridictions ordinaires en vue d'obtenir la prestation qui en constitue l'objet. Elle se distingue de la justiciabilité objective – ou normative – qui renvoie à leur invocabilité en vue de vérifier la conformité des lois et des règlements avec les exigences des normes fondamentales (Dupré de Boulois, 2018, p. 38-39).

du phénomène protéiforme de la pauvreté (Roman, 2012a, 2012b). Qui mettre en cause ? Au nom de qui ? Et sur quoi précisément ? Ainsi, si l'on suit la classification générationnelle classique, une part substantielle de la justice sociale et environnementale intègre certes la sphère des discours relatifs aux « valeurs morales » qui irriguent les droits fondamentaux, mais elle ne se retrouve pas, ou très mal, dans la sphère des droits justiciables. Il est aisé, dès lors, d'en conclure que les droits fondamentaux ne sont pas (ou seraient peu) pertinents pour appréhender les problématiques de justice sociale et environnementale.

Mais il nous semble que cette difficulté est d'ordre essentiellement prismatique, et nous renvoie à la question des finalités du droit (Ost, 2016) : s'agit-il uniquement d'obtenir gain de cause devant l'institution judiciaire lorsqu'un contentieux oppose deux personnes ? Ou peut-on considérer que le droit joue aussi un autre rôle, complémentaire mais différent, où la titularité et l'objet du droit subjectif ne sont plus véritablement au cœur de l'analyse ? En d'autres termes, le droit ne doit-il pas être envisagé différemment selon qu'il agit *ex ante* ou *ex post*, c'est-à-dire avant ou après la naissance d'un litige ?

Vis-à-vis d'une atteinte à la dignité, l'*ex post* désigne la réaction du droit qui cherchera à en réparer les éventuels préjudices : c'est évidemment le domaine de prédilection de l'institution judiciaire. L'*ex ante*, en revanche, est une volonté d'anticipation qui cherchera, par les normes de droit et les obligations qu'elles posent, à prévenir l'atteinte : c'est le domaine de prédilection des acteurs normatifs *lato sensu*, étatiques et privés (Frison-Roche, 2006). Dans le premier cas (*ex post*), on utilise les droits fondamentaux pour évaluer, réprimer et réparer une relation interpersonnelle qui a dégénéré en une atteinte à la dignité. Dans le second cas (*ex ante*), on les utilise pour penser des normes de comportement qui, si elles sont suivies, permettent d'éviter le risque d'atteinte à la dignité.

En reconsidérant et en revalorisant le droit *ex ante* aux côtés du droit *ex post*, on renoue avec le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux, si essentiel sur les plans philosophique et civilisationnel. Là où le juge ne peut rien, les créateurs des normes agissent. Ils s'appuient sur les valeurs morales qui procèdent de la garantie de la dignité pour engager leur œuvre de justice sociale et environnementale. Ils ne sont pas enfermés, comme le juge l'est par fonction, dans le paradigme de la punition. Leur fonction est de substantialiser, en droit, des « buts monumentaux » solidement ancrés dans la garantie de la dignité de la personne. Si le droit est une représentation sociale de ce qui *doit être*, le droit *ex post* contribue à définir ce qui doit être de façon réactive, là où le droit *ex ante* contribue à le définir de façon active. Dans l'*ex post*, les droits fondamentaux constituent une réponse partielle et d'intensité variable aux problématiques de justice sociale et environnementale (on protège une personne individu), tandis que, dans l'*ex ante*, ils constituent une réponse globale, indivisible et à forte intensité (on protège les personnes membres du corps social).

C'est autour de ce prisme que nous déclinerons notre approche du sujet.

2. *Ex post* : une justiciabilité des droits fondamentaux moins discutable qu'il n'y paraît

Dans le paradigme du droit *ex post* ne sont considérées que les atteintes à la dignité qui créent, pour le titulaire identifié d'un droit, un préjudice occasionné par une autre personne, elle aussi identifiée.

À cet égard, les situations des justices sociale et environnementale ne sont manifestement pas les mêmes : plus récente dans le champ des préoccupations du corps social, la justice environnementale se trouve moins bien pourvue que la justice sociale en termes de droits fondamentaux justiciables (2.2). Par ailleurs, la justice sociale semble davantage contrariée par l'importance que revêt, dans le monde du travail et du développement social, la rationalité économique, laquelle marque de son empreinte la formulation normative des droits fondamentaux de la deuxième génération (2.1).

2.1. Prolixité des droits sociaux fondamentaux justiciables, mais forte influence de la rationalité économique

Les normes européennes sont particulièrement prolixes en matière d'énumération des droits sociaux fondamentaux, traduisant ainsi une conscience ancienne des enjeux de justice sociale au regard des objectifs de paix sur le continent, et d'un fonctionnement efficient des économies nationales et européenne. La filiation avec le système de garantie de l'Organisation internationale du travail[3] (OIT) est, sur ce point, évidente.

Cette conscience se manifeste en premier lieu au sein de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (ci-après « la Convention »), reconnue par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne comme étant la norme la plus essentielle en matière de droits fondamentaux européens. Elle interdit de façon absolue l'esclavage, la servitude et le travail forcé (article 4), posant là le droit social fondamental le plus cardinal de tous, la clé de voûte d'une conception civilisationnelle spécifique du rapport au travail et au développement social des personnes[4]. La Convention consacre par ailleurs toute une série d'autres libertés et de droits qui, bien qu'étant promues *a priori* sur le terrain des rapports civils et politiques, pèsent tout autant sur la structuration des relations de travail et, plus généralement, des relations économiques et sociales : l'on pense au droit à la liberté et à la sûreté (article 5), au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9),

3. Préambule de la Constitution de l'OIT, 1919 ; Déclaration de Philadelphie, 1944.

4. Si l'esclavage légal est interdit de longue date en Europe – approche conforme à l'esprit des droits de première génération –, la servitude et le travail forcé demeurent des situations que l'on rencontre encore aujourd'hui dans l'organisation des relations de travail, traduisant une approche conforme à l'esprit des droits de deuxième génération (Petit, 2020) ; voir Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, n° 73316/01 ; Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, n° 25965/04.

à la liberté d'expression (article 10), à la liberté de réunion et d'association (article 11) ou encore à l'interdiction des discriminations (article 14).

En parallèle, l'espace européen propose une myriade d'autres normes qui ciblent plus spécifiquement les problématiques de justice sociale. Les plus importantes sont la Charte sociale européenne de 1961 (STE[5] n° 35, modifiée par son protocole additionnel de 1988 [STE n° 128] et une version révisée en 1996 [STE n° 163]) pour ce qui concerne le Conseil de l'Europe, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 (ci-après « Charte DFUE ») et le socle des droits sociaux fondamentaux de 2017 (ci-après « le Socle ») pour ce qui concerne l'Union européenne.

Prises dans leur ensemble, toutes ces normes constituent un système complexe mais très complet de reconnaissance des droits sociaux fondamentaux. Certes, leurs effectivités sont variables et dépendent largement des jeux de ratification, laissant aux observateurs l'étrange impression d'un « menu » offert aux États selon leurs appétits de justice sociale et leurs intérêts géopolitiques et économiques. Il reste qu'avec le temps, le niveau des engagements des États tend à s'harmoniser au fil des adhésions successives. Surtout, entre toutes ces normes, et quand bien même elles appartiennent initialement à des systèmes de droit différents (Conseil de l'Europe et Union européenne), il existe des références partagées, des renvois ainsi qu'une certaine harmonie rédactionnelle qui préfigurent une forme de culture européenne des droits sociaux fondamentaux. Dans une perspective de droit *ex post*, cette cohésion normative en constante progression offre aux juges nationaux qui y sont sensibles, une source d'inspiration privilégiée.

Malgré tout, la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux en Europe reste un sujet de débats et de controverse (Akandji-Kombé, 2004 ; Marzo, 2011 ; Roman, 2012a ; Vézina, Gay, 2020), particulièrement pour ce qui concerne le système de garantie offert par la Charte sociale européenne. Ainsi que le résume un auteur :

> « La Charte sociale continue de souffrir de l'absence d'un mécanisme international de contrôle qui soit formellement juridictionnel, handicap qu'elle partage avec les traités de consécration des droits sociaux d'une façon générale. Ce handicap se double en outre d'un second – au niveau national cette fois – du fait du refus persistant des juges internes de connaître de la Charte. Cette injusticiabilité de la Charte sociale européenne nuit indubitablement à son effectivité. » (Nivard, 2016)

L'injusticiabilité n'est pas une règle générale, et fort heureusement régresse progressivement (Nivard, 2012, 2013). L'on peut ainsi distinguer les droits sociaux qui, étant les plus en synergie avec les obligations civiles et politiques (les droits syndicaux, les droits en lien avec l'intégrité physique, avec la vie privée, avec les libertés de conscience et d'expression…), jouissent d'une justiciabilité explicite, des autres dont la réalisation suppose l'engagement de politiques étatiques coûteuses et dépendantes des orientations sociales dont se dote, par voie démocratique, le corps social ; la justiciabilité de ces derniers est manifestement moins évidente, voir non reconnue. Plus

5. Série des traités européens.

encore, il est possible de différencier les juridictions nationales selon qu'elles se montrent plus ou moins ouvertes à la reconnaissance de tel ou tel droit social fondamental consacré par la Charte[6].

L'armement institutionnel censé garantir les différents droits sociaux fondamentaux explique également pourquoi beaucoup de juges persistent à se montrer prudents et économes de leurs références. Lorsqu'un droit social fondamental est affirmé et affiné par l'une des deux juridictions européennes – Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) –, les juges nationaux cèdent le pas. Ces liens inter-juridictions constituent un terreau intéressant pour le développement de la justice sociale, même s'ils procèdent souvent d'interprétations extensives des dispositions dont ils assurent la garantie. L'équation est en revanche moins évidente s'agissant du système de la Charte sociale européenne, dont la garantie n'est pas confiée à une instance juridictionnelle mais à un comité d'experts (le Comité européen des droits sociaux [CEDS]). Si celui-ci est seul compétent pour dire le droit applicable tel qu'il découle des engagements des États vis-à-vis de la Charte, il ne tranche pas des prétentions contentieuses[7] : ce sont des experts qui accompagnent les législateurs nationaux dans l'élaboration de leurs droits positifs. Forcément, les juges nationaux appréhendent-ils les décisions dudit comité avec plus de distance. Ce réflexe, toutefois, n'a rien d'inéluctable.

Il nous semble qu'une raison plus essentielle encore pourrait expliquer les difficultés qui persistent à reconnaître une pleine justiciabilité aux droits sociaux fondamentaux : ceux-ci sont pris dans un conflit de rationalités entre celle qui vise la garantie de la dignité de la personne et celle qui assure l'efficience du système économique marchand.

L'équation s'avère en effet particulièrement complexe dès l'origine : s'il existe des droits de redistribution sociale (*via* les couvertures sociales, les conditions de travail, les pouvoirs de représentation…), ceux-ci doivent néanmoins s'accorder avec la possibilité de création des richesses. L'objectif de justice sociale est ainsi implicitement conditionné au respect, dans une certaine mesure, de l'objectif de croissance économique : au-delà d'un seuil minimal et absolu de garantie, les initiatives de promotion et de développement des droits sociaux dépendent des moyens économiques et financiers dont disposent les acteurs ou, pour le dire autrement, de l'importance des « coûts » qui grèvent les opérations marchandes élémentaires. Cette ambivalence rationnelle – dont on a parfois tendance à oublier qu'elle est, en grande partie, assez artificielle[8] – s'exprime

6. Certains auteurs soulignent ces différences au sein des juridictions nationales : en France, par exemple, la Cour de cassation s'est régulièrement montrée plus ouverte que le Conseil d'État (Nivard, 2012) ; voir notamment Cass. Civ. 1re, 18 mai 2005, 02-20.613 ; Cass. Civ. 1re, 14 juin 2005, 04-16.942 ; Cass. Soc., 14 avril 2010, 09-60.426 et 09-60.429 ; Cass. Soc., 10 novembre 2010, 09-72.856 ; Cass. Soc., 16 février 2011, 10-60.189 ; Cass. Soc., 28 septembre 2011, 10-19.113 ; Cass. Soc., 29 février 2012, 11-60.203.

7. Le mécanisme de réclamations collectives mis en place par le protocole de Turin (1991) constitue néanmoins un rapprochement intéressant, puisque la procédure à suivre partage des traits communs avec les procédures juridictionnelles, permettant à certains auteurs de qualifier le Comité de « quasi-juge » lorsqu'il se prononce sur ce fondement.

8. Natalino Irti le résume fort bien : « La théorie nous dit que ce n'est pas le marché qui exprime de l'intérieur son propre droit, mais que c'est le droit qui le constitue et le conforme de l'extérieur. Il nous rappelle aussi que le contenu des normes procède toujours d'un choix politique et donc que la physionomie juridique du marché est esquissée par une décision de pouvoir, et non par une prétendue neutralité des technocraties. L'économie de marché va ainsi de

différemment selon que l'on considère le système de garantie du Conseil de l'Europe ou celui de l'Union européenne.

S'agissant du premier, la Charte sociale – qui, dès son premier considérant, affirme vouloir favoriser le progrès économique et social des États parties – pose tout d'abord, dans sa partie I, un ensemble de principes, déclinés en droits fondamentaux dont « la réalisation de conditions propres à en assurer l'exercice effectif » est appréhendée comme un « objectif » des politiques que les États poursuivent « par tous moyens utiles ». Ces droits sont ensuite détaillés, en partie II, mais presque toujours sous la mention « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit » considéré[9]. En conséquence, l'interprétation à retenir des droits sociaux fondamentaux tient nécessairement compte du paramètre visant les possibilités économiques des États parties.

S'agissant du second, la Charte DFUE s'inscrit globalement dans un ensemble d'objectifs assignés à l'Union, parmi lesquels figure la promotion d'« un développement équilibré et durable et [l'assurance de] la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement ». Elle rappelle la nécessité de respecter la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, ainsi que le principe de subsidiarité. Elle réaffirme enfin l'importance des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres (dont la Charte sociale européenne). L'approche des droits économiques et sociaux est ainsi relativement similaire entre les deux systèmes européens de garantie : la justice sociale s'appréhende sous le prisme du pragmatisme économique. Quant au socle, celui-ci exprime plus explicitement encore l'ambivalence des rationalités, notamment par la formulation de certains droits qui s'inspirent directement des logiques de flexicurité qui ont structuré, ces récentes décennies, les politiques économiques et sociales de l'Union (Chatzilaou, 2017 ; Vanhercke, Sabato, Ghailani, 2018).

Un autre fait de droit, propre à l'Union, doit être évoqué : la consécration tout à fait originale par la Charte DFUE de la liberté d'entreprise (article 16), qui est « reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Par cette précision, nous sommes renvoyés à la jurisprudence de la Cour de justice qui, avec les arrêts *Nold* (1974), *Eridania* (1979), et *Sukkerfabriken Nykoebing* (1979), a depuis longtemps substantialisé ce droit étrange[10] qui suppose la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, notamment à travers la liberté

la neutralité à l'historicité : elle désigne une proposition de politique législative, assujettie au conflit avec d'autres propositions, et, qui est, de temps en temps, victorieuse ou perdante. Le problème de l'économie de marché est un problème de contenu de la décision politique » (Irti, 2017).

9. À l'exception notable du droit syndical (article 4) et du droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique (article 16).

10. Philosophiquement, l'affirmation peut déranger : la liberté d'entreprise protège-t-elle la dignité de la personne, ou l'intérêt du marché ? Certes, le marché peut exercer un pouvoir d'émancipation sociale des personnes, mais il peut tout autant constituer une menace contre la dignité de la personne au travail. Or, si ce souci de la dignité s'exprime naturellement dans l'œuvre de redistribution des richesses (œuvre étrangère à la liberté d'entreprise), c'est moins le cas s'agissant du processus de création *mécanique* de celles-ci (objet de la liberté d'entreprise), qui fait naturellement appel à une logique d'abaissement des coûts de production et de gestion. Les opérateurs marchands ne sont donc pas incités à développer des protections sociales *lato sensu*.

contractuelle et la libre concurrence : parce qu'elle n'est pas une prérogative absolue[11], la liberté d'entreprise doit reculer lorsque des objectifs d'intérêt général sont promus sans démesure ni abus[12] ; il n'en demeure pas moins qu'elle est célébrée au rang de droit fondamental, pouvant ainsi explicitement entrer en contradiction avec d'autres droits, dont les droits sociaux fondamentaux, et ainsi provoquer des arbitrages jurisprudentiels *in fine* favorables à la rationalité économique.

On comprend mieux, alors, comment ce conflit de rationalités, intrinsèque à la nature des droits sociaux fondamentaux, perturbe leur justiciabilité : tant que nous évoluerons dans un monde où les prophéties économiques guideront les choix politiques et de société, beaucoup de droits sociaux fondamentaux resteront des objectifs dont la satisfaction dépendra des paramètres économiques. Il n'appartient pas au juge de se substituer aux décideurs politiques, et l'on peut comprendre que, lorsqu'il manipule les droits sociaux fondamentaux dans ses raisonnements, il le fasse avec une grande prudence du fait des inévitables conséquences économiques de ses décisions. Mais, là encore, rien ne contraint le juge d'agir de la sorte. Il pourrait, s'il le voulait, se montrer plus audacieux.

2.2. Faible ancrage de la justice environnementale dans le domaine des droits fondamentaux de la personne

À bien des égards, la précédente réflexion autour de l'influence, en Europe, de la rationalité économique affecte également notre façon d'appréhender la justice environnementale, dès lors que celle-ci se traduit elle aussi par des mesures et des obligations qui génèrent, *in fine*, des coûts pouvant peser sur la croissance des opérateurs marchands. Toutefois, la problématique se pose différemment pour la justice environnementale, en ce que celle-ci, jusqu'à présent, a fort peu investi le champ des droits fondamentaux justiciables, offrant dès lors beaucoup moins de situations de conflits à ce niveau d'appréhension du droit.

Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme demeure silencieuse sur le sujet des droits fondamentaux de l'environnement (même si, un temps, de vifs débats ont animé le Conseil de l'Europe autour d'une initiative normative de reconnaissance[13]). Quant au droit de l'Union, celui-ci paraît légèrement plus prolixe si l'on considère les articles 191 à 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ainsi que l'article 37 de la Charte DFUE qui fixe à l'Union les objectifs d'un « niveau élevé de protection de l'environnement et [d'] amélioration

11. CJUE, 17 octobre 2013, *Schaib c/ Land Baden-Württenberg*, aff. C-101/12 ; CJUE, 30 juin 2016, *Lidl GmbH & Co c/Freistaat Sachsen*, aff. C-134/15 ; CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Irakis c/ Ministère du Travail*, aff. C-201/15.
12. CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli c/ Graines Baumaux SAS*, aff. C-59/11 ; CJUE, 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company c/ Her Majesty's Treasury*, aff. C-72/15 ; voir aussi CJUE, *AGET Irakis*, précit.
13. Entre 1999 et 2010, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté trois recommandations (n° 1431 [1999], n° 1614 [2003] et n° 1885 [2009]) plaidant en faveur de l'adoption d'un protocole additionnel qui aurait consacré un droit fondamental à l'environnement sain avec, selon les recommandations considérées, des ambitions variables en termes de droits procéduraux inférés. Le 16 juin 2010, le Comité des ministres s'est néanmoins positionné de façon explicitement défavorable, jugeant que la proposition ne lui paraissait pas opportune du fait de l'étendue de la jurisprudence de la Cour EDH en la matière (Marguenaux, 2013).

de sa qualité », nécessairement intégrés dans les politiques de l'Union « et assurés conformément au principe du développement durable ». Les termes, toutefois, sont relativement flous et programmatiques. Leur substance de justiciabilité reste mince[14].

Si la Convention se tait *a priori*, la Cour européenne des droits de l'homme s'évertue néanmoins à la faire parler de justice environnementale autant que faire se peut. La jurisprudence a ainsi bâti, ces dernières décennies, des « points d'arrimage » permettant de connecter certains besoins *ex post* de justice environnementale à des droits fondamentaux existants dans la Convention et dont la substance est connexe. On pense particulièrement au droit à la vie (article 2), au droit au respect de la vie privée et au domicile (article 8) ainsi qu'au droit de propriété (article 1, protocole additionnel n° 1).

Ces jurisprudences sont audacieuses, en ce qu'elles s'appuient sur des sous-concepts dont elles élargissent les contours pour faire entrer certains enjeux de justice environnementale qui touchent directement les personnes. On pense par exemple au concept de domicile qui, depuis les affaires *Lopez Ostra*[15] et *Moreno Gomez*[16], est fréquemment mobilisé : la Cour considère ainsi que la jouissance du domicile suppose nécessairement le droit de vivre dans un environnement sain ; que le domicile est un espace de vie, souvent familial, toujours intime[17] – peu importe d'ailleurs qu'il soit légal ou illégal[18] – qui doit, à ce titre, être préservé de toute atteinte matérielle, immatérielle ou incorporelle, telles que, notamment, les nuisances sonores[19], les pollutions de l'air[20], l'accumulation de déchets[21], etc. Le domicile, sous-concept de la vie privée, est quelque part érigé en sorte de bouclier de l'intime, agissant contre les agressions environnementales et sanitaires extérieures[22].

14. On relèvera néanmoins que, s'agissant de l'Union, son droit matériel est particulièrement plus prolixe sur les enjeux environnementaux, offrant au droit *ex post* certains leviers de résolution des litiges. On ne peut donc pas dire que la pénétration de la justice environnementale dans le droit *ex post* est nulle.
15. Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, n° 16798/90.
16. Cour EDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c/ Espagne*, n° 4143/02.
17. Cour EDH, 7 avril 2009, Braduse c/ Roumanie, n° 6586/03, à propos d'une cellule de prison qui, si elle n'est pas un domicile *stricto sensu*, reste un espace de vie à protéger.
18. Cour EDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99.
19. Cour EDH, 9 novembre 2010, *Deés c/ Hongrie*, n° 2345/06, à propos des nuisances du transport routier ; Cour EDH, 8 juillet 2003, *Hatton e.a. c/ Royaume-Uni*, à propos des nuisances aéroportuaires ; Cour EDH, *Moreno Gomez*, précit., à propos des nuisances provenant de discothèques, bars et restaurants.
20. Cour EDH, 20 avril 2004, *Surugiu c/ Roumanie*, n° 48995/99, à propos d'une pollution par odeurs agricoles nauséabondes ; Cour EDH, 19 février 1998, *Guerra e.a. c/ Italie*, n° 14967/89 ; Cour EDH, 30 mars 2010, *Bacila c/ Roumanie*, n° 19234/04, à propos de pollutions industrielles.
21. Cour EDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno c/ Italie*, n° 30765/08.
22. Les conditions matérielles d'application de l'article 8 sont appréciées de façon large. Elles entraînent, pour l'État partie, des obligations négatives et positives parmi lesquelles l'obligation d'informer le public (Cour EDH, *Guerra*, précit.), l'obligation de prévention des risques (Cour EDH, *Lopez Ostra*, précit. ; Cour EDH, *Guerra*, précit.) ou encore l'obligation d'offrir des recours effectifs contre des décisions qui portent atteinte à l'article 8 (Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin e.a. c/ Turquie*, n° 46117/99).

D'autres fois, la Cour a utilisé le concept de propriété privée (conçue en tant que bien) dont on peut mesurer la perte ou la dégradation de valeur du fait d'une pollution, au point d'en constater la nature invendable[23], ou l'incapacité à procurer les fruits normaux de son exploitation[24].

Quant au droit à la vie, droit fondamental le plus essentiel, la Cour énonce, sur ce fondement, l'obligation des États non seulement de s'abstenir de provoquer la mort par des causes environnementales, mais aussi « de prendre des mesures [...] pour empêcher que la vie [...] ne soit inutilement mise en danger[25] ». Par exemple, en présence d'activités industrielles « dangereuses par nature », qui font peser sur l'individu un péril réel et imminent sur sa vie[26], il peut se nouer une responsabilité juridique particulière et sanctionnable en justice.

Bien qu'ayant le mérite d'exister, l'édifice reste malgré tout fragile. En premier lieu, la mobilisation de ces droits fondamentaux n'est pas toujours aisée pour les requérants. Si l'on prend l'exemple du droit à la vie, la question de la preuve du lien de causalité se pose dans des litiges où la démarche probatoire est complexe. Certes, la jurisprudence *Tatar* ouvre la porte à l'admission judiciaire des incertitudes scientifiques, mais à condition qu'elles s'appuient sur un minimum d'éléments statistiques convaincants[27]. Tout repose donc sur une appréciation au cas par cas des niveaux d'incertitude, s'agissant de sujets où les controverses scientifiques sont parfois puissantes.

En second lieu, la protection n'est déclenchée qu'en cas d'ingérence *grave* dans les droits garantis : le juge parle volontiers de caractère « intolérable » ou « spécial et extraordinaire » de l'atteinte[28]. Ces notions sont particulièrement subjectives.

Relevons enfin que, dans son œuvre d'appréciation, la Cour prend aussi en compte les intérêts économiques structurants qui sont sous-jacents au cas et qui déterminent l'avenir d'un espace géographique donné[29].

Tranchées « au cas par cas » et selon la sensibilité des juges aux faits d'espèce, toutes ces constructions prétoriennes favorables à l'idée de justice environnementale ont les défauts de leurs qualités. Elles peuvent sans doute s'adapter à une grande variété de problématiques, témoignant ainsi de la nature transversale des enjeux de l'environnement. Pour autant, elles ne tiennent que par la seule volonté du juge, lequel exerce ses pouvoirs d'interprétation dans un cadre fini et restreint, et en tout cas perméable à la rationalité économique.

Selon nous, la justice environnementale gagnerait à disposer d'une norme fondamentale qui lui serait dédiée, à l'instar de la Charte sociale européenne qui structure la justice sociale

23. Cour EDH, 17 mai 1990, *S. c/ France*, n° 13728/88 à propos de nuisances sonores importantes et persistantes.
24. Cour EDH, 25 novembre 1993, *Zander c/ Suède*, n° 14282/88, à propos d'une pollution de l'eau rendant celle-ci impropre à la consommation.
25. Cour EDH, 9 juin 1998, *LCB c/ Royaume-Uni*, n° 23413/94.
26. Cour EDH, *Öneryildiz*, précit. ; Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva e.a. c/ Russie*, n° 15339/02.
27. Cour EDH, 27 janvier 2009, *Tatar c/ Roumanie*, n° 67021/01.
28. Cour EDH, *Moreno Gomez*, précit. ; Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïva c/ Russie*, n° 55723/00.
29. Cour EDH, 26 février 2008, *Fägerskiöld c/ Suède*, n° 37664/04, à propos de nuisances sonores et visuelles impliquées par un champ d'éoliennes ; Cour EDH, *Hatton*, précit. ; Cour EDH, *Fadeïeva*, précit.

européenne. Cela conférerait une plus forte soutenabilité *ex post* aux constructions prétoriennes. Tandis que s'impose à nous, jour après jour, un monde économique dont les incidences négatives sur la santé et la disponibilité des ressources explosent en fréquence et en ampleur, le temps semble venu de franchir enfin cette étape.

3. *Ex ante* : un immense potentiel pour les justices sociale et environnementale

Dans le cadre d'une approche *ex ante* du droit, l'enjeu devient cette fois la normalisation des comportements qui permet d'éviter la survenance d'une injustice sociale ou environnementale pouvant heurter la dignité des personnes. C'est donc avant tout une responsabilité particulière qui pèse sur les concepteurs de la norme de droit, qu'ils soient des acteurs publics ou privés, d'agir en conformité avec les droits fondamentaux qui sont proclamés sur le continent européen.

La préoccupation du droit *ex ante* est celle du contenu des normes produites, et plus essentiellement encore des valeurs qui inspirent ce contenu. Le but monumental de la garantie de la dignité doit être l'inspiration universelle qui substantialise toutes les normes de droit au-delà de leurs particularités. Au mieux, elle guide dès l'origine les acteurs normatifs. Mais, dans le cas contraire – soit que la garantie de la dignité est absente des normes adoptées, soit qu'elle s'avère insuffisante –, il faudra contraindre l'acteur normatif à reconceptualiser son travail de façon à assurer sa conformité au but monumental assigné. C'est l'objectif des dispositifs de « compliance[30] ».

3.1. Développer des dispositifs adaptés de compliance sur le modèle du système de la Charte sociale européenne

En matière de « compliance » visant les législations nationales, l'Europe dispose d'un modèle éprouvé agissant sur le terrain de la justice sociale. Le système de la Charte sociale européenne repose en effet sur la double logique d'une part de « *reporting* » (l'État doit indiquer, régulièrement et en toute transparence, les efforts qui sont entrepris au niveau national pour rendre ses engagements effectifs), et d'autre part d'accompagnement dans les trajectoires de mise en conformité (l'État est engagé dans un dialogue avec les autres États parties ainsi que les institutions du Conseil de l'Europe pour aboutir, à terme, à la correction de ses législations défaillantes). S'y ajoute, pour les États parties qui y ont souscrit, un mécanisme de réclamations

30. Bien que diversement définie par la doctrine, la compliance peut globalement se comprendre comme l'ensemble des mesures visant à garantir une conduite éthique et juridiquement respectueuse d'une organisation, de tous ses organes exécutifs et de tous ses employés en ce qui concerne la conformité réglementaire. Nous souscrivons néanmoins à l'approche, développée notamment à partir des travaux de M.-A Frison-Roche (2016, 2017), qui refuse de réduire la compliance à l'obligation de se conformer à des obligations juridiques et professionnelles, mais qui l'envisagent comme l'internalisation dans certaines organisations d'obligations spécifiques de régulation, garantie par un dispositif de « supervision ».

collectives qui permet aux partenaires sociaux de soulever des situations de non-conformité qui auraient échappé au premier mécanisme de contrôle.

Première exigence du dispositif, donc : celle de rendre compte de ce qui est et de ce qui se pratique dans l'État partie, conformément au principe de transparence. Dans les rapports qu'il adresse au Comité, l'État ne se contente pas de décrire sommairement son action : il l'explique, en s'appuyant notamment sur les contextes statistiques et jurisprudentiels, mais plus largement sur toutes les informations qui permettent d'apprécier objectivement les mesures prises, leurs dynamiques et leurs particularités. Ces *explications* révèlent la façon dont les enjeux sont juridiquement et politiquement traités au niveau national : le « pourquoi » des mesures prises est ainsi posé comme un élément central de compréhension et d'appréciation à partir duquel, ensuite, il devient possible d'engager un dialogue constructif avec l'État. Au fil du temps, ce mécanisme de « *reporting* » s'est perfectionné, notamment par la thématisation des informations renseignées[31] qui offre désormais au CEDS et aux observateurs extérieurs un point de vue plus complet et plus cohérent sur l'état des enjeux de justice sociale traités.

Seconde exigence : celle consistant à accompagner les États en situation de manquement dans l'élaboration et la réalisation de leurs trajectoires de conformité. Il est à noter ici que le système de la Charte sociale européenne distingue, aujourd'hui, les autorités chargées de constater l'éventuelle non-conformité (le CEDS qui détermine l'état du droit applicable) et celles chargées de garantir ces trajectoires (le Comité des ministres[32] et le Comité gouvernemental[33]). Le risque que les intérêts géopolitiques qui animent les relations entre les États viennent perturber l'élaboration du droit est dissipé. Le dialogue porte exclusivement sur les mesures que l'État partie a prises, ou qu'il envisage de prendre, ainsi que sur le calendrier de sa mise en conformité. Surtout, pour mener à bien leur fonction, le Comité des ministres et le Comité gouvernemental disposent de pouvoirs décisionnels particuliers destinés à stimuler, chez l'État partie concerné, les corrections requises. Ainsi, le Comité gouvernemental peut soit délivrer un avertissement consistant à afficher publiquement une action insuffisante ou inexistante de l'État partie, soit proposer au Comité des ministres d'adopter une recommandation contre l'État partie, consistant, au-delà de l'affichage public, à expliciter la façon dont cet État doit impérativement se mettre en conformité[34]. Sont ainsi mobilisées des logiques qui consistent à mettre en cause

31. Depuis 2006, les États parties soumettent chaque année un rapport sur l'un des quatre groupes thématiques suivants : « emploi, formation et égalité des chances » (articles 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 et 25 de la Charte), « santé, sécurité sociale et protection sociale » (articles 3, 11, 12, 13, 14, 23 et 30 de la Charte), « droits liés au travail » (articles 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 et 29 de la Charte) et « enfants, familles, migrants » (articles 7, 8, 16, 17, 19, 27 et 31 de la Charte).
32. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe est, officiellement, le premier responsable de la garantie des décisions prises par le CEDS.
33. Le Comité gouvernemental est l'instance chargée de « préparer » les décisions du Comité des ministres au sein du mécanisme de contrôle des actions de « *reporting* » des États parties. À ce titre, il est l'acteur qui pose véritablement les bases des trajectoires de mise en conformité.
34. Dans le cadre du mécanisme de contrôle prenant appui sur les réclamations collectives, le Comité des ministres peut directement intervenir en usant de son pouvoir de recommandation s'il estime la situation de manquement comme étant suffisamment grave. Sinon, la mise en conformité intègre le mécanisme de contrôle fondé

l'image des États au sein de leur communauté supranationale, et à provoquer ainsi une réaction de correction ; s'agissant des recommandations, cette démarche connue sous le terme de « *name and shame* » se double d'une forme très légère (mais lourde de sens) d'ingérence, puisque l'État partie se voit « dicter » la façon dont il doit réformer sa législation. Enfin, on relèvera qu'au stade d'intervention du Comité gouvernemental, le dialogue avec l'État partie n'est pas exclusivement interétatique : y participent aussi, à titre d'invités, les partenaires sociaux qui non seulement contribuent à la qualité des échanges en apportant leur expertise de terrain, mais qui renforcent aussi la pression exercée sur les États parties défaillants, du fait de leurs liens privilégiés avec les partenaires sociaux nationaux.

Ainsi se résument les grands piliers du dispositif de « compliance » de la Charte sociale européenne : dire ce qui est et expliquer pourquoi il en va ainsi ; dialoguer avec les autorités pour trouver les meilleures façons de se mettre en conformité, le cas échéant ; le tout dans un contexte d'échanges avec l'ensemble des partenaires concernés, sans chercher à juger et à punir, sauf si l'acteur en cause manifeste sa mauvaise foi quant à son obligation générale de coopération. Si nous avons conclu, antérieurement, que le temps était venu pour l'Europe de se doter d'une norme spécifique de garantie des droits environnementaux fondamentaux, il nous paraît tout aussi nécessaire d'imaginer un mécanisme de « compliance » similaire, adossé à cette norme. *Ex ante*, cela permettrait d'assurer un « jugement éthique et réputationnel » au cœur de l'effectivité du droit relatif à la justice environnementale, qui tiendrait compte de la complexité et de la temporalité des processus de transformations culturelles et normatives.

On peut aller plus loin encore dans la généralisation de la culture de « compliance », en ne réservant pas celle-ci aux seuls États : parce qu'ils sont sans doute les premiers responsables des comportements d'injustices sociales et environnementales, les opérateurs marchands peuvent aussi (doivent aussi) se sentir concernés et contraints par le but monumental de la garantie de la dignité des personnes, notamment lorsqu'ils déterminent pour eux-mêmes leurs propres normes de droit (chartes éthiques, accords collectifs, normes unilatérales…). Dans ce monde où le droit s'envisage désormais comme un réseau complexe de systèmes juridiques publics et privés (Ost, Van de Kerchove, 2002) – un monde par ailleurs marqué par la puissance inédite d'un certain nombre de groupes privés multinationaux qui pèsent au moins autant que les États –, cette proposition paraît particulièrement nécessaire. Quand on sait, par ailleurs, à quel point les entreprises sont sensibles à leur réputation auprès de leurs consommateurs et de leurs partenaires (Petit, 2019), il y a là, nous semble-t-il, un levier intéressant à mobiliser.

Une partie de la doctrine est d'ores et déjà engagée sur cet objectif, qui suppose que l'on ne réduise pas la « compliance » à une simple technique des droits pénal et financier destinée à punir des entreprises qui ne respecteraient pas les réglementations en vigueur (Frison-Roche, 2018a ; Gaudemet, 2018) : la « compliance », défendue comme l'objet d'une nouvelle branche du droit, cherche à garantir l'internalisation du but de prévention d'une crise (financière, mais

sur les rapports des États, ces derniers devant en effet expliquer dans leurs rapports ultérieurs la façon dont ils entendent remédier à la non-conformité constatée par le CEDS.

désormais juridique aussi) dans les entreprises susceptibles de la déclencher par l'usage qu'elles font du marché. En d'autres termes, on considère que l'entreprise est la mieux placée pour connaître les informations pertinentes qui permettent d'appréhender le risque d'atteinte sociale ou environnementale à la dignité de la personne ; elle serait ainsi contrainte de rechercher et de livrer ces informations à des autorités légitimes, lesquelles pourraient ensuite construire avec ces entreprises des trajectoires juridiques de mise en conformité avec le but monumental de garantie de la dignité de la personne.

Les ressorts sont ainsi similaires aux dispositifs étatiques actuels : expliquer ce qu'il en est, et pourquoi, puis coopérer dans le respect d'un but monumental qui irrigue tout le juridique. Seules les formes prises par ces logiques, ainsi que la nature des autorités qui accompagnent les acteurs normatifs, diffèrent de ce qui se pratique déjà avec le système de la Charte sociale européenne. Les rôles des régulateurs et des juges, ainsi que les outils mis à leur disposition pour agir, doivent nécessairement s'adapter à la particularité que l'on s'adresse, ici, à des acteurs privés agissant sur des marchés qui n'ont rien à voir avec l'espace de l'intérêt général. L'attention est naturellement davantage portée sur la contrainte pour les entreprises de détenir puis de révéler l'information pertinente (dans un contexte marchand marqué par le secret des affaires et les enjeux de concurrence), et sur l'assurance d'une jonction efficace entre l'intérêt privé et l'intérêt général. Ce dernier est garanti par le régulateur (qui conçoit les règles et qui intervient en premier pour imposer les trajectoires de compliance) et par le juge (qui reste l'autorité ultime pour garantir la juridicité du dispositif et l'intégrité du but monumental défendu). Il est de prime importance que les rôles de chacun soient parfaitement établis, sans confusions (Tricot, 2016 ; Frison-Roche, 2018b).

La proposition n'est plus uniquement théorique : elle est déjà une réalité pour un grand nombre d'entreprises s'agissant de certains sujets tels que la lutte contre la corruption, les trafics d'armes ou le terrorisme. Il est également à noter qu'il existe, dans un domaine très proche des droits fondamentaux, un modèle fort actif qui traite le non-respect des principes environnementaux et sociaux contenus dans les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales (1976), et qui est garanti par les points de contact nationaux de l'OCDE (Martin-Cheut, Quenaudon, Varison, 2016 ; Parance, 2018). Les sources d'inspiration d'un dispositif fondé sur les droits fondamentaux européens sont nombreuses, et n'attendent qu'à être exploitées.

3.2. Élargir et rationaliser les engagements de responsabilité sociétale des organisations

Ces premiers éléments relatifs aux dispositifs de « compliance » renforcent une logique plus ancienne consistant à développer, *via* le concept de responsabilité sociétale des organisations, les engagements normatifs des acteurs privés envers le but monumental de garantie de la dignité de la personne.

Il faut en effet garder à l'esprit qu'une entreprise est naturellement et légitimement un opérateur agissant dans son intérêt propre et particulier (Capron, 2017 ; Chanteau, 2017 ; Vernac, 2017). Elle n'est pas conçue pour satisfaire l'intérêt général. Elle peut néanmoins le devenir dès lors :

> « qu'elle s'engage à le faire, endossant un souci comme la protection de l'environnement, ou bien parce qu'elle subit des règles particulières qui s'appliquent à elle en tant qu'elle est une entreprise particulière. Elle y est alors contrainte en tant qu'elle a des spécificités que n'ont pas les autres sujets de droit, ni même les autres entreprises […] » (Frison-Roche, 2018a).

Tout dépend donc des normes qui encadrent son secteur d'activité, ainsi que des normes internes qu'elle adopte pour donner du sens à son activité.

Dans cette perspective, l'idée de permettre aux entreprises de préciser leur « intérêt social » et leur « raison d'être », voire de bénéficier d'un statut d'« entreprise à mission », contribue à rendre possible les démarches de « compliance » et de responsabilité sociale[35] (Berrod, Laronze, Schwaller, 2016 ; Berrod, Ullestad, 2016 ; Muller, 2016). Car, l'entreprise devient, vis-à-vis de tel ou tel but monumental identifié pour elle-même, un « opérateur crucial » qui s'est engagé au-delà de ce qu'on attend d'elle ès qualités d'opérateur marchand. La compliance devient *légitime*, et ses dispositifs trouvent alors des prises juridiques sur la paroi lisse des engagements de l'entreprise.

D'une façon plus globale, c'est surtout la diffusion des normes de responsabilité sociétale des organisations dans les cultures d'entreprise qui contribue à juridiciser, dans l'entreprise, la conscience des enjeux de justice sociale et environnementale, ainsi que l'importance à ces égards du respect des droits fondamentaux (Cuzacq, 2017 ; Martin-Chenut, 2017). Dès lors qu'il est moins question de réprimer *ex post* un comportement, que de prévenir *ex ante* la survenance du risque, il importe peu – contrairement aux reproches qui sont classiquement adressés aux normes de responsabilité sociale – que ces normes soient qualifiées de « *hard law* » ou de « *soft law* » : ce qui compte est d'inonder la prise de décision de valeurs et de pratiques qui orientent les actions des entreprises avant que le mal ne soit fait. Plus encore, puisqu'il s'agit d'influencer des cultures et des comportements d'entreprise, il est particulièrement pertinent de mobiliser des normes dont les caractéristiques de souplesse permettent une évolution pédagogique soutenable des pratiques (Anca Ailincai, 2017).

L'enjeu de la responsabilité sociétale des organisations n'est donc pas tant celle de la qualité juridique des normes qui la structurent, que celle de la qualité du contrôle qui s'exerce sur leur efficacité. Mettre en place une charte éthique n'a de sens que pour autant que des dispositifs existent pour lui assurer une « force normative », quelle qu'elle soit (Thibierge, 2009). C'est du reste ce que l'OCDE a compris lorsqu'elle a adossé à ses principes directeurs son dispositif des points de contacts nationaux : si l'entreprise détient le pouvoir de façonner son image marchande, il doit exister un contre-pouvoir capable de dire si cette image est conforme ou non à la réalité et d'accompagner l'entreprise dans ses trajectoires de conformité. Ainsi, recourir à la *soft law*

35. En France, voir la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi « Pacte », modifiant en ce sens les articles 1833 et 1835 du Code civil.

pour structurer les stratégies de responsabilité sociétale ne peut valablement se concevoir que si des acteurs (partenaires sociaux, experts indépendants, institutions représentatives du personnel…) sont investis de la mission de maintenir les engagements éthiques dans le domaine du droit *ex ante*, en évitant surtout qu'ils ne s'évaporent dans celui du discours politique et commercial. À cet égard, les récentes pratiques de conclusion d'accords-cadres mondiaux entre les groupes multinationaux et les partenaires sociaux internes (Da Costa, Rehfeldt, 2011 ; Moreau, 2018) ouvrent d'innombrables perspectives : l'enjeu est d'internaliser, dans les organisations multinationales, un mode de gouvernance multilatéral des engagements éthico-juridiques, perméable aux droits fondamentaux tels qu'ils se présentent dans les principaux référentiels internationaux d'encadrement des stratégies de responsabilité sociale. Dans cette optique, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne gagneraient à se rapprocher et à corédiger un référentiel européen spécifique à l'attention des entreprises multinationales… ce n'est, hélas, pas encore à l'ordre du jour.

Conclusion

Sitôt que l'on admet – ne serait-ce que par simple observation du droit positif européen – que les droits fondamentaux sont au cœur des démarches de résolution *par le droit* des injustices sociales et environnementales, autant qu'ils sont au fondement de tout système juridique européen (peu importe ensuite la façon dont ces systèmes se sont déclinés et organisés, thématiquement et structurellement), on entrevoit de profonds bouleversements dans la façon dont ces sujets sont traités. Du paradigme de l'avoir, on bascule dans celui du devoir-être ; des valeurs du lucre, on glisse vers celles de l'humain ; des prédictions qui avilissent et qui soumettent, on se tourne vers les incertitudes qui valorisent et qui émancipent. Le droit redevient le droit.

Dans cette perspective, les chantiers sont considérables : c'est un monde nouveau qu'il convient de bâtir, à partir de cette conviction civilisationnelle puissante que rien n'est plus absolu que la garantie de la dignité de la personne humaine. Nous avons essayé de montrer que l'enjeu n'était pas, sauf de façon assez secondaire, de servir au juge des droits justiciables. Pour une grande part, ils existent déjà et ne demandent qu'à être considérés à leur juste valeur *ex post.* Nul défenseur des droits fondamentaux ne rechignera à ce que leur justiciabilité soit améliorée mais, quoi qu'il en soit, ce n'est certainement pas sur le plan *ex post* que les justices sociale et environnementale prendront l'ampleur et l'influence qui sont attendues dans le corps social.

Clairement, l'avenir réside dans la culture *ex ante* de ces droits fondamentaux : les justices sociale et environnementale ont avant tout besoin que l'on assure au cœur des consciences – des décideurs et des acteurs normatifs publics et privés – une culture de la dignité de la personne qui soit au moins aussi puissante et généralisée que ne l'est, aujourd'hui, la culture économique et marchande. Chaque décision, chaque norme qui influe sur le devenir du corps social (pris en son tout, ou en partie) doit avoir été sous-pesée à l'aune de garantie de la dignité humaine.

Ce n'est pas là une problématique qui vise les États exclusivement. Tous les pouvoirs sont concernés, et notamment les pouvoirs économiques, financiers et marchands, lesquels doivent être très directement sensibilisés et éduqués. Tout doit changer, plus rapidement que les

dynamiques en cours : les façons dont on conçoit une entreprise, dont on régit les relations aux personnes, dont on se crée une réputation devant la collectivité, dont on imagine les processus de décision, dont on évalue les performances, dont on est redevable de nos propres responsabilités devant la société. La véritable révolution n'est pas l'anéantissement de l'économie de marché et du système capitaliste : elle est leur asservissement total aux droits fondamentaux. Civiliser nos civilisations, en civilisant le marché.

Sauf à renoncer aux promesses du droit, il n'y a pas d'autres choix pour la justice en général, et pour les justices sociale et environnementale en particulier.

Bibliographie

Akandji-Kombé J.-F., 2004, « Avant-propos sur l'inscription des droits sociaux dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 3, p. 83-92

Anca Ailincai M. (dir.), 2017, *Soft law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*, Paris, A. Pedone

Atias C., 2016, *De la difficulté contemporaine à penser en droit. Leçons de philosophie du droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille

Benar G., 1999, « Vers les droits de l'homme d'une quatrième dimension », dans *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle. Karel Vasak amicorum liber*, Bruxelles, Bruylant, p. 75

Berrod F., Laronze F., Schwaller E., 2016, « L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE », dans K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, p. 209-222

Berrod F., Ullestad A., 2016, « Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique », dans K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, p. 135-150

Bert D., Chagny M., Constantin A. (dir.), 2015, *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Bayonne, Institut universitaire Varenne

Besson S., 2011, « L'effectivité des droits de l'homme. Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », dans J.-B. Zufferey, J. Dubey, A. Previtali (dir.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Genève, Schulthess, p. 54-83

Capron M., 2017, « Faut-il renouveler la conception de l'entreprise ? », dans J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut, M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Paris, Classiques Garnier, p. 145-162

Cardot F., 2006, *L'éthique d'entreprise*, Paris, PUF

Cassia P., 2016, *Dignité(s)*, Paris, Dalloz

Chanteau J.-P., 2017, « La finalité de l'entreprise vue par les économistes. De la fonction d'utilité à l'entité sociale instituée », dans J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut, M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Paris, Classiques Garnier, p. 163-184

Chatzilaou K., 2017, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *Revue de droit du travail*, n° 3, p. 175

Cuzacq N., 2017, « La juridicisation de la RSE. Un panorama en droit économique », dans J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut, M. Capron (dir.),

Entreprise et responsabilité sociale en questions, Paris, Classiques Garnier, p. 217-228

Da Costa I., Rehfeldt U., 2011, « Les négociations collectives transnationales : dynamiques des accords-cadres européens et mondiaux », *Revue de l'IRES*, nº 71, p. 115-156

Déjeant-Pons M., Pallemaerts M., 2002, *Droit de l'homme et environnement*, Bruxelles, Conseil de l'Europe

Delmas-Marty M., 2016, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil

Dupré de Boulois X., 2018, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF

Dworkin R., 2011, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press

Ewald F., 1986, *L'État providence*, Paris, Grasset

Fontbressin P. de, 1999, « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges offerts à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, p. 231

Frison-Roche M.-A., 2018a, « Entreprise, régulateur, juge : penser la compliance par ces trois personnages », dans N. Borga, J.-Cl. Marin, J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, p. 1

Frison-Roche M.-A., 2018b, « Compliance : avant, maintenant et après », dans N. Borga, J.-Cl. Marin, J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, p. 23

Frison-Roche M.-A. (dir.), 2017, *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz

Frison-Roche M.-A., 2016, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, chron. nº 32

Frison-Roche M.-A., 2006, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *Droit et économie de la régulation*, nº 4, p. 33-48

Gaudemet A., 2018, « Conclusion », dans N. Borga, J.-Cl. Marin, J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, p. 251

Gros M., 2004, « L'environnement contre les droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, p. 1583

Hennebel L., 2010, « Classement et hiérarchisation des droits de l'homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, nº 26, p. 423-435

Irti N., 2017, *Le nihilisme juridique*, Paris, Dalloz

Jestaz P., 2016, *Le droit*, Paris, Dalloz

Loschak D., 1984, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 13, p. 85

Maljean-Dubois S., 2003, « L'effectivité du droit international de l'environnement », *Les notes de l'IDDRI*, nº 4

Marcus-Helmons S., 2000, « La quatrième génération des droits de l'homme », dans *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, p. 547

Marguenaux J.-P., 2013, « Faut-il adopter un protocole nº 15 relatif au droit à l'environnement », dans L. Robert (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, p. 71

Martin-Chenut K., 2017, « Juridicisation et judiciarisation de la RSE. Le rôle du droit international des droits de l'homme », dans J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut, M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Paris, Classiques Garnier, p. 239-263

Martin-Chenut K., Quenaudon R. de, Varison L., 2016, « Les points de contacts nationaux : un forum de résolution des conflits complémentaire ou

concurrent du juge ? », dans K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, p. 607-624

Marzo C., 2011, « La protection des droits sociaux dans les pays européens », *Revue internationale de droit comparé*, n° 63-2, p. 203-224

Moreau M.-A., 2018, « Les accords mondiaux d'entreprise : trente ans après le premier accord-cadre international », *Droit social*, n° 10, p. 774-783

Muller Y., 2016, « RSE et intérêt social », dans K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, p. 223-232

Nivard C., 2016, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif. Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 22

Nivard C., 2013, « La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe », dans D. Roman (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, A. Pedone, p. 207-222

Nivard C., 2012, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 28

Ost F., 2016, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions et finalités*, Bruxelles, Bruylant

Ost F., Van de Kerchove M., 2002, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis

Parance B., 2018, « Une illustration d'une démarche de compliance en droit de l'environnement : le cas Michelin devant le point de contact national France », dans N. Borga, J.-Cl. Marin, J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, p. 91-98

Pébereau M. (dir.), 2018, *Réformes et transformations*, Paris, PUF

Pelloux M., 1981, « Vrais et faux droits de l'homme : problèmes de définition et de classification », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1, p. 53

Perelman C., 2012, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles

Petit B., 2020, « Formes légales de travail et formes contemporaines d'esclavage », dans O. Pluen (dir.), « Dossier : Les nouveaux visages de l'esclavage », *Les cahiers de la justice*, n° 2, p. 221

Petit B., 2019, « Making multinational corporations aware of their social responsibility: Law vs reputation? », dans A. Bartolin, J.-L. Guerrero, P. Hermel (dir.), *Responsible organizations in the global context. Current challenges and forward-thinking perspectives*, Cham, Palgrave Macmillan, p. 133-149

Rawls J., 1972, *A theory of justice*, Oxford, Clarendon Press

Redor-Fichot M.-J., 2009, « L'indivisibilité des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, p. 75-89

Renucci J.-F., 2012, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ

Robert L. (dir.), 2013, *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant

Roman D. (dir.), 2012a, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, A. Pedone

Roman D. (dir.), 2012b, *Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits ?*, Paris, LGDJ

Rousseau D., 1987, « Les droits de l'homme de la troisième génération », dans L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, p. 127

SUDRE F., 2015, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 12e éd., Paris, PUF

SUPIOT A., 2019, *La force d'une idée*, Paris, Les Liens qui libèrent

TERRÉ F., 2012, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », dans R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVÊT (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 18e éd., Paris, Dalloz, p. 3

THIBIERGE C. (dir.), 2009, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ / Bruxelles, Bruylant

TRICOT J., 2016, « La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du droit », dans K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone, p. 303-320

VANHERCKE B., SABATO S., GHAILANI D., 2018, « Conclusion. Le socle européen des droits sociaux comme tournant majeur », *Bilan social de l'Union européenne*, p. 165-186

VEDEL G., 1991, « Les droits de l'homme : quels droits ? quels hommes ? », dans *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, A. Pedone, p. 349

VERNAC S., 2017, « Quelle(s) finalité(s) de l'entreprise ? De l'entreprise déformée à l'entreprise réformée », dans J.-P. CHANTEAU, K. MARTIN-CHENUT, M. CAPRON (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Paris, Classiques Garnier, p. 185-204

VÉZINA C., GAY M. (dir.), 2020, « Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits sociaux : nouvelles perspectives », *Les cahiers de droit*, vol. 61, no 2

PARTIE 2

Le rôle de l'État et de l'Union européenne dans le développement de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

Chapitre 3. La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et des droits des travailleurs dans les accords de libre-échange de l'Union européenne : quelle mise en perspective ?

Frédérique MICHÉA

Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS IODE – UMR 6262, France

Résumé : L'Union européenne et ses États membres négocient avec de nombreux États tiers des accords de libre-échange qui aménagent une place nouvelle, de plus en plus modélisée, à des préoccupations en lien avec la responsabilité sociale des entreprises (RSE). La présente contribution souhaite pointer les enjeux juridiques soulevés par cet intérêt récent manifesté par l'Union et les États membres pour l'inclusion de clauses relatives à la RSE dans leurs accords ayant un objet principalement commercial. En particulier, les points de rencontre entre la RSE et les droits des travailleurs offrent des perspectives intéressantes pour accroître la protection de la main-d'œuvre mise au service des firmes transnationales. L'étude se propose de décomposer plus précisément les options juridiques permettant à la RSE de venir enrichir la portée des dispositions des chapitres « Commerce et développement durable » des accords de libre-échange, dans leurs volets relatifs aux droits des travailleurs.

Mots-clés : responsabilité sociale des entreprises, accords de libre-échange, Union européenne, commerce, développement durable, travailleurs, droits fondamentaux

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) propose des outils, des procédures et des mécanismes ayant pour objectif de guider les entreprises dans la prévention et la remédiation de l'impact négatif de leurs activités économiques sur la société dans son ensemble. Le Code civil français, tel que révisé par la loi Pacte[1], se fait l'écho de ces nouvelles préoccupations : en application du second paragraphe de l'article 1833 du Code civil français, « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité[2] ». Cette formulation retenue par le législateur français traduit avec éclat l'attention nouvelle portée dans les ordres juridiques nationaux à la responsabilité sociale (voire sociétale[3])

1. Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises.
2. Article 1833 du Code civil français tel que modifié par l'article 169 de la loi française n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises du 22 mai 2019 (« loi Pacte »), *JORF* n° 119, 23 mai 2019, texte n° 2.
3. La traduction en français de l'expression « *corporate social responsability* » renvoie essentiellement au droit du travail, tandis que l'adjectif « sociétal » permet aussi d'inclure plus largement la sphère des droits fondamentaux. Nous ferons le choix, à la suite d'auteurs faisant autorité sur le sujet (Malecki, 2014, p. 26 et suiv.), de privilégier l'expression

des entreprises (RSE). Cet engouement pour la RSE rejaillit en droit international : l'incorporation du langage de la RSE dans les accords de commerce et d'investissement est une pratique, encore émergente, qui tend à s'affirmer au fil des années. L'objet théorique de la RSE étant né dans sa forme moderne sous la plume d'économistes américains (Bowen, 1953), ce sont les États-Unis qui ont, logiquement, inauguré les références à la RSE dans leurs accords de commerce[4]. Dans les accords conclus par les États-Unis, les références à la RSE ont été originellement positionnées au sein des chapitres afférents à l'environnement, pour se propager ensuite aux chapitres relatifs au travail élaborés dans des accords plus récents.

Pour sa part, l'Union européenne (UE) s'efforce de définir, à son échelle, un modèle conventionnel qui aménage une place importante à des préoccupations en lien avec la RSE. Une majorité d'accords relevant de la typologie des accords commerciaux entendus au sens de l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) intègrent, plus ou moins nettement, les exigences RSE au sein de leurs dispositifs[5]. La première référence à la RSE a figuré dans l'accord de partenariat Communauté européenne (CE)-Cariforum de 2008 sous une forme assez élémentaire. Sous la bannière de l'article 196 de cet accord consacré de façon générique à la coopération, les Parties avaient convenu de « coopérer, y compris en facilitant l'assistance, dans [le] domaine de promotion de la RSE par la diffusion publique d'informations et de rapports[6] ». Depuis, les références à la promotion de la RSE se sont multipliées tant dans des accords d'association[7] que dans la catégorie distincte des accords dits de nouvelle génération[8]. La clause RSE peut-être la plus ambitieuse soutenue par l'Union n'a jamais vu le jour et est restée à l'état de projet dans le cadre des négociations sur le partenariat transatlantique

« responsabilité sociale des entreprises », sans pour autant occulter la problématique du respect des droits humains qui accompagne la démarche de responsabilité sociétale des entreprises. Relevons par ailleurs que, pour d'autres auteurs, « entre social et sociétal la RSE oscille » (Teyssié, 2021, p. 30) ; la responsabilité sociétale de l'entreprise est alors un volet à part entière de la RSE qui « renvoie à la responsabilité de l'entreprise à l'égard de l'ensemble de la société » (Teyssié, 2021, p. 31). Le prisme très large retenu pour la responsabilité *sociétale* de l'entreprise recoupe alors la définition très compréhensive de la responsabilité sociale esquissée par la Commission européenne, sur laquelle nous reviendrons.

4. *United States-Chile Free Trade Agreement*, entré en vigueur le 1er janvier 2004, [https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text].
5. À distinguer des accords de libre-échange approfondis et complets (ALEAC) qui sont des accords d'association au sens de l'article 217 TFUE.
6. Article 196, § 2, d) de l'accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOCE* L 289, 30 octobre 2008, p. 1. Cet accord pionnier a aussi pour particularité notable de s'intéresser au « comportement des investisseurs » (article 72) et d'inviter les Parties à s'assurer « que les investisseurs agissent conformément aux normes fondamentales du travail, comme le requiert la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998 » (article 72, b).
7. Par exemple, l'article 367 de l'accord d'association entre l'UE et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldavie, d'autre part, *JOUE* L 260, 30 août 2014, p. 4.
8. Par exemple, l'article 13.11.4 de l'accord de libre-échange entre l'UE et la République de Singapour, *JOUE* L 294, 14 novembre 2019, p. 1, et l'article 13.10 de l'accord de libre-échange entre l'UE et la République socialiste du Viêt Nam, *JOUE* L 186, 12 juin 2020, p. 3.

de commerce et d'investissement[9]. Le contenu des dispositions spécifiques sur la RSE a été renforcé dans les derniers accords de libre-échange (ALE) conclus par l'Union avec un engagement clair des Parties à promouvoir la RSE en référence à des instruments internationaux reconnus en la matière (Commission, 2018, p. 6). Certes, ces accords offrent aux entreprises des gains commerciaux importants à travers un accès facilité aux marchés étrangers. Toutefois, cette approche libre-échangiste ne se suffit plus à elle-même ; « les accords commerciaux négociés par l'Union sont en réalité autre chose que de simples accords d'ouverture des marchés et s'imposent peu à peu comme des mécanismes de régulation des échanges internationaux » (Hervé, 2020).

Suivant l'article 207, § 1 TFUE, l'Union a l'obligation de mener sa politique commerciale commune « dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union », parmi lesquels se distingue l'objectif de développement durable qui surplombe toute l'architecture des accords de commerce aujourd'hui[10]. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a d'ailleurs clarifié la signification du volet social de l'objectif de développement durable de l'Europe, « lequel est notamment fondé sur une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein-emploi et au progrès social[11] ».

Dans ce cadre défini par le droit primaire, l'Union ambitionne de proposer à ses partenaires commerciaux une approche globale du commerce et du développement durable qui présente des points de contact importants avec la RSE qui est « entendue comme déclinaison de la démarche de développement durable par l'entreprise » (Martin-Chenut, Quenaudon, 2016, p. 4). La présence de clauses spécifiquement dédiées à la RSE s'affirme dans les accords de commerce récemment finalisés par l'Union et ses États membres avec des pays tiers privilégiés, notamment issus des Amériques (le Canada, la Colombie et le Pérou) et du continent asiatique (la République de Corée, le Japon, le Viêt Nam, Singapour). La trame des accords externes de l'Union présente, comme motifs récurrents, des chapitres intitulés en général « commerce et développement durable » (CDD), dont la finalité est de promouvoir le développement durable, en favorisant des aspects liés au commerce et à l'investissement, dans les domaines de l'environnement et du travail. Il ressort de la jurisprudence de la CJUE que le développement durable fait partie intégrante des objectifs des relations commerciales entre l'Union et les pays tiers parties aux accords[12]. Le lien spécifique que présentent les chapitres CDD avec les échanges commerciaux justifie, selon la Cour, l'exercice par l'Union de sa compétence exclusive au titre de la politique commerciale commune[13].

9. *EU textual proposal tabled for discussion with the United States*, rendue public le 6 novembre 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf].
10. Voir en particulier le libellé de l'article 21, § 2, d) du Traité sur l'Union européenne (TUE), qui évoque le soutien du « développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté ».
11. CJUE, 21 décembre 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, point 76.
12. CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15, *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour*, ECLI:EU:C:2017:376, point 147.
13. Selon l'avis 2/15 de la Cour, précit., point 166, le chapitre « Commerce et développement durable » de l'accord de libre-échange UE-Singapour a « pour objet non pas de réglementer les niveaux de protection sociale et environnementale

Toutefois, l'incorporation récente au sein des chapitres CDD de clauses spécifiques sur la RSE soulève la question, à la réponse incertaine, de la mobilisation éventuelle de compétences partagées – par l'Union et les États membres – puisque ces clauses manifestent une extension non négligeable du champ d'application matériel des chapitres CDD.

À l'instar du droit du commerce international, il est aussi remarquable que le droit international des investissements tende également à prendre en considération la RSE. Les clauses RSE se multiplient également en effet au sein des traités bilatéraux d'investissement[14], à l'initiative de certains États influents, comme le Canada, l'Inde ou le Brésil. Les traités d'investissement renferment des « clauses indirectes » se rapportant à la RSE, en ce sens que ces clauses « envisagent que la RSE doi[ve] être organisée de manière spontanée par les sociétés transnationales ou par le droit de l'État, principalement d'accueil » (Dubin, 2018, p. 867). Mais il est rare que de telles clauses adressent directement aux investisseurs des obligations concernant la protection des droits de l'homme ou l'interdiction de la corruption.

Les institutions de l'Union européenne se sont saisies tardivement des enjeux liés à la RSE, en comparaison de la publication, dès 1976, par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de ses principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (Hachez, 2016). La première initiative européenne témoignant de l'attention portée à la RSE s'est matérialisée dans l'adoption, en janvier 1995, par la Commission et les représentants de vingt firmes d'une déclaration européenne des entreprises contre l'exclusion sociale[15]. L'inclusion de dispositions sur la RSE dans les accords de libre-échange a découlé de la stratégie plus large afférente à la RSE déterminée puis affinée par la Commission, à partir de 2001, dans ses communications (Commission, 2001, 2002, 2006). Si le concept même de RSE est par essence controversé et flou, l'approche de la Commission a pu s'adosser aux travaux de plusieurs organisations internationales qui lui ont conféré une légitimité certaine. La Commission a affirmé l'intention ambitieuse de l'Union de devenir un « pôle d'excellence en matière de RSE » présentée comme « un aspect du modèle social européen » (Commission, 2006). Dans le sillage du courant de pensée volontariste, la RSE a été définie par les premières communications de la Commission comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (Commission, 2001, 2002).

sur le territoire respectif des Parties, mais de régir les échanges commerciaux en subordonnant la libéralisation de ceux-ci à la condition que les Parties respectent leurs obligations internationales en matière de protection sociale des travailleurs et de protection de l'environnement ».

14. Actuellement, plus de 3 300 accords bilatéraux d'investissement sont appliqués par des arbitres *ad hoc* auxquels s'ajoutent plus de 300 chapitres d'investissement insérés dans des traités bilatéraux et régionaux de libre-échange (CNUCED, 2017).

15. La déclaration fut adoptée le 10 janvier 1995 à Bruxelles par le commissaire en charge de l'emploi et des affaires sociales (Padraig Flynn), le président de la Commission (Jacques Delors) et les responsables de vingt grandes entreprises européennes (Volkswagen, Bayer, Accord, Philips, Sodeho, Shell, etc). Voir le communiqué de presse de la Commission du 12 mai 1995, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_95_478].

L'inflation du nombre et de la variété des risques couverts potentiellement par une politique de RSE au sein des entreprises interroge les contours extrêmement mouvants de la notion même de RSE. Parmi les thématiques diverses couvertes traditionnellement par la RSE – l'environnement, les droits de l'homme, la prévention de la corruption et la lutte contre la fraude, les achats responsables et durables – les droits des travailleurs et les standards sociaux s'appliquant à la main-d'œuvre occupent une place de choix. Le Parlement européen considère d'ailleurs la RSE comme un vecteur juridique précieux afin de mieux protéger les droits des travailleurs. L'Assemblée s'est montrée un ardent promoteur de l'intégration de clauses RSE, avec un accent particulier placé sur le travail, dans les accords de commerce et d'investissement (Parlement européen, 2010a, 2011, 2013, 2016). À présent, les accords de commerce conclus par l'Union européenne et ses États membres font ressortir des points de rencontre fructueux entre la RSE et le domaine du travail. Toutefois, les croisements de la RSE et du travail dans ces accords sont envisagés avec prudence par l'Union européenne, qui dispose d'une importante marge de progression pour penser ensemble RSE et travail dans les actes conventionnels qu'elle modèle. Ce texte analysera d'abord la substance, trop évanescente, des clauses RSE intégrées dans les accords de libre-échange négociés par l'Union et ses États membres (1) avant d'apprécier leur effectivité, encore très relative (2).

1. La substance encore évanescente des clauses RSE intégrées dans les accords de libre-échange

Le contenu des clauses RSE dans les accords externes de l'Union peut s'apprécier à l'aune de leur positionnement ambigu au sein de l'architecture plus globale de ces accords (1.1) et de la mobilisation hésitante de cadres stratégiques, jugés pertinents, pour encourager l'adoption des bonnes pratiques de RSE (1.2).

1.1. Le positionnement ambigu de la RSE au sein des accords de libre-échange

Plusieurs motifs peuvent expliquer le caractère équivoque des clauses RSE dans les accords de libre-échange : la difficulté de définir en propre ce que recouvre la RSE (1.1.1) et le défaut d'articulation entre la RSE et les chapitres sur le travail et les investissements au sein de ces accords (1.1.2).

1.1.1. La difficulté de définir en propre la substance de la RSE

L'absence de frontières de la notion de RSE a été abondamment mise en avant par les détracteurs de l'ouvrage pionnier écrit par Howard Bowen (Preston, Post, Sachs, 2002). La définition de ce que recouvre la RSE est *de facto* empirique et source de controverses. À l'origine, la Commission a défini la RSE comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (Commission, 2001). Dix ans plus tard, la Commission a précisé que la RSE visait « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »

(Commission, 2011). Aucun consensus n'a pu se dégager, au sein des directions générales (DG) compétentes de la Commission, sur les modalités optimales de développement de la RSE des entreprises européennes. L'approche de la DG GROW (Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et petites moyennes entreprises) consistant à favoriser l'autorégulation des entreprises en subventionnant les initiatives de création de chartes et codes de conduites d'entreprises, s'est finalement imposée sur le positionnement de la DG EMPL (Emploi, affaires sociales et inclusion) consistant davantage à mettre en valeur les actions des syndicats et des organisations non gouvernementales (ONG) en la matière (Chassagnard-Pinet, Delalieux, 2013, p. 93-94 ; Schutter, 2008). La DG TRADE (Commerce) s'est par la suite invitée dans ces discussions interservices en proposant une lecture libre-échangiste de la RSE, perçue comme un outil de régulation en faveur d'un commerce et d'investissements responsables à l'échelle internationale.

Dans ses communications, la Commission présente la RSE comme une démarche d'essence volontaire, ce qui est conceptuellement inexact (Trébulle, 2004). La démarche RSE fait coexister, en son sein, le respect par les entreprises de normes impératives et leur adhésion à des normes volontaires[16]. Cette composition duale de la RSE permet d'appréhender la tendance, prégnante dans les États membres, à traduire ses standards et principes de *soft law* dans des actes législatifs de portée contraignante. Des instruments onusiens insistent d'ailleurs sur « la possibilité d'adopter des normes de RSE existantes dans le cadre d'initiatives réglementaires, transformant ainsi des normes volontaires en exigences obligatoires » (CNUCED, 2015, p. 35). La démarche RSE intègre deux corps distincts de règles qui tendent à la prise en considération des impacts sociaux et environnementaux de l'activité des entreprises : d'une part, des règles légales impératives qui sont issues de la réglementation des États (et éventuellement des accords collectifs négociés entre partenaires sociaux) ; d'autre part, des règles volontaires adoptées par les entreprises. Les acteurs syndicaux et issus de la société civile militent d'ailleurs pour que la RSE ne se limite pas, dans le cadre juridique de l'Union, à des initiatives volontaires insuffisantes pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux des travailleurs dans les pays dotés d'une économie émergente (Hachez, 2016). Les initiatives volontaires en matière de RSE se trouvent, de plus en plus, incorporées dans le cadre normatif de législations contraignantes à l'adresse des entreprises. Cette approche s'est en particulier matérialisée dans les États membres en droit des sociétés et en droit bancaire. En droit de l'Union s'illustre la directive n° 2014/95/UE relative à la publication par les entreprises d'informations non financières qui se rapportent notamment aux incidences de leurs activités relatives aux questions sociales, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption[17]. La démarche RSE a rejailli,

16. Selon F.-G. Trébulle (2004, p. 565), « cette distinction est interne à la RSE ; elle en est constitutive et ne peut être utilisée pour en délimiter les frontières ».

17. Directive n° 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive n° 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* L 330, 15 novembre 2014, p. 1. Toutefois, si une entreprise ne dispose pas de politique RSE, sa déclaration non financière pourra se contenter de comprendre « une explication claire et motivée des raisons le justifiant » (article 19bis, § 1, al. 2 de la directive n° 2014/95/UE, précit.). Des problèmes quant à l'efficacité de la directive n° 2014/95/UE ont été relevés, de nombreuses entreprises ne

également, dans la création d'instruments financiers qui peuvent promouvoir des caractéristiques environnementales ou sociales, à la faveur de la réglementation applicable aux acteurs des marchés financiers et aux conseillers financiers. Le règlement n° 2019/2088/UE a établi des règles harmonisées relatives à la transparence en matière de durabilité – qui peut avoir une dimension sociale – dans le secteur des services financiers[18].

Le processus de dérégulation inhérent aux initiatives de la RSE se trouve donc désormais confronté à l'avènement paradoxal d'une législation propre à son objet (Banketas, 2004, p. 325), laquelle se concrétise surtout, en droit de l'Union, par des obligations de *reporting* extra-financier. Dans ses documents de travail les plus récents sur la RSE, la Commission dresse d'ailleurs un état des lieux des réalisations de l'Union qui reposent sur une approche hybride. Son inventaire mélange, de façon hétéroclite, tant des principes de bonne conduite volontaires que des instruments juridiques contraignants (Commission, 2019, p. 2). La RSE renvoie à une forme de droit à la fabrique inédite (Malecki, 2014, p. 270 et suiv.) ; les consécrations normatives de la RSE « relèvent tantôt du droit dur, tantôt du droit mou, tantôt de la *very hard law* » (Malecki, 2015, p. 1). En matière de RSE, les interactions potentielles entre le droit mou et le droit dur peuvent s'avérer complexes, et la valeur des normes, difficile à extraire en raison du manque de capacité de contrôle ou de leur comparabilité limitée (CNUCED, 2015, p. 49).

Selon les points abordés, la RSE renvoie, d'une part, à des standards, établis *a posteriori* et ajustés dans leur contenu à la survenance de faits et, d'autre part, à des règles, vecteurs d'énoncés normatifs élaborés *ex ante* qui doivent anticiper toutes les applications particulières des comportements des sujets de droit[19]. Ces standards et ces règles trouvent leur point d'ancrage dans des matières très diverses. En général, les domaines de la RSE couvrent *a minima* – dans les accords conclus par l'Union – les droits de l'homme, les pratiques en matière de travail et d'emploi, les questions environnementales et la lutte contre la fraude et la corruption. Les traductions normatives de la RSE reflètent l'hétérogénéité des thématiques abordées et des prescriptions qui en découlent. Cependant, il n'apparaît pas raisonnable de prétendre couvrir, dans les relations conventionnelles, l'ensemble des domaines avec le même degré de vigilance, car « cette pratique peut alimenter la perception que la clause RSE se réduit à une démarche de compliance » (Affectio Mutandi, EcoVadis, 2018, p. 21).

publiant pas à ce jour d'informations significatives sur tous les sujets majeurs liés à la durabilité, y compris les informations liées au climat. La comparabilité et la fiabilité limitées des informations en matière de durabilité soulèvent également des difficultés majeures que les institutions de l'Union entendent résoudre avec l'adoption de la directive n° 2022/2464/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement n° 2014/537/UE et les directives n° 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *JOUE* L 322, 16 décembre 2022, p. 15.

18. Voir la définition très large de l'investissement durable à l'article 2 du règlement n° 2019/2088/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, *JOUE* L 317, 9 décembre 2019, p. 1.

19. Sur la distinction entre règles et standards étudiée par la doctrine américaine, voir notamment : Kaplow, 1992 ; Sullivan, 1992 ; Casey, Niblott, 2020.

Concernant la matière du travail, les principes essentiels de la RSE se déclinent sous la forme d'une liste assez resserrée, constituée à titre principal de la liberté d'association et de la reconnaissance effective du droit à la négociation collective, l'élimination de toutes les formes de travail forcé, l'abolition du travail des enfants, la suppression des discriminations dans le cadre de l'emploi, l'encouragement de la formation du capital humain et le respect des réglementations locales en matière de santé et de sécurité au travail. Cet inventaire fait ressortir la proximité des standards et règles de la RSE avec les normes fondamentales du travail protégées au niveau international dont la substance est déjà amplement relayée dans les accords de libre-échange conclus par l'Union et ses États membres (Michéa, 2018).

1.1.2. L'articulation insuffisante entre les clauses RSE et les chapitres des accords afférents au travail et aux investissements

Au sein des accords, la distinction entre les clauses RSE entendues *stricto sensu* et les dispositions relatives au travail est une opération délicate à conduire[20]. Suivant l'approche retenue par l'Organisation internationale du travail (OIT) qui fait autorité sur le sujet, la RSE renvoie aux initiatives volontaires, menées par les entreprises, faisant partie intégrante de leur gestion et les enjoignant d'aller au-delà de leurs obligations légales (OIT, 2009a ; OIT, 2016a), par opposition aux chapitres dédiés dans les accords de commerce au développement durable, dominés quant à eux par une approche strictement interétatique des engagements juridiques contractés en la matière. Le chevauchement des deux corps de règles dans les mêmes chapitres des accords, ainsi que leur assujettissement à des mécanismes institutionnels identiques rendent assez artificiel ce *distinguo* qui domine dans les travaux notamment publiés par l'OIT (Peels *et al.*, 2016). Les thématiques communes dont se saisissent, en parallèle dans les accords, les clauses RSE et les stipulations évoquant les normes et accords multilatéraux dans le domaine du travail peuvent induire d'ailleurs des recoupements matériels incommodes et sources d'interrogations. Par exemple, on peut déduire de l'interprétation fournie par la CJUE dans son avis 2/15 que des exigences emblématiques de la démarche RSE, comme l'interdiction du travail forcé ou la prohibition du travail des enfants, se trouvent indubitablement attirées dans le giron de la politique commerciale commune (PCC)[21]. Le tropisme commercial retenu pour de tels marqueurs de la RSE s'avère déroutant et discutable, même si les dispositions conventionnelles en cause ont pour seul objet de rappeler aux Parties des obligations internationales préexistantes en matière de travail.

À la faveur de la nouvelle approche prônée par la Commission qui consiste à cibler des priorités pour chaque pays partenaire commercial de l'Union en rapport avec les chapitres « Commerce et développement durable » (Commission, 2018), le risque a pu être identifié que les initiatives RSE

20. Ne sera pas évoqué, dans ce contexte, le standard de la clause dite « droits de l'homme », par exemple l'article 2.1 de l'accord de partenariat stratégique signé le 30 octobre 2016 entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5368-2016-REV-2/en/pdf], qui, de l'avis majoritaire de la doctrine (par exemple, Bartels, 2017), possède une valeur purement politique.

21. CJUE, 16 mai 2017, avis 2/15, précit.

soient privilégiées par rapport au respect des standards du travail (Harrison *et al.*, 2018, p. 648). La lecture du chapitre « Commerce et développement durable » de l'accord UE-Viêt Nam peut illustrer la réalisation de ce risque. Dans cet accord dont le contenu marque une régression très nette dans le domaine du travail, la faiblesse normative des dispositions portant sur les normes et accords multilatéraux en matière de travail ne peut être compensée par la multiplicité des occurrences, dans le même chapitre, à l'intérêt pour les Parties d'adopter une démarche RSE. Si l'article 13.4 de l'accord réaffirme la détermination des Parties à respecter des principes relatifs aux droits fondamentaux au travail tels que la liberté d'association et le droit de négociation collective, le Viêt Nam est seulement invité à « déplo[yer] des efforts continus et soutenus en vue de ratifier, dans la mesure où cela n'a pas encore été fait, les conventions fondamentales de l'OIT[22] ». L'article 13.2 de l'accord reconnaît au Viêt Nam, dès les premières dispositions du chapitre CDD de l'accord, le droit d'établir son propre niveau de protection interne dans le domaine social. La promotion de la RSE dans les accords ne doit donc pas s'opérer au détriment de l'effectivité des clauses dédiées au travail. La Commission défend toutefois la pertinence de cette approche incitative de la défense des droits fondamentaux du travail ; sur la seule année 2019, Hanoï a ainsi ratifié l'emblématique convention n° 89 de l'OIT sur la négociation collective, évoqué le projet d'une éradication par étapes du travail des enfants et adopté un code du travail révisé (Commission, 2020a, p. 28).

Les accords devraient envisager une articulation plus harmonieuse des clauses RSE et des dispositions consacrées au travail et jouer sur leur complémentarité et leur synergie. Les dispositions en matière de RSE d'un accord, quel que soit leur contenu matériel exact, doivent venir compléter et renforcer la portée des clauses relatives aux normes et accords multilatéraux en matière de travail, comme le préconisent les modèles de chapitres sur le travail issus de la sphère académique qui ont été publiés[23] (Stoll, Gött, Abel, 2020). Le croisement des thèmes propres à la RSE et de ceux, plus vastes, qui relèvent du droit du travail domestique des partenaires commerciaux, peut s'avérer fertile à différents titres. D'abord, il permet de contourner l'hostilité manifeste de nombreux États à l'affirmation d'instruments contraignants en matière de RSE (Jacur, 2018, p. 466). Ensuite, la démarche RSE prend un relief particulier pour les entreprises multinationales intervenant dans des pays à l'économie émergente où les atteintes aux droits des travailleurs sont systémiques. En effet, la RSE suggère un cadre d'analyse particulier qui complète l'approche centrée, au sein des chapitres CDD des accords, sur la relation d'emploi classique entre employeurs et salariés. Les exigences RSE sont particulièrement indiquées pour étudier les chaînes d'approvisionnement au niveau international, en posant des standards et des normes à l'égard des filiales, sous-traitants et autres fournisseurs dont les pratiques sont déterminantes pour les travailleurs. L'adhésion à une démarche RSE au sein des groupes multinationaux permet alors de tracer le respect de règles sociales par l'entreprise dans toutes ses ramifications et ses réseaux d'affaires, en introduisant une certaine juridicité dans ces dimensions transnationales (Mazuyer, 2010). L'approche de l'Union, centrée traditionnellement sur la protection d'un noyau dur

22. Article 13.4, § 3, a) de l'accord UE-Viêt Nam, précit.

23. Voir l'article X.18 sur la RSE et la conduite responsable des affaires extrait du modèle de chapitre sur le travail proposé par Stoll, Gött et Abel (2020).

de droits fondamentaux des travailleurs, néglige l'attention à porter à certains paramètres sociaux, comme un temps de travail déraisonnable, le caractère informel de la rémunération, qui peuvent alerter sur une dégradation grave des conditions de travail de la main-d'œuvre, nombreuse, mise au service des industries d'exportation de pays tiers (Smith *et al.*, 2018).

La présentation différenciée, au sein des accords, des standards de la RSE et des garanties normatives afférentes aux droits des travailleurs devrait être abandonnée par l'Union. En s'inspirant des principes de la RSE, l'Union pourrait réfléchir à la manière d'enrichir le corpus matériel des dispositions conventionnelles dédiées au travail, en évoquant des thématiques sociales plus diverses que ce que recouvre le noyau dur des normes fondamentales du travail reconnues par l'OIT. Dans l'accord économique et commercial global (AECG[24]) dont le volet social reflète un modèle avancé d'ALE (Michéa, 2017), les dispositions plus étoffées en matière de travail sur la santé et la sécurité des travailleurs ne sont mises en perspective ni avec la RSE ni avec le chapitre sur la protection des investissements[25].

Dans le sillage de travaux conduits en ce sens par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED, 2015), les institutions de l'Union devraient réfléchir à la convergence nécessaire du cadre conceptuel et stratégique de la RSE mobilisé de façon parallèle et différencié dans les accords de commerce et d'investissement. Du fait de l'extension thématique du contenu des ALE conclus par l'Union et ses États membres, la cohérence de l'action extérieure de l'Union conduit à confronter les chapitres relatifs à la protection des investissements à l'objectif plus global du développement durable qui étaye toute l'architecture conventionnelle des accords de nouvelle génération (Schacherer, 2017). Les engagements RSE ne devraient pas être positionnés exclusivement dans les chapitres CDD des accords de commerce de l'Union mais rayonner bien au-delà de leur source, en particulier en envisageant des interconnexions avec la partie des accords relative aux investissements (Gött, 2019). En effet, les investissements directs étrangers sont à la source de nombreuses violations des droits humains et des droits des travailleurs, en particulier dans des pays dits à faible gouvernance qui sont des cibles privilégiées des investisseurs étrangers. En adoptant une disposition dédiée à la RSE des investisseurs, les Parties pourraient souligner que les investisseurs sont respectueux de normes et principes de la RSE dont le contenu serait détaillé dans les chapitres CDD des accords[26]. Les investisseurs s'engageraient à intégrer dans leurs politiques internes les principes volontaires de RSE internationalement reconnus qui ont été approuvés par les Parties à l'accord. Certains États ont entrepris la démarche intéressante de décorréler les enjeux liés à la RSE des chapitres relatifs au travail dans leurs accords. Ainsi, le Canada inclut dans les chapitres « Investissement » de ces accords de commerce des clauses RSE portant sur la thématique

24. Accord économique et commercial global (AECG) signé le 30 octobre 2016 entre le Canada, d'une part, et l'UE et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 11, 14 janvier 2017, p. 23.

25. Comme l'ont relevé Harrison *et al.* (2018, p. 647), l'AECG « *does not come with appropriate provisions to ensure that its regulatory content, e.g. in the area of investor protection or regulatory cooperation, does not adversely affect labour standards* ».

26. Voir le modèle proposé à l'article [# #] intitulé « *CSR of investors* » (Stoll, Gött, Abel, 2020).

du travail et non dans les chapitres dédiés au travail de ceux-ci[27]. Pour l'heure, les accords de l'Union demeurent très en retrait sur les interactions souhaitables entre RSE et droit des investissements. Par exemple, l'article 16.5 de l'accord de partenariat économique UE-Japon tente de placer les enjeux de RSE à l'interface des politiques commerciales et d'investissement, dans une disposition inoffensive intitulée « Commerce et investissement favorisant le développement durable[28] ». L'introduction de standards et règles de RSE s'imposant aux investisseurs, sous peine de ne pas pouvoir se prévaloir de la protection des investissements accordée par les traités, est pourtant un levier d'action prometteur, mais largement inexploité par l'Union (Hachez, 2014). La pratique conventionnelle impliquant l'Union européenne est trop souvent à géométrie très variable, selon l'influence de l'État tiers. Ainsi, la place symbolique de la clause RSE au début de la section « Investissement et développement durable » de l'accord global sur les investissements UE-Chine est frappée d'ambiguïté et peut tout aussi bien traduire le fait que la Chine, État d'origine ou d'accueil des investisseurs étrangers, envisage la RSE comme relevant de sa compétence nationale[29].

Par comparaison, certains modèles d'accords d'investissement récemment élaborés disposent d'une clause RSE qui requiert des investisseurs qu'ils s'efforcent d'incorporer volontairement les standards internationalement reconnus de la RSE dans leurs pratiques et leurs politiques internes[30]. Même si la formulation incantatoire de telles clauses ne permet pas d'envisager leur caractère directement exécutoire, les principes de la RSE référencés pourraient faciliter l'émergence de demandes reconventionnelles émanant des États hôtes des investissements (Nanteuil, 2018). Certains domaines d'activités sensibles pour les droits des travailleurs pourraient être ciblés, par exemple celui de l'industrie extractive qui représente une part considérable des opérations d'investissement. En outre, certaines clauses RSE issues de traités bilatéraux d'investissement (*Bilateral Investment Treaty* [BIT]), d'un contenu très dense, s'insèrent dans des chapitres novateurs spécialement dédiés aux responsabilités et devoirs des

27. Voir pour illustration l'article 9.17, consacré à la RSE, au sein du chapitre 9 sur les investissements de l'accord de libre-échange Canada-Panama entré en vigueur le 1er avril 2013, [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/fta-ale/background-contexte.aspx?lang=eng] ; l'article 810 de l'accord de libre-échange Canada-Pérou entré en vigueur le 1er août 2009, [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/fta-ale/background-contexte.aspx?lang=eng] ; l'article 14.17 du nouvel accord Canada-États-Unis-Mexique (CUSMA) entré en vigueur le 1er septembre 2020, disposition située dans le chapitre « Investissement », [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/index.aspx?lang=eng].
28. Accord entre l'UE et le Japon pour un partenariat économique signé le 17 juillet 2018, *JOUE* L 330, 27 décembre 2018, p. 3.
29. Au sein de la section « Investissement et développement durable » de l'accord global sur les investissements (AGI) UE-Chine signé le 30 décembre 2020, l'article 2 sur la RSE est suivi d'un article 4 (« *Review of sustainability impacts* ») qui souligne que « les Parties reconnaissent l'importance d'examiner, de surveiller et d'évaluer l'impact de la mise en œuvre du présent accord sur le développement durable par le biais de *leurs processus et institutions respectifs* » (traduction libre, nous soulignons).
30. Voir par exemple l'article 12, intitulé « Responsabilité sociale d'entreprise », du modèle d'accord bilatéral d'investissement approuvé par le gouvernement indien le 18 décembre 2015, [https://investmentpolicy.unctad.org].

investisseurs[31]. La combinaison des dispositions innovantes de certains traités pourrait ouvrir des perspectives stimulantes pour envisager une effectivité juridique des principes de la RSE en droit international des investissements. En amont de la réalisation des investissements, un BIT peut prévoir que les États d'accueil aient le droit de demander à un investisseur potentiel, ou à son État d'origine, des informations sur son historique en matière de gouvernance d'entreprise et sur ses pratiques en tant qu'investisseur[32]. Une fois l'investissement réalisé, des obligations peuvent être posées à la charge des investisseurs : l'obligation d'agir conformément aux normes fondamentales du travail après leur installation dans l'État d'accueil[33] et l'obligation de ne pas gérer ou exploiter les investissements d'une manière qui contournerait les obligations internationales, en matière de travail notamment, auxquelles l'État hôte et l'État d'origine sont parties[34]. Les tribunaux arbitraux sont restés assez sibyllins sur la portée des formules exhortatives liées à la RSE au sein des accords d'investissement[35]. Mais se dégage progressivement un mouvement conventionnel, probablement irréversible, tendant à affirmer des obligations à la charge des investisseurs en matière de droits de l'homme (Titi, 2019).

Le contenu variable, voire instable, des clauses RSE au sein des accords de libre-échange conclus par l'Union et les États membres s'explique également par le renvoi à des sources de la RSE qui se singularisent par leur hétérogénéité.

1.2. La mobilisation hésitante par l'Union de cadres stratégiques favorables à l'adoption de pratiques de RSE

Les sources de la RSE sont par nature foisonnantes, embrassant lignes directrices, standards de gouvernance, standards de management ou encore initiatives de *reporting* (UNEP, 2011, p. 17). La typologie des standards de la RSE s'avère déroutante car les catégories de standards sont

31. Voir pour un exemple emblématique l'article 12 (« *Corporate social responsability* ») du Traité bilatéral d'investissement (*Bilateral Investment Treaty*, BIT) Brésil-Inde signé le 25 janvier 2020, non encore entré en vigueur, [https://investmentpolicy.unctad.org], qui présente une liste très étoffée de principes et normes volontaires pour une conduite responsable des affaires, au sein de la partie III du traité relatif aux obligations ou responsabilités de l'investisseur.
32. Par exemple, l'article 21 (« *Access to investor information* ») de l'accord de promotion et de protection d'investissement réciproque signé le 3 décembre 2016 entre le gouvernement du royaume du Maroc et le gouvernement de la République fédérale du Nigeria, non encore entré en vigueur, [https://investmentpolicy.unctad.org].
33. Par exemple, l'article 18 (« *Post establishment obligations* ») de l'accord de promotion et de protection d'investissement réciproque signé entre le gouvernement du royaume du Maroc et le gouvernement de la République fédérale du Nigeria, précit. L'article 18 de ce même accord est suivi, dans un enchaînement logique intéressant, d'un article 19 dédié à la gouvernance et aux pratiques d'entreprises, puis d'un article 20 consacré à la responsabilité de l'investisseur.
34. Voir, par exemple, l'article 18, § 4 de l'accord de promotion et de protection d'investissement réciproque signé entre le gouvernement du royaume du Maroc et le gouvernement de la République fédérale du Nigeria, précit.
35. *Urbaser SA (Urbaser) et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CABB) c/ Argentine, CIRDI*, ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, § 1195 : « *International law accepts corporate social responsability as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce.* »

plurielles (Aseeva, 2019). Se côtoient, dans la sphère *business-to-business,* les standards établis par des associations d'entreprises ou d'industries, les standards privés créés par des sociétés particulières et les standards élaborés par des organismes indépendants de normalisation. Mais les firmes transnationales sont émettrices, de plus en plus, de standards RSE *business-to-consumer*, destinés à répondre aux attentes du consommateur. La prolifération des initiatives relatives à la RSE peut conduire à des standards de référence éclatés et à une interprétation divergente des normes proposées aux entreprises[36]. La RSE recouvre, dans les accords européens, un maquis de principes et de normes de comportement qui ne sont pas explicités dans les dispositions conventionnelles. Il est rare que les accords définissent avec précision les instruments qui serviront de référents en matière de RSE (Peels et *al.*, 2016, p. 19), lesquels se distinguent tant par leur diversité que par la variété des enceintes internationales qui les ont vus naître.

En effet, les principes et orientations reconnus au niveau international ont essaimé dans des enceintes internationales multiples. Peuvent être mentionnés, en particulier, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (OCDE, 2001a), les dix principes définis dans le Pacte mondial (*Global Compact*) de l'Organisation des Nations unies (ONU)[37], la déclaration de principes tripartites de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale (OIT, 1998), les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (UNHCDH, 2011), la norme sur la responsabilité sociétale des organisations ISO 26000[38]. Si les accords nord-américains se contentent d'une référence générale aux standards internationaux pertinents relevant de la RSE (Jacur, 2018, p. 471), les ALE auxquels l'Union participe opèrent par renvoi allusif aux travaux des grandes fabriques de normes RSE sur le plan mondial : l'OIT, l'ONU, l'OCDE et l'association de droit privé l'ISO. Par exemple, l'ALE conclu entre l'Union et le Viêt Nam précise l'identité des instruments pertinents reconnus sur le plan international que les Parties ont approuvés ou soutiennent[39]. En général, les accords ne suggèrent aucune hiérarchie entre les divers instruments d'orientation de la RSE et respectent de la sorte l'autonomie du mouvement d'autorégulation porté par les entreprises pour discipliner leurs activités internationales[40].

36. Sur l'assemblage d'instruments internationaux de la RSE interprétant la responsabilité des entreprises à l'égard des droits de l'homme, qui s'apparente à « une polyphonie », voir Partiti (2021).

37. Les principes du Pacte mondial de l'ONU ont été approuvés par l'Assemblée générale : résolution 62/211, *Towards global partnership*, § 9 (2007) et résolution 64/223, *Towards global partnership*, § 13 (2009), voir le site dédié au Pacte mondial, [https://www.unglobalcompact.org/].

38. Voir le site Internet de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), [https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html] : « ISO 26000 contient des lignes directrices et non des exigences. Elle ne se prête donc pas à la certification, contrairement à d'autres normes très connues de l'ISO. Elle permet en revanche de clarifier la notion de responsabilité sociétale, d'aider les entreprises et les organisations à traduire les principes en actes concrets, et de faire connaître les meilleures pratiques en matière de responsabilité sociétale, dans le monde entier ».

39. Article 13.10, § 2, e) de l'ALE UE-Viêt Nam, précit.

40. Par exemple, l'article 422 de l'accord d'association entre l'UE et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part, signé les 21 mars et 27 juin 2014, *JOUE* L 161 du 29 mai 2014, p. 3 : « Les Parties promeuvent la responsabilité sociale et l'obligation de rendre compte des entreprises et encouragent les pratiques commerciales responsables, notamment celles préconisées par le Pacte mondial des entreprises de 2000 des Nations unies, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises

Considérant les chevauchements thématiques découlant des instruments de la RSE qui peuvent obéir à des agendas politiques différents, la Commission privilégie « une approche holistique et intégrée » de la RSE (Commission, 2019, p. 5). Les conclusions du Conseil mêlent également, sans souci de rigueur, tous les instruments pertinents vecteurs de la RSE[41].

Toutefois, certains instruments sont plus sollicités que d'autres dans les accords. En premier lieu, l'Union a été particulièrement active dans l'encouragement des États membres pour la mise en œuvre des 31 principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et des plans d'action nationaux, adoptés en juin 2011 à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies (Commission, 2015 ; Hachez, 2016). Ces principes directeurs des Nations unies se démarquent par la richesse des obligations incombant aux États et des orientations à dimension sociale à l'adresse des entreprises qui peuvent s'y soumettre par la voie contractuelle (Teyssié, 2021). L'adoption des tels principes directeurs a représenté un événement majeur en matière de RSE car ce texte a complété le champ classique de la RSE (social, environnemental, gouvernance) en mettant l'accent sur le respect des droits humains.

En second lieu, l'OIT travaille en étroite collaboration avec la Commission sur un large éventail de thèmes liés au travail qui sont en partie rattachés à la RSE (Commission, 2019, p. 46). À cet égard, la Déclaration de l'OIT de 1998 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable est très souvent référencée dans les accords. Cet instrument consensuel exclut toute obligation à la charge des Parties de se conformer à des conventions non ratifiées par leurs autorités compétentes[42] mais crée un mécanisme de suivi qui intègre un *reporting* annuel concernant les conventions non ratifiées et une coopération technique. Au sein des ALE comportant un titre dédié aux « normes et accords multilatéraux » en matière de travail, les Parties sont seulement invités à ratifier les huit conventions fondamentales de l'OIT prioritaires ou mises à jour, avec un suivi qui repose sur l'institution, par les Parties, de groupes consultatifs internes (GCI) dont parfois, dans certains accords, les émanations ont vocation à se réunir dans le cadre d'un Forum de la société civile (Meunier, 2021). La Déclaration de l'OIT, instrument de *soft law* incontournable, fixe un socle irréductible de normes fondamentales du travail alors même que l'exercice de la liberté syndicale est particulièrement menacé ou affaibli dans certains pays ayant tissé des relations commerciales pourtant approfondies avec l'Union[43].

multinationales et la politique sociale de 1977, telle que modifiée en 2006, de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi que les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de 1976, tels que modifiés en 2000, de l'OCDE ».

41. Par exemple, les conclusions du Conseil, *Conclusions on business and human rights*, adoptées le 20 juin 2016, 10254/16.

42. L'article 19.5, e) de la Constitution de l'OIT précise que « si une convention n'obtient pas l'assentiment de l'autorité [...] dans la compétence desquelles rentre la matière, le Membre ne sera soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'il devra faire rapport au directeur général du Bureau international du travail [...] en exposant quelles difficultés empêchent ou retardent la ratification d'une [telle] convention ».

43. Ainsi, la loi coréenne sur la liberté syndicale de 1998 exclut certaines catégories de travailleurs du droit de se syndiquer.

En troisième lieu, parmi les référentiels internationaux de la RSE reconnus par l'Union, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, adoptés en 1976 par les États membres de l'organisation, jouent un rôle croissant comme support de la RSE et possèdent une dimension sociale forte, même s'ils promeuvent une analyse économique de l'entreprise (Daugareilh, 2008). Les ALE négociés par l'Union mettent souvent un accent particulier sur les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[44] qui présentent l'avantage de disposer d'un mécanisme de règlement des litiges. Les 49 États qui adhèrent aux principes directeurs ont en effet l'obligation de créer des points de contact nationaux (PCN). Par ce biais, l'OCDE a mis en place un mécanisme de conciliation original permettant de traiter les manquements allégués aux principes directeurs imputables à une entreprise, sans passer par une procédure judiciaire (Svoboda, 2020). Les entreprises, les syndicats, les ONG et le public en général peuvent faire appel à ce processus d'arbitrage[45] ; le PCN assume d'abord une mission de bons offices pouvant conduire à une résolution amiable du différend, puis, en cas de désaccord persistant entre les Parties, le PCN est appelé à rédiger un rapport formulant des recommandations. Organisateur d'un Forum mondial sur la conduite responsable des entreprises, l'OCDE se positionne, de plus en plus, comme organisation internationale chef de file sur les enjeux de RSE. Le renvoi à la production de l'OCDE pourrait être plus poussé dans les accords externes de l'Union. En effet, les lignes directrices de l'OCDE ont adopté l'emblématique concept de diligence raisonnable et l'ont appliqué aux droits de l'homme[46].

En dernier lieu, si la stratégie de la Commission en matière de RSE repose pour l'essentiel sur des instruments émanant d'organisations internationales, elle n'ignore pas pour autant l'ISO, ce forum mondial qui a acquis une place de choix dans le marché de l'harmonisation des initiatives privées volontaires relatives aux responsabilités sociétales (Carreira Da Cruz, 2014). En concordance avec « la nouvelle approche » esquissée par le Conseil en matière d'harmonisation technique et de normalisation européenne (Conseil des ministres, 1985), les clauses RSE font désormais des références récurrentes aux lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale de 2011 appelées « ISO 26000 ». Ce standard ISO a identifié sept questions centrales de responsabilité sociétale et, sur la question des relations et conditions de travail, les spécifications de l'ISO 26000 vont plus loin que celles d'autres standards internationaux de RSE (Martin-Chenut, Quenaudon, 2016, p. 5). Au sein des accords, la place de l'ISO 26000 est remarquable, puisqu'il est « mis sur un pied d'égalité avec les instruments d'organismes intergouvernementaux traitant des questions sociétales des transactions commerciales transfrontières » (Aseeva,

44. Voir, par exemple, le préambule de l'AECG, précit. ; l'article 231, c) de l'accord d'association entre l'UE et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie d'autre part, signé le 27 juin 2014, *JOUE* L 261, 30 août 2014, p. 4 ; l'article 16.5, e) de l'accord entre l'UE et le Japon pour un partenariat économique, signé le 17 juillet 2018, *JOUE* L 330, 27 décembre 2018, p. 3.

45. Au cours des vingt dernières années (2000-2020), plus de 500 affaires concernant des problèmes survenus dans plus de 100 pays et territoires ont été traitées par les points de contact nationaux.

46. En 2018, l'OCDE a publié un guide général et transversal consacré au devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises qui délivre aux entreprises un cadre de compréhension commun des procédures et de la terminologie applicable sur le sujet.

2019, p. 60). Les lignes directrices ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale, qui ne sont pas destinées seulement aux entreprises mais plus largement aux « organisations », publiques et privées, ont été mises en œuvre, à partir des années 1990, par les économies émergentes et sont souvent relayées dans la conduite des politiques publiques des États.

Le renvoi dans un ALE à des standards précis de la RSE applicables dans les relations entre les Parties est une démarche en elle-même intéressante, car ces standards constituent *a minima* des outils complétant les éléments de contexte à la disposition du juge aux fins de l'interprétation du traité[47]. Ils sont par ailleurs de nature à influencer le raisonnement juridique des panels d'experts appelés à intervenir dans les chapitres CDD des accords (Jacur, 2018, p. 476). Un raisonnement assez similaire pourrait être tenu à propos de l'interprétation par les arbitres d'un accord bilatéral d'investissement dans lequel figurerait une clause RSE révélant l'intention de l'État d'origine de renforcer la responsabilité sociale des investisseurs. Standard classique que l'on peut déduire d'une clause RSE, l'obligation de vigilance raisonnable – consistant pour la société transnationale à tout mettre en œuvre afin de ne pas contrevenir aux droits de l'homme – pourrait, à l'occasion d'un arbitrage d'investissement, permettre aux arbitres de s'appuyer sur certains principes généraux du droit comme la bonne foi ou la confiance légitime pour mieux encadrer le champ des attentes légitimes des investisseurs (Chiussi, 2019).

La signification et la portée des références à la RSE dans les accords de libre-échange ayant été précisées, il convient d'examiner le degré d'effectivité juridique des clauses dédiées à la RSE qui y figurent. Les accords de dernière génération élaborés par l'Union, ses États membres et leurs partenaires de commerce, font alors apparaître une quête d'effectivité de ces clauses qui n'a pas encore pleinement abouti.

2. À la recherche de l'effectivité des clauses RSE au sein des accords de libre-échange

À leur niveau, les États doivent endosser une responsabilité politique dans la promotion des standards et principes de la RSE (Steurer, 2010). Mais la montée en puissance des clauses RSE dans les accords de commerce contribue aussi à ériger les entreprises multinationales en acteurs, émergents mais incontournables, de la réalisation du droit international du travail (Daugareilh, 2005 ; Sachs, 2020). Les accords de libre-échange conclus par l'Union et ses États membres mettent donc en relief l'importance d'une promotion de la RSE portée tant par les États membres que par les entreprises qui intègrent la responsabilité sociale dans leurs stratégies managériales. Ainsi, l'effectivité des clauses RSE au sein des ALE repose sur la mise au point de mécanismes – distincts mais complémentaires – impliquant directement les États parties (1) et, d'une manière médiate, les entreprises (2).

47. Article 31, § 3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

2.1. Les mécanismes directs impliquant les États parties au soutien de l'effectivité des clauses RSE

Les instruments de la RSE sont devenus des éléments importants et distinctifs des politiques publiques conduites par de nombreux pays émergents[48]. Au sein des accords de commerce de l'Union, les engagements RSE pris par les Parties vont connaître une traduction juridique protéiforme et fluctuante, suivant l'angle d'analyse retenu. L'effectivité des clauses RSE dans les accords va dépendre, en premier lieu, de la capacité des Parties à réaliser des activités de coopération et de surveillance visées dans ces accords, en impliquant de façon originale les travailleurs et la société civile (2.1.1). En second lieu, le contrôle du respect par les partenaires commerciaux de leurs engagements en matière de travail – et en particulier de RSE – devient une préoccupation de plus en plus centrale dans les réflexions de la Commission (2.1.2). En troisième lieu, l'engagement en matière de RSE des Parties peut prendre la forme d'une obligation qui leur est opposable de promouvoir le commerce de biens soumis à des régimes obéissant à la RSE (2.1.3).

2.1.1. L'enrôlement des travailleurs et de la société civile dans la réalisation des activités de coopération et de surveillance découlant de la mise en œuvre des accords

Les ALE négociés par l'Union se réfèrent à des activités de coopération conjointes entre les partenaires commerciaux, lesquels s'efforcent d'encourager les entreprises à adopter volontairement des initiatives de responsabilité sociale sur les questions de travail. Les accords nord-américains épousent la même impulsion[49], en poussant parfois plus avant le degré de coopération attendu des Parties. Ainsi, l'annexe du chapitre sur le travail de l'accord conclu entre les États-Unis et le Pérou de 2009 établit un mécanisme de coopération et de renforcement des capacités dans le domaine du travail (*Labor Cooperation and Capacity Building Mechanism*)[50]. L'échange d'informations et la diffusion des meilleures pratiques constituent les modalités de coopération qui ont

48. Par exemple, l'*India's Companies Act* adopté en 2013 oblige les entreprises à établir un comité RSE et à développer une politique à cet égard et à consacrer un pourcentage annuel de leurs profits à des activités en accord avec une politique de RSE.

49. Voir l'article 197 de l'accord de partenariat transpacifique global et compréhensif (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement*, CPTPP) signé par onze pays (Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Pérou, Nouvelle-Zélande, Singapour et Viêt Nam). La Commission du CPTPP a accepté, le 2 juin 2021, de débuter officiellement les négociations d'adhésion avec le Royaume-Uni. Tham et Ewing (2020, p. 167) qualifient ce type de disposition de « *liquid soft obligations* », d'engagements de type case à cocher (« *tick box commitments* »). Ces auteurs soulignent que des États comme l'Australie ou le Canada nourrissent la conviction (erronée) que leurs législations domestiques sont d'emblée conformes avec les prescriptions du chapitre « Travail » de l'accord de partenariat transpacifique.

50. Article 2, o) de l'annexe 17.6 de l'accord de libre-échange *United States-Peru Free Trade Agreement* (PTPA), [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file73_9496.pdf] : « *Regional cooperation activities on labor issues, may include, but need not be limited to [...] dissemination of information and promotion of best labor practices, including corporate social responsability, that enhance competitiveness and worker welfare.* »

la préférence des États parties[51]. Parfois, un accord exhorte les Parties à approfondir plus précisément leur coopération « en ce qui concerne le respect, la mise en œuvre, le suivi et la diffusion des lignes directrices et principes adoptés au niveau international[52] ». La Commission peut aussi lancer des projets d'assistance technique pour promouvoir la RSE[53]. Les accords de dernière génération reconnaissent explicitement que les initiatives volontaires peuvent contribuer à la réalisation de niveaux élevés de protection du travail et compléter les mesures internes résultant des législations et réglementations adoptées par les États membres de l'Union et par les États tiers[54]. Toutefois, cette consécration a une portée toute relative ; en effet, les mesures de promotion de la RSE par les partenaires commerciaux ne doivent pas être appliquées « d'une manière qui constituerait, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties, soit une restriction déguisée du commerce[55] ».

Les activités de coopération relevant du champ de la RSE sont supervisées par des comités spécialisés qui assurent la mise en œuvre des chapitres CDD des différents accords. Rien n'interdit donc à ces comités, conçus comme des forums permettant des interactions directes entre experts de chaque Partie, de se saisir de tout sujet en lien avec la RSE, et ce d'autant plus que les pouvoirs exercés par ces comités sont en grande partie « indéterminés » (Castellarin, 2019, p. 210). Leur nature informelle ne leur confère aucune personnalité juridique propre. Outre l'existence de ces comités, dont le champ d'intervention s'avère très vaste, peut être relevée l'instauration de mécanismes d'association des parties prenantes, notamment des partenaires sociaux, dans le but d'assurer une mise en œuvre satisfaisante des accords de commerce conclus par l'Union et ses États membres (OIT, 2016b). Une telle approche, en concordance avec les travaux théoriques relatifs à la RSE qui mettent l'accent sur l'importance des « parties prenantes » extérieures à la sphère de l'entreprise, se reflète dans les accords de commerce récemment négociés par l'Union avec l'Amérique centrale, la Colombie et le Pérou, la Moldavie, la Géorgie ou encore Singapour. Tous ces actes conventionnels recèlent la particularité d'ouvrir des perspectives de collaboration entre les Parties reposant sur les échanges entre les sociétés civiles européennes et de l'État tiers. Intégrées dans la société civile, les organisations représentant les travailleurs sont impliquées dans les dispositifs institutionnels, fournis par les ALE, afin d'accroître les activités de coopération en matière de RSE et d'assurer un *monitoring* du comportement des entreprises multinationales.

51. Par exemple, article 231, e) de l'accord d'association UE-Géorgie, précit. ; article 196 de l'accord CE-Cariforum, précit.
52. Article 16.2, e) de l'accord UE-Japon pour un partenariat économique, précit.
53. La Commission a ainsi lancé un projet nouveau d'assistance technique en 2019 pour l'Amérique latine afin de promouvoir la RSE, en partenariat avec l'OCDE, l'OIT et l'Office des Nations unies du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (Commission, 2020a, p. 21).
54. Par exemple l'article 13.10, d) de l'accord UE-Viêt Nam, précit.
55. Article 13.10, § 2, e) de l'accord UE-Viêt Nam, précit. Cette observation vaut de manière générale pour la matière sociale. Voir, par exemple, l'article 16.2, § 3 de l'accord UE-Japon, précit. : « Les Parties s'abstiennent d'utiliser leurs dispositions législatives et réglementaires respectives en matière d'environnement et de travail d'une manière susceptible de constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable contre l'autre partie, ou une restriction déguisée au commerce international. »

Suivant une architecture conventionnelle très sophistiquée, par exemple avec la Moldavie, la Géorgie ou l'Ukraine, la société civile des Parties bénéficie d'une double représentation, l'une dans le volet politique des accords qui prévoit une plateforme de société civile, et l'autre dans le volet commercial desdits accords avec l'institution d'un groupe consultatif interne (GCI, *Domestic Advisory Group* [DAG]). La création des GCI n'est toutefois pas systématisée dans les accords conclus par l'Union[56]. Le Comité économique et social européen (CESE) assiste les GCI par l'intermédiaire de ses membres et de son secrétariat et tient à maintenir, à l'avenir, sa représentation en leur sein (CESE, 2019). L'exemple de l'ALE conclu avec la Corée montre que les enjeux liés à la RSE ont vocation à être abordés dans le cadre de ces enceintes consultatives dédoublées. Les deux GCI sur le développement durable (environnement et travail), établis respectivement par les Parties européenne et coréenne, ont identifié la RSE comme un thème majeur relevant de leurs activités et un domaine potentiel de coopération technique[57] (CESE, 2014). Les travaux du Forum de la société civile UE-Corée du Sud, dans le cadre duquel les deux groupes consultatifs se rencontrent lors de réunions conjointes, ont également permis de débattre de la mise en œuvre des instruments internationaux de la RSE.

Selon les souhaits de la Commission, le champ des compétences consultatives des GCI, dont les activités, avis et recommandations étaient à l'origine cantonnés aux chapitres CDD, pourra à l'avenir couvrir la mise en œuvre des accords dans leur ensemble[58] (Commission, 2018, p. 6). Cette perspective d'implication accrue des représentants des travailleurs et plus largement du public s'avère intéressante et en adéquation avec les sources théoriques de l'objet RSE[59]. Mais, d'une part, cette évolution ne résout pas les défauts pointés dans la conception même des GCI, en particulier l'imprécision de leur mandat, les incertitudes quant à la représentativité de leurs membres et la contribution ambivalente du CESE au sein de ces groupes (Westlake, 2017). D'autre part, ces nouvelles structures – les GCI dont les travaux sont encore balbutiants – coexistent de façon ambiguë avec un dialogue structuré préexistant, institué en 1998 par la DG TRADE, pour

56. Voir l'accord de partenariat entre l'UE et les pays de la Communauté de développement d'Afrique australe (South African Development Community, SADC), signé le 10 juin 2016, *JOUE* L 250, 16 septembre 2016, p. 3, certains pays de la SADC ayant refusé l'insertion de dispositions sur la société civile dans l'accord.

57. À la demande de la Partie coréenne, un atelier a été par exemple organisé en février 2017 sur les plans d'action nationaux en matière de RSE, les entreprises et les droits de l'homme, et des points de contact nationaux ont été établis suivant les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

58. Les premiers accords potentiellement concernés par cet élargissement du champ d'action des DAG sont l'accord de libre-échange signé le 4 mai 2020 entre l'UE et le Mexique, dont le contenu est accessible sur le site de la DG TRADE, [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement_en], et le nouveau projet d'accord UE-Mercosur, [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en]. Un accord politique des Parties était intervenu le 28 juin 2019 sur ce projet d'accord au contenu très controversé. Élu le 30 octobre 2022, le nouveau président du Brésil, Lula, a d'ores et déjà indiqué expressément son souhait d'amender le contenu de ce projet.

59. Comme le soulignait dans son ouvrage précurseur le Pr Bowen (1953, p. 138), « Clairement, si le concept de la responsabilité sociale doit devenir une force dans notre société, le public doit acquérir des positions arrêtées au sujet des activités de l'entreprise, et doit développer un ensemble de standards généralement acceptés ou de règles que les hommes d'affaires sont supposés respecter. »

échanger avec « les parties intéressées » de la société civile européenne et des pays tiers[60]. Ce canevas complexe caractérisé par l'existence d'un double canal d'informations à la disposition de la Commission ne garantit pas, pour l'instant, la conduite d'investigations poussées en cas de préoccupations relatives à la réglementation du travail dans un pays tiers partenaire[61]. Des modèles plus avancés d'établissement des faits en matière de travail ont été mis en place au Canada[62] ou aux États-Unis[63]. De façon générale, le rôle des syndicats en lien avec la RSE est encore à ce stade très discret ; cette thématique fuyante et protéiforme soulève un problème de positionnement des organisations syndicales, « avec le risque de devoir choisir entre l'intérêt des salariés et celui des autres parties prenantes de l'entreprise » (Laugée, 2019, p. 68).

Il serait intéressant que les accords européens s'inspirent des mécanismes instaurés pour la mise en œuvre de certains ALE nord-américains. Ainsi, le Canada et la République de Colombie ont signé un accord original concernant les rapports annuels sur les droits de la personne et le libre-échange qui exige que chaque Partie produise un rapport annuel détaillé sur les mesures prises dans le cadre de l'accord et leur incidence sur les droits de la personne au Canada et en Colombie[64]. Ces rapports très fouillés mettent en évidence les différents volets de la stratégie RSE du Canada, par exemple concernant les industries extractives très présentes en Colombie[65]. Les procédures d'auto-évaluation dérivées de ce type d'accord pourraient utilement compléter les mécanismes consultatifs existants dans le canevas des accords de l'Union qui dépendent fortement de la capacité des organisations de la société civile à se saisir des principes de la RSE. Dans ses rapports sur la mise en œuvre des ALE, la Commission n'inclut aucune analyse ciblée sur les enjeux de la RSE, bien qu'elle souligne son action continue en faveur de la création de « conditions

60. Voir le site dédié [https://trade.ec.europa.eu/dialogue/]. Sur « l'approche duale » de la DG TRADE concernant les structures représentatives de la société civile européenne et des pays tiers, voir Westlake (2017, p. 8).
61. Certaines infractions aux dispositions du chapitre CDD signalées par un GCI n'ont pas été traitées rapidement (CESE, 2019, point 4.9)
62. Par exemple, l'accord de coopération Canada-Colombie de 2017 en matière de travail (*Agreement on Labour Cooperation*) complétant l'accord de libre-échange entre les deux États, a donné lieu à un plan d'action (2018-2021) agréé par les deux Parties, après soumission en mai 2016 d'une communication publique au Bureau administratif national du Canada (BAC) par le Congrès du travail du Canada et cinq organisations syndicales colombiennes. Le plan d'action comprend une feuille de route précise d'engagements à respecter par les autorités colombiennes, tels que la suppression d'instruments juridiques portant atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs (pactes collectifs, contrats syndicaux, sous-traitance, etc.), le renforcement de l'application de la législation du travail, la communication sur les efforts déployés pour promouvoir la liberté d'association et la libre négociation collective. Voir le contenu du plan d'action, [https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/labour-relations/international/agreements/colombia-action-plan.html].
63. Aux États-Unis, le ministère du Travail (US Department of Labor) reçoit et examine les plaintes déposées par les organisations intéressées qui estiment qu'un partenaire commercial ne respecte pas les engagements pris en matière de travail. Voir les sept plaintes instruites à ce jour concernant le Pérou, le Mexique, le Honduras, le Bahreïn, la Colombie, la République dominicaine et le Guatemala, [https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/fta-submissions].
64. *Agreement concerning annual reports on human rights and free trade between Canada and the Republic of Colombia*, accord signé le 27 mai 2010, [https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105278].
65. Voir les rapports annuels établis par le Canada qui contiennent des sections substantielles sur la stratégie RSE du gouvernement canadien, [https://www.canadainternational.gc.ca/colombia-colombie/bilateral_relations_bilaterales/hrft-co_2012-dple.aspx?lang=eng].

permettant aux entreprises de jouer un rôle plus actif pour que le commerce et la durabilité aillent de pair, en promouvant des pratiques commerciales responsables » (Commission, 2020a, p. 29).

2.1.2. Le contrôle du respect par les partenaires commerciaux de leurs engagements en matière de travail

À l'instar des autres dispositions sur le travail dans les chapitres CDD, la mise en œuvre des clauses RSE s'appuie, en cas de litige entre les Parties à résoudre, sur l'activation de procédures de consultation, dont l'enchaînement complexe et gradué peut faire intervenir un panel d'experts, le comité intergouvermental spécialisé prévu dans le chapitre CDD et des réunions associant les représentants de la société civile. Le niveau le plus avancé de règlement des différends sur la mise en œuvre des chapitres CDD est l'établissement d'un comité d'experts. Les conflits qui peuvent naître, en matière de travail, entre les partenaires des ALE liant l'Union et ses États membres ne peuvent être résolus par l'activation du mécanisme général de règlement des différends commerciaux. Le récent accord pour un partenariat transpacifique (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* [CPTPP]), signé en mai 2018 par un noyau important d'États tiers avec lesquels l'Union dispose déjà d'ALE (comme le Canada, le Japon, le Chili ou le Pérou), se démarque sur ce point par un choix diamétralement contraire[66]. Les accords du modèle nord-américain font en effet prévaloir, concernant le respect des droits sociaux fondamentaux en cas de différend lié au non-respect de ces normes, les règles et procédures classiques de l'arbitrage commercial (Lebullenger, 2020). À l'inverse, dans les accords externes de l'Union signés avec le Canada ou la Corée du Sud, le règlement des litiges relatifs au travail est confié à des groupes d'experts et non à des groupes spéciaux d'arbitrage. De plus, il est seulement prévu que les Parties « s'efforcent de tenir compte des avis ou recommandations formulés par le groupe d'experts[67] » et que « le rapport du groupe d'experts [soit] mis à la disposition du ou des groupes consultatifs internes des Parties[68] ». Les groupes consultatifs internes des Parties en litige peuvent être consultés, en amont de l'intervention d'un groupe spécial ou d'un groupe d'experts, si les procédures diplomatiques ont échoué à résoudre le différend entre les Parties sur les questions de travail.

Jusqu'à présent, la Commission a fait preuve d'inertie lorsqu'il s'est agi de conduire d'éventuelles investigations susceptibles d'aboutir à des actions de nature commerciale en cas de violations avérées par un État tiers des standards du travail définis dans les ALE (Bronckers, Gruni, 2019, p. 1615 : les auteurs évoquent par exemple l'intervention du médiateur européen saisi, à la suite d'une plainte déposée en 2018 par la Confédération syndicale internationale, d'un cas de mauvaise administration de la Commission, à propos du statut du Bangladesh maintenu sous le

66. Les désaccords relatifs au travail sont résolus en employant la procédure de règlement des différends qui vaut également pour les litiges commerciaux. Voir l'article 28.8, 5) du CPTPP, précit.

67. Voir, par exemple, l'article 13.15, § 2, de l'accord UE-Corée du Sud, précit. Les rapports des groupes d'experts visés dans les ALE de l'UE sont juridiquement dépourvus de force obligatoire, contrairement aux groupes spéciaux d'arbitrage saisis des litiges de nature commerciale.

68. *Ibid.*

régime avantageux du système de préférences généralisées [SPG[69]] en dépit de l'observation de nombreuses violations des normes du travail dans ce pays). La Commission a d'ailleurs tenté de justifier son choix très politique de ne pas envisager pour l'avenir de sanctions compensatrices sur le terrain commercial vis-à-vis des pays tiers qui enfreindraient les dispositions relevant des chapitres CDD des accords (Commission, 2018). Pour la première fois, l'Union a toutefois initié, en 2019, une procédure de règlement des différends à l'encontre de la Corée du Sud concernant la mise en œuvre des droits du travailleur dans cet État tiers. Depuis l'entrée en vigueur de l'accord UE-Corée du Sud en 2012, l'UE n'a cessé d'alerter sur la non-application de l'accord dans sa dimension sociale, en particulier l'absence prolongée de ratification par cet État tiers de quatre conventions fondamentales de l'OIT. La Commission a demandé, en décembre 2018, des consultations gouvernementales. Ces consultations qui se sont déroulées à Séoul le 21 janvier 2019 ayant été infructueuses, un panel d'experts a été institué conformément à l'article 13.15 de l'accord[70]. Le contenu du rapport établi par le groupe d'experts et publié le 21 janvier 2021 s'avère très timoré. Les experts concluent que « l'effort moins qu'optimal de la Corée n'est pas en soi inférieur à la norme juridique énoncée dans la dernière phrase de l'article 13.4.3 de l'accord » (point 292). En outre, « compte tenu des efforts déployés par la Corée [...], le groupe estime que la Corée n'a pas agi de manière incompatible avec la dernière phrase de l'article 13.4.3 de l'accord en ne faisant pas "des efforts continus et soutenus" en vue de la ratification des conventions fondamentales de l'OIT » (point 293, traduction libre de l'auteur). Au-delà de ce cas particulier, la mise en œuvre des chapitres CDD des accords semble affaiblie structurellement par l'absence de conduites d'investigations formelles initiées par la Commission sur les pratiques sociales de certains pays tiers avec lesquels l'Union noue des relations commerciales préférentielles (Bronckers, Gruni, 2019).

La piste d'une procédure effective de plaintes d'origine privée, qui faciliterait la mise à jour d'infractions commises par un partenaire commercial de l'Union en rapport avec les engagements souscrits au titre du chapitre CDD d'un accord, vient d'être explorée par la Commission. L'institution a élaboré un plan d'action visant à améliorer le suivi des engagements souscrits par les pays tiers, en matière de commerce et de développement durable, dans le cadre des ALE (Commission, 2018). Le changement de ton est perceptible dans l'analyse que livre désormais la Commission sur les hypothèses de violations des engagements relevant des chapitres CDD ; l'institution souligne qu'il convient de « surveiller la bonne mise en œuvre et le contrôle effectif du respect des accords commerciaux de l'UE et faciliter le dépôt de plaintes liées aux obstacles à l'accès au marché et aux violations des engagements en matière de commerce et de développement durable par l'intermédiaire du point d'entrée unique » (Commission, 2021).

69. Règlement n° 978/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement n° 732/2008/CE du Conseil (« règlement SPG »), *JOUE* L 303, 31 octobre 2012, p. 1.

70. Panel of Experts proceeding constituted under article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, *Report of the Panel of Experts*, publié le 21 janvier 2021, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159358.pdf].

D'abord, la création en 2020 d'un poste de Chief Trade Enforcement Officer (CTEO) aux côtés du commissaire européen chargé du Commerce est une première réponse, certes timorée, au constat de la nécessité de renforcer l'application des engagements en matière de développement durable figurant dans les ALE, notamment en ce qui concerne l'agenda climatique et les droits du travail[71]. Ensuite, la Commission souhaite s'inspirer des mécanismes de plaintes préexistants dans le règlement n° 2015/1843/UE sur les barrières commerciales (*Trade Barriers Regulation* [TBR][72]) pour instaurer un système de point d'entrée unique (*Single Entry Point*), appelé à devenir le réceptacle, à la DG TRADE, de deux types de plaintes bien distinctes. Sont visées, d'une part, la voie « classique », préexistante, des plaintes relatives à des obstacles au commerce entravant l'accès aux marchés de pays tiers et, d'autre part, la voie nouvelle des plaintes qui seront fondées à l'avenir sur le non-respect par un pays tiers des engagements souscrits au titre des chapitres CDD d'un accord de libre-échange ou au titre des systèmes de préférences généralisées pour les pays tiers qui en sont bénéficiaires[73]. La Commission souhaite donc compléter le mécanisme issu du TBR pour se saisir, de sa propre initiative, des infractions éventuelles à des engagements relatifs aux chapitres CDD des accords[74]. Selon ce nouveau système, les plaintes recueillies par la Commission pourront émaner non seulement des personnes physiques ou morales agissant au nom d'industries ou d'entreprises de l'Union, mais également d'organisations syndicales et d'ONG constituées sur le fondement du droit national (Commission, 2022a). Les procédures d'examen qui seront ouvertes par la Commission pourraient potentiellement aboutir à l'adoption de mesures de politique commerciale (retrait temporaire des concessions commerciales octroyées au pays tiers, instauration de restrictions quantitatives, etc.). Cependant, la prudence de la Commission sur la nature des décisions qu'elle adoptera au terme de ses enquêtes est notable. En effet, « le

71. Le Français Denis Redonnet a été nommé, le 24 juillet 2020, pour occuper cette fonction, sous la supervision du commissaire au Commerce Phil Hogan.
72. Règlement n° 2015/1843/UE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015 arrêtant des procédures de l'UE en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par l'UE des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOUE* L 272, 16 octobre 2015, p. 1.
73. Certains pays tiers bénéficient de préférences tarifaires prévues au titre d'un régime général et d'un régime spécial en faveur des pays les moins avancés « Tout sauf les armes » visés dans le règlement n° 978/2012/UE (« règlement SPG »), précit. Il est prévu par ce règlement SPG que le bénéfice des régimes préférentiels peut être temporairement retiré, en ce qui concerne l'ensemble ou une partie des produits originaires d'un pays bénéficiaire pour violation grave et systématique des principes définis dans les conventions énumérées à l'annexe VIII du règlement SPG, qui s'intéressent notamment aux droits des travailleurs. Pour une application rare d'un retrait par la Commission des préférences commerciales accordées à un pays tiers en raison, entre autres motifs, d'une violation de la liberté syndicale (en l'espèce le blocage des enquêtes portant sur les meurtres de responsables syndicaux perpétrés en 2004 et en 2007 au Cambodge), voir le règlement délégué n° 2020/550/UE de la Commission du 12 février 2020 modifiant les annexes II et IV du règlement n° 978/2012/UE compte tenu du retrait temporaire des régimes visés à l'article 1, § 2 du règlement n° 978/2012/UE en ce qui concerne certains produits originaires du royaume du Cambodge, *JOUE* L 127, 22 avril 2020, p. 1.
74. Selon la Commission (2020b, p. 2), « *To complement the TBR mechanism, the Commission may also decide on its own to initiate investigations with regard to possible infringements of market access or TDS commitments by third countries. This is not something which the Commission has previously done, but lies within its own prerogatives as to how it organises itself* ».

système de priorisation des mesures d'exécution sera dynamique[75] » (Commission, 2022a, p. 5). Le formulaire de plainte relatif au CDD et au SPG exigera des éléments de preuve quant à l'existence avérée d'obstacles au commerce et d'un préjudice en résultant. Il est aussi attendu du plaignant qu'il indique les actions entreprises dans les organisations internationales en lien avec les obstacles au commerce allégués du fait de la violation des dispositions issues de chapitres CDD des accords (Commission, 2022a, p. 3). Cette exigence supplémentaire, propre aux plaintes CDD/SPG, est de nature à complexifier davantage la tâche des partenaires sociaux et des organisations de la société civile désireux de porter à l'attention de la Commission des éléments d'information dans l'hypothèse d'une violation alléguée, par un pays tiers, de dispositions des ALE afférentes à un chapitre CDD.

2.1.3. L'obligation des États de promouvoir le commerce de biens soumis à des régimes gouvernés par la RSE

Un des principes clés de la RSE réside dans la promotion du comportement éthique des entreprises. Logiquement, les accords de commerce font souvent état, désormais, de la décision des Parties de poursuivre leurs efforts pour faciliter et encourager le commerce durable de biens. En ce sens, les clauses RSE peuvent faciliter la promotion du commerce de biens qui sont assujettis à des régimes particuliers, vecteurs des exigences de la RSE. Par exemple, l'accord UE-Corée du Sud prévoit que « les Parties s'efforcent de faciliter et de promouvoir le commerce des marchandises qui contribuent au développement durable, y compris celles qui s'inscrivent dans le cadre de régimes tels que le commerce équitable et éthique et celles qui impliquent la RSE et leur obligation de rendre des comptes[76] ». On peut regretter l'absence de renvoi à des instruments précis de la RSE dans ce type de stipulation. Le droit conventionnel pourrait aller plus loin dans la mise en valeur de mécanismes volontaires d'assurance de la durabilité des produits, tels que les régimes de commerce équitable et éthique (Marx, Brando, Lein, 2017), d'autant plus que les engagements obligeant les Parties à mettre en œuvre ou à favoriser des systèmes de vérification et de certification pour certains produits sensibles peuvent être rattachés, selon l'interprétation délivrée par la CJUE dans son avis 2/15, à la politique commerciale commune et donc relever du champ des compétences exclusives de l'Union au sens de l'article 3, § 1 TFUE[77].

Les accords récents font des références appuyées au développement d'initiatives volontaires axées sur la durabilité des produits : « Chaque Partie encourage, conformément à ses lois ou politiques internes, le développement de ces initiatives, et la participation à ces dernières[78] ». Les

75. Dans ce même document, la Commission précise que : « *While the Commission will seek to address and remove all trade barriers and issues on TSD/GSP compliance, it will be necessary to prioritise in order to obtain swift results and ensure the most efficient use of resources* » (Commission, 2022a, p. 5).

76. Paragraphe 2 de l'article 13.6 de l'accord UE-Corée du Sud, précit.

77. CJUE, 16 mai 2017, avis 2/15, précit., point 160, à propos des engagements des Parties ayant pour objet de lutter contre le commerce du bois et des produits dérivés issus d'une récolte illégale et contre la pêche illicite et non déclarée.

78. Article 13.10, § 2, d) de l'accord UE-Viêt Nam, précit.

termes des accords déclinent la nature « des systèmes volontaires d'assurance de la durabilité[79] » que les partenaires de commerce peuvent promouvoir, « des programmes de commerce équitable et éthique et des labels écologiques[80]. » Les accords restent assez évasifs sur la teneur des initiatives volontaires à soutenir par les Parties, mais ont au moins le mérite de les évoquer[81]. L'accord de commerce UE-Royaume-Uni met l'accent, dans un3e formulation inédite, sur « l'utilité des lignes directrices sectorielles internationales dans le domaine de la RSE et de la conduite responsable des entreprises[82] » et la nécessité d'encourager les travaux en commun à ce sujet.

En outre, les chapitres CDD des accords s'intéressent à la gestion durable des forêts et au commerce des produits forestiers, à la gestion durable des ressources biologiques marines et des produits de l'aquaculture et évoquent, de plus en plus, la nécessité de mettre en avant, pour le commerce de telles marchandises, des systèmes de documentation ou de certification relevant d'une démarche RSE[83]. Si l'on prend pour illustration la thématique centrale du commerce des produits forestiers, les avancées conventionnelles paraissent encore modestes dans les ALE de dernière génération. En effet, la Communauté européenne puis l'Union ont négocié avec certains États tiers des accords de partenariat volontaire (APV) offrant l'assurance que toutes les importations de bois et produit dérivés en provenance des pays tiers ciblés sont produites légalement[84]. Ainsi, dès 2010, la Communauté avait établi avec le Ghana un régime d'autorisation FLEGT (*Forest Law Enforcement Governance and Trade ;* application des réglementations forestières, gouvernance et échanges commerciaux) se référant à une expédition de bois produit légalement dans ce pays tiers[85]. Le Ghana, comme d'autres pays après lui[86], a élaboré une norme légale pour étayer la mise en œuvre de cet accord qui impose aux exploitants forestiers du pays, au moment de la vente ou de l'exploitation du bois, de se conformer à des obligations formulées dans l'APV[87]. De tels systèmes de vérification de la légalité du bois reposent sur une

79. *Ibid.*
80. *Ibid.*
81. Article 16.5, d) de l'accord UE-Japon, précit., selon lequel les Parties « reconnaissent la contribution d'autres initiatives volontaires, y compris du secteur privé, à la durabilité » des marchandises.
82. Article 8.10, § 3 de l'accord de commerce et de coopération entre l'UE et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, *JOUE* L 444, 31 décembre 2020, p. 14.
83. Voir par exemple l'article 13.9, § 2, b) de l'ALE UE-Viêt Nam, précit.
84. Règlement n° 2173/2005/CE du Conseil du 20 décembre 2005 concernant la mise en place d'un régime d'autorisation FLEGT relatif aux importations de bois dans la Communauté européenne, *JOCE* L 347, 30 décembre 2005, p. 1.
85. Accord de partenariat volontaire entre la CE et la République du Ghana concernant l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux de bois et produits dérivés vers la Communauté, *JOCE* L 70, 19 mars 2010, p. 3.
86. Voir, par exemple, l'accord de partenariat volontaire entre l'Union européenne et la République d'Indonésie sur l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux de produits du bois vers l'UE, *JOUE* L 150, 20 mai 2014, p. 252.
87. Annexe II de l'accord de partenariat volontaire entre la CE et la République du Ghana, précit.

démarche de certification, faisant appel aux outils de la RSE, qu'il serait intéressant de généraliser dans tous les accords de commerce de l'Union.

Le règlement relatif à l'application des réglementations forestières, à la gouvernance et aux échanges commerciaux (FLEGT) est devenu une référence en matière de législation ciblée sur les obligations de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement[88]. Mais le règlement n° 2017/821/UE relatif aux minerais originaires de zones de conflit représente, en droit positif, l'instrument sectoriel sans doute le plus abouti de l'Union dans une démarche respectueuse de la RSE[89]. Il a souvent été présenté comme la réplique à la célèbre législation américaine *Dodd-Frank* portant sur le commerce des minerais de conflit, mais il possède par contraste un champ d'application mondial[90]. Ce règlement tend à aller plus loin que la logique traditionnelle de *soft law* de la RSE en imposant une forme de responsabilité contraignante sur les chaînes de valeur. Ce règlement interdit l'exportation vers l'Union de quatre minerais provenant de zones de conflit et leur utilisation par les fonderies et raffineries européennes. Pèse sur les importateurs concernés la contrainte de mettre en place « une chaîne de responsabilité ou un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement[91] ». Le système est fondé sur un processus de mise en conformité et non sur une démarche de sanction (Aseeva, 2019, p. 75). Les autorités nationales conservent la liberté d'imposer les peines, en particulier des amendes civiles, qu'elles jugent adéquates dans l'hypothèse d'un constat d'infraction par un importateur au règlement. Il serait souhaitable que l'Union envisage une extension du régime juridique ciblé, dans le règlement n° 2017/821/UE, sur l'importation de quatre minerais. Les articles 8.10, § 3 de l'accord de commerce UE-Royaume-Uni et 25.4, § 2, c) de l'AECG disposent que les Parties mettent en œuvre des mesures visant à favoriser l'adoption du guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque et ses suppléments (OCDE, 2016). Ce guide de l'OCDE fournit un cadre d'action adapté au commerce de l'ensemble des minerais et non plus cantonné aux secteurs de l'étain, du tantale, du tungstène et de l'or[92]. L'Union pourrait utilement s'inspirer du référentiel RSE incorporé dans ce guide afin de consolider sa législation relative au commerce international de minerais et d'étendre sa portée matérielle.

88. Règlement n° 2173/2005/CE, précit.

89. Règlement n° 2017/821/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, *JOUE* L 130, 19 mai 2017, p. 1.

90. La loi américaine *Dodd-Frank* ne s'applique, quant à elle, qu'à la République démocratique du Congo et à neuf États africains voisins.

91. Article 4, f) du règlement n° 2017/821/UE, précit. Voir le règlement délégué n° 2019/429/UE de la Commission du 11 janvier 2019 complétant le règlement n° 2017/821/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la méthodologie et les critères à utiliser pour l'évaluation et la certification des mécanismes de devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement en étain, en tantale, en tungstène et en or, *JOUE* L 75, 19 mars 2019, p. 59.

92. Ce guide de l'OCDE fournit des orientations pratiques visant à éviter toute implication des entreprises du secteur des industries extractives dans des conflits et à favoriser des chaînes d'approvisionnement transparentes dans le commerce des minerais.

L'effectivité des clauses RSE présentes dans les accords de commerce ne dépend pas seulement de la capacité mobilisatrice des États parties aux accords. Une attention particulière doit être prêtée aux mécanismes privés, évoqués également dans les accords, qui recherchent l'implication des entreprises au soutien de l'effectivité de ces clauses.

2.2. Les mécanismes médiats impliquant les entreprises au soutien de l'effectivité des clauses RSE

L'intensification des flux commerciaux et la nécessité d'encadrer les conditions d'exercice des activités économiques des firmes transnationales renforcent la nécessité d'instiller, dans les accords de commerce, les préoccupations relatives à la RSE (Rioux, Vaillancourt, 2020). L'absence de personnalité juridique internationale des entreprises demeure un problème structurel auquel se heurte toute tentative de conceptualiser des théories juridiques consistant à les rendre débitrices de règles internationales, en particulier en matière de droits de l'homme (Decaux, 2010 ; SFDI, 2017). Cette perspective classique est en partie renversée par la RSE qui conjugue la voie de l'autorégulation privée et l'usage de la contractualisation, faisant alors des agents économiques les acteurs de l'élaboration et du contrôle de normes sociales et environnementales (Chassagnard-Pinet, Delalieux, 2013). En effet, les travaux académiques sur la RSE ont exposé une vision de l'entreprise placée au cœur d'un réseau de parties prenantes (*stakeholders*) à l'égard duquel celle-ci doit s'efforcer d'équilibrer ou de tempérer les demandes[93]. Les accords de commerce conclus par l'Union peuvent incorporer en leur sein un renvoi à des mécanismes privés venant au soutien de l'effectivité des clauses RSE. Lesdits accords peuvent d'abord promouvoir les vecteurs contractuels de la RSE, ce qui est encore insuffisamment le cas (2.1). Les accords peuvent aussi appréhender utilement la problématique centrale des chaînes d'approvisionnement mondiales à la lumière de la RSE (2.2). Enfin, la piste la plus ambitieuse pour accentuer le contenu et la portée des clauses RSE consisterait à créer, au niveau européen, des obligations de diligence raisonnable des entreprises influentes (2.3).

2.2.1. La promotion nécessaire des vecteurs contractuels de RSE dans les accords externes de l'Union

Les instruments traditionnels déployés par les organisations internationales ne sont pas en capacité d'influer directement sur le comportement des entreprises, bien que celles-ci aient souvent développé des capacités d'action à leur intention[94]. Amendée en dernier lieu en 2017, la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale fournit des orientations explicites, non seulement aux gouvernements des pays du siège et d'accueil des

93. Le concept de *stakeholder* a constitué l'un des fondements théoriques majeurs de la recherche académique réalisée sur la RSE.

94. Par exemple existe le *Helpdesk* du Bureau international du travail, service d'assistance gratuit et confidentiel destiné aux entreprises qui veulent aligner leurs opérations commerciales avec les normes internationales du travail. L'OIT a aussi développé sa capacité d'action en direction des compagnies avec le programme *Better Work*.

entreprises, mais aussi aux entreprises elles-mêmes, sur la politique sociale et les pratiques inclusives, responsables et durables sur le lieu de travail[95]. De même, l'approbation par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme a permis de dépasser le débat doctrinal relatif à l'introuvable personnalité juridique internationale des entreprises (ONU, 2008 ; UNHCDH, 2011 ; Buhmann, 2017 ; Deva, Bilchitz, 2013) ; la structure même des principes organisés en trois piliers (protéger, respecter et réparer) fait coexister l'obligation étatique de protection des droits de l'homme, la responsabilité des entreprises elles-mêmes de respecter ces droits et l'obligation des États et des entreprises de garantir l'effectivité de voies de recours ouvertes aux victimes de violations (Baumann-Pauly, Nolan, 2016).

À l'échelle du commerce international, les ALE conclus par l'Union peuvent encourager les entreprises, par l'entremise des Parties signataires, à développer des mécanismes volontaires de RSE. Or, les standards volontaires de la RSE ont été créés, à la demande des industries, afin d'imposer à toutes les parties prenantes des chaînes de valeur, de façon uniforme, des normes de qualité des produits et services et, de plus en plus aujourd'hui, des normes de qualité des processus de production (Aseeva, 2019). Les principes et standards RSE relayés dans des initiatives privées (*Private Compliance Initiatives,* PCI) établies, le plus souvent, par des firmes multinationales[96], ont un rôle déterminant à jouer pour promouvoir les droits fondamentaux au travail, en particulier les droits collectifs. De façon indirecte, les ALE peuvent donc renforcer le rôle que les firmes multinationales ont à tenir dans la promotion des droits au travail de leurs employés, en particulier en promouvant plus explicitement les vecteurs contractuels de la RSE. Le drame du *Rana Plaza* a mis en lumière l'intérêt de mobiliser davantage les mécanismes de contractualisation de la vigilance des risques environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans les relations d'affaires entre commanditaires et fournisseurs[97]. À cet égard, les contrats sont des outils pertinents afin de diffuser les engagements ESG des entreprises influentes auprès de leurs fournisseurs directs, jusqu'à couvrir toute la chaîne de valeur, en particulier à l'égard des opérateurs intervenant dans des pays à risque (Affectio Mutandi, EcoVadis, 2018). Il est plus délicat de s'assurer que, par effet de cascade, chaque acteur de la chaîne de valeur prenne en compte les exigences ESG établies à la source par l'entreprise donneuse d'ordre. Comme l'a souligné le cadre juridique élaboré par l'ONU, « 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 » (UNHCDH, 2011, Commentaire au principe n° 17). Par essence, le périmètre d'application d'une clause RSE demeure source d'insécurité juridique : l'exercice par le donneur d'ordre

95. [https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--fr/index.htm].

96. La compilation des initiatives effectuée par l'OCDE montre, en effet, que la majorité des codes de conduite relevant d'une démarche RSE était initiée par des firmes individuelles ou des associations fédérant des industries.

97. Voir, par exemple, les récents guides de l'OCDE pour les secteurs de l'habillement et de la chaussure (2017) et le secteur minier (2016).

de sa sphère d'influence est conditionné par de multiples paramètres, par définition fluctuants[98]. En outre, les contrats établis par de grandes firmes donneuses d'ordre, en utilisant le support des PCI, renferment rarement des stipulations spécifiques sur les mécanismes de sanction à mettre en œuvre à l'égard d'un fournisseur ou d'un sous-traitant, en cas de manquement au contenu des normes RSE (OIT, 2016a, p. 47 ; O'Rourke, 2003). De plus, même si les mécanismes privés de certification auxquels adhérent les entreprises sont devenus incontournables, les méthodes de travail des cabinets spécialisés dans l'audit social ne sont pas exemptes de critiques (Power, 2004). Dans le champ de la RSE, les solutions alternatives aux dispositifs privés de certification s'avèrent très complexes à mettre en œuvre[99].

Ces réserves exposées, il découle de la démarche RSE que les entreprises, considérées en tant qu'« organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières » (UNHCDH, 2011, p. 1), doivent s'attacher à prévenir les incidences négatives que pourraient emporter les actions ou abstentions de leurs relations commerciales, voire d'y mettre un terme (UNHCDH, 2011, principe n° 13). Indépendamment de la question de la responsabilisation des entreprises transnationales qui se heurte au principe d'autonomie juridique de leurs filiales et sous-traitants, la promotion dans les ALE d'une démarche RSE utilisant le vecteur du contrat peut avoir un effet indirect notable sur les cocontractants des entreprises qui s'y soumettent. Les fournisseurs et sous-traitants seront incités à relayer dans leurs propres structures la démarche RSE, même si la défaillance d'un partenaire commercial de l'entreprise aux dispositions d'une charte éthique ne peut guère être sanctionnée, dans les faits, que par le non-renouvellement du contrat qui unissait les deux entités (Teyssié, 2021, p. 34). Il est aussi envisageable pour des ONG – témoins de conditions de travail indignes des ouvriers dans des sites de production – d'interpréter le non-respect par de grandes firmes et leurs sociétés mères d'engagements RSE comme des pratiques commerciales trompeuses[100]. Mais l'aboutissement de telles procédures judiciaires s'avère pour l'heure très aléatoire ; des plaintes de ce type ont été classées sans suite par le juge français. Les juridictions semblent à présent davantage disposées à sanctionner le non-respect d'engagements volontaires adoptés par les entreprises, notamment

98. La notion controversée de sphère d'influence de l'entreprise transnationale trouve sa source dans le projet de droit international avorté, *Draft norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, E/CN.4/Sub.2/2003/12. Cette approche de la sphère d'influence, jugée trop imprécise quant aux responsabilités juridiques incombant aux entreprises, a été vigoureusement rejetée par John Ruggie dans le cadre des travaux ultérieurs qu'il a initiés en qualité de représentant spécial du secrétaire général de l'ONU. Sur l'importance de la sphère d'influence au cœur de la RSE, voir Queinnec (2012). Les principes directeurs de l'OCDE et de l'ONU requièrent des entreprises qu'elles exercent leur influence. Puis, l'ISO 26000 et le Pacte mondial des Nations unies ont, chacun à leur mesure, précisé les contours de la sphère d'influence des entreprises dans le domaine de la RSE. Par exemple, selon la norme ISO 26000, le degré d'influence dont dispose le commanditaire peut être impacté par de nombreux paramètres, tels que le volume d'achat, l'historique de la relation, la taille du fournisseur, etc.

99. Ainsi, l'OIT a endossé avec succès, une seule fois, le rôle de contrôleur des conditions de travail dans les usines textiles au Cambodge en pilotant un projet original, *Better Factory Cambodia*, sous l'empire d'un traité signé en 1999 entre les États-Unis et le Cambodge. De telles expériences demeurent cependant très rares.

100. Par exemple, trois associations écologistes ont initié le 2 mars 2022 une action pour pratiques commerciales trompeuses contre la société Total devant le tribunal judiciaire de Paris, au motif que les publicités de l'entreprise promouvaient de fausses informations auprès des consommateurs en relation avec la neutralité carbone.

lorsque ces entreprises « ont pu les intégrer dans le champ contractuel de leurs relations commerciales par le biais notamment de codes de conduite ou autres instruments marqueurs de la politique de l'entreprise en matière de RSE. C'est parfois même la responsabilité pénale de l'entreprise qui peut se trouver engagée » (Russo, Tiberghien, 2022, p. 24).

Il serait souhaitable que les accords de l'Union placent davantage le contrat au centre des stratégies de RSE, en faisant référence aux exigences ESG, appréhendées comme des clauses essentielles des contrats conclus par les donneurs d'ordre, au même titre que les clauses commerciales. Les accords pourraient préconiser l'adjonction aux clauses RSE d'un dispositif d'évaluation des pratiques du fournisseur obéissant à des modalités précises (audits initiaux, audits de suivi, caractère inopiné des contrôles, dispositifs mutualisés, etc.[101]). L'Union pourrait favoriser davantage les vecteurs contractuels de RSE en les imposant à certains de ses partenaires commerciaux dans des industries d'exportation stratégiques pour leur commerce extérieur, où les conditions de travail de la main-d'œuvre doivent faire l'objet d'une vigilance particulière. L'accord de 2018 sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh, succédant à un accord initial adopté en 2013, fournit un exemple intéressant de cadre normatif qu'il serait possible d'exploiter dans le cadre de relations commerciales de l'Union avec certains pays tiers asiatiques[102]. Cet accord se distingue structurellement de la plupart des initiatives antérieures en matière de RSE par la forme juridique qu'il emprunte, à savoir celle d'un contrat exécutoire qui procure des avantages directs aux travailleurs des usines du Bangladesh[103]. En outre, les Parties de cet accord sont, de façon originale, non seulement les acheteurs de textile du monde industrialisé, mais aussi des représentants syndicaux locaux associés à la mise en œuvre effective de cet accord.

2.2.2. La problématique centrale des chaînes d'approvisionnement mondiales à la lumière de la RSE

Souvent contrôlées par des entreprises dominantes installées dans des pays développés, les chaînes d'approvisionnement mondiales (*global supply chains*[104]) représentent 70 % du commerce international (OIT, 2016a). Or, les accords de commerce de l'Union ne sont pas encore

101. L'immeuble du Rana Plaza avait été audité quelques jours avant son effondrement, ce qui a questionné sur la qualité des dispositifs d'audit prévus par les clauses RSE des donneurs d'ordre.

102. *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*, [https://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/the_accord.pdf].

103. Voir Salminen (2018), qui propose une analyse critique comparative des deux modèles de gouvernance de la chaîne d'approvisionnement proposés par deux initiatives, concurrentes en matière de RSE, ayant vu le jour au Bangladesh après le drame de l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza le 23 avril 2013 qui abritait plusieurs usines de confection à Savar, d'une part, l'accord susmentionné et, d'autre part, l'Alliance pour la sécurité des travailleurs au Bangladesh.

104. L'expression « chaînes d'approvisionnement mondiales » désigne, selon l'OIT, « l'organisation transfrontalière des activités nécessaires pour produire des biens ou des services et les acheminer vers les consommateurs par le biais des intrants et des différentes phases de développement, de production et de livraison. Cette définition inclut les investissements directs étrangers réalisés par des entreprises multinationales dans des filiales à part entière ou dans des coentreprises dans lesquelles l'entreprise multinationale est directement responsable de la relation de travail » (OIT, 2016a, p. 1, notre traduction).

appréhendés pour ce qu'ils devraient être, à savoir des outils précieux de régulation commerciale de ces chaînes d'approvisionnement mondiales. Les travaux d'expertise, très documentés à ce sujet, démontrent que les défaillances constatées à tous les niveaux des chaînes de valeur mondiales dans des filières très sensibles, comme le textile, contribuent à une forte dégradation de la protection des droits des travailleurs et de leurs conditions de travail (salaires, temps de travail, sécurité et santé au travail) et touchent en particulier les travailleurs les plus vulnérables (travailleurs à domicile, travailleurs migrants, travailleurs frappés par des conditions d'emploi atypiques). Dans certaines chaînes d'approvisionnement mondiales, le travail des enfants et le travail forcé sont particulièrement présents dans les segments inférieurs de la chaîne (OIT, 2016a). Le phénomène du travail des enfants ne cesse de s'aggraver, comme le constat en a été dressé dans le cadre de la 5e Conférence mondiale sur l'élimination du travail des enfants qui s'est tenue en mai 2022 à Durban[105].

À cet égard, les accords pourraient améliorer les mécanismes de coopération de leurs dispositifs conventionnels en consacrant des normes prohibitives prescrivant notamment l'abolition du travail forcé ou obligatoire dans les chaînes de valeur (Lebullenger, 2020, p. 863). Ces initiatives stimuleraient des mécanismes de traçabilité des produits au titre de la coopération interétatique et de la RSE. Pour l'instant, le contenu des accords de l'Union apparaît très en retrait par rapport aux stipulations d'accords nord-américains qui conviennent d'imposer aux Parties contractantes une obligation de résultat consistant à bannir la commercialisation de marchandises dans la fabrication desquelles interviendrait le travail forcé ou obligatoire, y compris celui des enfants[106]. Contrairement aux États-Unis[107], l'Union n'a par exemple toujours pas adopté de mesures interdisant la commercialisation du coton provenant de la région autonome chinoise du Xinjiang où de nombreux Ouïgours, musulmans turcophones, travaillent de force, internés dans des camps[108]. Le Conseil des ministres de l'Union a seulement imposé, le 22 mars 2021, des sanctions individuelles ciblant certains responsables chinois, par contraste avec l'activisme à ce sujet du Parlement européen. L'Assemblée a en effet adopté, le 9 juin 2022, une résolution très remarquée sur la situation des droits de l'homme au Xinjiang, y compris les fichiers de la police du Xinjiang (Parlement européen, 2022). Cette problématique du travail forcé en Chine a polarisé l'attention au moment

105. Ce constat inquiétant justifie l'appel à l'action de Durban sur l'élimination du travail des enfants, lequel détaille 49 mesures requérant des engagements concrets des États, [https://www.5thchildlabourconf.org/sites/default/files/2022-06/Durban_Call_to_Action_FR_20220607.pdf].

106. Voir l'article 23.6.1 de l'accord Canada-États-Unis-Mexique signé le 30 novembre 2018 et entré en vigueur le 1er juillet 2020 (United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA), [https://ustr.gov/usmca], qui énonce que « chacune des Parties interdit, par les mesures qu'elle estime appropriées, l'importation sur son territoire de produits provenant d'autres sources et issus, en entier ou en partie, du travail forcé ou obligatoire des enfants ».

107. En septembre 2020, la Chambre américaine des représentants a adopté à une écrasante majorité une proposition de loi afin d'interdire les importations provenant de la région du Xinjiang et de bloquer ainsi l'entrée aux États-Unis de produits issus du travail forcé de ce groupe ethnique persécuté. La même démarche a été engagée par le Canada et le Royaume-Uni. Voir Lecot (2021).

108. Le 8 avril 2021, l'ONG Sherpa, le collectif Éthique sur l'étiquette et l'Institut ouïghour d'Europe ont déposé une plainte auprès du tribunal judiciaire de Paris contre quatre groupes d'habillement (Uniqlo France, Inditex, SMCP et Skerckers) qui collaboreraient toujours avec des producteurs de coton du Xinjiang.

même où l'Union est parvenue, le 30 décembre 2020, à un accord avec la Chine sur un traité global relatif aux investissements. La section intitulée « Investissement et développement durable » de ce traité n'impose aucune contrainte juridique aux autorités chinoises quant à la ratification des conventions fondamentales de l'OIT en matière de travail[109]. L'Union n'a pas démontré non plus un grand activisme, ces dernières années, sur le phénomène de très grande ampleur du travail des enfants[110]. Dès 2010, le Parlement européen avait pourtant adopté une résolution demandant l'établissement d'un mécanisme de traçabilité pour les biens produits au moyen du travail forcé ou du travail des enfants dans le but d'interdire leur importation (Parlement européen, 2010b). La DG TRADE de la Commission a opposé une fin de non-recevoir à la requête parlementaire avec des arguments libre-échangistes exposés sans grand souci de la nuance. En particulier, la Commission considère que le problème posé par les pires formes de travail des enfants « n'est que marginalement associé au commerce » (Commission 2013, p. 11) et, en raison de la difficulté à quantifier ce phénomène, « l'établissement d'un mécanisme de traçabilité efficace [à ce sujet] restera probablement une entreprise insaisissable » (Commission, 2013, p. 16). Tout au plus, en coordination avec le Service européen pour l'action extérieure (SEAE), la Commission a rédigé un guide destiné à fournir aux entreprises des conseils afin de lutter contre le risque de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement (Commission, SEAE, 2021). Par contraste, le Parlement néerlandais a adopté en 2019 une loi obligeant les entreprises à identifier la présence du travail des enfants dans leurs chaînes d'approvisionnement et, le cas échéant, à élaborer un plan pour le combattre[111]. La loi néerlandaise prévoit l'infliction possible de sanctions pénales à l'encontre des entreprises contrevenantes et repose sur l'intervention d'un régulateur national compétent pour recueillir les plaintes émanant de victimes, de consommateurs ou d'autres parties prenantes En 2022, la Commission a évolué sensiblement dans son approche, sans doute sous l'influence des travaux conduits par le Parlement européen. À l'occasion d'une communication sur le travail décent dans le monde, la Commission a indiqué vouloir établir un nouvel instrument commercial visant à prohiber la mise sur le marché de l'Union des produits issus du travail forcé, y compris le travail forcé des enfants (Commission, 2022b). L'interdiction horizontale aurait vocation à couvrir les produits nationaux et importés.

Pour l'instant, les accords de commerce les plus récents soulignent *a minima* l'importance pour les Parties d'œuvrer ensemble à la réalisation du programme de l'OIT pour un travail décent dans les chaînes d'approvisionnement[112]. L'accord de commerce UE-Royaume-Uni constitue sous cet angle une avancée en raison d'une disposition substantielle qui marie « commerce et gestion

109. Voir la section IV de l'accord global sur les investissements UE-Chine, sous-section 3 (« Investment and Labour »), précit.

110. L'OIT a publié une étude qui confirme qu'environ 152 millions d'enfants âgés de 5 à 17 ans sont victimes du phénomène du travail des enfants (OIT, 2017).

111. Loi néerlandaise n° 401 du 24 octobre 2019 relative à l'introduction d'un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

112. Voir les § 6 et 8, b) de l'article 8.3 (« Normes et accords multilatéraux en matière de travail ») de l'accord de commerce et de coopération UE-Royaume-Uni, précit.

responsable des chaînes d'approvisionnement[113] ». Outre la reconnaissance de « l'importance d'une gestion responsable des chaînes d'approvisionnement grâce à une conduite responsable des entreprises et à des pratiques de responsabilité sociale des entreprises[114] », chacune des Parties « encourage la RSE et la conduite responsable des entreprises, y compris par l'établissement de cadres stratégiques favorables qui encouragent l'adoption de telles pratiques par les entreprises[115] » et « soutient le respect, la mise en œuvre, le suivi et la diffusion des instruments pertinents[116] » en matière de RSE. Mais, en général, les chapitres CDD ne contiennent pas systématiquement une disposition soulignant, en faisant le lien avec la RSE, l'acuité de la problématique du travail décent des travailleurs au sein des entreprises multinationales, implantées dans de nombreux pays, qui recourent à des chaînes d'approvisionnement complexes. La Commission marque un intérêt soutenu, à présent, à cette problématique (Commission, 2020c). La combinaison conventionnelle des clauses RSE et des chapitres CDD pourrait être utile à cet égard. Le projet de clause RSE envisagé dans le cadre du projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement avec les États-Unis avait pris en considération cette préoccupation de façon explicite : les Parties « conviennent d'encourager l'incorporation de lignes directrices et principes par les entreprises et les investisseurs, notamment en ce qui concerne les chaînes d'approvisionnement mondiales, y compris par l'échange d'informations et de meilleures pratiques[117] ».

Sur le plan budgétaire, c'est seulement en 2018 qu'a émergé le financement de projets, soutenus par l'instrument de partenariat[118] et en collaboration avec l'OIT et l'OCDE, ayant pour objet de concevoir des chaînes d'approvisionnement mondiales en capacité de promouvoir des approches RSE dans les pays asiatiques avec lesquels l'Union commerce (Chine, Japon, Myanmar, Viêt Nam, Thaïlande et les Philippines)[119]. Grâce au levier offert par son budget pluriannuel, l'Union pourrait soutenir des programmes emblématiques de la RSE dans des secteurs industriels particulièrement exposés à des risques d'atteinte aux droits des travailleurs, tels que le programme *Better Work*, créé en 2007 par l'OIT et la Société financière internationale qui vise à l'amélioration des conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement mondiales du textile[120]. La conduite de ce programme, actuellement opérationnel dans 1 700 usines

113. Article 8.10 de l'accord de commerce et de coopération UE-Royaume-Uni, précit.

114. Article 8.10, § 1 de l'accord de commerce UE-Royaume-Uni, précit.

115. Article 8.10, § 2, a) de l'accord de commerce UE-Royaume-Uni, précit.

116. Article 8.10, § 2, b) de l'accord de commerce UE-Royaume-Uni, précit.

117. *EU textual proposal tabled for discussion with the United States*, rendue public le 6 novembre 2015, article 20, § 2 (traduction libre par l'auteur).

118. Règlement n° 234/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument de partenariat pour la coopération avec les pays tiers, *JOUE* L 77, 15 mars 2014, p. 77.

119. Voir la présentation du projet développé en partenariat par l'UE, l'OIT et l'OCDE : *The Responsible Supply Chains in Asia Programme (2017-2020)*, [https://www.ilo.org/asia/projects/rsca/WCMS_734860/lang--en/index.htm].

120. Ce programme reçoit le soutien financier d'États donateurs, comme le ministère des Affaires étrangères et du Commerce de l'Australie, le ministère des Affaires étrangères du Danemark et le ministère du Travail des États-Unis. Ce programme *Better Work* s'est inspiré du modèle fourni par l'accord sur le textile conclu entre les États-Unis et le Cambodge (*US Cambodia Textile Agreement*, UCTA) et mis en œuvre durant la période 1999-2004.

de nombreux pays avec lesquels l'Union a noué des relations commerciales approfondies (Cambodge, Indonésie, Viêt Nam, Jordanie, etc.), pourrait fort bien être promue dans les accords externes de l'Union scellés avec les principaux États tiers producteurs de textile pour le marché européen. Ces programmes sont assortis d'un suivi et de processus de *reporting* qui crédibilisent la démarche RSE dans laquelle s'impliquent les entreprises implantées dans les pays tiers. Du fait du lien esquissé entre des programmes de RSE tels que *Better Work* et des avantages tarifaires octroyés au pays tiers, éventuellement de façon graduelle, dans le contexte d'accords commerciaux, les partenaires de l'Union seraient en outre davantage incités à mettre en œuvre des mesures d'amélioration des chaînes d'approvisionnement (Kolben, 2017, p. 66).

2.2.3. Vers la création d'obligations de diligence raisonnable des entreprises influentes au niveau européen ?

Au-delà des démarches sectorielles engagées jusqu'alors par le législateur européen, le Parlement européen affiche désormais un volontarisme inédit sur un devoir de diligence raisonnable (*due diligence*) incombant aux entreprises en matière de droits de l'homme. Une perspective d'harmonisation partielle des législations nationales à ce sujet a été envisagée en 2021 par la DG Justice et consommateurs de la Commission. Une étude préparée à son intention milite en faveur de l'adoption d'une législation européenne portant sur le devoir de diligence. Cette étude tend à montrer qu'un nombre considérable de lois nationales applique d'ores et déjà des obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement à toutes les entreprises domiciliées dans les États visés, en général étendues aux filiales voire aux fournisseurs (Commission, 2020e, p. 212). Sur le plan judiciaire, la Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé dans un jugement très remarqué l'existence, en *common law* anglaise, d'un devoir de vigilance des sociétés mères permettant d'engager des poursuites afin d'obtenir réparation de préjudices causés par les activités d'une filiale à l'étranger[121].

Par résolution adoptée le 10 mars 2021, le Parlement européen a usé de son droit d'initiative législative à l'adresse du commissaire chargé de la Justice, Didier Reynders, en lui proposant un projet de directive européenne tendant à imposer à certaines sociétés un devoir de vigilance sur l'activité de leur sphère d'influence (Parlement européen, 2021). La résolution parlementaire, adoptée à une très large majorité des députés européens[122], marque un virage majeur ; le Parlement européen revendique l'abandon d'une logique incitative qui avait dominé jusqu'alors dans les rangs du Parti populaire européen et fait état d'une préférence pour la voie d'une réglementation contraignante à la charge des entreprises. Le Parlement européen ne cache pas son insatisfaction concernant la mise en œuvre des instruments existants relevant de la RSE, en soulignant que « les normes volontaires en matière de devoir de vigilance ont des limites et [...] n'ont

121. *Vedanta Resources PLC and anor v. Lungowe v. and ors*, [2019] UKSC 20, jugement du 10 avril 2019, [https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf].

122. Avec 504 voix pour, 79 contre et 112 abstentions lors du vote de la résolution parlementaire.

pas permis de progrès importants en matière de protection des droits de l'homme, de prévention des dommages pour l'environnement et d'accès à la justice ».

La résolution de l'Assemblée est accompagnée d'un ambitieux projet de directive, très inspiré des dispositions de la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre[123]. La proposition de directive entend imposer aux entreprises d'identifier au sein de leur sphère d'influence les activités à risque concernant les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance, de mettre en place une stratégie de vigilance en y associant obligatoirement les parties prenantes[124], puis d'assurer la publicité de cette stratégie. Le devoir de vigilance, tel que dessiné dans la proposition, serait mis en œuvre par des catégories très ouvertes d'entreprises influentes sur leurs chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance. Seraient en effet concernées les grandes entreprises, les petites et moyennes entreprises (PME) cotées en Bourse et les PME opérant dans des secteurs à haut risque, régies tant par le droit d'un État membre de l'Union que par le droit d'un pays tiers et « [non] établies sur le territoire de l'Union lorsqu'elles exercent leurs activités sur le marché intérieur en vendant des marchandises ou en fournissant des services[125] ». Le mécanisme juridique envisagé disposerait donc d'un effet extraterritorial revendiqué par le Parlement européen et de plus en plus prégnant dans les législations étrangères sur le *reporting* extra-financier (Lenoir, 2020).

La proposition de directive n'évite pas certains écueils qui ont pu être reprochés à la loi française sur le devoir de vigilance (Labrousse, Rollin, 2021 ; Brabant, Savourey, 2017). Elle se contente d'évoquer de manière très floue « les incidences négatives potentielles ou réelles sur les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance ». Le renvoi générique aux droits de l'homme recouvre « les droits sociaux, les droits des travailleurs et les droits syndicaux[126] » tels que définis dans une annexe à la directive qui n'est pas communiquée par l'institution. Le périmètre d'application de la directive serait également incertain, dans la mesure où sont visées, concernant les entreprises, « les incidences négatives […] que leurs propres activités, celles de leurs chaînes de valeur et de leurs relations d'affaires pourraient engendrer[127] ». Le texte ne propose pas non plus de normes de références ou de méthodologie particulière relevant de la RSE permettant d'éclairer les entreprises sur la teneur précise des obligations de vigilance qui leur seraient opposables.

123. Loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, 28 mars 2017, texte n° 1.

124. De façon intéressante, l'article 5 du projet de directive garantirait le droit pour les syndicats et les représentants des travailleurs d'être associés à l'élaboration et à la mise en œuvre de la stratégie de vigilance de leur entreprise, contrairement à ce que prévoit la loi française relative au devoir de vigilance qui reste en retrait sur ce point. Des détracteurs du projet de directive perçoivent, dans une telle association, « un système de cogestion [qui] serait instauré pour qu'à côté des organes de direction les "parties prenantes" – c'est-à-dire non seulement les syndicats, mais aussi les ONG – aient leur mot à dire sur la stratégie de vigilance de l'entreprise » (Lenoir, 2021).

125. Article 2 de la proposition de directive sur son champ d'application, précit.

126. Article 3, § 6 de la proposition de directive, précit.

127. Article 1, § 2 de la proposition de directive, précit.

Il est simplement prévu que la Commission établisse ultérieurement des lignes directrices à destination des entreprises pour les guider dans la satisfaction de leur devoir de vigilance[128].

Le constat, à la suite d'une enquête, d'un manquement d'une société à son devoir de vigilance pourrait donner lieu à un cumul inédit de sanctions diverses, dont l'infliction par les autorités nationales d'amendes administratives[129]. Conformément au principe d'administration indirecte, des autorités nationales compétentes seraient désignées pour surveiller l'application de la directive et la Commission animerait un réseau européen d'autorités compétentes en matière de devoir de vigilance[130]. De façon opportune, le Parlement souhaite que les dispositions pertinentes de l'éventuelle directive soient considérées comme des dispositions impératives dérogatoires au sens de l'article 16 du règlement n° 864/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles[131]. Le déploiement de la directive au-delà des frontières européennes offrirait potentiellement une meilleure protection des victimes – d'incidences négatives du comportement social d'entreprises – qui sont souvent insuffisamment protégées par le droit du pays tiers à l'Union dans lequel le préjudice a été occasionné. Une étude du Parlement européen fait également ressortir que la loi locale du pays de survenance du dommage devrait être écartée lorsqu'elle s'avère ne pas offrir aux victimes la même protection que la loi du for (Parlement européen, 2019).

Dans la continuité du cadre juridique horizontal suggéré par le Parlement européen, la Commission a élaboré une proposition relative à une directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, publiée le 23 février 2022, qui s'inspire nettement tant de la proposition initiée par l'Assemblée que des législations française et allemande avant-gardistes en la matière (Commission, 2022c). Indépendamment des incertitudes relatives aux conditions de mise en œuvre du régime de responsabilité civile pesant sur les entreprises – régime qui conditionne l'efficacité de tout le dispositif (Danis-Fatôme, 2022) –, des points clés du cadre horizontal envisagé par la Commission suscitent quelques réserves légitimes et mériteront sans doute réexamen dans le cadre du trilogue et des négociations législatives en cours. En particulier, le texte accorde une importance prééminente aux garanties contractuelles des partenaires commerciaux des entreprises et à la vérification de ces garanties opérée par des tiers. Les entreprises soumises

128. Article 14 de la proposition de directive, précit.

129. Article 18, § 2 de la proposition de directive, précit. : « Les autorités compétentes nationales peuvent en particulier infliger des amendes calculées sur la base du chiffre d'affaires d'une entreprise, exclure temporairement ou définitivement les entreprises des marchés publics, des aides d'État, des régimes d'aide publique, y compris les régimes qui s'appuient sur les organismes de crédit à l'exportation et sur les prêts, et avoir recours à la saisie des marchandises et à d'autres sanctions administratives appropriées. » La sévérité et le cumul des sanctions envisagées dans la proposition interrogent, en particulier à la lumière de la violation de la légalité des délits et des peines retenue par le Conseil constitutionnel qui a censuré les dispositions relatives à l'amende civile, initialement prévues dans la loi française de 2017, en cas de manquement de la société à ses obligations de vigilance (Cons. const., décision n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, *JORF*, 28 mars 2017, texte n° 2, cons. 13).

130. Respectivement articles 12 et 16 de la proposition de directive, précit.

131. Règlement n° 864/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JOCE* L 199, 31 juillet 2007, p. 40.

au devoir de vigilance pourraient être tentées d'exiger de leurs cocontractants (sous-traitants, fournisseurs notamment) qu'ils respectent les normes de la future directive par voie contractuelle. La proposition législative insiste sur la nécessité d'élaborer à l'avenir des clauses types dans les contrats. Toutefois, la réalisation du devoir de vigilance ne saurait se résumer à une superposition de procédures formatées reflétant une simple conformité contractuelle (Ferkane, Michéa, 2022). Ensuite, les incidences négatives des activités des entreprises sont définies comme celles découlant d'une violation d'un droit ou d'une interdiction posé(e) dans diverses conventions internationales relevant d'une liste fermée qui ignore tant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Une telle mise à l'écart de ces textes cardinaux laisse le juriste dubitatif. En outre, l'identification des incidences négatives réelles ou potentielles des activités des sociétés sur les droits de l'homme et de l'environnement repose sur des règles très souples qui n'obligent pas les sociétés à élaborer systématiquement des plans de prévention en association avec les parties prenantes (ONG, institutions locales, organisations syndicales, etc.) évoluant dans les pays où sont localisés les filiales et les sous-traitants. Et, si un tel plan de prévention n'est pas établi, les entreprises peuvent se limiter au recours à un simple code de conduite contenant des recommandations à l'intention de leurs partenaires de relations d'affaires (article 7, § 2, b de la proposition de la Commission). Une intéressante procédure de plainte a été prévue à l'article 9 de la proposition de directive. Mais celle-ci n'apparaît pas suffisamment encadrée et son existence même soulève la question de son articulation avec d'autres mécanismes assez similaires qui lui sont antérieurs, comme les points de contact nationaux (PCN) mis en place dans le contexte de la violation éventuelle des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. En dépit de ses imperfections, la proposition de directive représente indéniablement une avancée remarquable (Lecourt, 2022) et ne se contente pas de reprendre à son compte les pistes dessinées par la législation française et la proposition issue des travaux au Parlement européen. Ainsi, le texte innove – en termes d'architecture de contrôle – en proposant l'institution, au niveau européen, d'une autorité administrative indépendante animant un réseau européen d'autorités nationales de surveillance (Ferkane, Michéa, 2022).

Le durcissement normatif des exigences de la RSE qui résulterait de ce nouvel outil législatif, ainsi que la judiciarisation du devoir de vigilance qui pourrait résulter, selon certains auteurs, de son application (Lenoir, 2020) devraient en tout cas être mis en relation avec le contenu évolutif des accords de libre-échange et de leurs clauses RSE. Dans sa résolution, le Parlement européen souligne d'ailleurs la nécessité de cette mise en cohérence :

> « La politique de l'Union en matière de droits de l'homme et les futures obligations de vigilance des entreprises […] devraient être prises en compte dans la conduite de la politique commerciale de l'Union, y compris dans le cadre de la ratification des accords de commerce et d'investissement, et devraient couvrir les échanges avec tous les partenaires commerciaux, pas uniquement ceux avec lesquels l'Union a conclu un accord de libre-échange[132] ».

132. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, précit.

Si la proposition de directive évoquée devait voir le jour, la rédaction des clauses RSE dans les accords de commerce négociés par l'Union devrait donner lieu à d'importants ajustements dans le sens, probablement, d'un renforcement de leurs prescriptions normatives.

Conclusion

Au sein des ordres juridiques des États, les normes RSE bénéficient d'une effectivité en plein essor et la palette des sanctions de la gouvernance d'entreprise découlant de manquements aux principes et standards de la RSE inclut tout aussi bien des sanctions administratives, pénales ou du droit commun des sociétés, que des sanctions plus innovantes en lien, par exemple, avec la réputation de l'entreprise mise en cause (Malecki, 2015). À présent, cette dynamique favorable à la RSE observée en droit interne se propage à différentes branches des droits international et européen. Ainsi, l'Union européenne modélise des dispositions intéressantes sur la RSE dans les accords de libre-échange qu'elle a contractés avec ses partenaires commerciaux. Il résulte de cet engouement pour la RSE qu'au sein des accords de commerce se côtoient les clauses dédiées à la RSE et s'intéressant à la conduite privée des entreprises, et le corpus de dispositions sur le travail issu des chapitres relatifs au développement durable, dont les destinataires directs sont les États. Or, les interactions et passerelles normatives tissées entre RSE et droits des travailleurs apparaissent encore trop fragiles dans les ALE, même de dernière génération.

Comme l'a montré cette étude, le croisement des standards et principes de la RSE avec la matière du travail permet d'esquisser des pistes stimulantes en vue d'accentuer, au sein des ALE, la protection au travail des employés des firmes internationales. Au titre du réexamen de la politique commerciale de l'Union qu'elle a esquissé en 2021, la Commission entend garantir l'exclusion du travail forcé des chaînes de valeur des entreprises de l'Union ainsi que « l'efficacité de la mise en œuvre et du contrôle du respect des chapitres relatifs au développement durable des accords commerciaux de l'UE, afin d'améliorer les normes sociales, environnementales et du travail à l'échelle mondiale » (Commission, 2021, point 3.1). La Commission prône « [une] autonomie stratégique ouverte » de la politique commerciale de l'Union et suggère un engagement nettement plus offensif de l'Union en faveur de l'instauration de pratiques commerciales fondées sur des conditions équitables de concurrence au niveau international. Cette ambitieuse feuille de route tracée par la Commission ne prendra corps que si l'Union s'affirme enfin comme un laboratoire avancé d'expérimentations normatives, en droit international, afin d'incorporer des clauses RSE innovantes dans ses accords de commerce.

Bibliographie

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 3 janvier 2023.

Affectio Mutandi, EcoVadis, 2018, *Contrats et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance. Étude croisée 2018 acheteurs-fournisseurs*, [http://affectio-mutandi.com/wp-content/uploads/2018/05/2018_contrat_et_clauses_RSE_ecovadis_affectio_mutandi.pdf]

Ascensio H., 2011, « Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », dans L. Boisson de Chazournes, E. Mazuyer (dir.), *Le Pacte mondial. Dix ans après*, Bruxelles, Bruylant, p. 167-184

Aseeva A., 2019, « Développements récents en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement dans les chaînes globales de valeur », dans C. Titi (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, Larcier, p. 51-82

Bantekas I., 2004, « Corporate social responsability in international law », *Boston University International Law Journal*, vol. 22, nº 22, p. 309-347

Bartels L., 2017, « Human rights, labour standards, and environmental standards in CETA », dans S. Griller, W. Obwexer, E. Vranes (dir.), *Mega-regional trade agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New orientations for EU external economic relations*, Oxford, Oxford University Press, p. 202-215

Baumann-Pauly D., Nolan J. (dir.), 2016, *Business and human rights: From principles to practice*, New York, Routledge

Boulanger E., Rioux M., Zini S. (dir.), 2021, *Vers une politique commerciale socialement responsable dans un contexte de tensions commerciales*, Québec, Presses de l'Université du Québec

Bowen H., 1953, *Social responsabilities of the businessman*, New York, Harper & Brothers

Brabant S., Savourey E., 2017, « Le plan de vigilance. Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, nº 4, étude 93

Breitbarth T., Harris P., Aitken R., 2009, « Corporate social responsibility in the European Union: A new trade barrier? », *Journal of Public Affairs*, vol. 9, p. 239-255

Bronckers M., Gruni G., 2019, « Taking the enforcement of labour standards in the EU's Free Trade Agreements seriously », *Common Market Law Review*, vol. 56, p. 1591-1622

Buhmann K., 2017, *Changing sustainability norms through communicative processes: The emergence of the business & human rights regime as transnational law*, Cheltenham, Edward Elgar

Capron M., Quairel-Lanoizelée E., 2016, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte

Carreira Da Cruz M.-A., 2014, « La responsabilité sociétale comme champ d'extension de la norme : le cas d'ISO 26000 », dans B. Frydman, A. Van Wayenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, p. 117-144

Casey A. J., Niblott A., 2020, « La fin des règles et des standards », dans F. G'sell (dir.), *Le Big Data et le droit*, Paris, Dalloz, p. 61-86

Castellarin E., 2019, « The joint committees established by FTA and their impact on European Union law », dans I. Bosse-Platière, C. Rapoport (dir.), *The conclusion and implementation of EU Free Trade Agreements. Constitutional challenges*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 203-221

CESE (Comité économique et social européen), 2019, Avis exploratoire sur le rôle des groupes consultatifs

internes dans le suivi de la mise en œuvre des accords de libre-échange, *JOUE* C 159, 10 mai 2019, p. 28

CESE, 2014, Avis du 21 octobre 2014 sur la vision et les pratiques de l'Union en matière de RSE adopté par le Groupe consultatif de la société civile de l'UE dans le cadre de l'accord commercial avec la République de Corée, [https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/eu_dag_opinion_on_csr_fr.pdf]

Chassagnard-Pinet S., Delalieux G., 2013, « La privatisation des normes de l'entreprise : codes de conduite, chartes privées, mécanismes et certification sociale et environnementale », *Journal européen des droits de l'homme*, nº 1, p. 83-100

Chiussi L., 2019, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement ? » dans C. Titi (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, Larcier, p. 13-32

CNUCED (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement), 2017, *World investment report*, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf]

CNUCED, 2015, *Investment policy framework for sustainable development*, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf]

Commission européenne, 2022a, *Operating guidelines for the Single Entry Point and complaints mechanism for the enforcement of EU trade agreements and arrangements*, 22 juin 2022 [https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/form-assets/operational_guidelines.pdf]

Commission européenne, 2022b, *Communication sur le travail décent dans le monde pour une transition juste à l'échelle mondiale et une reprise durable*, COM(2022) 66 final, 23 février 2022 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=COM:2022:66:FIN]

Commission européenne, 2022c, *Proposition relative à une directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité*, COM(2022) 71 final, 23 février 2022

Commission européenne, 2021, *Réexamen de la politique commerciale. Une politique commerciale ouverte, durable et ferme*, COM(2021) 66 final, 18 février 2021

Commission européenne, Service européen pour l'action extérieure (SEAE), 2021, *Guidance on due diligence for EU businesses to address the riks of forced labor in their operations and supply chains*, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf]

Commission européenne, 2020a, *Report on implementation of EU Free Trade Agreements*, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159039.pdf]

Commission européenne, 2020b, *Working approaches to the enforcement and implementation work of DG TRADE*, 16 novembre 2020, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159075.pdf]

Commission européenne, 2020c, *Promote decent work worldwide. Responsible global value chains for a fair, sustainable and resilient recovery from the Covid-19 crisis*, SWD(2020) 235 final, 20 octobre 2020, [https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=23131&langId=en]

Commission européenne, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés F., Salinier C., Deringer H., 2020e, *Study on due diligence requirements through the supply chain: Final report*, Publications Office, [https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en]

Commission européenne, 2019, *Commission staff working document. Corporate social responsability, responsible business conduct, and business & human rights: Overview of progress*, SWD(2019) 143 final, 20 mars 2019

Commission européenne, 2018, *Non paper of the Commission services. Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of trade and sustainable development chapters in EU Free Trade Agreements*, [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/INTA/DV/2022/01-24/Item13_TSD-Non-Paper_EN.pdf]

Commission européenne, 2017, *Trade and Sustainable development (TSD) chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs), Non-paper of the Commission services*, 11 juillet 2017, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf]

Commission européenne, 2015, *Staff working document on implementing the United Nations guiding principles on business and human rights. State of play*, SWD(2015) 144 final, 14 juillet 2015

Commission européenne, 2013, *Staff working document on trade and worst forms of child labour*, SWD(2013) 173 final, 30 avril 2013

Commission européenne, 2011, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014*, COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011

Commission européenne, 2006, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006

Commission européenne, 2002, *Communication concernant la responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, COM(2002) 347 final, 2 juillet 2002

Commission européenne, 2001, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, *Livre vert*, COM(2001) 366 final, 18 juillet 2001

Conseil des ministres des Communautés européennes, 1985, Résolution du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *JOCE* C 136, 4 juin 1985, p. 1

Danis-Fatôme A., 2022, « La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance », *Recueil Dalloz*, p. 1107

Daugareilh I. (dir.), 2010, *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant

Daugareilh I., 2009, « La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail*, numéro spécial, « L'Europe sociale », vol. 51, p. 499-517

Daugareilh I., 2008, « La dimension sociale des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *Revue générale de droit international public*, n° 3, p. 567-599

Daugareilh I., 2005, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », dans I. Daugareilh (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, p. 349-384

Decaux E. (dir.), 2010, *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant

Deva S., Bilchitz D. (dir.), 2013, *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?*, Cambridge, Cambridge University Press

Dubin L., 2018, « Responsabilité sociale des entreprises et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *Revue générale de droit international public*, tome 4, p. 867-891

Ferkane Y., Michéa F., 2022, « The actors of the duty of vigilance », séminaire *EDUC The Duty of Vigilance, Justice, Inequality and Inclusion*, Université Paris-Nanterre

GENDRON C., GIRARD B. (dir.), 2013, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise. L'École de Montréal*, Paris, Armand Colin

GÖTT H., 2019, « Linkages of trade, investment and labour in preferential trade agreements: Between untapped potential and structural insufficiencies », *European Yearbook of International Economic Law*, p. 133-165

HACHEZ N., 2016, « Responsabilité sociale des entreprises : l'Union avance-t-elle à reculons ? », *Journal de droit européen*, nº 234, p. 378-385

HACHEZ N., 2014, « La politique de l'Union européenne en matière d'investissement étranger direct : un changement de paradigme ? », *Journal de droit européen*, nº 4, p. 148-151

HARRISON J. *ET AL.*, 2018, « Labour standards provisions in EU Free Trade Agreements: Reflections on the European Commission's reform Agenda », *World Trade Review*, vol. 18, nº 4, p. 635-657

HERVÉ A., 2020, « L'Union européenne et son modèle de régulation des relations commerciales internationales », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe nº 554, [https://www.robertschuman.eu/fr/questions-d-europe/0554-l-union-europeenne-et-son-modele-de-regulation-des-relations-commerciales-internationales]

JACUR F. R., 2018, « Corporate social responsibility in recent bilateral and regional Free Trade Agreements: An early assessment », *European Foreign Affairs Review*, vol. 23, nº 4, p. 465-483

JESTIN K., 2020, « De la perception du concept de responsabilité sociale des entreprises à sa transposition dans le domaine fiscal », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, nº 1, p. 129-143

KAPLOW L., 1992, « Rules *versus* standards: An economic analysis », *Duke Law Journal*, vol. 42, p. 557-629

KOLBEN K., 2017, « A supply chain approach to trade and labor provisions », *Politics and Governance*, vol. 5, nº 4, p. 60-68

LABROUSSE F., ROLLIN C., 2021, « Devoir de vigilance. Nouvelles obligations des entreprises pour prévenir l'atteinte aux droits humains et à l'environnement », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 1, p. 47-51

LAUGÉE J.-C., 2019, « De la responsabilité sociale de l'entreprise à l'entreprise à mission : un nouveau pacte entre l'entreprise et la société civile ? », *Gazette du Palais*, nº 42, p. 68-76

LEBULLENGER J., 2020, « Les procédures spécifiques de règlement des différends liées au travail dans les accords de partenariat commercial en Asie-Pacifique », *Revue de droit des affaires internationales*, nº 5-6, p. 853-869

LECOURT B., 2022, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Revue des sociétés*, p. 310

LECOT J., 2021, « Ouïghours : États-Unis, Canada et Royaume-Uni frappent les importations », *Libération*, 15 janvier 2021

LENOIR N., 2021, « Avec le projet européen sur le devoir de vigilance, la responsabilité des entreprises serait présumée », *Le Monde*, 29 avril 2021, p. 30

LENOIR N., 2020, « La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes de la transformation du droit souple en règles impératives », *La semaine juridique. Édition entreprise et affaires*, nº 26, 1250

MALECKI C., 2015, « La RSE : une norme singulière et plurielle », *Revue de droit bancaire et financier*, p. 100-104

MALECKI C., 2014, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ

Martin-Chenut K., Quenaudon R. de (dir.), 2016, *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, A. Pedone

Marx A., Brando N., Lein B., 2017, « Strengthening labour rights provisions in bilateral trade agreements. The case of voluntary sustainability standards », *Global Policy*, vol. 8, nº 3, p. 78-88

Mazuyer E., 2018, « Les mécanismes de suivi de la RSE à la lumière de la doctrine internationaliste », dans P. Deumier, J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la* soft law *en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, p. 299-315

Mazuyer E. (dir.), 2010, *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française

Meunier P., 2021, « Conditionnalité démocratique et politique commerciale de l'Union européenne », dans G. Marti, E. Carpano (dir.), *Démocratie et marché dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, p. 321-339

Michéa F., 2018, « La modélisation des clauses sociales dans les accords commerciaux transatlantiques, à la lumière de leurs sources », dans C. Deblock, J. Lebullenger (dir.), *Génération TAFTA. Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 247-263

Michéa F., 2017, « L'accord économique et commercial global (AECG) / Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) et la protection des droits fondamentaux au travail : relations fécondes ou liaisons dangereuses ? », *Revue des affaires européennes*, nº 2, p. 253-260

Monebhurrun N., 2017, « Mapping the duties of private companies in international investment law », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, nº 2, p. 50-71

Muchlinski P., 2008, « Corporate social responsibility », dans P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (dir.), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford, Oxford University Press, p. 637-689

Nanteuil A. de, 2018, « Counterclaims in investment arbitrations : Old questions, new answers ? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, p. 374-392

Neau-Leduc C., 2006, « La responsabilité sociale d'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Droit social*, nº 11, p. 952

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), 2018, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, [https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf]

OCDE, 2016, *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, 3e éd., [http://dx.doi.org/10.1787/9789264253520-fr]

OCDE, 2001a, *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, DAFFE/IME/WPG (2000)15/Final, [http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/]

OCDE, 2001b, *Codes of corporate conduct: Expanded review of their contents*, Working Papers on International Investment, nº 6

OIT (Organisation internationale du travail), 2017, *Global estimates of child labour: Results and trends, 2012-2016*, [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575499/lang--fr/index.htm]

OIT, 2016a, *Decent work in global supply chains*, Genève, International Labour Conference, 105th session

OIT, 2016b, *Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements*, [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_498944/lang--en/index.htm]

OIT, 2009, « The ILO and corporate social responsibility », *ILO Helpdesk Factsheet*, nº 1

OIT, 1998, *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée à la 86e session de la Conférence internationale du travail*, [https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm]

ONU (Organisation des Nations unies), 2008, *Protect, respect and remedy: A Framework for business and human rights. Report of the special representative of the secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, UN Doc. A/HRC/8/5

O'Rourke D., 2003, « Outsourcing regulation: Analyzing non-governemental systems of labour standards and monitoring », *Policy Studies Journal*, vol. 31, nº 1, p. 1-29

Parlement européen, 2022, Résolution du 9 juin 2022 sur la situation des droits de l'homme au Xinjiang, y compris les fichiers de la police du Xinjiang, 2022/2700 (RSP), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-06-09_FR.html#sdocta1]

Parlement européen, 2021, Résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité d'entreprises, 2020/2129 (INL), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf]

Parlement européen, 2019, *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries*, Policy Department for External Relations, PE 603.475, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf]

Parlement européen, 2016, Résolution du 5 juillet 2016 du Parlement européen sur une nouvelle stratégie d'avenir novatrice en matière de commerce et d'investissement, *JOUE* C 101, 16 mars 2018, p. 19

Parlement européen, 2013, Résolution du 6 février 2013 du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, *JOUE* C 24, 22 janvier 2016, p. 62

Parlement européen, 2011, Résolution du 6 avril 2011 du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, *JOUE* C 296E, 2 octobre 2012, p. 34

Parlement européen, 2010a, Résolution du 25 novembre 2010 du Parlement européen sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords de commerce internationaux, *JOUE* C 99 E, 3 avril 2012, p. 101

Parlement européen, 2010b, Résolution du 25 novembre 2010 sur les droits de l'homme, les standards sociaux et environnementaux dans les accords de commerce internationaux, 2009/2219/INI, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0434_FR.html]

Partiti E., 2021, « Polycentricity and polyphony in international law: Interpreting the corporate responsibility to respect human rights », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 70, p. 133-164

Peels R. *et al.*, 2016, « Corporate social responsability in international trade and investment agreements. Implications for States, business and workers », *ILO Research Paper*, nº 13

Postel N., Sorel R. (dir.), 2013, *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion

Power M., 2004, *La société de l'audit : l'obsession du contrôle*, Paris, La Découverte

Preston L. E., Post J. E., Sachs S., 2002, *Redefining the corporation: Stakeholder management and organisational wealth*, Stanford, Stanford University Press

Queinnec Y., 2012, « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, nº 100, p. 66

Rioux M., Vaillancourt C., 2020, « Regulating corporate social responsability for economic and social development through trade rules », *Journal of Developing Societies*, vol. 36, nº 3, p. 335-352

Sachs T., 2020, « L'accord d'entreprise transnational : un objet juridique en devenir », *Droit social*, nº 2, p. 149

Sachs T., 2017, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue du travail*, nº 6, p. 380

Salminen J., 2018, « The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: A new paradigm for limiting buyers' liability in global supply chains ? », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 66, nº 2, p. 411-451

Schacherer S., 2017, « The European Union as a global actor in reforming the international investment law regime in light of sustainable development », Geneva Jean Monnet Working Paper, [http://www.ceje.ch/files/9715/1057/7250/Schacherer_Stefanie_FINAL.pdf]

Schutter O. de, 2008, « Corporate social responsibility European style », *European Law Journal*, vol. 14, nº 2, p. 203-236

SFDI (Société française de droit international), 2017, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Paris, A. Pedone

Smith A. *et al.*, 2018, « Labor regimes, global production networks, and EU trade policy: Labour standards and export production in the Moldovan clothing industry », *Economic Geography*, vol. 94, nº 5, p. 550-574 [https://doi.org/10.1080/00130095.2018.1434410]

Steurer R., 2010, « The role of governments in corporate social responsability: Characterizing public policies on CSR in Europe », *Policy Sciences*, vol. 43, nº 1, p. 49-72

Stoll P.-T., Gött H., Abel P., 2020, *Model labour chapter for European union trade agreements*, Singapore, Friedrich Ebert Stiftung

Russo E., Tiberghien P., 2022, « RSE : les bonnes intentions obligent désormais ceux qui les expriment », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, nº 23, p. 22-26

Sullivan K. M., 1992, « The Supreme Court, 1991 Term-Foreward: The justices of rules and standards », *Harvard Law Review*, vol. 106, p. 22-123

Svoboda O., 2020, « Coming of age: The system of OECD national contact points for responsible business conduct in its 20 years », *European Yearbook of International Economic Law*, p. 1-24

Teyssié B., 2021, « Les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », *La semaine juridique. Édition sociale*, nº 1-2, 1 000

Tham J.-C., Ewing K. D., 2020, « Labour provisions in trade agreements. Neoliberal regulation at work? », *International Organizations Law Review*, vol. 17, p. 153-177

Trébulle F.-G., 2004, « Responsabilité sociale des entreprises, quelle réalité derrière les mots ? », *Revue des affaires européennes*, nº 4, p. 563-569

Trébulle F.-G., Uzan O. (dir.), 2011, *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés droit et gestion*, Paris, Economica

UNHCDH (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme), 2011, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations unies », New York/Genève, Nations unies, UN Doc. A/HRC/17/31,

[https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf]

UNEP (United Nations Environment Programme), 2011, *Corporate social responsability and regional trade and investment agreements*, [https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/25936]

Westlake M., 2017, « Asymmetrical institutional responses to civil society clauses in EU international agreements: Pragmatic flexibility or inadvertent inconsistency? », College of Europe, Bruges Political Research Papers, nº 66

Zini S., 2018, « Les clauses sociales dans les partenariats intercontinentaux : la perspective nord-américaine », dans C. Deblock, J. Lebullenger (dir.), *Génération TAFTA. Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 271-276

Chapitre 4. Le décret nº 9571/18. Directives sur les entreprises et les droits de l'homme : simple stagnation ou alarmant retour en arrière ?

Martha Lucia OLIVAR JIMENEZ
Professeure titulaire, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil

Valesca RAIZER MOSCHEN
Professeure titulaire, Université fédérale d'Espírito Santo (UFES), Brésil

Demetrius BARRETO TEIXIERA
Doctorant, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil

Isadora COSTI FADANELLI
Étudiante en Master de droit international,
Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil

Résumé : Le décret nº 9571/18, établissant les directives nationales sur les entreprises et les droits de l'homme, fut pris en novembre 2018. Dès son entrée en vigueur, l'impact négatif dudit instrument par rapport aux obligations des entreprises de garantir les droits de l'homme a été mis en évidence par les spécialistes. L'analyse du décret permet de constater son caractère précaire pour prévenir ou réparer des violations des droits de l'homme attribuables à l'activité des entreprises, ce qui est dû à l'existence de lacunes à deux niveaux : 1) des lacunes liées à la nature juridique du décret et à la portée de ses propres normes ; 2) des lacunes liées aux mécanismes d'intégration déficients. On peut considérer le décret comme un instrument insuffisant pour répondre aux attentes de la société quant à la responsabilisation des entreprises et aux garanties de respect des droits de l'homme. Il n'a que l'apparence de la législation.

Mots-clés : directives nationales, entreprises, droits de l'homme, responsabilité sociale, décret nº 9571/18

Cet article a été rédigé avant l'élection présidentielle brésilienne d'octobre 2022.

Introduction

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) a gagné une visibilité au Brésil en 1990 lors de l'émergence du mouvement « Action de la citoyenneté contre la misère, la faim et pour la vie », organisé par le sociologue Herber de Souza. L'engagement du Troisième Secteur a été essentiel aux débats sur la question et sur son évolution ultérieure[1]. En effet, en 1995, un groupe d'entreprises

1. Le Troisième Secteur au Brésil est organisé en conformité avec la loi nº 9790 de 23 mars 1999 relative à la qualification des personnes juridiques de droit privé, sans but lucratif, en tant qu'Organisations de la société civile d'intérêt

et de cadres du secteur privé ont créé la fondation du GIFE (Groupe d'instituts, fondations et entreprises) et, en 1998, une autre alliance de ce type fut établie : l'Institut Ethos[2]. Ce dernier favorisa en 2003, en partenariat avec le Programme de l'Organisation des Nations unies (ONU) pour le développement (PNUD), la création de la branche brésilienne du Pacte mondial[3]. Aujourd'hui, l'initiative compte plus de 950 entreprises, fondations et organisations de la société civile parmi ses membres (Cardoso Benetti, 2018 ; Celano Tarantini, Martins Carneiro, 2018)[4]. Son activité s'est développée sur quatre axes : droits de l'homme, gestion pour le développement durable, intégrité et protection de l'environnement.

Sans diminuer l'importance de ces initiatives, les économistes (Kon, 2013) ont mis en évidence le besoin d'intervention gouvernementale afin d'assurer une contribution efficace des actions de responsabilité sociale au développement durable du pays. Bien que le gouvernement brésilien reste silencieux sur la définition d'un plan au niveau national sur l'obligation des entreprises de garantir les droits de l'homme[5], le décret n° 9571 établissant les directives nationales sur les entreprises et les droits de l'homme fut pris en novembre 2018.

On peut affirmer que l'adoption de cet instrument normatif fut la conséquence d'un ensemble d'événements qui remontent à 2014 et 2015. Pendant ces années, des entreprises transnationales furent condamnées, à plusieurs reprises, pour avoir fait travailler des employés dans des conditions similaires à l'esclavage. En novembre 2015, la rupture d'un barrage de contention des rejets de l'entreprise Samarco (propriété du géant minier Vale et BHP Biliton) a provoqué le pire désastre environnemental de l'histoire du Brésil, dont l'impact le plus grave s'est produit dans les États de Minas Gerais et Espiritu Santo. Cet événement, ainsi que les plaintes pour actes de corruption des grandes entreprises ont suscité la visite du groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme de l'ONU au Brésil[6]. Du rapport que le groupe a soumis au Conseil des droits

public (OSCIP). La qualification est déterminée par le ministère de la Justice, cela facilite les partenariats avec tous les niveaux du gouvernement et des organes publics, les réductions des impôts et d'autres bénéfices.

2. L'Institut Ethos fut créé comme une OSCIP, dont la principale mission est, selon son site Web, de mobiliser, de sensibiliser et d'aider les entreprises dans la gestion de leurs affaires de façon socialement responsable pour contribuer au développement durable et socialement plus juste du pays.
3. Le Pacte mondial des Nations unies (UN Global Compact) constitue « un appel aux entreprises pour qu'elles alignent leurs stratégies et leurs opérations sur les principes universels relatifs aux droits de l'homme, au travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption, et qu'elles prennent des mesures qui font progresser les objectifs sociétaux », [unglobalcompact.org]. Concernant la « branche brésilienne », voir [https://www.pactoglobal.org.br/perfil-rede-brasil].
4. J. Cardoso Benetti fait référence à l'adoption d'autres pactes sectoriels inspirés du Pacte mondial : le Pacte national contre le travail en condition d'esclavage (encouragé par l'Institut Ethos et l'OMT) en 2005 et l'initiative « Entreprises contre l'exploration » en 2012.
5. L'adoption d'un plan national fut proposée en 2011 par l'ONU dans les « Principes Ruggie », « Principes directeurs relatifs aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" », adoptée par la résolution n° 17/4 du 6 juillet 2011 de l'Assemblée générale de l'ONU.
6. Dans ce sens, voir Ruy Cardia et Vaz Ferreira (2018). Les auteurs décrivent comment le rapport met en évidence des politiques internes particulièrement contraires à la défense des droits de l'homme telles que l'« Agenda Brésil » du Sénat fédéral de 2015.

de l'homme ultérieurement[7], trois conclusions méritent d'être mises en évidence : 1) le respect des droits de l'homme était relégué au second plan par les entreprises et le gouvernement ; 2) les communautés affectées étaient systématiquement ignorées ; 3) il existait un véritable risque de retour en arrière législatif dans tous les domaines de protection. Des recommandations furent ensuite transmises au gouvernement, aux entreprises publiques et privées de même qu'aux représentants de la société civile[8].

Pour compliquer ce panorama, en août 2016, la présidente Dilma Roussef fut démise de ses fonctions en vertu d'une procédure d'*impeachment* et, au mois d'octobre, le Brésil fut le premier État à être condamné par un tribunal international pour carence dans la prévention et sanction de pratiques de travail en conditions d'esclavage[9].

Face à la constatation, en mai 2018, que l'instabilité économique, politique et sociale avait eu des conséquences néfastes sur la protection des droits sociaux-environnementaux et que les recommandations du groupe de travail de l'ONU étaient loin d'être mises en place (Conectas, 2018)[10], le gouvernement a prétendu combler les attentes internationales avec le décret nº 9571/18[11]. Le décret s'inscrit dans l'esprit du polémique projet du Sénat « Agenda Brasil » de 2015, dont l'objectif était la modification du système légal traditionnel pour faciliter les affaires, l'équilibre fiscal et la protection sociale. Ce programme législatif a été durement critiqué par des organisations sociales et environnementales au vu de l'exclusion des mesures contre la démarcation des terres indigènes, l'affaiblissement du système unique de santé, la concession rapide (*fast track*) de licences environnementales et l'affaiblissement du Mercosul[12], parmi d'autres questions.

Quelle efficacité pour le décret nº 9571/18 ?

Dès son entrée en vigueur, l'impact négatif du décret nº 9571/18 par rapport aux obligations des entreprises de garantir les droits de l'homme a été mis en évidence par les spécialistes. L'analyse du décret permet de constater son caractère précaire pour la prévention ou la réparation des violations des droits de l'homme attribuables à l'activité des entreprises et à l'existence de

7. *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises dans sa mission au Brésil soumis à l'Assemblée générale dans sa 36e séance en juin 2016*, A/HRC/32/45/ADD.1.
8. Parmi les recommandations pour le gouvernement : l'adoption d'un plan d'action national ; la création des plateformes pour le renforcement du dialogue entreprises-gouvernement-société civile ; la définition de politiques claires sur l'obligation de garantir les droits de l'homme et de réaliser des audits sur les opérations nationales et internationales.
9. Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), 20 octobre 2016, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil*, première décision d'un tribunal international contre un État pour omission dans le devoir de prévenir et de sanctionner la soumission des personnes à des conditions de travail semblables à l'esclavage, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf].
10. Conectas est actuellement l'une des principales organisations dédiées à la promotion et à la vérification des questions relatives aux droits de l'homme au Brésil. Elle a été constituée en 2001 et, depuis 2006, jouit d'un statut consultatif à l'ONU. En 2006, Conectas a été reconnue comme observateur par la Commission africaine des droits de l'homme et les peuples.
11. Le décret fut signé par le président de la Chambre des députés, Rodrigo Maia, exerçant la présidence de la République.
12. Marché commun du Sud.

lacunes à deux niveaux : celles liées à sa nature juridique et à la portée de ses propres normes ; et celles liées aux mécanismes d'intégration déficients.

1. Les lacunes du décret liées à sa nature juridique et à la portée de ses règles

L'article 2 du décret établit quatre axes sur lesquels les directives doivent s'orienter : l'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ; l'accès aux mécanismes de réparation et remèdes pour les victimes ; l'implémentation, surveillance et évaluation des directives.

La Constitution brésilienne de 1988 dédie le titre II aux Droits et garanties fondamentaux, le titre VII aux dispositions sur l'Ordre économique et financier[13] et le titre VIII à l'Ordre social. C'est précisément dans ces deux derniers titres que la possibilité de responsabilisation pénale des entreprises est prévue à deux reprises : lors de la réalisation des actes contre l'ordre économique et financier ou contre l'économie populaire (art. 173, § 5, soumis à l'émission de loi) et lors de la production des dommages à l'environnement (art. 225, § 3). La Charte constitutionnelle délimite également le pouvoir réglementaire du président de la République (art. 84) ; c'est par rapport à cette disposition que l'on peut affirmer que le décret n° 9571/18 s'avère un instrument inapproprié à la création des obligations à la charge de l'État (1.1). Pour le reste, la philosophie libérale inspirée des Principes Ruggie est présente dans le décret n° 9571/18 : il reconnaît aux entreprises, considérées comme des vecteurs fondamentaux au développement économique, une liberté absolue par rapport à ces dispositions et fragilise l'efficacité horizontale des droits de l'homme déjà reconnue par la jurisprudence brésilienne (1.2).

1.1. Un instrument inapproprié pour créer des obligations à la charge de l'État

Le décret n° 9571/18 présente plusieurs défauts d'un point de vue matériel et formel qui compromettent sa constitutionnalité. Dans l'ordre juridique brésilien, la distinction entre loi et décret ne se circonscrit pas seulement à leur origine organique ou à leur hiérarchie mais au fait qu'uniquement la loi peut créer, abolir ou modifier des droits ou des obligations prévus à l'article 5, II de la Constitution fédérale (« Principe de la réserve légale »). Le règlement doit donc se borner à arrêter

13. Le Bureau du procureur fédéral des droits du citoyen (Ministère public fédéral), dans la note technique n° 7/2018, émise avant la prise du décret n° 9571/18, a souligné que les activités des entreprises devaient obéir aux principes généraux de l'article 170 de la Constitution sur l'activité économique en particulier : à savoir mettre en valeur le travail humain, l'initiative libre, la fonction sociale de la propriété privée, la défense de l'environnement et la réduction des inégalités régionales et sociales. Le Bureau du procureur fédéral des droits du citoyen est chargé du dialogue avec les organes de l'État, les organisations internationales et les représentants de la société civile pour assurer la garantie des droits de l'homme. L'activité décentralisée est assurée par les bureaux régionaux existant dans chacun des États de la Fédération. Depuis 2013, le Bureau intègre la Fédération ibéro-américaine des Ombudsman (FIO).

des règles nécessaires pour l'exécution des dispositions que la loi établie soit de façon expresse soit de manière implicite. En outre, le président de la République peut rendre des décrets uniquement en deux circonstances (art. 84 de la Constitution) : soit pour garantir l'exécution de la loi (§ IV, *in fine*), soit pour déterminer l'organisation et le fonctionnement de l'administration fédérale tant que cela n'implique pas l'augmentation des dépenses ou l'extinction d'organes publics (§ VI, a).

Le respect des droits de l'homme par les entreprises n'avait pas été l'objet de dispositions spécifiques jusqu'à la prise du décret nº 9571/18 prévoyant les directives nationales. Et ce faisant, cet instrument normatif a méconnu les limites prévues par les dispositions constitutionnelles au pouvoir réglementaire de l'exécutif vu que, d'une part, il a introduit dans l'ordre juridique brésilien des obligations sans prévision légale antérieure et, d'autre part, l'intégration de ces devoirs comporte des dépenses pour les organes publics responsables.

La rédaction du décret ne laisse aucun doute sur le fait que le destinataire primaire des directives est l'État. Le chapitre II s'intitule « De l'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme dans les activités des entreprises ». Il introduit pour la première fois dans l'ordre juridique brésilien de manière précise une série d'engagements à cette fin (Dias Netto Junior, Weicert, Portugal Nunes, 2019)[14]. Parmi ces exigences, on peut citer : la formation des fonctionnaires publics sur les questions des droits de l'homme et l'activité des entreprises ; l'exigence faites aux entreprises de la publication d'un rapport annuel sur le respect des droits de l'homme ; l'amélioration des mécanismes de transparence et de participation sociale ; la création de plateformes et systèmes de dialogue entre l'administration publique, les entreprises et la société civile ; le développement des politiques publiques et la modification normative pour prendre en considération les impacts directs et indirects de l'activité des entreprises et la réparation des préjudices ; l'encouragement à l'adoption pour les grandes entreprises de procédures de *due diligence* liées aux droits de l'homme ; l'orientation pour l'intégration des droits de l'homme dans la gestion des risques dans les affaires et des partenariats qui profitent des aides de l'État ; la promotion d'aides pour des mesures d'inclusion visant la création de programmes encourageant l'embauche de groupes de personnes vulnérables ; la favorisation de la création des comités permanents de lutte contre les désastres et la surveillance de la récupération du territoire frappé par une telle situation ; la création de bases de données spécifiques sur la violation des droits de l'homme par les entreprises ainsi que l'amélioration des mécanismes de fiscalisation. L'intégration de telles obligations, ainsi que celles prévues au chapitre IV (Accès aux mécanismes de réparation et remèdes), ne comporte pas seulement la création éventuelle d'organes (Comité de surveillance de l'application des directives), mais aussi la prévision de ressources de l'État destinées à « encourager » les entreprises au respect des dispositifs, tout cela en méconnaissance des mandats constitutionnels.

Par ailleurs, les commentateurs du décret soulignent que l'élaboration de l'instrument en question n'a pas respecté le principe de la transparence reconnu comme essentiel par les propres principes de l'ONU. La question ne se limite pas à l'ignorance de principes de *soft law* de la part du législateur. En effet, l'obligation de consulter des populations intéressées préalablement

14. Dans le même sens, voir Homa (2018).

à l'adoption des mesures législatives ou administratives qui puissent les affecter directement est prévue également par l'article 6.1 de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT), ratifiée et internalisée dans l'ordre juridique brésilien depuis 2004[15]. Aucune consultation n'a été faite de la société civile, des communautés intéressées ou des victimes de violations de droits de l'homme attribuables à des entreprises lors de la prise du décret 9571/18. Le groupe de travail chargé de ces questions au sein du bureau du Procureur fédéral des droits du citoyen (PFDC) qui avait organisé en novembre 2017 la 1re Audience publique sur « Entreprises et droits de l'homme », ainsi que l'élaboration de la note technique nº 7/2018[16], fut également ignoré. Il faut reconnaître dans cette conduite la violation des règles par le propre pouvoir législatif.

1.2. Un instrument garantissant la liberté absolue pour les entreprises

Dans sa résolution nº 26/9 de 2014, le Conseil de droits de l'homme de l'ONU soulignait que « les sociétés transnationales et autres entreprises [avaient] l'obligation de respecter les droits de l'homme[17] ». Le décret nº 9571/18 s'écarte d'une telle orientation. L'entête de l'article 1 détermine que les directives nationales « Entreprises et droits de l'homme » sont destinées aux grandes et moyennes entreprises, parmi lesquelles les multinationales en activité au Brésil. Au paragraphe 2, il est prévu que « les directives seront intégrées volontairement par les entreprises » et, selon le paragraphe 1, les micro et petites entreprises « pourront, dans la mesure de leurs capacités, obéir aux directives établies dans ce décret… ». Nous partageons l'opinion de Dias Netto Junior, Weicert et Portugal Nunes (2019) dans le sens que ces dispositions posent au moins trois problèmes :

1) Le caractère volontaire des directives ne contribue en rien à modifier la réalité des violations aux droits de l'homme attribuables à l'activité des entreprises. Comme il avait été déjà constaté par le Ministère public fédéral dans la note technique nº 7/2018, sans l'établissement de dispositifs contraignants dans la législation, la garantie de modification des comportements des entreprises continuera à être une promesse vague. La catastrophe de Brumadinho en 2019 ainsi que le manque de réparation complète du désastre de Mariana en 2015 constituent des preuves irréfutables de cette affirmation.

2) Ce même caractère volontaire affaiblit les normes contraignantes en vigueur dans l'ordre juridique brésilien. La législation du travail ainsi que celle relative à la protection des consommateurs au Brésil, pour ne citer que quelques exemples, sont des plus évoluées en Amérique latine

15. Décret fédéral nº 051/2004 qui promulgue la Convention 169 de l'OIT sur des peuples indigènes et des tribus. Dans son article premier est établie l'obligation d'appliquer et d'exécuter la convention entièrement.
16. Note technique nº 7/2018 du bureau du Ministère public fédéral des droits du citoyen, « Protection et réparation des droits de l'homme en relation à des activités des entreprises ». Dans ce document, l'adoption des normes internationales contraignantes est soutenue comme mécanisme efficace pour protéger les individus face aux violations des entreprises ; autrement, les arguments de priorisation du développement à n'importe quel coût seront toujours préférés.
17. La résolution nº 26/9 « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme » fut adoptée le 14 juillet de 2014 par 20 voix favorables, 14 contraires et 13 abstentions. Le Brésil a fait partie de ce dernier groupe d'États.

et imposées aux entreprises. L'activité des entreprises est soumise aux dispositions législatives existantes dans les différents domaines sans possibilité de s'y soustraire. En outre, le Brésil fait partie du système interaméricain des droits de l'homme depuis 1992 et a reconnu la compétence de la Cour interaméricaine depuis 1998. Ce tribunal a développé une jurisprudence particulière sur l'obligation des entreprises dans les pays membres de la Convention de garantir le respect des droits de l'homme ainsi que le devoir des États d'adopter des mesures pour assurer cela[18] (Girardi Fachin, Fontana Bolzani, 2018). De façon analogue, les tribunaux brésiliens ont reconnu systématiquement depuis 2006 « l'efficacité horizontale des droits fondamentaux »[19], c'est-à-dire que ces droits, établis particulièrement dans la Constitution et les traités internationaux, protègent les individus face à l'État mais aussi face aux pouvoirs privés. En conséquence, la violation des normes impératives emporte une responsabilité et des sanctions pour les coupables. La terminologie employée par le décret semble s'abstenir de reconnaître et de garantir la suprématie des droits de l'homme sur les intérêts des entreprises (Homa, 2018).

En ce sens, au chapitre III, « De la responsabilité des entreprises sur le respect des droits de l'homme », l'entête de six articles sur neuf utilise des mots qui n'ont pas d'acception contraignante. C'est le cas de la règle générale prévue à l'article 4 : « Il incombera aux entreprises le respect : 1) des droits de l'homme protégés dans les traités internationaux desquels leur État d'incorporation ou de contrôle est signataire ; et 2) des droits et garanties fondamentaux prévues dans la Constitution. » La même rédaction est employée pour des actions de surveillance sur la chaîne productive, d'éducation et d'information sur les droits de l'homme (art. 5), pour la garantie des conditions de travail décent (art. 7), pour la lutte contre les pratiques discriminatoires (art. 8), pour l'adoption de mécanismes de prévention et de contrôle lors des réalisations des activités à risque (art. 9) ainsi que d'initiatives de durabilité environnementale (art. 12). Les articles 6, 10 et 11 prévoient comme relevant de la responsabilité des entreprises : la non-violation des droits de leurs employés, clients et des communautés par le contrôle des risques et le devoir de faire face aux impacts négatifs des activités ; l'établissement de mécanismes de dénonciation et de réclamation des violations éventuelles des droits de l'homme et la garantie de réparation des violations ; l'adoption de mesures pour garantir la transparence des activités. Même dans ces dernières dispositions, rien n'est mentionné en cas de non-conformité des entreprises et aucun délai pour la mise en œuvre des mécanismes n'est fixé. Le devoir de diligence raisonnable n'est pas incorporé pleinement et il ne devient pas une obligation juridique.

18. La note technique nº 7/2018 fait référence aux décisions du tribunal : *Pueblos Kaliña y Lonoko v. Suriname*, 25 novembre 2001 ; OC 22/2016, Titularité des droits des personnes juridiques, 26 février 2016 ; OC 23/2017, Environnement et droits de l'homme, 15 novembre 2017.

19. Pour ne citer que quelques décisions : Supremo Tribunal Federal (STF), AgR ARE 1008625 SP, 19 avril 2017 ; Tribunal Superior do Trabalho (TST), AIDR RR 7792320155090011, 6 octobre 2017 ; Superior Tribunal de Justiça (STJ), R Esp 1794839 CE 2019, 1er mars 2019. En juin 2021, le Tribunal supérieur du travail (TST) a déterminé que le juge avait l'obligation de garantir l'obéissance des entreprises vis-à-vis des droits de l'homme, même en l'absence de normes infra-constitutionnelles spécifiques à cette question (RR 104098720185150090, 2 juin 2021).

Dias Netto Junior, Weicert et Portugal Nunes (2019) ont raison lorsqu'ils affirment que le décret a affaibli, dans la pratique, la législation du travail ainsi que les mécanismes de participation sociale existants (tel que le Programme de protection aux défenseurs de droits de l'homme) et de surcroît a fragilisé des institutions qui ont prêté traditionnellement leur soutien aux groupes considérés comme vulnérables.

Les préceptes prévus au chapitre III n'ont en rien atténué la situation de recul important dans la protection des droits de l'homme au Brésil qui avait été constatée par Conectas en 2018[20]. Au contraire, il est possible d'affirmer que le décret s'inscrit dans le même esprit. Pour développer au sein des entreprises une culture respectueuse des principes des droits de l'homme, les mesures volontaires ne sont pas suffisantes, ni souhaitables, il faut des instructions claires sur ce qu'on attend d'elles (FIDH, 2009).

3) L'exclusion des micro et petites entreprises du champ d'application du décret suit la tendance de déréglementation des questions liées à la protection des droits de l'homme, alors qu'elle est contraire aux mandats constitutionnels et aux propres Principes Ruggie dont le décret s'inspire[21]. Le principe de la Réserve légale est une fois de plus méconnu, vu qu'un décret ne peut pas réduire (ou même éliminer) les obligations légales ou constitutionnelles en vigueur pour ces sujets. Ce faisant, le décret « rend exponentielle la disponibilité, pour ces agents économiques, de normes qui, par cohérence avec le système juridique national, doivent se voir reconnaître un caractère contraignant que la loi ne peut pas flexibiliser » (Dias Netto Junior, Weicert, Portugal Nunes, 2019).

2. Les lacunes du décret liées à ses mécanismes d'intégration

L'obligation de protéger incombant à l'État peut être affaiblie, voire vidée de son sens, si des mesures appropriées ne sont pas prises afin d'enquêter sur les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises et, lorsqu'elles se produisent, en punir les auteurs et les réparer. C'est ainsi que le commentaire au principe 25 des principes directeurs de l'ONU souligne l'importance des recours efficaces de réparation et de la garantie d'accès des victimes à la justice. Le but qui doit être poursuivi est celui de lutter contre toutes les atteintes aux droits de l'homme attribuables aux entreprises ou de les faire réparer. Le chapitre IV (« De l'accès aux mécanismes de réparation et remède ») et le chapitre V (« De l'intégration, de la surveillance et de l'évaluation des directives nationales sur "Entreprises et droits de l'homme" ») du décret

20. Dans son premier rapport (2018), Conectas a constaté ce recul à plusieurs niveaux : déréglementation et manque d'implémentation des politiques publiques, menaces à la protection des droits socio-environnementaux, menace aux défenseurs des droits de l'homme et de l'environnement, manque d'engagement par les entreprises.

21. Le Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme a souligné sur le champ d'application des Principes Ruggie que « la responsabilité de respecter les droits de l'homme incombe fondamentalement à toutes les entreprises, indépendamment de leur taille, de leur cadre d'activité, de leur secteur ou de l'industrie à laquelle elles appartiennent. On ne saurait partir du principe qu'en matière de droits de l'homme une petite entreprise a une incidence potentielle ou réelle moindre qu'une grosse société » (HCDH, 2014).

nº 9571/18 s'occupent des deux derniers axes des directives mentionnés à son article 2 et sont inspirés apparemment des principes directeurs précités.

La lecture sommaire des articles qui constituent ces deux chapitres permet de constater une certaine négligence dans son élaboration, au vu du manque de soin à l'écriture (art. 13 particulièrement) et de l'emploi d'une terminologie vague et ambiguë. L'analyse plus approfondie corrobore l'imprécision relative aux mécanismes qui peuvent garantir efficacement aux victimes des violations l'accès à la réparation et au remède des préjudices (2.1). Par ailleurs, rien de concret n'y est prévu pour l'intégration, la surveillance et l'évaluation des directives qui sont mises à la charge exclusive du ministère des Droits de l'homme. Cela s'est avéré particulièrement désastreux en 2019 lors de l'arrivée au pouvoir de Jair Bolsonaro (2.2).

2.1. L'imprécision des mécanismes destinés à garantir l'accès des victimes à la réparation et à la restauration du milieu

Le chapitre IV est constitué par trois articles dont l'entête du premier (art. 13) est si mal rédigé qu'il est nécessaire de faire des efforts particuliers d'herméneutique pour déterminer la portée des obligations à charge de l'État. Par ailleurs, aucun délai n'y est prévu pour leur intégration ce qui mène à prédire leur inefficacité. Parmi les actions énoncées, on peut souligner :

1) Réaliser des enquêtes sur les mécanismes de dénonciation et de réparation existants au Brésil (judiciaires et extra-judiciaires), sur les obstacles et barrières relatifs à leur accès et sur la jurisprudence existante afin de proposer des solutions concrètes pour rendre le système de réparation de l'État légitime, accessible, prévisible, transparent et participatif.

2) Maintenir les mécanismes existants et développer les moyens de fiscalisation en garantissant une information permanente au public en général.

3) Réaliser l'enseignement et la formation des opérateurs du droit, des fonctionnaires de l'État responsables de ces questions ainsi que des victimes qui cherchent à faire valoir ces droits.

4) Encourager les entreprises à adopter des mesures de réparation des violations des droits de l'homme. En ce sens, l'article 14 établit le devoir de l'État d'encourager la création de mécanismes de dénonciation et de réparation par les entreprises ainsi que leur participation à ceux déjà mis en place, et l'article 15 énonce des mesures exemplaires de réparation qui peuvent être intégrées par les entreprises pour garantir une réparation intégrale des préjudices.

5) Promouvoir le développement de mécanismes de médiation et de résolution des conflits entre l'administration publique, les entreprises, les communautés intéressées et les citoyens.

La législation brésilienne permet la responsabilité pénale, civile et administrative des entreprises. Des rapports et des études sur les mécanismes judiciaires et extra-judiciaires de réparation existants au Brésil ainsi que sur la jurisprudence des tribunaux ont été produits, particulièrement

dans la dernière décennie, par des organisations civiles[22] et des organes de l'État, comme le ministère des Droits de l'homme et le Ministère public fédéral[23]. Le décret établit donc l'obligation de création d'une base de données pour améliorer les mécanismes existants et ordonne à l'État la proposition de solutions concrètes pour la suppression d'obstacles afin de garantir leur efficacité.

En ce qui concerne les mécanismes à caractère judiciaire, l'Action civile publique et l'Action civile individuelle d'indemnité sont considérées par les spécialistes comme les moyens judiciaires privilégiés pour la réparation des préjudices résultants des activités des entreprises. L'action d'organes comme le Ministère public (fédéral, des États et du Travail principalement) et la Défense publique (à tous les niveaux) a été fondamentale pour la responsabilisation judiciaire des entreprises et la réparation des victimes au Brésil. Quant aux remèdes quasi judiciaires, le plus important dans la pratique a été l'enquête civile à la charge du Ministère public pouvant conduire à la conclusion d'un TAC (*Termo de Ajustamento de Conduta* ou Accord d'ajustement de conduite). Si celui-ci n'est pas intégré par l'entreprise, l'enquête peut être reprise et finalisée avec l'imposition de sanctions.

Par ailleurs, une relative efficacité des mécanismes administratifs a été garantie grâce à l'activité des organes de fiscalisation, particulièrement dans les domaines du travail, de la santé et de l'environnement. Le droit de l'administration publique de procéder à des consultations et des audiences publiques a été exercé depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 9784/99 sur les procédures administratives au niveau fédéral (CIJ, 2011 ; FGV, 2017). Actuellement, le sous-secrétariat pour l'Inspection du travail, lié au ministère de l'Économie (mais indépendant), maintient une liste des entreprises dénoncées pour pratique de conditions de travail similaires à l'esclavage (« liste sale »). La publication de cette liste a été reconnue par les tribunaux comme étant conforme à la Constitution et elle s'est avérée un instrument de pression relativement efficace sur les entreprises[24].

Si l'on s'interrogeait, pour les raisons évoquées précédemment, sur la contribution des dispositions du décret n° 9571/18 à l'amélioration des conditions d'accès à la justice, l'activité du gouvernement fédéral depuis 2019 mène à soutenir (même à certifier) l'inapplicabilité dudit instrument. Cela devient évident si l'on considère les trois domaines qui, en 2016, avaient été définis comme les plus vulnérables par le groupe de travail de l'ONU : la protection des travailleurs, la protection de l'environnement et la protection des peuples indiens.

Au lendemain de la cérémonie d'investiture, le président Bolsonaro a pris la Mesure provisoire (MP) 870/19. Les MPs constituent des instruments comparables à la loi adoptés par la présidence de la République en circonstances d'urgence ou d'intérêt particulier et produisent des effets de façon immédiate. Elles doivent néanmoins être approuvées par le Congrès pour devenir lois. La MP 870/19[25], dont l'objet était l'organisation des organes de la présidence ainsi que des

22. Parmi d'autres : voir CIJ (2011) et FGV (2017).

23. Le Comité « Entreprises et droits de l'homme » avait été créé au sein du ministère des Droits de l'homme en 2018 par la Portaria 289 de 10 août.

24. STF ADPF 509, Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, 14 septembre 2020, [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002533].

25. La MP 870/19 est devenue loi n° 13844/2019 en juin de cette même année.

ministères, a supprimé le ministère du Travail. Les fonctions et organes de l'ancien ministère ont été divisés et leur hiérarchie au sein de la structure administrative fut rabaissée[26]. L'Association nationale des magistrats du travail a identifié au moins trois graves conséquences d'un tel acte : 1) le retrait de l'agenda du travail du noyau du pouvoir exécutif ; 2) la rupture de l'équilibre des relations employeurs et employés ; 3) la rupture d'un processus de construction et de valorisation d'une institution compromise avec les droits des travailleurs depuis 1930 (Lacerda, 2020). Dans la pratique, la répercussion immédiate a été la fragilisation des mécanismes de fiscalisation, conséquence directe de la réduction du nombre d'auditeurs fiscaux, de leurs compétences ainsi que des ressources budgétaires destinées à ces activités[27]. De plus, la mise en place par le pouvoir législatif de la réforme du système de sécurité sociale, l'adoption de la « loi de la liberté économique » et de la MP du « Contrat vert-jaune » ont contribué à aggraver la situation des travailleurs[28].

La MP 870/19 a aussi modifié le ministère de la Justice et celui des Droits de l'homme qui fut intégré au nouveau ministère de la Femme, de la Famille et les Droits de l'homme[29]. Le Conseil national des droits de l'homme, organe de fiscalisation liée au ministère de la Justice afin de contribuer à l'élaboration des politiques publiques dans ce domaine, jouissait des compétences de fiscalisation destinées à prévenir et à sanctionner des éventuelles violations des droits de l'homme. En décembre 2019, cet organe a été rabaissé au niveau de secrétariat dépendant du ministère de la Femme, de la Famille et les Droits de l'homme et, en février 2020, il a été exclu du groupe de travail créé pour la formulation de la politique nationale des droits de l'homme[30]. En avril 2019, par voie du décret nº 9759/19, le président Bolsonaro a supprimé 35 institutions consultatives de formation paritaire liées à la protection des groupes vulnérables et des droits de l'homme[31].

26. Les trois ministères récepteurs étaient : le ministère de l'Économie (Secrétariat spécial de la sécurité sociale et du travail et Secrétariat spécial de la débureaucratisation, gestion et gouvernance digitale) ; le ministère de la Citoyenneté (Secrétariat général d'assistance sociale et Secrétariat de l'inclusion sociale) et le ministère de la Justice (Fiscalisation des conditions de travail).
27. Le Conseil national des droits de l'homme, dans sa résolution nº 5 de 12 de mars 2020, a souligné la réduction de 63 % du budget dédié à la fiscalisation des lois du travail, ce qui favoriserait l'impunité des entreprises qui violent ces lois. Le ministère du Travail et de la Sécurité sociale a été recréé en juillet 2021 par la MP 1058, du fait de la pression politique des groupes de parlementaires mais sans un véritable programme d'action destiné à inverser les effets néfastes de sa disparition. L'action visait à réduire les pouvoirs du ministre de l'Économie et à garantir l'appui des partis politiques du Centre pour la réélection en 2022.
28. La loi nº 13874/19, dite de la liberté économique, a comme principes fondamentaux : la garantie de liberté dans l'exercice des activités économiques, l'intervention subsidiaire et exceptionnelle de l'État dans tel exercice et la reconnaissance de la vulnérabilité des entreprises face à l'État ; la réforme de la Sécurité sociale a été réalisée par la réforme constitutionnelle nº 103 de 12 novembre de 2019 augmentant l'âge pour la retraite ainsi que d'autres exigences ; la MP 905/19 a créé une nouvelle modalité de contrat qui allégeait les obligations des employeurs.
29. Damares Alves, pasteure évangélique, en est la ministre depuis le 1er janvier 2019 et sa formation religieuse oriente les décisions du ministère.
30. La Portaria (acte administratif) 457 du 11 février 2020 de la ministre Damares a créé un groupe de travail pour analyser la politique nationale des droits de l'homme et présenter des recommandations pour sa modification. Dans une note, le président du Conseil national des droits de l'homme, Yuri Costa, soulignait l'exclusion de la société civile du débat, vu que le groupe était constitué par des fonctionnaires du Ministère.
31. Parmi ces institutions, on peut citer : le Conseil national pour le combat aux discriminations et pour la promotion des droits de la communauté LGBT ; la Commission nationale de l'éducation nationale des Indiens ; la Commission

La protection des peuples indiens a été aussi fragilisée de manière ostentatoire. La Funai (Fondation nationale des peuples indiens), liée au ministère de la Justice, fut créée en 1967 pour coordonner et exécuter la politique nationale dans ce domaine. La démarcation des terres indiennes ainsi que leur surveillance et fiscalisation faisaient partie de ses compétences. Ces fonctions ont été transférées, grâce à la MP 870/19, au ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de l'Approvisionnement (dirigé par une des plus importantes représentantes du secteur agroalimentaire du Brésil) et la Funai a été reliée au ministère de la Femme, de la Famille et des Droits de l'homme. L'objectif d'une telle restructuration était d'entraver, voire d'empêcher, la démarcation de ces territoires et la facilitation de leur exploitation par des entreprises minières[32].

Le Congrès a renversé la situation au mois de mai 2019 et, au mois d'août de la même année, le Tribunal constitutionnel (STF) a réaffirmé les compétences de la Funai et son appartenance au ministère de la Justice[33]. Néanmoins, la réduction du budget de la Fondation, du personnel chargé des fiscalisations ainsi qu'une direction en pleine harmonie avec le président de la République ont empêché le plein exercice des fonctions de la Fondation. Le Tribunal constitutionnel a dû se prononcer une fois de plus sur les droits des Indiens en mai 2021 pour exiger du gouvernement fédéral « l'adoption immédiate de toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie, la santé et la sécurité des populations indiennes sur les terres indiennes (TIs) Yanomami et Mundurucu, face aux menaces d'attaques violentes et la présence d'envahisseurs. À cette fin, le gouvernement devra envoyer le personnel nécessaire et garantir sa présence pendant tout le temps que les risques persistent[34] ». La présence directe ou indirecte de grandes entreprises, en particulier du secteur minier ou de l'exploration de bois, est dénoncée fréquemment par les communautés qui habitent les territoires indiens.

Pour ce qui concerne la protection de l'environnement, autrefois reconnue mondialement comme étant à l'avant-garde, le recul a été considérable à cause de la politique menée par le gouvernement en opposition aux mandats constitutionnels. La remise en cause des organes et des mécanismes de fiscalisation est sans précédent, pour ne citer que quelques exemples : la réduction budgétaire pour l'IBAMA (Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables) ; la fragilisation du Programme de surveillance par satellite de l'Amazonie ; l'extinction du Plan d'action pour le contrôle et la sanction du déboisement, développé depuis 2004 ; l'arrêt du programme Fond Amazonie, constitué par des apports de la Norvège et de la République fédérale d'Allemagne au gouvernement fédéral brésilien conditionnés à la chute de la déforestation et qui avait financé plus d'une centaine de projets essentiels pour les communautés intéressées ;

nationale de l'éducation en droits de l'homme ; la Commission nationale des forêts ; la Commission nationale pour l'élimination du travail dans des conditions d'esclavage.

32. La Chambre des peuples indiens et des communautés traditionnelles du Ministère public fédéral a constaté qu'aucun territoire indien n'avait été enregistré depuis 2019 (6 CCR/MPF du 19 avril 2021). Cet organe fait partie du Bureau du procureur général de la République.

33. STF, ADI 6062, ADI 6172, ADI 6173 et ADI 6174, décision du 1er août 2019, relator Min. Luís Roberto Barroso.

34. STF, ADPF 709, 24 mai 2021, Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 Distrito Federal, [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1133decisao_monocratica.pdf].

l'inexécution des normes du Code forestier et la flexibilisation des conditions pour l'obtention de licences environnementales (Pontes, 2021).

Il n'est pas téméraire de constater l'inapplicabilité des dispositifs du chapitre IV du décret par un gouvernement qui a développé une politique de déconstruction des instruments et mécanismes de protection des droits de l'homme et qui ne cache pas son objectif de privilégier et protéger les intérêts économiques à tout prix.

2.2. La précarité des mécanismes d'intégration, de surveillance et d'évaluation des directives

Les normes sur l'intégration, la surveillance et l'évaluation des directives font l'objet du chapitre final du décret nº 9571/18 ainsi que du paragraphe 3 de l'article 1. La formation d'un Comité de surveillance de l'application des directives est confiée par l'article 16 au ministère des Droits de l'homme. L'article 17 établit les attributions du Comité, sa constitution et son fonctionnement.

Parmi les premières attributions figurent : l'élaboration d'un plan d'action annuel pour l'application effective des directives ; l'élaboration d'études pour l'amélioration des politiques publiques et des lois relatives au respect des droits de l'homme par les entreprises ; la réalisation des consultations publiques ; l'admission des plaintes, réclamations et propositions de la société civile. Le Comité a une constitution paritaire – neuf représentants du gouvernement et neuf représentants de la société civile (troisième secteur, organisations académiques et le secteur privé et syndical) – et doit se réunir au moins une fois par semestre. Des critiques ont été formulées : d'une part, sur le fait que la prévision de l'élaboration d'un plan annuel par le Comité pourrait constituer un subterfuge pour la conception d'un plan d'action national en matière des droits « Entreprises et droits de l'homme », comme cela avait été recommandé par le groupe de travail de l'ONU ; d'autre part, sur le manque d'inclusion expresse et indépendante du troisième secteur des victimes des violations comme membres du Comité (Homa, 2018).

L'autre mécanisme destiné à l'intégration des directives est l'institution d'un label « Entreprises et droits de l'homme » accordé par un acte du ministre des Droits de l'homme aux entreprises qui adoptent les dispositions du décret. Cependant, aucun mécanisme de fiscalisation n'est prévu en relation avec ce label quant aux conséquences à tirer lors d'une éventuelle situation de non-respect des droits de l'homme par une entreprise qui détient celui-ci. Ce manque de contrôle du label suscite la méfiance en raison de la possibilité de son utilisation pour afficher une fausse préoccupation des droits de l'homme et des bonnes pratiques lorsque la réalité peut être bien différente (Penha, 2018).

L'activité du gouvernement Bolsonaro aboutit à constater l'inapplicabilité des dispositions du chapitre V du décret nº 9571/18. Tout d'abord, la restructuration ministérielle de 2019 qui a conduit à la création du ministère de la Femme, de la Famille et Droits de l'homme a démontré l'intérêt marginal que la protection des droits de l'homme allait présenter dans la politique du gouvernement fédéral. Parmi les organes secondaires du nouveau ministère figure le Secrétariat national de protection globale qui agit « pour la promotion des droits de l'homme ». Jusqu'à aujourd'hui,

ni la création du Comité de surveillance de l'application des directives ni le label « Entreprises et droits de l'homme » n'ont vu le jour. Il n'y a pas eu la moindre proposition du Secrétariat sur la question. L'organe s'est limité à publier la traduction des principes directeurs de l'ONU et à organiser le Forum national Responsabilize-se, destiné à débattre des principes directeurs de l'ONU et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

Par ailleurs, la Portaria 1468 de juillet 2019 (acte administratif pris par la ministre) a institué le label « Entreprise amie de la famille » (SEAF), dont l'objectif est d' « encourager et reconnaître l'adoption par des entreprises de pratiques d'organisation interne qui garantissent un équilibre entre le travail et la famille ». Pour la secrétaire nationale de la Famille, Angela Gandra Martins, « il faut sensibiliser les entreprises sur l'importance d'harmoniser la vie professionnelle avec la vie familiale ». Ces finalités sont bien différentes de celles recherchées par le label institué au paragraphe 3 de l'article 1 du décret n° 9571/18. L'intégration des règles du décret ne semble pas être dans l'agenda du Ministère.

Finalement, il faut faire référence à la résolution n° 5 du Conseil national des droits de l'homme du 12 mars 2020 relative aux directives nationales pour entrevoir une politique publique sur les droits de l'homme et les entreprises. Cette résolution a une portée limitée puisqu'elle émane d'un organe délibératif. Son objectif est d'orienter et d'aider à la formulation d'une politique publique. Elle constitue un instrument novateur à plusieurs égards. Premièrement, parce que la nécessité d'appliquer, de renforcer et de compléter le décret n° 9571/18 figure dans ses considérants. Deuxièmement, la suprématie des droits de l'homme est reconnue expressément ainsi que l'obligation de l'État et des entreprises de respecter et de garantir ces droits. Troisièmement, la responsabilité des entreprises en cas de violation de droits de l'homme est établie et les mécanismes de réparation sont renforcés par l'établissement de plusieurs obligations faites aux organes de l'État et aux institutions de justice. Selon Cristina Castro, coordinatrice du groupe de travail qui a élaboré la résolution, le moment où la résolution a été approuvée est important, car le gouvernement a donné à la relation entreprises-droits de l'homme une perspective qui favorise le profit avant tout au détriment des populations et des citoyens. En outre, la construction collective de la résolution renforce l'activité du Conseil (FES Brasil, 2020).

Conclusion

L'adoption d'un instrument ayant force juridique obligatoire sur la relation entreprises-droits de l'homme aurait pu être applaudie au Brésil au moment où des préjudices catastrophiques causés par l'activité des grandes entreprises n'avaient pas été réparés et que l'action d'organisations de la société civile, de défenseurs des droits de l'homme, d'activistes en général orientée vers l'adoption de moyens pour mettre fin à l'impunité de ces entités était remise en cause, même criminalisée. Cependant, le décret n° 9571/18 présente de graves inconsistances formelles qui portent atteinte à sa constitutionnalité. Le manque de transparence et de participation de la société civile, en particulier des victimes de violations des droits de l'homme, dans son processus d'élaboration se traduit dans la portée de ses règles. D'une part, la liberté d'adhésion des entreprises aux directives fragilise la portée des obligations imposées par la Constitution et par

d'autres instruments contraignants déjà reconnues par les tribunaux brésiliens. D'autre part, le décret ne fait aucune proposition concrète pour l'amélioration et l'évolution des mécanismes d'accès à la justice et de réparation des préjudices. On peut le considérer comme un instrument insuffisant pour répondre aux attentes de la société quant à la responsabilisation des entreprises et aux garanties de respect des droits de l'homme. Ce n'est que de l'effet, de l'apparence.

La situation constatée dans le premier rapport de Conectas en 2018 a très peu changé et l'action du gouvernement Bolsonaro n'a pas été plus néfaste en raison de l'intervention du Ministère public et du judiciaire à tous les niveaux.

> « La société brésilienne continue à être l'otage des projets de développement qui ne prennent pas en considération les différentes conceptions de monde et de vie et qui considèrent que les entreprises, moteurs d'un tel développement, doivent être préservées des plus grosses contraintes. Au Brésil, il y a des lois mais il manque une culture de droits de l'homme qui doit être accessible à tous. » (Conectas, 2018)

Bibliographie

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 16 septembre 2022.

Cardoso Benetti J., 2018, « Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: rumo a um tratado? », dans F. Piovesan, I. V. Soares, M. Torelly (dir.), *Empresas e Direitos Humanos*, Salvador, Editora JusPODIVM, p. 19-37

Celano Tarantini V., Martins Carneiro B., 2018, « O Pacto Global da ONU e o Respeito e a Promoção de Direitos Humanos pelas empresas », dans F. Piovesan, I. V. Soares, M. Torelly (dir.), *Empresas e Direitos Humanos*, Salvador, Editora JusPODIVM, p. 39-51

FGV (Fundação Getúlio Vargas), Centro de Direitos Humanos e Empresas da, 2017, *Implementando os princípios orientadores sobre empresas e Direitos Humanos da ONU: O dever do Estado de proteger e a obrigação das empresas de respeitar os Direitos Humanos*, Brasilia, Artecor Gráfica e Editora Ltda

CIJ (Comissão Internacional de Juristas), 2011, *Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas*, Genève, [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/05/Brazil-human-rights-abuses-corporations-report-2011-por.pdf

CIMI (Conselho Indigenista Missionário), 2019, « STF mantem demarcações na Funai e impõe derrota ao governo Bolsonaro », [https://cimi.org.br/2019/08/stf-mantem-demarcacoes-na-funai-e-impoe-derrota-ao-governo-bolsonaro/]

Conectas, 2019, *Segundo Relatório de acompanhamento Recomendações ao Brasil do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos*, 1re éd., São Paulo

Conectas, 2018, *Recomendações do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos ao Brasil: Status de implementação pelo governo e empresas*, 1re éd., São Paulo

Dias Netto Junior E. A., Weicert M. A., Portugal Nunes R., 2019, « A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre Empresas e Direitos Humanos: Da natureza voluntaria dos Principios Ruggie à voluntariedade das Diretrizes nacionais », *Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 3, nº 2, p. 10-21

FES Brasil, 2020, « CNDH publica diretrizes nacionales sobre direitos humanos e empresas »,

[https://brasil.fes.de/detalhe/cndh-publica-diretrizes-nacionais-sobre-direitos-humanos-e-empresas]

FIDH (Fédération internationale des Ligues de droits de l'homme), 2009, *Droits de l'homme et entreprises : Pour la cohérence et le respect des droits de l'homme. Note de position à l'attention du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, [https://www.fidh.org/IMG/pdf/FIDH_position_paper_OHCHR_Consultation_FRA.pdf]

Girardi Fachin M., Fontana Bolzani G., 2018, Eficácia horizontal dos Direitos Humanos no marco do constitucionalismo global: responsabilidade das empresas na promoção dos Direitos, dans F. Piovesan, I. V. Soares, M. Torelly (dir.), *Empresas e Direitos Humanos*, Salvador, Editora JusPODIVM

Haut-Commissariat des droits de l'homme (HCDH), 2014, *Questions courantes sur les principes directeurs relatifs aux entreprises et droits de l'homme*, Genève, Publications des Nations unies, HR/PUB/14/13

Homa / Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2018, « Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos », *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, nº 7

Kon A., 2013, « Responsabilidade social das empresas como instrumento para o desenvolvimento: uma função da política pública », *Planejamento e Políticas Públicas*, nº 41, p. 45-88

Lacerda N., 2020, Extinção do ministério do trabalho: o que mudou após um ano?, *Brasil de Fato*, [https://www.brasildefato.com.br/2020/01/14/extincao-do-ministerio-do-trabalho-o-que-mudou-apos-um-ano]

Penha D., 2018, « Novo decreto pode fragilizar cumprimento dos direitos humanos por empresas », *Reporter Brasil*, [https://reporterbrasil.org.br/2018/12/decreto-do-governo-federal-fragiliza-o-cumprimento-dos-direitos-humanos-por-empresas/]

Piovesan F., Soares I. V., Torelly M. (dir.), 2018, Empresas e Direitos Humanos, Salvador, Editora JusPODIVM

Pontes N., 2021, « Como conquistas ambientais do Brasil estão roendo sob Bolsonaro », *DW Made for minds*, [https://www.dw.com/pt-br/como-conquistas-ambientais-do-brasil-estão-ruindo-sob-bolsonaro/a-5778476

Ruy Cardia A. C., Vaz Ferreira L., 2018, « Direitos Humanos e empresas: lições para a implementação do tema pelo Estado Brasileiro », dans F. Piovesan, I. V. Soares, M. Torelly (dir.), *Empresas e Direitos Humanos*, Salvador, Editora JusPODIVM, p. 185-208

PARTIE 3

La mise en œuvre de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

L'obligation de vigilance

Chapitre 5. Premiers regards sur le devoir de vigilance

Firouse BOUDJELLAL

Doctorante, Univ Rennes, CNRS IODE – UMR 6262, France

Résumé : Reddition de comptes sociaux, transparence, responsabilisation et responsabilité de l'entreprise sont corrélées dans le cadre du devoir de vigilance[1]. Notre réflexion porte sur l'appropriation de la loi sur le devoir de vigilance par les sociétés concernées et la manière dont elles se conforment à l'« obligation de rendre compte » dans le rapport de gestion, ainsi qu'aux premiers contentieux. L'évocation du « devoir de vigilance », de la « loi sur le devoir de vigilance » ou de la « loi » correspond à la loi sur le devoir de vigilance de 2017, le « *reporting* extra-financier » réfère à la déclaration de performance extra-financière[2] (DPEF), la loi dite Sapin 2 renvoie à la loi sur la lutte contre la corruption[3].

Mots-clés : devoir de vigilance, plan de vigilance, effectivité, contentieux

Cet article a été rédigé en décembre 2020. Il n'a pas pu être actualisé en raison du retard pris par la publication de l'ouvrage.

La loi sur le devoir de vigilance contraint les entreprises à établir un plan de vigilance, dont le contenu comprend cinq mesures de vigilance raisonnable (une cartographie des risques, des mesures d'évaluation, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes, un mécanisme d'alerte et un dispositif de suivi des mesures et d'évaluation de leur efficacité) pour lesquelles elles doivent rendre compte de la mise en œuvre effective dans un compte rendu. Le devoir de vigilance prend la forme d'une obligation de moyens. Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont joints au rapport de gestion. Ces obligations constituent le cœur du devoir de vigilance tel que la loi de 2017 l'institue, dans le prolongement de la « diligence raisonnable » créée par le droit souple[4] (UNHCDH, 2011, principe 17, principe fondateur 11, principe 15, b).

1. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n° 0074, 28 mars 2017.
2. Directive européenne n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014 transposée en France par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises et décret n° 2017-1265 du 9 août 2017. Ce dispositif remplace le dispositif précédent de *reporting* RSE dit Grenelle 2.
3. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 décembre 2016.
4. Le droit souple ou *soft law* a composé à l'égard des entreprises multinationales une *diligence raisonnable* permanente « en matière de droits de l'homme ». Elle est appelée aussi « *due diligence* » ou « devoir de diligence » et s'apparente

La loi française de vigilance, précurseur sur cette question en Europe, exerce une influence sur les États qui l'entourent, membres ou non de l'Union européenne (UE). Par exemple, dans le sillage de la loi française, l'Allemagne s'apprête à légiférer d'ici la fin 2020 sur le devoir de vigilance (Steiwer, 2020). L'initiative citoyenne suisse sur la responsabilité des entreprises multinationales a été rejetée au cours de la votation du 29 novembre 2020. « "Le peuple a dit oui mais les cantons ont dit non" résume le quotidien de Genève » (Magnard, 2020). C'est donc le contre-projet du Parlement qui s'appliquera, moins contraignant que celui porté par l'initiative populaire (*Le Nouvelliste*, 2020). Cette initiative est à souligner car, bien qu'extra-européenne, elle s'est inspirée de la loi française[5]. Les Pays-Bas ont adopté le 24 octobre 2019 le *Child Labour Due Diligence Law* (loi sur le devoir de diligence pour le travail des enfants)[6]. L'Angleterre, quant à elle, s'est démarquée en votant, dès 2015, le *UK Modern Slavery Act* (loi sur l'esclavage moderne)[7]. La loi sur le devoir de vigilance se distingue des lois qui traitent spécifiquement des thématiques susmentionnées, relatives au travail des enfants, au travail forcé et à l'esclavage moderne, en proposant une protection étendue des droits de l'homme et de l'environnement : santé et sécurité, droits et libertés fondamentales, et environnement. En effet, la loi française fonde une approche globale de la protection contre les risques systémiques qui surviennent dans les chaînes de valeur.

Ainsi la loi française inspire certaines initiatives d'autres États mais également l'UE. D'ailleurs, une étude sur le devoir de vigilance dans la chaîne d'approvisionnement remise à la Commission européenne (Commission européenne, 2020) et une étude sur la crise sanitaire due à la pandémie du Covid-19 ont contribué, selon le commissaire européen à la Justice, à ce que l'UE se prononce sous peu, en 2021, sur un mécanisme européen sur le devoir de vigilance. Ce nouvel instrument pourrait s'inspirer de la loi française, car c'est elle qui concrétise le mieux la diligence raisonnable promue par les principes directeurs des Nations unies[8]. En effet, la loi de 2017 s'apparente à une obligation de comportement prudent[9] (Aubenque, 1993) et diligent et non à une mesure de

au devoir de vigilance ou à un comportement vigilant qui doit être mis en œuvre, selon les principes de Ruggie 17, 11 et 15, b (UNHCDH, 2011) : « Pour éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part. » Pour s'acquitter de leur responsabilité, les entreprises multinationales doivent avoir mis en place « une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient ».

5. Sur ce point : arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables. Pour protéger l'être humain et l'environnement », 19 juin 2020, FF 2020, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1294/fr].
6. Sur ce point : *Child Labour Due Diligence Law, Netherlands / Wet Zorgplicht Kinderarbeid*, 24 octobre 2019, « Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 401 », 2019, [https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20191113/publicatie_wet_4/document3/f=/vl3jh4kl10yx.pdf].
7. Sur ce point : *UK Modern Slavery Act*, section 54, « Transparency in supply chain », etc., [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted].
8. Cette annonce du commissaire européen à la Justice a eu lieu lors d'une conférence en ligne du groupe de travail du Parlement européen sur la responsabilité des entreprises le 29 avril 2020, [https://www.gouvernance-rse.ca/?p=8656].
9. Il existe de multitudes significations ontologiques de la prudence. Chez Aristote, la prudence est une habileté qui se déploie et s'aiguise au cœur de l'action. Aristote rapproche la *prudentia* (prudence en latin) de la *phronesis* (prudence en grecque qui signifie la juste mesure) qui est une vertu collective, une forme de sagesse populaire liée à l'intelligence et à l'éthique collective en référence à l'idée de bonne conduite. Une personne prudente prête une attention

reporting stricto sensu (Norme ISO 26000, 2010, p. 20, article 2.4)[10]. Elle tend à la normalisation d'un comportement et d'une conduite. Force est de constater que la *due diligence* réalisée avant d'entrer en relation d'affaires est très différente d'une obligation de comportement. Ce type de *due diligence* a pour finalité la vérification de données financières. Une obligation de comportement ou de « prudence préventive » (Ricoeur, 1995, p. 62), quant à elle, impose une responsabilité qui sort du cadre juridique et qui de l'extérieur de ce cadre inspire et commande de « [...] remplir certains devoirs, d'assumer certaines charges, de tenir certains engagements » (Ricoeur, 1995, p. 62). Il y a en filigrane l'idée morale de responsabilité (Ricoeur, 1995, p. 42). Il est permis de penser que le devoir de vigilance résulte dès lors du mariage d'un devoir moral et d'une obligation juridique qui répare et sanctionne, pour accomplir ce qu'Hegel appelle « une vision morale du monde » (Ricoeur, 1995, p. 50). La finalité est de remoraliser le concept juridique de responsabilité et de responsabiliser les acteurs de l'entreprise *étendue*.

Cette future réglementation européenne (Commission européenne, 2020, p. 30-34, p. 556-569)[11] anticiperait le traité de l'Organisation des Nations unies (ONU) sur le devoir de vigilance qui est en négociation depuis 2014[12]. Il apparaît en effet urgent de contrôler les activités extra-territoriales des entreprises car différents drames industriels, humains, environnementaux et sanitaires passés et présents pèsent sur les populations. De plus, la crise sanitaire et l'insécurité économique qu'elle génère fragilisent encore plus les populations des chaînes de sous-traitances partout dans le monde (CSR Europe, 2020, p. 1 ; International Labour Organization, 2019). Aussi, cette crise sanitaire systémique montre-t-elle, en creux, l'intérêt pour l'Europe d'adopter un devoir de vigilance qui encadre mieux les aspects nocifs qu'engendre l'activité des chaînes de valeur. En effet, la crise sanitaire confronte, sur le plan mondial, les populations, les États et les entreprises à la nature systémique des risques pour lesquels le devoir de vigilance permet une atténuation des impacts sociaux et environnementaux. Dans ce contexte de crise sanitaire, des investisseurs se sont réunis dans une tribune pour demander une réglementation plus contraignante du devoir de vigilance (Heraud, 2020 ; Lange, 2020) et manifester leur intérêt pour le contrôle des chaînes d'approvisionnement (FIR, A2 Consulting, 2019).

Il apparaît nécessaire d'adopter un devoir de vigilance étendu et harmonisé pour créer une norme de conduite fiable et égalitaire (Commission européenne, 2020, p. 24 et suiv.). Le besoin de tracer l'épure du devoir de vigilance à grande échelle est conjoint à la révision de la directive

particulière aux circonstances afin d'agir sur elles avec justesse. Pour ce faire, elle mesure les situations et le bien-fondé des actions entreprises. Il s'agit d'un comportement intelligent et rationnel appliqué à chaque situation qui permet, avec la pratique et l'expérience, de développer un sens du bien et du mal, apogée de la morale.

10. D'ailleurs, la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociale des entreprises (RSE) évoque à propos du devoir de vigilance une démarche qui va plus loin qu'un *reporting* : « Démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités. »
11. Quatre options réglementaires sont à l'étude, allant de mesures incitatives à des mesures contraignantes.
12. Sur ce point : UNHRC, 2022. Voir également : Avis sur le projet d'instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, Avis CNCDH, *JORF*, n° 0244, 19 octobre 2019, [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039242019/].

sur l'information extra-financière attendue fin 2020 ainsi qu'à la nouvelle réglementation sur « les minerais du conflit » (Alvarez, Héraud, 2016)[13] qui impose un devoir de diligence sectoriel à l'égard des entreprises importatrices européennes concernées[14].

En France, le législateur a placé certains espoirs dans l'établissement du plan de vigilance et de son compte rendu. Il en attend donc une certaine effectivité. En effet, les entreprises visées par la loi sur le devoir de vigilance doivent répondre à une obligation de présentation et de justification de la mise en œuvre effective du devoir de vigilance au titre de la reddition annuelle de comptes sociaux. L'obligation « corrélative » de rendre compte de la mise en œuvre du plan permet de mesurer les « résultats » qui découlent de la façon dont les entreprises se saisissent de leur devoir de vigilance. C'est la raison pour laquelle il semble nécessaire de s'intéresser à la façon dont les entreprises y satisfont et en rendent compte publiquement dans le rapport de gestion. Cela permet, dans une perspective de partage d'expérience, d'évoquer quelques éléments d'un premier bilan. Le respect de l'obligation d'établir un plan de vigilance et d'un compte rendu par les entreprises concernées est en question. Les difficultés qui peuvent s'opposer à la mise en œuvre effective des mesures et/ou rendre la lecture des informations confuse dans le rapport de gestion sont mises en évidence également (1).

La loi prévoit aussi un recours extraterritorial afin qu'une victime d'un manquement au devoir de vigilance dans une chaîne de sous-traitance située à l'étranger puisse saisir les juridictions civiles françaises afin de demander réparation auprès de la société mère ou donneuse d'ordre domiciliée en France. Pourtant, aucune action en justice, à notre connaissance, n'a été introduite en France en vertu de l'extraterritorialité de la loi française, rendant le contrôle extraterritorial dans le domaine de la sous-traitance transnationale inopérant pour le moment.

Il est cependant utile de s'intéresser à la façon dont il est juridiquement possible de contraindre les entreprises débitrices du devoir de vigilance à y satisfaire en cas de manquement. Deux mécanismes de contrôle de l'obligation de prudence préventive et de mise en conformité sont mobilisables. Premièrement, la procédure de la mise en demeure qui, en tant que telle, peut conduire à une modification du plan de vigilance par la société visée. Deuxièmement, la procédure du référé lorsque la mise en demeure n'aboutit pas à une modification du plan de vigilance. Force est de reconnaître que la loi de 2017 fait du plan de vigilance l'épicentre du devoir de vigilance.

En outre, la loi sur le devoir de vigilance n'est pas le seul texte de loi qui permet de sanctionner une entreprise qui ne respecte pas les droits de l'homme et de l'environnement.

13. Les minerais du conflit désignent principalement l'étain, le tungstène, le tantale et l'or qui servent à la fabrication des téléphones et ordinateurs portables. Ils sont extraits de mines occupées par des groupes armés dans la région des Grands Lacs en Afrique, au Zimbabwe, en République centrafricaine, en Birmanie ou encore en Colombie. Ce commerce situé dans des zones à risque alimente des violations des droits humains, notamment le travail forcé dont celui des enfants.

14. Règlement n° 2017/821/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'UE qui importent de l'étain, du tantale, du tungstène et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque. Ce règlement européen est entré en vigueur le 1er janvier 2021.

En conséquence, nous nous intéresserons également à d'autres domaines de recours « contentieux » possibles qui s'inscrivent dans un cadre juridique différent de celui de la loi de 2017, et qui sont potentiellement mobilisables pour faire respecter les droits de l'homme et de l'environnement dans l'entreprise étendue (2).

1. Des lacunes législatives préjudiciables relativement à l'élaboration et au compte rendu du plan de vigilance

Dans le contexte de la loi de vigilance, l'objectif de la reddition de comptes sociaux est de permettre aux parties prenantes de disposer d'une vision exacte de la mise en œuvre du devoir de vigilance. Elle prend la forme d'un plan de vigilance et d'un compte rendu de sa mise en œuvre effective. Ces deux documents sont joints obligatoirement au rapport de gestion qui fait partie du rapport annuel financier compris dans le document d'enregistrement universel (DEU) des sociétés cotées[15]. Les difficultés de formalisation appellent à une réflexion un peu plus générale sur la place du plan de vigilance dans le rapport de gestion. La loi n'en dit pas davantage sur la formalisation et la place de ces documents au sein du rapport de gestion et vis-à-vis des autres obligations extra-financières incluses dans le rapport de gestion. Ces lacunes laissent d'importantes marges d'interprétation en termes de contenu et de manœuvre vis-à-vis du rapport de gestion. Elles sont préjudiciables car elles ne permettent pas de vérifier que le plan de vigilance et le compte rendu de son effectivité répondent aux objectifs que la loi assigne et qui pèsent sur l'entreprise étendue. Les entreprises visées doivent démontrer leur aptitude à s'autocontrôler en permanence. Il en résulte des attentes en termes de jurisprudence et/ou de publication d'un décret et/ou d'un mécanisme européen apportant des précisions sur le contenu obligationnel du plan, attentes confortées par l'analyse générale des plans publiés (1.1). Il appert également des premières évaluations de la loi (Duthilleul, Jouvenel, 2020 ; Barraud de Lagerie *et al.*, 2019 ; Mugnier, Gault, 2018 ; Mugnier, Gault, Rogues, 2019 ; Entreprises pour les droits de l'homme, 2019)[16] le besoin d'articuler les obligations extra-financières entre elles dans le rapport de gestion (1.2).

15. Le rapport de gestion est déposé à l'Autorité des marchés financiers (AMF) comme document d'enregistrement universel (ex-document de référence). L'AMF contrôle le document d'enregistrement universel (AMF, 2018). Le prospectus (document juridique publié par l'entreprise à destination de potentiels investisseurs qui présente les informations complètes et pertinentes de l'émetteur) est composé entre autres, du document d'enregistrement universel qui contient les informations clés de l'émetteur. Pour une définition du document d'enregistrement universel et sa composition, voir : règlement n° 2017/1129/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 dit Prospectus 3 et ses règlements délégués : règlement délégué n° 2019/980/UE de la Commission du 14 mars 2019 et complétant le règlement n° 2017/1129/UE et règlement délégué n° 2019/979/UE de la Commission du 14 mars 2019 et complétant le règlement n° 2017/1129/UE.

16. À cela s'ajoutent les travaux préparatoires de thèse de l'auteure de cet article (panel de 50 entreprises qui ont publié leur plan de vigilance en 2020 au titre de l'exercice 2019 et en 2019 au titre de l'exercice 2018).

1.1. Remarques générales à propos des plans de vigilance et des comptes rendus de leur mise en œuvre effective publiés en 2019 et en 2020 au titre des exercices 2018 et 2019

En l'absence d'une liste officielle des sociétés auxquelles s'impose le devoir de vigilance, il n'est pas toujours possible de savoir si le plan de vigilance qui figure dans le document d'enregistrement universel est d'application volontaire ou répond à l'exigence de la loi[17].

Si on se réfère aux principes directeurs des Nations unies, « la responsabilité de respecter les droits de l'homme est une norme de conduite » attendue des entreprises et la diligence raisonnable sert à construire cette norme de conduite (UNHCDH, 2011, principes fondateurs, p. 15). Il s'agit dès lors de responsabiliser l'entreprise étendue en lui imposant d'adopter une norme de conduite laquelle ne se traduit pas uniquement par des règles procédurales à respecter. La publication d'un compte rendu de la mise en œuvre effective des mesures de vigilance marque la distinction entre un modèle procédural à la manière des obligations de *reporting* et un modèle de responsabilisation. Si l'exercice procédural répond à une obligation (élaborer, communiquer et publier un plan), le compte rendu doit présenter le processus de responsabilisation en satisfaisant à une exigence d'effectivité. Le processus comprend l'action permanente de l'exercice de la diligence raisonnable qui consiste à évaluer les risques sur les droits de l'homme, à mettre en place un plan d'action pour les réduire, à suivre les mesures prises et à informer sur leurs effets et conséquences. Dans cette perspective, l'analyse des plans de vigilance au titre de l'exercice 2018 et 2019 ne permet pas de dégager de celle-ci des indicateurs « de responsabilisation » comparables et fiables. Chaque entreprise conçoit un plan de vigilance qui lui est propre et diffère des autres. Il n'y a pas de méthodologie commune. Chaque entreprise crée son propre outil méthodologique en tenant compte des obligations de la loi. Le plan doit comporter des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les atteintes graves envers les trois domaines de la vigilance que sont les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité et l'environnement. Les risques graves que génère l'activité extraterritoriale de chaque entreprise s'appréhendent différemment selon les contextes. Le but de l'analyse des plans a été de dégager quelques points saillants.

Pour fonder la méthodologie à partir de laquelle élaborer la cartographie des risques, l'entreprise est supposée définir les trois domaines de vigilance ainsi que les périmètres de la vigilance, et à tout le moins la notion de « gravité ». En effet, le législateur ne délimite pas clairement ces notions[18].

17. Un site Internet créé par des ONG (Sherpa, CCFD Terre Solidaire et BHR Resource Center) recense, à titre informatif et non officiel, les sociétés qui ont publié un plan de vigilance, [https://plan-vigilance.org/recherche/].

18. Ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer l'amende civile initialement prévue pouvant atteindre 10 millions d'euros en cas de non-respect de l'obligation (à cause de la généralité des termes employés par le législateur pour désigner les trois domaines de la vigilance) : « 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 déférée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant

Il en résulte des marges importantes d'interprétation de chacune d'elles par les entreprises. D'après le Conseil constitutionnel, ces notions n'en demeurent pas moins « intelligibles[19] ». Au premier chef, la notion de « gravité » nécessite d'être définie par l'entreprise, afin de permettre l'identification des atteintes graves aux trois domaines de vigilance. La notion de gravité signifie vraisemblablement dans ce contexte l'irréversibilité des dommages. Elle est à mettre en relation avec les conséquences lourdes et d'importance causées par les dommages. Il se trouve que très peu d'entreprises définissent dans leur plan de vigilance la notion de gravité au sens de leur cartographie.

La méthodologie qui sert à l'élaboration de la cartographie est très rarement exposée. En conséquence, la plupart du temps, des indicateurs sont listés dans la cartographie sans réelle mise en perspective avec une méthodologie qui devrait, à notre sens, comprendre par exemple des informations sur les typologies d'information et leurs sources, des informations sur les procédés de collecte de l'information, les modes de traitement, l'explication du choix des indicateurs et leur description, etc. La loi étant muette sur la définition des trois domaines de vigilance, les entreprises renvoient à un ou plusieurs référentiels normatifs internationaux (chartes et traités internationaux, Convention européenne des droits de l'homme) pour définir le périmètre de vigilance de leur cartographie des risques (Ruggie, 2008, p. 18, § 58)[20] sans plus de précision (UNHCDH, 2011, principe fondateur 12, p. 15). Pour rappel, les référentiels peuvent comprendre la Charte internationale des droits de l'homme, les principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du travail (OIT), les principes directeurs des Nations unies, les principes du *Global compact* des Nations unies, les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), etc., et parfois une norme nationale, par exemple l'article L.1121-1 du Code du travail qui dispose que : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (Poracchia, 2018, p. 14 ; Aucompte, Attias, 2018, p. 40). Certains commentateurs estiment que le juge pourrait clarifier les termes en choisissant le ou les référentiels normatifs adéquats en l'absence de publication d'un décret précisant ces points[21] (Poracchia, 2018). Les principes directeurs des Nations unies

atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis ». Sur ce point : Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

19. Selon le Conseil constitutionnel, « [...] si certaines des notions employées par le législateur sont, pour les motifs énoncés plus haut, insuffisamment précises pour permettre de définir un manquement de nature à justifier une sanction ayant le caractère d'une punition, celles-ci ne présentent toutefois pas un caractère inintelligible ». Sur ce point : Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

20. Ainsi : « Pour ce qui est du contenu proprement dit du processus, les entreprises devraient au minimum se référer à la Charte internationale des droits de l'homme et aux principales conventions de l'OIT car les principes qui y sont consacrés servent de référence aux autres acteurs sociaux pour évaluer l'incidence des entreprises sur les droits de l'homme » (Ruggie, 2008).

21. Il existe aussi des initiatives qui ne sont pas toutes liées au devoir de vigilance mais qui peuvent fournir des pistes de réflexion. Pour faire face par exemple aux nombreux référentiels et indicateurs, la Commission a publié un guide méthodologique pour aider les entreprises à remplir leur obligation de *reporting* extra-financier dans le cadre de la DPEF (Commission européenne, 2017). La Commission a également édité un guide pour accompagner les entreprises dans l'élaboration du *reporting* climatique (Commission européenne, 2019). De plus, l'ONG

représentent un référentiel international incontournable puisqu'il a influencé la loi sur le devoir de vigilance et qu'il peut « former le fondement du "cadre paneuropéen" du futur mécanisme européen » (Commission européenne, 2020, p. 25). Ces principes ont été intégrés dans d'autres instruments internationaux de *soft law* qui participent également à la construction du devoir de vigilance. Toutefois, la sélection officielle d'un standard ou d'un groupe de standards permettrait de délimiter clairement les périmètres de la vigilance. Cela faciliterait un partage d'informations plus fiables et plus comparables aussi.

La loi française définit plusieurs périmètres au devoir de vigilance sans les délimiter. Par exemple, aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, le plan de vigilance s'impose à « l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle » et aux « activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». La délimitation du périmètre des filiales et des sous-traitants peut être problématique. Par exemple, dans la loi, le périmètre de vigilance n'est pas limité au premier rang des fournisseurs ou sous-traitants et des intermédiaires. Or, une majorité des plans de vigilance de la loi de 2017 ne vont pas au-delà du premier rang et semblent appliquer le périmètre de la loi dite Sapin 2 de 2016 auquel il est fait régulièrement référence. Pourtant, cette tendance n'est pas spécifique à la France. L'étude sur l'application de la *due diligence* en Europe remise à la Commission européenne montre qu'« une majorité de répondants à l'enquête destinée aux entreprises n'incluent dans leur exercice de diligence raisonnable que leurs fournisseurs de premier rang. Les pratiques en matière de diligence raisonnable allant au-delà du premier rang et incluant les entités situées en aval de la chaîne de valeur sont nettement plus rares » (Commission européenne, 2020, p. 25).

L'article L. 225-102-4, I alinéa 4 de la loi sur le devoir de vigilance dispose que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ». Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur les dispositions de cet article en indiquant qu'il n'a qu'une nature incitative pour les entreprises[22]. Donc, les entreprises ne sont pas dans l'obligation de coconstruire le plan de vigilance avec les organisations syndicales représentatives (OSR) internes, les syndicats ou d'autres parties prenantes externes, au sein des filières ou à l'échelle territoriale. Mais, il va sans dire que, pour réunir l'ensemble des conditions afin de faire valoir la conformité du plan de vigilance, l'association des parties prenantes apparaît somme toute primordiale.

Dans ce contexte, peu de précisions sont données sur le niveau de collaboration avec les OSR ou sur ce que recouvre « la présentation » au comité de groupe ou au comité d'entreprise européen. Concernant les parties prenantes externes, quelques entreprises seulement

Sherpa propose un guide de référence des plans de vigilance, [https://plan-vigilance.org/vigilance-plan-reference-guidance/].

22. Sur ce point : « [...] les dispositions selon lesquelles le plan de vigilance "a vocation" à être élaboré avec les "parties prenantes de la société" ont une portée incitative », Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

dressent une liste ou s'inscrivent dans des initiatives pluripartites bien que cette tendance soit en nette hausse (Mugnier, Gault, Rogues, 2019, p. 4)[23].

Il y a peu d'informations aussi sur la procédure de l'alerte au titre du devoir de vigilance, le suivi et l'évaluation de son efficacité par l'entreprise. Plus d'un tiers des entreprises n'apportent pas d'informations sur le nombre d'alertes relevées au titre de l'exercice 2018 ni au titre de l'exercice 2019. En outre, quand il existe, le dispositif d'alerte de la loi sur le devoir de vigilance renvoie dans la grande majorité des cas à celui de la loi Sapin 2, ou les deux dispositifs sont réunis dans un dispositif commun, alors que ces dispositifs gagneraient sans doute en clarté s'ils étaient différenciés ou explicitement coordonnés.

Il apparaît dans la loi que la publication du compte rendu de la mise en œuvre effective du plan est distincte du dispositif de suivi des mesures et d'évaluation de leur efficacité. Or, il semblerait qu'il y a une confusion entre les deux. Le dispositif de suivi et d'évaluation des mesures est quasiment inexistant et les indicateurs peu mobilisables en l'absence d'une méthodologie explicative qui les sous-tend et sans justification du choix des indicateurs. Ainsi, il y a peu d'évaluations. Le compte rendu, quant à lui, constitue le cœur du plan de vigilance et sert à l'appréciation des progrès réalisés en continu (UNHCDH, 2011, principe 17, p. 20)[24]. Ce document est en soi un bilan *in vivo* du plan de vigilance, qui s'adapte à l'évolution des risques et à celle de l'activité de l'entreprise, qui peut changer. Les informations fournies peuvent évoluer et mettre en évidence dès lors des situations nouvelles. Dans ce cas, la cartographie des risques est revue. Ainsi, les objectifs et les actions préventives, mesurables, qui en découlent tout comme leur régularité sont amenés à changer suivant le contexte évolutif de l'activité. Ce document rend compte du processus de responsabilisation décorrélé de la forme (des mesures) et de l'obligation d'effectivité qui en découle. Il en constitue la preuve. Or, cette démarche est peu suivie car seules 27 % des entreprises, au titre de l'exercice 2018, se sont conformées à cette exigence réglementaire (Mugnier, Gault, Rogues, 2019, p. 4). De plus, le plus souvent, le compte rendu de la mise en œuvre effective du plan renvoie au rapport extra-financier, à des procédures de *due diligence* sur des enjeux sociaux, à la loi Sapin 2 ou à des principes de RSE. En l'absence d'une publication de ce compte rendu ou d'une communication complète, il apparaît délicat de rendre compte, dans les meilleures conditions, de l'effectivité des mesures prises. D'autant plus que la charge de la preuve est du ressort de l'entreprise seule.

En dépit des efforts fournis année après année par les entreprises, l'appropriation de la loi apparaît incomplète et inégale en l'absence de recommandations méthodologiques clarifiant le contenu des mesures de vigilance. Il manque aussi certainement la désignation d'une agence de contrôle publique indépendante qui serait autorisée à contrôler l'effectivité des mesures prises et à émettre des recommandations. De plus, le compte rendu de la mise en œuvre effective des mesures de vigilance, qui constitue une pièce maîtresse du devoir de vigilance, est quasiment absent du rapport de gestion ou sous-exploité, ce qui contrevient ainsi à l'obligation de rendre

23. L'étude évoque une adhésion à des initiatives collaboratives voire sectorielles en hausse de 35 %.

24. Pour être en cohérence avec la diligence raisonnable des principes Ruggie, le compte rendu de la mise en œuvre effective des mesures devrait être « permanent ».

compte par des informations intègres et exactes de l'effectivité des mesures prises. Ce document permet de démontrer que l'entreprise étendue est capable de s'imposer à travers le plan d'un autocontrôle permanent qui réduit le nombre des infractions portant atteinte aux droits humains et de l'environnement. Ce compte rendu de l'effectivité du plan de vigilance « fait compliance » à notre sens, car il atteste de l'intégrité des informations communiquées aux parties prenantes et a une valeur probatoire.

1.2. La place du plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre dans le rapport de gestion

Le rapport de gestion se confond avec le document d'enregistrement universel.

En vertu des articles 19 et 29 de la directive européenne dite comptable, le rapport de gestion doit présenter des informations de nature financière et extra-financière afin d'exposer une image fidèle du modèle d'affaires de la société ainsi qu'une analyse de son évolution[25].

L'article L. 225-102-4 du Code de commerce dispose que le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective doivent être joints au rapport de gestion mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 du même Code. La place des deux articles qui composent la loi sur le devoir de vigilance dans le Code de commerce est particulière car on voit combien semble établi par les textes qui les encadrent un rattachement organique au rapport de gestion et à l'obligation d'information des sociétés anonymes (SA)[26].

Le rapport de gestion a subi d'importantes modifications depuis 2016 qui ont pu entraîner des confusions sur la place du plan de vigilance dans ce document ainsi que sa formalisation. Par exemple ont été nouvellement inclus, dans le rapport de gestion, le programme de conformité anticorruption issu de la loi Sapin 2, le plan de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, les obligations du *reporting* extra-financier et les mesures prises dans le cadre

25. Directive n° 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive n° 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives n° 78/660/CEE et n° 83/349/CEE du Conseil, articles 19 (rapport de gestion) et 29 (rapport consolidé de gestion). Cette directive a été transposée dans le droit interne en 2015 et les dispositions de l'ordonnance n° 2015-900 du 23 juillet 2015 relative aux obligations comptables des commerçants sont entrées en vigueur le 1er janvier 2016.

26. Les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 sont codifiés dans le Code de commerce, dans le livre II (« Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique »), au titre II (« Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales »), dans le chapitre V (« Des sociétés anonymes »), à la section III (« Des assemblées d'actionnaires »). Cette section concentre les articles sur le rapport de gestion et la convocation de l'assemblée générale. Les articles qui précèdent ces articles sont relatifs pour la majorité au rapport de gestion (L. 225-100 à L. 225-102), ensuite vient l'article sur l'insertion de la DPEF dans le rapport de gestion (L. 225-102-1), celui de l'ajout d'informations dans le rapport de gestion sur la politique de prévention du risque d'accident technologique (L. 225-102-2) et un article consacré au rapport sur les paiements effectués au profit des autorités (L. 225-102-3). Les articles qui suivent les deux créés par la loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017 concernent la convocation de l'assemblée générale, la tenue de l'assemblée générale extraordinaire par visioconférence ou conférence téléphonique, la convocation des assemblées des actionnaires, etc.

du règlement général sur la protection des données[27] (RGPD). Force est aussi de constater que la notion de vigilance ou le « concept de diligence raisonnable » s'étend à « d'autres domaines » que les droits de l'homme, comme « la lutte contre la corruption » et l'« environnement et le changement climatique » (European Commission, 2020, p. 24). Il faut donc prendre en considération que des devoirs de vigilance inégaux en termes d'objectifs, de seuils, de périmètres se construisent dans lesquels des domaines de vigilance se superposent. Néanmoins, chaque plan, chaque rapport doit être joint séparément au rapport de gestion, comme cela doit être le cas pour le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective.

Dans la pratique, le plan (ou une partie du plan) est souvent « éparpillé » dans le rapport de gestion. Les informations sont par conséquent dispersées entre plusieurs parties du document aux chapitres « gestion des risques et de la conformité », « déclaration de performance de l'activité extra-financière », « rapport RSE » ou « développement durable », etc., ce qui rend la lecture malaisée et biaise la lisibilité du plan. Ainsi, les renvois au sein du plan de vigilance à d'autres parties du document du rapport de gestion présentent le risque que certaines obligations disparaissent dans une autre obligation relative à une autre loi qui traite de la même thématique. En effet, la plupart des entreprises créent une articulation entre des obligations et des engagements sociaux, sociétaux et environnementaux issus de lois aux champs d'application différents. Dès lors, il semblerait utile qu'une articulation claire soit créée entre le plan de vigilance de la loi sur le devoir de vigilance et le programme de conformité de la loi Sapin 2 ainsi qu'avec les obligations du *reporting* extra-financier (DPEF).

Ajoutons toutefois qu'une articulation est prévue entre la DPEF et le plan de vigilance. « La DPEF peut renvoyer le cas échéant aux informations mentionnées dans le plan de vigilance[28] » et non l'inverse (Mugnier, Gault, Rogues, 2019, p. 4)[29]. Ces deux outils n'ont pourtant pas la même « [...] utilité, ni les mêmes destinataires [...] » (Mercier, 2018, p. 75). Et il « [...] s'avérera certainement plus opportun pour l'entreprise de valoriser ses actions dans la déclaration de performance extra-financière plutôt que d'opérer un renvoi » (Mercier, 2018, p. 75). Or, ce renvoi possible de la DPEF vers le plan de vigilance est justifié par le complément d'information qu'il apporte sur les effets et conséquences des mesures de vigilance prises sur les populations et l'environnement. C'est un aspect continu et permanent du processus de la vigilance qui est évalué par la loi sur le devoir de vigilance et non par la DPEF[30]. En effet, les obligations du *reporting* extra-financier

27. Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *JORF*, n° 0141, 21 juin 2018.
28. Sur ce point : article L. 225-102-1, III du Code de commerce.
29. D'après cette étude des plans de vigilance, « 70 % des entreprises du panel font des renvois vers la DPEF ».
30. Article L. 225-102-1, III du Code de commerce : « Dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité, la déclaration mentionnée aux I et II présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que, pour les sociétés mentionnées au 1° du I, les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale. La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4. »

tendent à informer spécifiquement sur la performance sociale et environnementale c'est-à-dire l'impact des risques extra-financiers sur l'entreprise et non sur les populations[31].

Aux nouvelles informations qui sont apparues dans le rapport de gestion s'ajoutent les modifications prises en application des mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés prévues par la loi Sapin 2[32]. L'ordonnance a établi pour toutes les SA et les sociétés en commandite par actions (SCA), cotées ou non, qui se réfèrent volontairement à un code de gouvernement d'entreprise, la publication d'un rapport sur le gouvernement d'entreprise. Elle a mis également à jour les obligations d'information contenues dans le rapport de gestion. Désormais, les informations qui doivent être comprises dans le rapport de gestion sont codifiées à l'article L. 225-100-1 du Code de commerce[33]. Elles incluent entre autres les mesures suivantes :

> « 2°. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société, des indicateurs clés de performance et le cas échéant de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment les informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.
>
> 3° Une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.
>
> 4° Des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation de mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité. »

Parmi ces mesures extra-financières, la place du plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre dans le rapport de gestion est à trouver. Pour le moment, le législateur ne fournit pas un guide méthodologique pour l'élaboration du plan et du compte rendu de sa mise en œuvre effective. En outre et dans l'hypothèse de la création d'une articulation des obligations de vigilance, extra-financières et anticorruption, il serait profitable que l'articulation soit limitée à une base commune aux fins d'harmoniser, dans la mesure du possible, les seuils et les périmètres.

31. Article R. 225-105, I du Code de commerce : la DPEF relative à l'article L. 225-102-1 présente « pour chaque catégorie d'information mentionnée au III du même article [nous indiquons qu'il s'agit de la disposition relative au renvoi vers le plan de vigilance] : 1° Une description des principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services ; 2° Une description des politiques appliquées par la société ou l'ensemble de sociétés incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance des risques mentionnés au 1° ; 3° Les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance ».
32. Ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017, prise dans le cadre de la loi Sapin 2, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés et décret n° 2017-1174 du 18 juillet 2017 pris en application de l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017, précit.
33. Ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017, précit., article 8 ; loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, article 55.

2. Les voies multiples mais difficiles de judiciarisation

Le caractère constant, continu et soutenu de l'esprit de vigilance a bouleversé le droit de la compliance (La Cotardiere, Hannezo, 2017, p. 118-119 ; Gaudemet, 2018, p. 251-259)[34]. Marie-Anne Frison-Roche définit le droit de la compliance comme l'internalisation par certaines entreprises et organisations de « buts monumentaux » et « altruistes », créant un « service public mondial » qui concerne autant les entreprises que les États (Frison-Roche, 2017, p. 7-9). Progressivement, ce droit intègre cette nouvelle vision qui prévient les risques de violation des droits humains et environnementaux. Le non-respect du devoir de vigilance, et partant des obligations qui en découlent, permet de rechercher la responsabilité de l'entreprise si le comportement de celle-ci n'est pas diligent, prudent et responsable. Dans cette perspective, la force de cette loi repose sur le principe d'extraterritorialité car une victime située à l'étranger est admise à saisir les juridictions françaises pour engager la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre qui doit répondre des actions de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs. Mais, pour l'heure, ce mécanisme n'a pas été mobilisé (2.1). Il est toutefois possible de rendre compte de quelques contentieux relatifs, uniquement, à l'obligation de prudence et de mise en conformité qui commande d'établir un plan de vigilance, de le mettre en œuvre de manière effective et de le publier. Il s'agit d'un mécanisme judiciaire préventif innovant car la loi a ouvert le droit d'agir en justice aux parties prenantes si l'obligation de prudence et de mise en conformité n'est pas respectée. L'efficacité de cette obligation repose, en partie, sur l'effet comminatoire du recours au juge et à une possible astreinte qui pèsent sur les sociétés en cas de non-respect du devoir de vigilance (2.2). Il arrive également que le fondement du devoir de vigilance soit mobilisé conjointement à des fondements relevant d'autres environnements juridiques. En effet, il existe des fondements juridiques, notamment dans le droit de l'environnement, qui renforcent et complètent le devoir de vigilance. Au surplus, dans le cadre de la reddition de comptes sociaux des sociétés cotées, l'information transmise sur les marchés financiers est réglementée et contrôlée. Une information non fiable transmise aux investisseurs et qui perturberait le bon fonctionnement des marchés pourrait conduire à un contentieux (2.3).

2.1. L'illusion du contentieux initié par les victimes

Il n'y a pas encore d'actions en justice, devant la juridiction compétente, au titre de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, engageant la responsabilité d'une société mère ou donneuse d'ordre pour non-respect de son devoir de vigilance ayant causé un ou des dommages nécessitant réparation dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil. En effet, le législateur a opté pour une responsabilité extracontractuelle fondée sur la faute, la négligence ou l'imprudence que le Conseil constitutionnel a validée mais qui semble difficile

34. Force est de constater que des thématiques comme les droits humains au travail, les « droits de l'homme », la « non-discrimination », les « procédures d'alerte », la « gouvernance », la protection des données, entre autres, ont rejoint le cercle de la compliance. La compliance impose l'observance au sein des organisations internes de « plans de vigilance » ou de « plans de prévention » pour prévenir les risques.

à mettre en œuvre. L'extraterritorialité de cette loi permet d'engager la responsabilité morale des sociétés visées, au titre du devoir de vigilance. Or, les recours judiciaires pour le moment concernent uniquement la responsabilisation des sociétés mères et de leurs filiales pour leur imposer une mise en conformité du plan de vigilance aux dispositions du texte de loi, avant la réalisation d'un risque. Par conséquent et en dépit de l'extraterritorialité de la loi, rechercher la responsabilité d'une société mère ou donneuse d'ordre, après la réalisation d'un risque, se révèle complexe pour une victime située à l'étranger. Pour aller au bout de sa démarche la victime doit attraire la société mère ou donneuse d'ordre devant les juridictions françaises, de son propre chef, car une partie prenante ne peut pas saisir le juge pour le compte d'une victime. Le Conseil constitutionnel l'a affirmé au sujet de cette loi, seule la victime a intérêt pour agir en France[35]. En voie de conséquence la partie prenante n'a que la possibilité de se constituer partie civile dans cette procédure. Étant donné la vulnérabilité et la précarité des populations qui travaillent dans les chaînes de sous-traitance ou qui sont atteintes par les activités de ces dernières et subissent des dommages, il apparaît improbable qu'elles soient informées de ce recours judiciaire et qu'elles soient en capacité de déclencher une action en justice en France. Qui plus est, dans la perspective de la responsabilité pour faute, la victime devra prouver la faute de la société mère ou donneuse d'ordre et pour se faire établir un lien de causalité direct entre le dommage survenu à l'étranger et le manquement au devoir de vigilance de la société visée, située en France, en démontrant le non-respect des obligations fixées par le plan. C'est une opération qui se révèle compliquée à réaliser (Fages, 2017, p. 331)[36].

Dans le cadre d'une action en responsabilité, le juge a le pouvoir de rendre public la décision de condamnation aux fins de dissuader les sociétés d'échapper à leurs obligations[37]. Cette mesure pourrait avoir un effet comminatoire[38]. Cependant, c'est le poids de la médiatisation des affaires et du *name and shame*[39] qui a des conséquences sur la réputation de l'entreprise visée

35. Sur ce point : Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, nº 2017-750 DC.
36. Il est permis d'indiquer que le régime de responsabilité pour faute est moins protecteur pour la victime que celui du fait d'autrui. L'objectif de la responsabilité du fait d'autrui demeure la protection des victimes. Pour ce faire, elle rend impossible l'exonération de la responsabilité par la preuve de l'absence de faute. C'est pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est de plein droit. Pourtant, à propos de la responsabilité instituée à l'article 1240 du Code civil, certains commentateurs, comme Bertrand Fages, considèrent qu'elle demeure « la responsabilité de référence en droit des affaires » pour sanctionner. Mais on pourrait se demander si elle est adaptée à la protection des individus dans la relation d'affaires.
37. Article L. 225-102-5 du Code de commerce.
38. En France, dans les cas de condamnation pour travail dissimulé ou fraude au détachement, le juge peut décider de rendre public, selon le cas, la décision de justice par voie d'affichage et non médiatiquement. De son côté, le gouvernement a établi une liste noire de l'ensemble des entreprises condamnées pour travail illégal, [https://liste-noire.travail-emploi.gouv.fr/personnes-physiques.html]. Article 131-35 du Code pénal, articles R. 8211-1 et suivants du Code du travail. La loi nº 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a rendu obligatoire la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion des décisions pénales prononcées en matière de condamnation pour travail dissimulé lorsque l'infraction est commise dans des circonstances aggravantes, articles L. 8224-3 et L. 8224-5 du Code du travail.
39. La traduction littérale donne « nommer, désigner et faire honte ».

(Detroyat, 2020 ; Hauteville, 2019)[40]. Il s'agit d'une adaptation française du *name and shame* anglo-saxon car les mauvaises conduites des entreprises ne sont pas toutes relayées au grand public par les médias, comme c'est le cas dans les milieux d'affaires anglo-saxons. Cependant cette pratique tend à se développer. Au niveau gouvernemental, par exemple, le ministère du Travail a eu recours à ce procédé pour faire pression sur les entreprises qui ne respectaient pas le principe d'égalité salariale entre les hommes et les femmes en 2020 en rendant public leur score à l'index égalité professionnelle (Cormarmond, 2020)[41].

En l'absence de contentieux, le contrôle de l'action en responsabilité ne peut pas être évalué. Si le *statu quo* était maintenu à long terme, cela pourrait remettre en cause le sens de cette loi dont la finalité est de sanctionner les violations des droits humains et environnementaux dans les chaînes de sous-traitance surtout. Mais, de toute évidence, l'extraterritorialité comme instrument de protection des droits de l'homme a de l'avenir et semble faire son chemin progressivement dans d'autres systèmes juridiques, même si cet instrument ne se concrétise pas de la même façon (Groulx-Diggs, Regan, Parance, 2019, p. 354-358).

Force est de constater dans ce contexte que c'est l'action intense des groupes de défense des droits humains et les pressions internationales des grandes puissances qui réveillent les consciences au sujet des victimes des violations des droits humains au travail dans les chaînes d'approvisionnement (comprenant des sous-traitants et des fournisseurs). Par exemple, des associations, des politiciens et des médias ont dénoncé, sur les plans européen et international, le travail forcé de la population ouïghoure de Chine, qui est une minorité musulmane et turcophone (*Business Insider*, 2020 ; Xiuzhong Xu, 2020)[42]. Dans une lettre publique, 180 associations de 36 pays ont accusé plus d'une trentaine de grandes marques de l'industrie de l'habillement de complicité dans le travail forcé de la minorité ouïghoure (ITUC, CSI, IGB, 2020)[43]. Face aux « pressions internationales de Washington et de Bruxelles contre Pékin », de grandes marques ont rompu leurs relations commerciales avec les fournisseurs chinois liés directement ou indirectement à cette pire forme d'exploitation humaine, à l'instar du groupe suédois H & M en septembre 2020 (Duthu, Delpont, 2020). Cet exemple renforce la nécessité de créer un devoir de vigilance européen et de faciliter la mise en œuvre de l'extraterritorialité du futur mécanisme européen pour que les victimes puissent agir en justice. De plus, cet exemple montre avec acuité l'intérêt d'étendre le régime de protection des lanceurs d'alerte

40. En 2020, un *name and shame* a été utilisé en Allemagne contre Adidas et H & M car ces sociétés se sont abstenues de payer les mensualités locatives de leurs magasins pendant la crise sanitaire du coronavirus au prétexte qu'elles bénéficiaient d'un plan d'aides de l'État. Au niveau européen, l'affaire du « *dieselgate* » qui a explosé en 2016 est encore très médiatisée ouvrant sur une série de procès préjudiciables sur le plan financier et réputationnel pour le groupe automobile Volkswagen.
41. Voir également l'index porté par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir personnel consultable sur le site gouvernemental suivant : [https://index-egapro.travail.gouv.fr/consulter-index].
42. Sur ce point, des associations ont dénoncé la complicité des marques dans le travail forcé des Ouïghours et un rapport publié par un *think thank* australien nommé ASPI fait état de la répression chinoise contre la minorité ouïghoure de 2017 à 2019 ainsi que des entreprises bénéficiaires de ce travail forcé.
43. Des groupes de défense des droits humains ont publié une lettre d'accusation qui contient la liste de toutes les entreprises de l'industrie de l'habillement impliquées dans le travail forcé des Ouïghours.

à des associations (en qualité de personnes morales sans but lucratif)[44], ou de créer un régime de lanceurs d'alerte dédié au devoir de vigilance. Ces organismes sans but lucratif pourraient dès lors porter l'alerte à la place des victimes. Cet exemple appelle également à une plus grande participation des États dans le contrôle de l'effectivité du devoir de vigilance auprès des fournisseurs et sous-traitants des chaînes d'approvisionnement. Ajoutons que, depuis le 7 décembre 2020, l'UE s'est dotée d'un nouveau régime de sanction à l'encontre des « auteurs de graves violations des droits humains dans le monde » notamment « dans les cas de torture, d'esclavage ou de violence sexuelle systématique » (AFP/NXP, 2020). Dès lors, une articulation du nouveau plan d'action de l'UE sera nécessaire avec le futur mécanisme européen sur le devoir de vigilance et la loi française afin que les victimes puissent accéder au juge et demander réparation.

2.2. Le contentieux émergent initié par les parties prenantes

En revanche, quelques contentieux liés à des actions en injonction apparaissent mais n'ont pas encore donné lieu à jurisprudence. L'utilité de la procédure d'injonction est d'éviter la violation des droits humains en responsabilisant l'entreprise étendue. Il s'agit d'un contentieux émergent relatif à la saisine du juge des référés après une mise en demeure infructueuse pour faire respecter l'obligation d'établir un plan de vigilance en conformité avec les dispositions prévues à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce.

La loi sur le devoir de vigilance prévoit une obligation d'établir un plan de vigilance en conformité avec les exigences légales. La deuxième partie de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce prévoit le recours à la procédure de mise en demeure, qui est ouvert aux parties prenantes pour contraindre la société à satisfaire à son obligation. Dans l'hypothèse d'une mise en demeure, la société dispose d'un délai de trois mois pour établir un nouveau plan de vigilance. À l'heure actuelle, plusieurs recours à la procédure de la mise en demeure ont été exercés auprès de sociétés françaises (Téléperformance, EDF et XPO Logistics, Suez, Casino). Mais il est encore trop tôt pour déterminer l'efficacité de cette procédure seule, c'est-à-dire indépendamment du mécanisme procédural du référé qui peut être enclenché après une mise en demeure infructueuse (Brabant *et al.*, 2020, p. 11 et suiv.). Pour autant, cela montre que les parties prenantes se saisissent pleinement du droit qui leur est ouvert de mettre en demeure une société de respecter son obligation de vigilance.

Aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, dans les hypothèses où la mise en demeure n'aboutit pas dans le délai imparti, les parties prenantes peuvent procéder à la

44. Le régime des lanceurs d'alerte sera modifié par la transposition dans le droit interne en 2021 de la directive européenne n° 2019/1937/UE du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations des droits de l'Union. La directive européenne établit des normes minimales. Ainsi le législateur est admis à étendre la protection des lanceurs d'alerte à des domaines et à des actes autres que ceux visés par l'article 2 de la directive, par exemple aux violations des droits humains. Le législateur pourrait également ouvrir ce régime de protection aux personnes morales sans but lucratif en les considérant comme « facilitateurs ». Il faudrait semble-t-il modifier, pour ce faire, la définition de « facilitateur » prévue à l'article 5, point n° 8 de la directive.

saisine de la juridiction des référés afin de faire cesser le trouble. Elle constitue dès lors une alternative pour contraindre la société assignée en justice à respecter son obligation de prudence et de mise en conformité. Il revient au juge de décider d'une injonction à l'encontre de la société visée afin qu'elle publie un plan de vigilance nouveau et conforme à la loi. Le juge peut assortir l'injonction d'une astreinte.

Aussi, la loi ne définit-elle pas la juridiction compétente relative à ce contentieux laissant subsister un doute entre le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce. Le 30 janvier 2020, dans une affaire qui opposait le groupe Total à quatre organisations non gouvernementales (ONG) ougandaises et deux françaises, le tribunal judiciaire (TJ) de Nanterre s'est déclaré incompétent pour traiter de cette affaire et l'a renvoyée devant le tribunal de commerce de Nanterre statuant en référé[45]. La société avait été assignée par les ONG devant le tribunal judiciaire de Nanterre « au vu de l'urgence sociale et environnementale du projet » (Le Berre, 2020). Mais cette juridiction a considéré que c'était à la juridiction consulaire de statuer car l'action, fondée sur les dispositions de l'article L. 225-102-4 I et II du Code de commerce, dépendait d'obligations qui « relev[ai]ent de la gestion d'une société commerciale » et participaient directement au fonctionnement de la société[46]. Les ONG ont fait appel de la décision. Le 10 décembre 2020 la cour d'appel (CA) de Versailles a confirmé la décision de première instance en ce que le tribunal de commerce de Nanterre statuant en référé était compétent pour statuer sur les demandes en référé[47]. Les ONG n'ont pas compris cette décision. Selon les Amis de la Terre, « confier les affaires fondées sur la loi sur le devoir de vigilance aux tribunaux de commerce relève d'une interprétation erronée du droit, qui conduit à ignorer l'objectif central de cette loi : protéger les droits humains et l'environnement » (Survie, 2020). Un pourvoi en cassation n'est pas exclu.

Le législateur a placé les articles de la loi dans le Code de commerce pour encadrer la relation d'affaires dans les chaînes d'approvisionnement aux fins de protéger les individus des multiples rapports au travail non protégés par un contrat de travail avec la société mère ou donneuse d'ordre, entre autres. Ces « rapports de droit » s'apparentent davantage à des « faisceaux de droit[48] » (Orsi, 2013) que le Code du travail ne peut pas couvrir car il encadre essentiellement les relations individuelles et collectives du travail des salariés, et certaines relations tripartites dans le cadre du salariat, c'est-à-dire des rapports de droit basé sur un contrat de travail[49]. De plus, le positionnement des articles sur le devoir de vigilance dans le Code de commerce rend compte de leur rattachement à l'obligation d'information des SA dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement relative à leurs relations d'affaires dans les chaînes de valeur[50].

45. TJ Nanterre, 30 janvier 2020, ordonnance de référé, nº 19/02833.
46. TJ Nanterre, 10 décembre 2020, ordonnance de référé, nº 19/02833, p. 9.
47. CA Versailles, 10 décembre 2020, nº 20/01693, [https://survie.org/IMG/pdf/decision-ca-versailles-total-ouganda.pdf].
48. Cette expression est empreinte à Elinor Ostrom.
49. Dans le cadre de la formation, des opérations d'externalisation du travail et de sous-traitance, du détachement transnational de salariés.
50. Voir *supra*.

Cela montre la complexité juridique de l'approche de la relation d'affaires traitée dans la perspective des droits de l'homme. À cela s'ajoutent la complexité technique et la dimension transnationale de ces affaires pour le juge qui devra interpréter le plan de vigilance et se prononcer sur l'effectivité des mesures prises à partir des informations contenues dans le compte rendu associé au plan. Ce nouvel objet de contentieux nécessite une approche transversale du droit privilégiant les droits de l'homme et de l'environnement dans la relation d'affaires.

Dominique Potier, rapporteur de la loi sur le devoir de vigilance, a récemment annoncé dans une webconférence que la juridiction civile serait prochainement désignée compétente pour connaître des affaires relatives au devoir de vigilance (Potier, 2020, minutage : 1.59.30-2.00.7). Il y indique que, lors d'un débat constructif portant sur des amendements précisant la juridiction compétente dans le domaine de l'environnement, dans le cadre du projet de loi sur le Parquet européen[51], le ministre de la Justice s'est également prononcé sur la juridiction compétente relative à la loi sur le devoir de vigilance. Ainsi le débat sur la juridiction compétente à saisir n'est pas clos.

Dans le cadre d'un référé, le fait même de l'existence de l'introduction d'une action en justice appelle sans doute les entreprises à réévaluer leur appropriation du devoir de vigilance, ainsi que l'effectivité des mesures mises en œuvre et le rôle donné aux parties prenantes. Des leçons seront par conséquent à tirer des premières décisions de justice par les entreprises et les parties prenantes.

2.3. Les fondements complémentaires pour le contentieux

2.3.1. Obligation de vigilance environnementale et devoir de vigilance

C'est sans doute par le contentieux que le devoir de vigilance a la faculté de s'étendre et de renforcer la protection des droits humains et de l'environnement, car il peut faire l'objet d'un rattachement à des fondements juridiques différents mais complémentaires. Dans une autre affaire que celle susmentionnée, le groupe Total a été assigné en justice dans le cadre du mécanisme judiciaire du référé, en janvier 2020, pour « son inaction climatique » (Bourbon, 2020). Le plan de vigilance du groupe a été mis en cause. Un fondement complémentaire à l'obligation d'établir un plan de vigilance en conformité avec les exigences légales a été mis en évidence : celui du respect de l'obligation de vigilance environnementale contenue dans la Charte de l'environnement[52] et

51. Depuis, le projet de loi a été adopté par le Parlement et la loi a été promulguée par le président de la République : loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF*, n° 0312, 26 décembre 2020. Cette loi prévoit la création de pôles régionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement. Un tribunal judicaire dans le ressort de chaque cour d'appel sera spécialisé en matière d'environnement. Un décret fixera la liste de ces juridictions.

52. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF*, n° 0051, 2 mars 2005, p. 3697. Cette dernière renferme une obligation de vigilance environnementale qui peut être invoquée « à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dont l'unique objet est de sanctionner la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution ». Sur ce point : site du Conseil constitutionnel, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-charte-de-l-environnement].

reconnue par une décision du Conseil constitutionnel d'avril 2011[53]. Un autre fondement a été mobilisé, celui de la « réparation du préjudice écologique[54] » (Neyret, Martin, 2012, p. 15) inscrit aux articles 1248 et 1252 du Code civil aux fins de « prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage[55] ». De cette façon, le devoir de vigilance à travers son plan et son compte rendu est au cœur du premier procès climatique intenté contre une entreprise en France (Hautereau-Boutonnet, 2019, p. 95). Cette affaire montre également que le devoir de vigilance peut être étendu à des domaines connexes.

2.3.2. Les apports de la loi Pacte

Ajoutons qu'il existe d'autres textes dont le juge pourrait se saisir pour « créer un devoir de vigilance particulièrement étendu » (Hamelin, 2019, p. 99). Par exemple, la loi Pacte[56] propose à travers les notions « d'intérêt social », de « raison d'être » des entreprises et du concept de société à mission, de renouveler la façon dont les entreprises se pensent et agissent dans la société.

L'article 1833 du Code civil, modifié par la loi Pacte contient un alinéa disposant que « la société est gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». La délimitation donnée à l'intérêt social légal inclut donc les nouveaux enjeux sociétaux. Pour autant, cet article ne définit pas juridiquement ce qu'est l'intérêt social. Le juge devra par conséquent préciser quelles sont les décisions politiques et stratégiques de la société qui valident l'intérêt social du projet d'entreprise. Dans l'hypothèse où des actes ou des normes de gestion le valident également, il faudra que le juge définisse lesquels sont à considérer comme tels. Il sera intéressant le cas échéant de savoir si le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective entrent dans la catégorie des normes de gestion.

L'article 1835 du Code civil prévoit que les statuts d'une société « peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle

53. Cette obligation de vigilance environnementale a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision QPC du 8 avril 2011, Michel Z., confirmant que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ». Sur ce point : décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, « Michel Z. et autre ». Voir également : décision n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017, « Association Entre Seine et Brotonne et autre ».
54. Sur ce point : loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, article 4 modifiant le livre III du Code civil, chapitre III : articles 1248 à 1252 du Code civil. Jusqu'alors, seule la jurisprudence reconnaissait le préjudice écologique : Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938. Sur la notion de préjudice « pur » et « dérivé », L. Neyret et G. Martin indiquent que le préjudice écologique comprend les dommages environnementaux (préjudice pur).
55. L'article 1248 ouvre l'action en réparation du préjudice écologique à toute personne ayant intérêt à agir comme, « les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement ». Ainsi l'action en réparation est accessible aussi bien aux acteurs privés que publics. Quant à l'article 1252 du Code civil, il autorise le juge saisi d'une demande en ce sens à prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou à faire cesser le dommage.
56. Sur ce point : loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019.

entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». Par la définition d'une raison d'être, la société a toute latitude pour s'adjoindre une qualité qui n'implique pas de changement de sa forme juridique, mais renforce dans ses statuts les buts qu'elle poursuit à travers des engagements sociaux et environnementaux volontaires (Gamberini, 2020)[57]. En outre, elle est à même de confirmer sa raison d'être en acquérant la qualité de « société à mission » définie à l'article L. 210-10 du Code de commerce, pour communiquer publiquement sur sa mission sociale et/ou environnementale[58]. Il s'agit d'une qualité car la société à mission n'entraîne aucun changement de la forme juridique de la société.

Il s'agit toutefois de fondements potentiels dans le cadre du devoir de vigilance. Ils pourraient être mobilisables pour renforcer la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordre qui y adhèrent et le cas échéant les intègrent dans leur *business model*.

2.3.3. La possible mobilisation contentieuse du droit des marchés financiers

Il existe d'autres fondements juridiques qui permettent éventuellement d'engager la responsabilité pénale et civile d'une société cotée[59]. Nous nous limitons à la description de quelques situations susceptibles de constituer une infraction sur les marchés financiers, ainsi qu'aux conséquences d'un potentiel contrôle du régulateur dans le cadre des obligations d'information à la charge des sociétés cotées. En effet, les informations transmises sur les marchés sont réglementées et contrôlées.

Les remarques de Valérie Mercier (2018, p. 82-83) au sujet de la publication du rapport extra-financier sont certainement applicables au plan de vigilance, car la publication du plan et du compte rendu de sa mise en œuvre effective intéressent également les investisseurs et les marchés (Héraud, 2020 ; Lange, 2020 ; FIR, A2 Consulting, 2019). Ils sont joints au rapport de gestion et par extension au document d'enregistrement universel, et entretiennent un lien étroit avec la DPEF. Dans cette perspective, il serait envisageable d'engager la responsabilité pénale de la société visée ou de son dirigeant s'il était diffusé au marché « par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur », car cela constitue un délit d'atteinte à la transparence du marché puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende[60].

57. Veolia a adopté une raison d'être et a mis en place une stratégie de sa raison d'être.

58. Voir également le décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission.

59. La distinction entre sociétés cotées et non cotées est de plus en plus nette. L'existence d'un certain nombre de règles relatives aux sociétés cotées est reconnue. L'ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020 relative à la création d'un nouveau chapitre destiné au droit des sociétés cotées illustre ce point. Voir l'ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020 portant création, au sein du Code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés, dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation. *JORF*, n° 0227, 17 septembre 2020. Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

60. Articles L. 465-3-2 et L. 465-1 du Code monétaire et financier cités par Valérie Mercier.

Il serait concevable également d'engager la responsabilité civile des dirigeants au titre de l'article L. 225-251 du Code de commerce qui dispose que :

> « Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. »

L'Autorité des marchés financiers (AMF) n'a pas émis de recommandations spécifiques quant au traitement de l'information transmise sur les marchés par le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective. Néanmoins, le régulateur a publié un guide de l'information périodique qui comprend les risques extra-financiers (AMF, 2016) et un guide d'élaboration de l'information liée à une opération financière incluant dans les facteurs de risques et les procédures mises en place les risques non financiers (AMF, 2020a). Ces guides pourraient sans doute fournir quelques pistes imitables en vue d'un éventuel contrôle des informations fournies par le plan et son compte rendu sur les marchés. L'AMF dispose d'un pouvoir de sanction disciplinaire conséquent et prononce des sanctions administratives qui pourraient concerner les manquements aux obligations d'information car ils peuvent « être de nature à porter atteinte [...] au bon fonctionnement des marchés[61] ». L'AMF effectue aussi dans le cadre de sa mission des contrôles et des enquêtes afin de garantir la « régularité [...] des opérations effectuées sur des instruments financiers lorsqu'ils sont offerts au public [...] » comme sur le quota d'émission de gaz à effet de serre prévu à l'article L. 229-7 du Code de l'environnement[62]. L'AMF soutient chaque année les recommandations publiées par l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) promouvant une plus grande qualité et clarté des informations de nature extra-financières communiquées sur les marchés[63].

61. Article L. 621-14, II et L. 621-15 du Code monétaire et financier.

62. Article L. 621-9, I, 1° du Code monétaire et financier.

63. AMF, 2020b : pour l'année 2020, les recommandations de l'ESMA portent sur une description et une analyse approfondie de l'impact du modèle d'affaires sur les questions relevant du domaine non financier en tenant compte des objectifs à court, moyen et long terme. Les recommandations visent également l'impact de la crise sanitaire due à la pandémie du Covid-19 sur les thématiques non financières, les risques liés au changement climatique, les questions sociales et relatives au personnel ; ESMA, 2020 ; Commission européenne, 2019.

Bibliographie

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 19 septembre 2022.

AFP (Agence France-Presse), 2020, « "Travail forcé" de Ouïghours : H & M rompt avec un fournisseur chinois », *Le Parisien.fr*, [https://www.leparisien.fr/economie/travail-force-de-ouighours-h-m-rompt-avec-un-fournisseur-chinois-16-09-2020-8385672.php]

AFP/NXP, 2020, « Bruxelles : un plan d'action anti-violation droits de l'homme naît », *20 minutes.ch*, [https://www.20min.ch/fr/story/un-plan-daction-anti-violation-droits-de-lhomme-nait-197269002708]

Alvarez C., Héraud B., 2016, « Les minerais du conflit : un fléau à l'heure du tout numérique », *Novethic.fr*, [https://www.novethic.fr/actualite/social/droits-humains/isr-rse/les-minerais-du-conflit-un-fleau-a-l-heure-du-tout-numerique-144012.html]

AMF (Autorité des marchés financiers), 2020a, « Guide d'élaboration des prospectus et de l'information à fournir en cas d'offre au public ou d'admission de titres financiers », position-recommandation doc-2020-06, [https://www.amf-france.org/fr/reglementation/doctrine/doc-2020-06]

AMF, 2020b, « *Reporting* extra-financier 2020 : recommandations de l'ESMA », [https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/reporting-extra-financier-2020-recommandations-de-lesma]

AMF, 2018, « Du document de référence au document d'enregistrement universel (ou URD) : l'AMF attire l'attention des sociétés cotées pour cette prochaine échéance réglementaire », [https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/du-document-de-reference-au-document-denregistrement-universel-ou-urd-lamf-attire-lattention-des]

AMF, 2016, « Guide de l'information périodique de sociétés cotées », position-recommandation doc-2016-05

Aubenque P., 1993, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF

Aucompte J., Attias O., 2018, « Les questions soulevées par la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », dans B. Brignon, I. Grossi (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso

Barraud de Lagerie P. *et al.*, 2019, *Mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance. Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises*, Genève, Bureau international du travail

Bourbon J.-Cl., 2020, « Total va être attaqué en justice pour inaction climatique », *La Croix.fr*, [https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/Total-etre-attaque-justice-inaction-climatique-2020-01-27-1201074412]

Brabant S. *et al.*, 2020, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *Les cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, p. 9

Business Insider, 2020, « Zara, H & M, Adidas… Des associations dénoncent la complicité des marques dans la répression des Ouïghours », *Business Insider.com*

Commission européenne, 2020, « Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report », Direction générale de la justice et des consommateurs, Bruxelles, Publications Office

Commission européenne, 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière. Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », 2019/C 209/01, juin 2019

Commission européenne, 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la

communication d'informations non financières) », 2017/C 215/01, 26 juin 2017

Cormarmond L. de, 2020, « "*Name and shame*" : après les délais de paiement, l'égalité professionnelle femmes-hommes », *Les Échos.fr*, [https://www.lesechos.fr/economie-france/social/name-and-shame-apres-les-delais-de-paiement-legalite-professionnelle-femmes-hommes-1182660]

CSR Europe, 2020, « The future of: The EU supply chain diligence law », *EU Issue Insight*, nº 2020/04, [https://mcusercontent.com/e7665aa01ac881998470d3a59/files/ca580fc1-5019-4969-b258-27c3b4c39203/EU_Issue_Insight_Future_Due_Diligence_Law.01.pdf]

Detroyat O., 2020, « Allemagne : "*name and shame*" contre Adidas et H&M accusés de profiter de la crise », *Le Figaro.fr*, [https://www.lefigaro.fr/economie/allemagne-name-and-shame-contre-adidas-et-h-m-accuses-de-profiter-de-la-crise-20200329]

Duthilleul A., Jouvenel M. de, 2020, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi nº 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, rapport nº 2019/12/CGE/SG, Paris, Conseil général de l'économie (CGE)

Duthu C., Delpont S., 2020, *Journal de 7 heures*, *France Culture*, [https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/journal-de-7-h/accuse-de-beneficier-du-travail-force-des-ouighours-h-m-est-le-premier-groupe-d-envergure-a-rompre-ses-liens-avec-un-fournisseur-chinois-du-xinjiang-1072410]

EDH (Entreprises pour les droits de l'homme), 2019, « Application de la loi sur le devoir de vigilance, plan de vigilance 2018-2019 », [https://www.e-dh.org/userfiles/EDH%20-%20Etude%20plans%20de%20vigilance%202019.pdf]

ESMA (European Securities and Markets Authority), 2020, « European common enforcement priorities for 2020 annual financial reports », ESMA32-63-1041, [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-1041_public_statement_on_the_european_common_enforcement_priorities_2020.pdf]

Fages B., 2017, *Droit des obligations*, 7e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ/Lextenso

FIR (Forum pour l'investissement responsable), A2 Consulting, 2019, « Chaîne d'approvisionnement et investissement responsable, maîtriser les risques », *Cahier du FIR*, nº 3, [https://www.frenchsif.org/isr_esg/actus/2020/Cahier_FIR-A2_ChaineApprovisionnement.pdf]

Frison-Roche M.-A., 2017, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, surpervision, compliance*, Paris, Dalloz

Gamberini G., 2020, « Veolia irrigue sa stratégie 2020-2023 de sa raison d'être », *La Tribune.fr*, [https://www.latribune.fr/entreprises-finance/transitions-ecologiques/veolia-irrigue-sa-strategie-2020-2023-de-sa-raison-d-etre-840851.html]

Gaudemet A., 2018, « Conclusion », dans N. Borga, J.-C. Marin, J.-C. Roda (dir.), *Compliance : entreprise, régulateur et juge*, Paris, Dalloz

Groulx-Diggs E., Regan M.-C., Parance B., 2019, « Business and human rights as a galaxy of norms », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, nº 2, p. 309-362

Hamelin J.-F., 2019, « Le devoir de vigilance en droit des sociétés », dans S. Tisseyre (dir.), *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Hautereau-Boutonnet M., 2019, « Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance », *Revue des contrats*, nº 3, p. 95

Hauteville J.-M., 2019, « "Dieselgate" : Volkswagen croule sous une avalanche de procédures », *Le Monde.fr*, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/09/30/dieselgate-volkswagen-

croule-sous-une-avalanche-de-procedures_6013578_3234.html]

Héraud B., 2020, « 105 investisseurs défendent un devoir de vigilance obligatoire pour les entreprises », *Novethic.fr*, [https://www.novethic.fr/actualite/social/droits-humains/isr-rse/des-investisseurs-plaident-pour-un-devoir-de-vigilance-obligatoire-148497.html]

International Labour Organization, 2019, « Integrated strategy on fundamental principles and rights at work, 2017-2023 », [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_648801.pdf]

ITUC, CSI, IGB, 2020, « 180+ orgs demand apparel brands end complicity in Uyghur forced labour », [https://www.ituc-csi.org/apparel-brands-Uyghur-forced-labour?lang=en]

Lange B., 2020, « International trade after the corona-crisis. Business as usual or systemic change? », [https://bernd-lange.de/uploads/bernd_lange/2020/International-trade-after-the-corona-crisis-Bernd-Lange-EN-27042020.pdf]

La Cotardière A. de, Hannezo E., 2017, « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », dans M.-A Frison-Roche (dir.), *Régulation, surpervision, compliance*, Paris, Dalloz

Le Berre E., 2020, « Devoir de vigilance, une affaire commerciale ? », *La veille permanente*, [https://www.editions-legislatives.fr/actualite/devoir-de-vigilance-une-affaire-commerciale]

Le Nouvelliste, 2020, « Votations du 29 novembre : les multinationales responsables et le matériel de guerre au menu », *Le Nouvelliste.ch*, [https://www.lenouvelliste.ch/votations-federales/votations-du-29-novembre-les-multinationales-responsables-et-le-materiel-de-guerre-au-menu-952299]

Magnard C., 2020, « L'éthique des entreprises en question, de la Suisse aux États-Unis », *Revue de presse internationale*, *France Culture*, [https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/revue-de-presse-internationale/l-ethique-des-entreprises-en-question-de-la-suisse-aux-etats-unis-6823548#Echobox=1606740544]

Mercier V., 2018, « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », dans B. Brignon, I. Grossi (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso

Mugnier E., Gault T. (dir.), 2018, *Loi sur le devoir de vigilance : analyse des premiers plans de vigilance par EY*, Paris, EY & Associés

Mugnier E., Gault T., Rogues N. (dir.), 2019, *Devoir de vigilance : analyse de la deuxième année de publication*, Paris, EY & Associés

Neyret L., Martin G. (dir.), 2012, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, Lextenso

Norme Iso 26000, 2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, La Plaine Saint-Denis, Afnor Éditions

Orsi F., 2013, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14

Poracchia D., 2018, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », dans B. Brignon, I. Grossi (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso

Potier D., 2020, « Webconférence de la plateforme RSE. Le devoir de vigilance : bilan et perspectives », *France Stratégie*, [https://www.strategie.gouv.fr/debats/webconference-de-plateforme-rse-loi-devoir-de-vigilance-bilan-perspectives]

Poulle J.-B., 2011, *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise, le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier*, Paris, L'Harmattan

Ricoeur P., 1995, « Le concept de responsabilité, essai d'une analyse sémantique », dans P. Ricoeur, *Le juste*, Paris, Éditions Esprit

Ruggie J., 2008, « Protéger, respecter et réparer : un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme », Nations unies, rapport n° A/HRC/8/5, [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/62/PDF/G0812862.pdf?OpenElement]

Steiwer N., 2020, « L'Allemagne s'attaque à l'éthique de ses entreprises à l'étranger », *Les Échos.fr*, [https://www.lesechos.fr/monde/europe/lallemagne-sattaque-a-lethique-de-ses-entreprises-a-letranger-1223651]

Survie, 2020, « Affaire Total Ouganda : la cour d'appel de Versailles renvoie au tribunal de commerce », *Survie.org*, [https://survie.org/themes/economie/multinationales/article/affaire-total-ouganda-la-cour-d-appel-de-versailles-renvoie-au-tribunal-de#nb1]

UNHCDH (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme), 2011, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations unies », New York / Genève, Nations unies, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf]

UNHRC (United Nation Human Rights Council), 2022, « Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights », [https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx]

Xiuzhong Xu V., 2020, « Uyghurs for sale, "re-education", forced labour and surveillance beyond Xinjiang », ASPI (Australian Strategic Policy Institute) International Cyber Policy Centre, rapport n° 26, [https://ad-aspi.s3.ap-southeast-2.amazonaws.com/2022-06/Uyghurs-for-sale_21June2022.pdf?VersionId=XPJ9ZCm6Kbe8jSoY3DdRfYJsAlyJHLTM]

Chapitre 6. Salariés, lanceurs d'alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ?

Joséphа DIRRINGER

Maître de conférences HDR, Univ Rennes, CNRS IODE – UMR 6262, France

Résumé : Le succès et la diffusion des droits d'alerte dans la législation sociale masquent mal la vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte. Cette obscure clarté révèle l'ambivalence des dispositifs d'alerte, et plus largement de l'idée de responsabilité sociale des entreprises (RSE) auxquels ils donnent corps. Le concept de responsabilité sociale des entreprises est en effet empreint tout à la fois d'une logique préventive et d'une logique punitive. Sans dispositifs d'alerte, une entreprise ne saurait prétendre être socialement responsable. Outil indispensable de prévention, la RSE est aussi un outil de révélation de la vérité et de publicité d'actes constitutifs de violations aux droits fondamentaux et/ou d'atteinte à l'environnement. C'est précisément cette double dimension qui permet de comprendre que les dispositifs d'alerte soient tout à la fois encouragés et craints par les entreprises et les pouvoirs publics. Cette ambivalence rejaillit sur le régime juridique des procédures d'alerte et sur la protection accordée aux lanceurs d'alerte. La loi Waserman et les améliorations que cette loi apporte au statut juridique des lanceurs d'alerte cherchent à dissiper cette ambivalence sans toutefois la faire disparaître.

Mots-clés : lanceurs d'alerte, salariés, démocratie, prévention des risques, procédures, statut protecteur

Incarnation moderne du courage, les salariés lanceurs d'alerte sont pourtant souvent stigmatisés, voire poursuivis en justice. Comme le relevait la Commission européenne, « loin d'être perçue comme l'acte positif d'un "bon citoyen", même dans le contexte du travail, l'alerte expose son auteur à des accusations de manque de loyauté envers ses collègues ou son employeur » (Conseil de l'Europe, 2014). Ainsi, pour la même raison qui fait d'eux des personnes courageuses, l'opprobre est parfois jeté sur eux, qualifiés de délateurs ou de « sycophantes » (Adam, 2006).

En réalité, la réflexion sur l'efficacité de ces dispositifs peut être menée à plusieurs niveaux. Elle est d'abord une interrogation sur l'efficacité, en tant que telle, de ces dispositifs par rapport à l'objectif de sauvegarde des droits fondamentaux et de protection de l'environnement. On tiendra cette efficacité pour acquise. Certes, à elle seule l'alerte sociale et environnementale est insuffisante pour protéger les droits sociaux, l'environnement et la santé publique ; elle est un outil parmi d'autres qui a démontré son efficacité. Vient ensuite la réflexion sur l'effectivité des dispositifs existants dont on a pu parfois déplorer qu'ils ne soient pas davantage mobilisés. Ainsi

une alerte aurait-elle pu peut-être éviter certaines catastrophes comme celle de Lubrizol[1]. Pour le juriste, il est difficile d'évaluer la connaissance que les acteurs ont des dispositifs d'alerte et l'usage qu'ils en font. Il pourra toutefois constater, à l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'un nombre limité de décisions a été rendu sur le fondement des dispositifs d'alerte existant dans le Code du travail[2]. De cette observation il n'est pas interdit de penser qu'un usage limité est encore fait de cette prérogative reconnue aux salariés. Ces limites étant posées, reste un troisième niveau d'analyse pour apprécier l'efficacité des droits d'alerte reconnus aux salariés. Il est en effet possible d'interroger leur efficacité au regard des finalités qui leur sont assignées par la loi, à savoir de permettre que soit révélée une atteinte aux droits fondamentaux et/ou à l'environnement dans le but d'y mettre fin et de réparer les éventuels préjudices. Ici se pose seulement la question du caractère suffisant des garanties que la loi a prévues pour assurer l'effectivité des différents droits d'alerte. C'est à ce dernier niveau d'analyse que la présente étude se situe.

L'interrogation autour de l'efficacité de ces dispositifs dans la manière dont ils sont juridiquement protégés amène à pointer une ambivalence qui entoure le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et qui rejaillit sur les dispositifs d'alerte. Le concept de RSE est empreint tout à la fois d'une logique préventive et d'une logique punitive. Dans une perception essentiellement préventive, l'entreprise socialement responsable est celle qui se soumet volontairement à des mécanismes de contrôle en vue de prévenir les atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. La RSE participe de « cet idéal du capitalisme raisonnable » (Bazzoli, Kirat, 2010) et constitue un instrument du droit de la *compliance*. De cette manière, l'entreprise respecte un devoir de vigilance et se met en conformité dans un but de protection des droits autant que dans un but de performance économique. Les dispositifs visant à prévenir tout risque d'atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement sont nombreux : audits d'évaluation des risques, expertises, inspections, enquêtes, informations et formations, *reporting*, etc. Les entreprises sont incitées à les mettre en œuvre dans toutes les entités relevant de leur sphère d'influence, à tous les niveaux et à tous les stades de la chaîne productive. C'est l'objet de la norme ISO 26000 que d'identifier les mesures permettant à une entreprise de définir et de suivre la « bonne ligne de conduite » et *in fine* d'exercer son activité de manière responsable. Dans le panel de mesures, outre celles déjà évoquées, il importe également de prévoir des dispositifs d'alerte. Ceux-ci sont l'ultime manière de prendre connaissance de la réalisation d'un risque grave, de faire en sorte de le supprimer ou de limiter autant que possible les conséquences néfastes pour les droits fondamentaux, la santé publique ou l'environnement. Pour cette raison, les dispositifs d'alerte sont devenus des rouages essentiels dans le cadre des politiques de RSE des entreprises. Sans dispositifs d'alerte, une entreprise ne saurait prétendre être socialement responsable.

1. La nuit du 26 septembre 2019, des entrepôts de Lubrizol et de Normandie Logistique, contenant d'importantes quantités de produits chimiques, ont pris feu.
2. Une quarantaine de décisions ont été rendues sur le fondement de l'alerte pour danger grave et imminent, une quarantaine sur le fondement de l'alerte en cas d'atteintes aux droits et libertés individuelles, une seule décision a été rendue sur le fondement de l'alerte pour risque grave sur la santé publique ou l'environnement.

La RSE a également un versant davantage punitif renvoyant à un objectif de transparence et de moralisation de la vie publique. Elle implique de la part de l'entreprise de devoir rendre des comptes en cas d'atteinte aux droits sociaux fondamentaux ou à l'environnement. Elle doit faire face à sa responsabilité, quand bien même ce n'est pas elle directement qui a commis une telle atteinte. Dès lors qu'elle a pu tirer profit d'une telle action, elle doit être en mesure d'en rendre compte et, le cas échéant, d'être appelée à réparer les préjudices qui en ont résulté. Dans cette perspective, la notion de responsabilité sociale et son corollaire, le devoir de vigilance, constituent des techniques juridiques qui permettent d'imputer les conséquences d'un acte répréhensible sur une personne autre que celle qui en est l'auteur. Ainsi, la RSE permet de tempérer le caractère en principe personnel de la responsabilité en engageant celle de la personne qui dispose du pouvoir d'organisation de l'activité économique et qui, en fin de compte, en a tiré profit. Dans cette conception plus punitive de la RSE, l'alerte remplit une autre fonction. Elle a vocation à rendre publiques les violations faites aux droits fondamentaux ou à l'environnement en obligeant l'entreprise et ses dirigeants à en rendre compte, non seulement à l'égard des victimes, mais aussi à l'égard de la société tout entière. L'alerte est alors un outil de révélation de la vérité sur les violations faites aux droits fondamentaux ou à l'environnement, vérité qui a pu être ignorée, masquée, voire dissimulée. L'alerte remplit donc une fonction essentielle dans un État de droit. Elle sert à ce que nul dans la société ne puisse fermer les yeux sur l'existence de faits graves ni prétendre qu'il ne savait pas. Jacques Toubon dira de l'alerte qu'elle « s'inscrit dans un mouvement global de transparence » (Lagesse, Toubon, 2019). Le lanceur d'alerte contraint, d'une part, les entreprises à reconnaître et à réparer les conséquences résultant d'une activité dont elles ont tiré profit et, d'autre part, les pouvoirs publics à les poursuivre[3], à ouvrir une enquête, à révéler l'étendue et la gravité des faits et de leurs conséquences, et à les condamner civilement voire pénalement.

Cette dualité qui caractérise la RSE confère donc à l'alerte une double dimension. Outil indispensable de prévention, elle est aussi un outil de révélation de la vérité et de publicité d'actes constitutifs de violations aux droits fondamentaux et/ou d'atteinte à l'environnement. C'est précisément cette double dimension qui permet de comprendre que les dispositifs d'alerte soient tout à la fois encouragés et craints par les entreprises et les pouvoirs publics.

Cette ambivalence rejaillit sur le régime juridique des procédures d'alerte et sur le statut protecteur accordé aux lanceurs d'alerte. D'un côté, les entreprises se montrent relativement enclines à mettre en place des procédures d'alerte en leur sein et les pouvoirs publics ont très largement cherché à le leur imposer. D'un point de vue purement procédural, les salariés sont ainsi encouragés à être vigilants et à recourir aux procédures d'alerte mises en place au sein des entreprises qui les emploient. Ce point de vue conduit à constater le succès des procédures d'alerte. Il est devenu un mode de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement reconnu (1). D'un autre côté, cependant, il s'avère que nombre de salariés lanceurs d'alerte restent victimes de ripostes patronales. C'est ici que se trouve posée la question de leur protection juridique. Victimes de discrimination ou de tentatives d'intimidation, les lanceurs d'alerte sont encore très exposés

3. En particulier dans le cadre de l'article 40 du Code de procédure pénale.

et mal protégés juridiquement. La fragilité de leur protection oblige à être plus circonspect quant à la capacité des dispositifs d'alerte à contraindre les entreprises à rendre des comptes en cas de violations des droits fondamentaux ou d'atteintes à l'environnement (2).

1. Le succès des dispositifs d'alerte ouverts aux salariés

Le succès des dispositifs d'alerte apparaît tout d'abord par la diversité des cadres juridiques qui ont été institués facilitant la possibilité pour un salarié de lancer une alerte (1.1). La diversité des cadres juridiques ne doit pas faire oublier ce qu'il y a de commun à l'ensemble des dispositifs dont l'unité procédurale contribue à favoriser l'essor de cette technique juridique particulière (1.2). Enfin, ce succès s'explique également par la manière dont il est régulé. Reposant sur une normativité souple et fluide, les dispositifs d'alerte sont aux mains de tous et de personne à la fois. Pour cette raison, ils sont un instrument normatif facilement appropriable par les acteurs et les individus (1.3).

1.1. La promotion des dispositifs d'alerte par la loi

Pour se rendre compte du succès des dispositifs d'alerte reconnus aux salariés, il suffit de remarquer la multiplication des cadres juridiques s'y rapportant depuis quelques années[4]. Certains de ces dispositifs sont déjà anciens en droit du travail, le Code du travail prévoyant plusieurs cadres permettant aux salariés ou à leurs représentants de lancer une alerte. D'autres dispositifs, plus récents, ont désormais une portée plus large et sont ouverts à toute personne. Cela étant, c'est souvent à l'occasion de son travail qu'une personne est amenée à devenir lanceuse d'alerte. Ces nouveaux cadres juridiques s'ajoutent ainsi à ceux prévus par le Code du travail.

En premier lieu, la loi prévoit désormais un cadre juridique général applicable à tout lanceur d'alerte, y compris celui qui la déclenche dans le cadre de sa relation de travail. Ainsi, tout salarié, qu'il soit ou non titulaire d'un mandat de représentation, peut exercer le droit d'alerte institué par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et complété par un décret du 19 avril 2017.

Le législateur européen a également ajouté sa pierre à l'édifice. Ainsi, la directive n° 2019/1937 du 23 octobre 2019 définit une protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union dans des domaines définis par la directive. Comme la loi Sapin 2, la directive concerne toute personne. Le champ d'application *ratione personae* de la directive est en effet large s'agissant des alertes menées dans un contexte professionnel. Il s'agit de toutes les personnes ayant le statut de travailleur au sens de l'article 45, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), y compris les fonctionnaires, les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou

4. Auquel on peut ajouter des alertes dans d'autres domaines et secteurs de la société. Par exemple, les lanceurs d'alerte sont protégés dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013.

de surveillance d'une entreprise, les stagiaires et les bénévoles, les personnes travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.

L'existence d'une législation européenne permet d'harmoniser les régimes offerts par les différents États membres, ce qui réduit au passage le risque d'insécurité juridique lié à l'empilement législatif dénoncé par certains (Thiebart, 2016). Surtout, la législation européenne participe indéniablement à diffuser ce mécanisme juridique et à le normaliser, signe assurément de son succès. En effet, comme le relevait l'ancien défenseur des droits Jacques Toubon, « la transposition de la directive européenne fournira […] l'occasion d'une véritable harmonisation des régimes de protection des lanceurs d'alerte et ce faisant favorisera le développement des alertes éthiques ». Il est encore difficile de faire le bilan de la loi de transposition adoptée en mars 2022, mais il est d'ores et déjà certain que cette nouvelle loi contribue à la promotion de ce mécanisme juridique de protection des droits fondamentaux.

En second lieu, les alertes prévues par le Code du travail sont principalement des prérogatives reconnues aux représentants des salariés, en particulier aux représentants du comité social et économique (CSE) qui, depuis 2017, s'est substitué aux anciennes institutions de représentation des salariés dans l'entreprise. La première procédure d'alerte fut reconnue au profit du comité d'entreprise en 1982. Il s'agit de l'alerte économique que les représentants des salariés peuvent lancer à propos de tout fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise. Près de dix ans plus tard, transposant la directive-cadre n° 89/391/CE du Conseil du 12 juin 1989, la loi du 31 décembre 1991 a reconnu aux salariés et aux membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) un droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail, lorsqu'ils constatent une situation révélant un danger grave et imminent. Un an plus tard, la loi du 31 décembre 1992 créera cette fois un droit d'alerte au profit des délégués du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise. De manière plus récente, la loi du 16 avril 2013 a créé une alerte en cas de risque grave pour la santé publique et l'environnement qui a été reconnu à tout salarié et aux membres du CHSCT. Toutes ces procédures d'alerte ont été maintenues et ont donc été confiées, à la suite de la réforme de la représentation élue des salariés, au comité social et économique[5].

À tous ces dispositifs d'alerte prévus par la loi, il faut ajouter ceux que l'entreprise peut décider de mettre en place par voie de décision unilatérale ou d'accord collectif de travail. L'article 8.1 de la directive prévoit que « les États membres veillent à ce que les entités juridiques des secteurs privé et public établissent des canaux et des procédures pour le signalement interne et pour le suivi, après consultation, des partenaires sociaux et en accord avec ceux-ci lorsque le droit national le prévoit ». S'agissant en particulier des entreprises transnationales visées par la loi

5. Article L. 2312-59 et suiv. du Code du travail. Le droit d'alerte pour danger grave et imminent est repris à l'article L. 4132-1 du Code du travail tandis que celui pour risque grave sur la santé publique et l'environnement est repris à l'article L. 4133-1 et suiv. du Code du travail.

n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, les procédures d'alerte doivent être définies par le plan de vigilance[6].

1.2. La diffusion de l'alerte comme mécanisme juridique de protection des droits fondamentaux

Il existe évidemment des différences importantes de régime entre les divers dispositifs d'alerte offerts aux salariés. Ainsi peut-on relever des différences quant au statut du lanceur d'alerte (salariés titulaires d'un mandat de représentation ou non) ; des différences quant aux procédures mises en place, notamment en fonction de l'objet de l'alerte ; des différences quant aux sources qui ont vocation à les régir, qui peuvent être des normes légales et/ou des normes d'origine professionnelle ; ou encore des différences quant au champ d'application qui peut être uniquement national ou bien avoir vocation à s'appliquer à une échelle transnationale. De même, les finalités qui sont assignées aux procédures d'alerte ne sont pas toujours les mêmes, ce qui donne une coloration différente aux alertes selon le cadre dans lequel elles s'inscrivent. Ainsi, les alertes prévues en droit du travail et exercées par les représentants des salariés visent d'abord à encadrer le pouvoir de direction de l'employeur et à éviter le risque d'arbitraire. Les dispositifs d'alerte plus récents et inspirés de la RSE ont une visée plus large : le rôle du lanceur d'alerte est pensé au-delà de la relation de travail, car ce qui est en jeu c'est d'abord l'effectivité des droits fondamentaux. Par ailleurs, certaines alertes, notamment celles qui intéressent les domaines de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, s'inscrivent davantage dans une logique qui se veut préventive. Leur but est d'éviter la survenance du risque grave. Les autres s'inscrivent davantage dans une démarche qui est aussi punitive, où il s'agit de déployer tous les moyens possibles pour prévenir, mais aussi sanctionner les violations faites aux droits fondamentaux.

De telles différences ne retirent pas ce qu'elles ont de commun. Mieux vaut considérer qu'il s'agit d'espèces différentes d'une même catégorie : l'alerte. Un même dispositif d'alerte peut donc relever de plusieurs cadres juridiques différents, ces derniers n'étant pas nécessairement exclusifs les uns des autres. On dira alors de ces dispositifs qu'ils sont hybrides. Toutefois, une forme d'harmonisation apparaît entre les différents cadres juridiques, favorisant la diffusion de ce dispositif. Mises bout à bout, ces différentes lois ont diffusé une même technique juridique d'encadrement du pouvoir et de garantie des droits fondamentaux et de l'environnement. D'un texte à l'autre, d'un ordre juridique à l'autre, des notions et des règles ont circulé et sont devenues communes aux différentes procédures d'alerte. En retour, l'unité de régime qui se dégage permet de faire de l'alerte, quel que soit son objet et quelle que soit la particularité de la procédure prévue, un mécanisme juridique particulier de protection des droits fondamentaux au sein des sociétés démocratiques. Les principes qui structurent ce mécanisme contribuent à son rayonnement et à son acculturation au sein de notre ordre juridique.

6. Article L. 225-102-4 du Code du commerce.

Quels sont ces principes structurants ? Il en est deux : l'exigence de justification à laquelle est soumise l'alerte et le séquencement des procédures d'alerte.

L'alerte doit tout d'abord être justifiée par l'existence d'une situation, de risques, de dangers, revêtant un certain caractère de gravité et d'urgence. Cette exigence de motivation, voire de justification, confère à l'alerte sa légitimité de manière à protéger son auteur. Cela figure clairement dans la directive. En effet, l'article 6 conditionne la protection au fait que les auteurs des signalements aient eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement. Cela ressort également d'un arrêt rendu par la Cour de cassation dans laquelle elle conditionne l'application du statut protecteur au fait que le salarié ait « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime[7] ». Cependant, la gravité de l'alerte est parfois sous-tendue par la violation dénoncée. Cela constitue d'ailleurs une évolution notable apportée par la loi de mars 2022. En effet, s'agissant des atteintes aux engagements internationaux ou des atteintes à l'intérêt général, il n'est plus nécessaire que le lanceur d'alerte démontre l'existence de violations « graves et manifestes » pour les premières ou de « menaces graves » pour les secondes. Non seulement le législateur a allégé le fardeau probatoire du lanceur d'alerte, mais encore il entend indiquer que les atteintes aux engagements internationaux ou à l'intérêt général sont en soi graves.

L'exigence de justification est aussi et surtout le moteur procédural de l'alerte. Elle sert en effet à ce que le détenteur du pouvoir décisionnel soit contraint d'agir et éventuellement de rendre compte de ses actions. Il doit alors agir prestement, en adoptant toutes les mesures nécessaires compte tenu de la gravité du risque porté à sa connaissance. Cette exigence est essentielle aussi bien dans la perspective de la logique préventive que dans celle de la logique punitive. Dans la logique préventive, la gravité et l'imminence du risque révélé par le lanceur d'alerte justifient d'accélérer le processus décisionnel interne dans l'entreprise afin d'éviter la survenance du risque. Ainsi, dans le cas de l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, l'article L. 2312-59 indique que l'employeur « procède sans délai à une enquête[8] ». Ou encore, lors d'une procédure d'alerte pour danger grave et imminent initiée par un représentant du CSE, l'employeur doit « immédiatement » mener une enquête avec le représentant auteur du signalement et, en cas de divergence de point de vue, réunir « d'urgence, dans un délai n'excédant pas vingt-quatre heures » le CSE[9]. Cet élément n'est pas non plus absent de la logique punitive. Dans le cadre du régime de droit commun protégeant tout lanceur d'alerte, la condition relative à l'existence d'un risque grave et imminent justifie cette fois que le lanceur d'alerte rende directement publique l'alerte sans avoir à passer par la procédure interne (article 8). En définitive, la justification tenant à la gravité et à l'urgence de la situation a possiblement deux conséquences. D'abord, elle impose à l'employeur d'agir vite et bien pour

7. Cass. soc., 4 novembre 2020, FS-P+B, nº 18-15.669.

8. Article L. 2312-59, alinéa 2 du Code du travail.

9. Article L. 4132-3 du Code du travail.

prévenir le risque. Ensuite, elle l'obligera à rendre des comptes de son action auprès de ceux qui l'ont alerté, notamment auprès des représentants des salariés et auprès des autorités saisies, en particulier auprès du juge.

L'autre élément commun aux différents cadres juridiques concerne le déroulement de la procédure d'alerte. Chaque fois, la loi prévoit un découpage qui est à la fois spatial et temporel. Chaque niveau spatiotemporel intervient selon un certain ordre. Ainsi parle-t-on d'un principe de gradation. Le schéma est globalement le suivant : l'alerte débute par un signalement ouvrant une phase en interne au cours de laquelle le salarié alerte son employeur ou son responsable[10] ; en cas d'inaction ou de désaccord sur l'existence du risque ou sur les mesures à prendre, le salarié peut alerter les autorités extérieures qui sont, selon les cas, le juge, l'Inspection du travail, le préfet ou encore le défenseur des droits. Enfin, la divulgation publique est l'ultime phase de l'alerte qui ne peut être déclenchée qu'en cas d'échec de l'intervention des acteurs qui ont été saisis en interne ou en externe[11]. Selon le cadre juridique, la gradation est prévue de manière plus ou moins rigide et impérative. Il existe en particulier des différences quant à l'obligation d'en passer par la phase interne. Sur ce point, la directive de 2019 entend précisément tendre vers une plus grande harmonisation et vers davantage de souplesse dans l'exercice du droit d'alerte. Ainsi encourage-t-elle les États à développer les procédures de signalement interne prévoyant des canaux pour la réception des signalements, un accusé de réception, la désignation d'une personne ou d'un service impartial compétent pour en assurer le suivi diligent, le traitement dans un délai raisonnable et la mise à disposition d'informations claires et facilement accessibles concernant les procédures de signalement externes (article 9). Cette configuration dans le temps et dans l'espace des procédures d'alerte rend compte du dualisme de ces fonctions. La priorité donnée à la phase interne se justifie en raison de la fonction préventive remplie par l'alerte, tandis que la possibilité de révéler des faits à l'extérieur de l'entreprise assure sa fonction punitive obligeant l'entreprise à rendre des comptes des violations dénoncées autant que de son inaction lorsqu'elle en a été informée.

Cependant, imposer d'en passer d'abord par la procédure interne de l'alerte a pu se transformer en piège pour les lanceurs d'alerte. C'est pourquoi la priorité de la phase interne a été très largement assouplie ; ce n'est plus qu'un encouragement et non plus une obligation. À la suite de la directive européenne et de la loi Waserman, le lanceur d'alerte peut désormais choisir ou bien de porter son alerte en interne ou bien d'adresser son signalement à une autorité externe. Seule la divulgation publique demeure subordonnée à la nécessité d'avoir fait un signalement préalable, sauf à démontrer l'existence d'un danger grave et imminent ou un risque de représailles.

10. La procédure est définie par le décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 qui modifie le décret du 19 avril 2017.

11. Cela résulte notamment de la jurisprudence de la Cour EDH : « Un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portées à la connaissance du public » (Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c/ Allemagne*, n° 28274/08).

1.3. L'appropriation des dispositifs d'alerte par les pouvoirs normatifs

Le succès procédural des dispositifs d'alerte résulte enfin de leur appropriation possible par les différents pouvoirs normatifs, qu'ils soient publics ou privés. Les dispositifs d'alerte sont en effet le résultat d'une corégulation impliquant une diversité de sources du droit qui sont à la fois des normes supra-étatiques, des normes étatiques et des normes internes aux entreprises (Igalens, 2013). Tout en étant désormais institués par la loi, les dispositifs d'alerte demeurent régis par des normes décentralisées élaborées au sein des entreprises. Ces normes ont une vertu pédagogique : en rappelant leur existence aux salariés de l'entreprise, elles assurent une meilleure effectivité des dispositifs d'alerte. Ce faisant, il s'agit de contribuer à améliorer l'application des mécanismes assurant la protection des droits fondamentaux. Parallèlement à cet objectif, les normes élaborées par l'entreprise permettent à ces dernières de les adapter et de les intégrer à leur organisation. Du point de vue des entreprises, les dispositifs d'alerte sont un rouage du processus décisionnel de l'entreprise s'inscrivant dans une logique d'« autoréglementation » de cette dernière. Finalement, le déploiement des dispositifs d'alerte sert aussi bien les intérêts individuels, les intérêts collectifs des organisations que l'intérêt général.

L'implication de plusieurs autorités normatives n'est pas la seule chose. Les dispositifs d'alerte témoignent d'une transformation plus fondamentale du droit où l'effectivité du droit n'est plus assurée par l'application et la sanction d'une norme juridique ; elle consiste de plus en plus dans l'élaboration de processus continus s'inscrivant dans des « flux normatifs ». Cela est particulièrement vrai s'agissant de la logique préventive. Celle-ci repose sur un modèle procédural désormais bien rodé, en particulier au sein des entreprises. Venu des sciences de gestion, ce modèle, circulaire, est le suivant : la prise de décision s'effectue à la suite d'un diagnostic, prend place dans un plan d'action, fait l'objet d'une vérification, en particulier dans le cadre des alertes et est soumise en fin de compte à une évaluation en vue de l'actualisation de la décision. Le déclenchement de l'alerte sert alors à pallier une défaillance dans l'analyse des risques, à rectifier – et non sanctionner – la situation, permettant à l'entreprise d'améliorer sans cesse ses processus décisionnels. Au demeurant, cette fluidité normative est aujourd'hui renforcée par le développement des outils numériques relevant des Civictech. Ces outils numériques permettent de recueillir les signalements et d'en automatiser le traitement[12]. Ils servent aussi à sécuriser le traitement des signalements, tout en permettant de diffuser les données simultanément à plusieurs autorités, de sorte que les actions résultant d'un signalement peuvent possiblement être multiples et globales. Ici, le numérique peut conférer une résonance encore plus grande à l'alerte.

Devant un tel succès des dispositifs d'alerte promus aussi bien par les autorités publiques que par les acteurs privés, comment comprendre la défiance que rencontrent nombre de lanceurs d'alerte ?

12. Il conviendra alors de prendre en compte le référentiel adopté par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en 2019 relatif au traitement des données à caractère personnel destiné à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-alertes-professionnelles_dec_2019.pdf], consulté le 30 août 2022.

2. La vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte

La vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte résulte de deux facteurs. D'une part, même si elle existe, la protection juridique des salariés lanceurs d'alerte demeure insuffisante, car elle reste trop aveugle à la subordination des salariés (2.1). D'autre part, la fragilité de leur situation tient à la durée souvent longue des procédures initiées, laissant le lanceur d'alerte seul et dans l'incertitude face au doute qui plane sur la véracité de son signalement et face au risque de représailles (2.2).

2.1. Un statut protecteur trop aveugle à la subordination

Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. À travers cette définition, le lanceur d'alerte est d'abord considéré comme un citoyen, comme un membre actif de la vie démocratique. L'alerte éthique est un outil d'implication citoyenne au service de l'intérêt général ou, pour reprendre la formule d'un auteur, elle « concrétise une nouvelle vigilance citoyenne » (Oberdorff, 2016).

La protection reconnue au lanceur d'alerte l'est en considération de l'objet de ses révélations plutôt qu'en considération de sa relation avec l'auteur des faits que le lanceur d'alerte dénonce. Cela ressort notamment de la recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte. Selon cette recommandation, il s'agit d'ancrer fermement la protection des lanceurs d'alerte dans le champ des principes démocratiques et de la préservation de l'intérêt général.

Une telle approche constitue une des faiblesses de la protection juridique du lanceur d'alerte qui ne tient pas suffisamment compte de la relation juridique qui lie la personne lanceuse d'alerte et l'auteur des faits révélés. S'agissant en particulier de la relation salariale, la liberté du salarié est juridiquement très limitée. La réalité juridique de la relation salariale entache nécessairement la capacité du salarié à mettre en œuvre les dispositifs d'alerte mis en place. Soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur et étant en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce dernier, le salarié est dans une situation juridique qui *a priori* rend difficile pour lui la faculté d'exercer son droit d'alerte. Comment peut-il se considérer comme libre de révéler des faits graves constitutifs d'atteinte à la santé, aux droits fondamentaux ou à l'environnement alors qu'il est subordonné et soumis contractuellement à une obligation de loyauté ? En d'autres termes, c'est l'existence même du lien de subordination, inhérent à la relation salariale, qui constitue le premier, si ce n'est le plus important, frein à l'effectivité des dispositifs d'alerte. C'est en raison même de cette subordination qu'il est important de garantir les salariés lanceurs d'alerte contre les risques de représailles et contre le risque de perte d'emploi.

Cela suppose de prendre en compte l'existence du lien de subordination de manière à adapter proportionnellement le niveau de protection et fixer corrélativement des limites, voire des barrières, supplémentaires au pouvoir patronal.

Or, force est de constater que la loi n'a pas prévu de protections graduées en considération du pouvoir auquel une personne est assujettie. La loi prévoit une protection identique, quelle que soit la situation dans laquelle se trouve le lanceur d'alerte. À ce jour, ce dernier bénéficie ainsi d'une immunité contre les poursuites judiciaires[13], d'une protection contre les mesures discriminatoires[14] et d'une garantie de confidentialité[15]. La loi Waserman de mars 2022 renforce cette immunité ainsi que le soutien dont peut bénéficier le lanceur d'alerte. De même est-il prévu de renforcer les sanctions à l'encontre de toute personne qui chercherait à faire pression, à menacer ou à dissuader un lanceur d'alerte en prévoyant une amende civile (de 60 000 euros, sans préjudice des dommages et intérêts et de l'abondement du compte personnel de formation que peut obtenir le lanceur d'alerte). Notons encore qu'un aménagement de la charge de la preuve par le lanceur d'alerte est prévu ainsi que la possibilité d'obtenir une provision pour frais d'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure engagée ou à l'occasion de la procédure visant à contester la mesure de représailles. S'ajoutent enfin les mesures de soutien. Ainsi la loi, invitée en cela par la directive, prévoit une assistance, notamment juridique, financière, mais aussi psychologique, au profit des lanceurs d'alerte.

La loi a aussi rendu possible que l'alerte soit anonyme comme cela est prévu par la loi américaine Sarbanes-Oxley. En effet, « on peut raisonnablement douter de la protection d'un salarié lanceur d'alerte non anonyme si son employeur fait partie des destinataires » (Benaiche, 2014). Pour ce faire, l'alerte peut être portée par un représentant de confiance. L'intervention d'un « mandataire » permet de créer une sorte de « paravent » qui garantit au lanceur d'alerte de rester anonyme vis-à-vis du détenteur du pouvoir de direction et d'impliquer un acteur qui n'est pas dans un rapport de subordination vis-à-vis de ce dernier. C'est là une mesure issue de la directive qui prévoit l'intervention de tiers appelés « facilitateurs ». Selon la directive, les facilitateurs aident « un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel ». La directive prévoit en particulier que « les représentants syndicaux ou les représentants des travailleurs devraient bénéficier de la protection prévue par la présente directive, tant lorsqu'ils effectuent un signalement en tant que travailleurs que lorsqu'ils ont fourni des conseils et une aide à l'auteur de signalement ». Cependant, l'article 5.8 limite le statut de facilitateur aux seules personnes physiques, ce qui constitue une restriction regrettable. Suivant le souhait exprimé par

13. Article 122-9 du Code pénal. Sur le plan civil, la loi prévoit également une immunité. Ainsi l'article 10-1 introduit par la loi Waserman prévoit désormais que « les personnes ayant signalé ou divulgué publiquement des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique dès lors qu'elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause ».
14. Article L. 1132-3-3 du Code du travail.
15. Article 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

la Commission nationale consultative des droits de l'homme[16] ainsi que par le défenseur des droits dans son avis rendu le 16 décembre 2020[17], la loi Waserman a élargi le statut des facilitateurs aux personnes morales. Ce faisant, les syndicats ou des associations peuvent se substituer à la personne du salarié pour porter son signalement, lui garantissant ainsi son anonymat.

Même améliorée, cette protection reste encore insuffisante pour assurer efficacement le salarié contre le risque de licenciement. Et ce risque est d'autant plus fort que le salarié aura choisi de porter son signalement dans le cadre de la procédure interne. Certes, le salarié peut contester son licenciement et obtenir son annulation[18]. Cependant, il lui faudra attendre le temps de la procédure, souvent longue en matière prud'homale, pour être rétabli dans ses droits. Dès lors, avoir lancé une alerte restera pour lui une épreuve et une injustice.

Une garantie supplémentaire est ici nécessaire pour limiter efficacement le pouvoir de l'employeur et les conséquences néfastes pour le salarié lanceur d'alerte. Il conviendrait, à l'instar des salariés titulaires d'un mandat de représentation, de soumettre le licenciement d'un lanceur d'alerte à l'autorisation préalable de l'Inspection du travail. Cette garantie est en effet l'élément essentiel du statut protecteur de représentant des salariés pour garantir leur indépendance vis-à-vis de leur employeur[19] et les protéger contre les risques de représailles. En somme, il s'agirait de reconnaître aux salariés lanceurs d'alerte le statut de salarié protégé issu des articles L. 2411-1 et suivants du Code du travail.

2.2. Un parcours du combattant long et incertain

La fragilité de la situation du lanceur d'alerte tient à la longueur des procédures mises en œuvre à la suite de son signalement. Cela tient en partie au séquençage des procédures d'alerte voulu par le législateur. Comme nous l'avons expliqué, l'alerte s'inscrit dans des « flux normatifs » qui sont à la fois ceux de l'entreprise et ceux des autorités publiques qui ont été alertées. Le lanceur d'alerte doit alors attendre et faire preuve de patience. Le temps que l'entreprise agisse, le temps que l'administration agisse, le temps que la justice agisse, tous ces temps pendant lesquels le sort du lanceur d'alerte est suspendu et pendant lesquels il est particulièrement vulnérable au risque de représailles.

La loi Waserman a précisé les délais de traitement des signalements de manière à donner une meilleure prévisibilité au lanceur d'alerte. À compter du signalement, l'entité qui a reçu le signalement dispose de sept jours pour en accuser réception, amorçant un délai de trois mois pour communiquer, par écrit, à l'auteur du signalement, des informations sur les mesures envisagées ou prises pour évaluer l'exactitude des allégations et, le cas échéant, remédier à l'objet du signalement.

16. Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, 24 septembre 2020.

17. Avis n° 20-12.

18. Articles 11 et 12 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Voir Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 ; Cass. soc., 7 juillet 2021, FS-B, n° 19-25.754.

19. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence à valeur constitutionnelle. Voir décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, cons. 9.

Cela ne signifie pas pour autant que l'alerte soit définitivement traitée. De plus, à l'issue de ce traitement, l'alerte peut très bien déboucher sur des procédures judiciaires qui sont parfois très longues, sans compter celles nées des mesures de représailles subies par le lanceur d'alerte.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation précédemment cité permet de prendre la mesure de cette problématique[20]. L'affaire concerne un salarié licencié en 2012 pour insuffisance professionnelle alors qu'il s'apprêtait à dénoncer des faits pénalement répréhensibles. Le salarié a été mis à pied puis licencié en 2012. Il lui aura fallu attendre 2021 et la solution de la Cour de cassation pour obtenir gain de cause. Mais l'affaire n'est au demeurant pas terminée puisque la nullité de son licenciement et son indemnisation n'interviendront qu'une fois rendue la décision par la cour d'appel de renvoi. Nous ignorons ce qu'il est advenu de son alerte. Mais, le concernant, une décennie entière aura été nécessaire pour qu'il soit rétabli dans ses droits. Inutile de dire qu'un tel récit est de nature à dissuader plus d'une personne à se risquer à devenir lanceur d'alerte !

Comment faire en sorte d'alléger un tel fardeau ? Reconnaître des « canaux » de signalement alternatifs permettra aux lanceurs d'alerte d'accélérer le processus et de limiter le risque de représailles. Le recours aux facilitateurs apporte en effet à cette difficulté une solution dans la mesure où le facilitateur peut d'une certaine manière prendre le relais de l'auteur du signalement en se substituant à lui dans le cadre des différentes procédures. Au surplus, le lanceur d'alerte n'est plus isolé. Il conviendrait, comme cela existe déjà en droit du travail, de prévoir des actions en substitution qui permettent aux facilitateurs d'ester en justice en lieu et place du lanceur d'alerte[21]. L'alerte prévue par le droit du travail en cas d'atteinte aux droits des personnes esquisse cette possibilité. En effet, l'article L. 2312-59 du Code du travail prévoit qu'en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de l'atteinte, le représentant des salariés peut saisir le bureau de jugement du conseil des prud'hommes. Celui-ci statue alors selon la procédure accélérée au fond et peut enjoindre à l'employeur de prendre toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte. Une telle procédure permet non seulement de protéger le salarié qui a pu alerter le représentant au CSE, mais encore le libère du fardeau procédural qui en résulte en le confiant à son représentant qui dispose de davantage de moyens et de temps pour mener à son terme les actions nécessaires à la révélation des faits qui sont l'objet de l'alerte.

Enfin, de manière plus institutionnelle, un « guichet unique » géré par le défenseur des droits permettra d'orienter les signalements et de faire en sorte que l'alerte ne se perde pas dans les méandres des canaux de signalement et que le soutien apporté ne soit pas disparate.

En réalité, l'ambivalence qui entoure les dispositifs d'alerte n'a pas entièrement disparu. Ainsi, si la protection reconnue aux lanceurs d'alerte a été substantiellement améliorée par rapport au régime issu de la loi Sapin 2, toutes les difficultés n'ont pas disparu. Peut-être s'agit-il d'une volonté de légiférer de manière progressive afin d'acculturer les entreprises et leurs dirigeants

20. Cass. soc., 7 juillet 2021, FS-B, n° 19-25.754.

21. Étant rappelé que, constitutionnellement, un droit d'opposition à une telle action doit pouvoir être exercé à propos des actions en défense d'un intérêt individuel.

à ce nouveau mécanisme de contrôle de leur activité. Mais on ne peut pas ignorer non plus la force des lobbys et le cynisme calculateur de certaines entreprises. Pour celles-ci, les dispositifs d'alerte sont bons pour faire du *socialwashing* et du *greenwashing*, mais elles excluent catégoriquement que ces dispositifs puissent servir à limiter leur pouvoir économique, nuire à leurs intérêts et les contraindre à rendre des comptes sur les violations du droit qu'elles sont prêtes à commettre ou à couvrir pour leur réputation, leur compétitivité et leurs profits. Ces raisons ne laissent pas insensibles les décideurs. Surtout, on attend toujours du lanceur d'alerte de la mesure et de l'éthique auxquelles on subordonne sa protection. Un sentiment perdure : la situation du lanceur d'alerte est vouée à demeurer fragile et irrémédiablement précaire. Elle restera toujours limitée dans l'objectif de préserver les intérêts des entreprises, en particulier ceux protégés par le secret des affaires. Cet équilibre entre les deux, et voulu par les autorités européennes, laissera toujours planer sur le salarié lanceur d'alerte la peur d'une riposte. Cette peur est d'autant plus réelle que l'on rappellera l'arrêt rendu dans l'affaire *Luxleaks* en mai 2021 par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) dans laquelle elle a estimé que la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre d'un lanceur d'alerte « ne produit pas un effet réellement dissuasif sur l'exercice de la liberté du requérant ni d'autres salariés[22] ». Et c'est sans doute cette peur qui constitue la principale raison de l'ineffectivité des dispositifs d'alerte qui, bien que mis en place et largement promus, demeurent encore trop rarement mis en œuvre par les salariés.

Bibliographie

Adam P., 2006, « Le retour des sycophantes ? (à propos du *whistleblowing*) », *Le droit ouvrier*, n° 695, p. 281-296

Barrière F., 2017, « Les lanceurs d'alerte », *Revue des sociétés*, n° 4, p. 191-197

Bazzoli L., Kirat T., 2010, « Le capitalisme raisonnable, l'emploi et la responsabilité sociale de l'entreprise selon J. R. Commons et l'école du Wisconsin », [halshs-00680088], consulté le 30 août 2022

Benaiche L., 2014, « Le droit de l'alerte en France », *Les tribunes de la santé*, vol. 45, n° 4, p. 79-98

Conseil d'État, 2016, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française

Conseil de l'Europe, 2014, « Protection des lanceurs d'alerte », Recommandation CM/Rec(2014)7 et exposé des motifs

Driguez L., 2020, « Un cadre général européen pour la protection des lanceurs d'alerte », *Semaine sociale Lamy*, n° 1933

Igalens J., 2013, « Corégulation », dans N. Postel, R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, p. 89-93

Lagesse P., Armillei V., 2019, « Le statut du lanceur d'alerte. État des lieux et proposition de directive européenne », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 2, étude 64

22. Cour EDH, 11 mai 2021, *Halet c/ Luxembourg*, n° 21884/18.

Lagesse P., Toubon J., 2019, « Le régime "général" de protection des lanceurs d'alerte est-il l'expression d'un droit fondamental ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1862

Maison des lanceurs d'alerte, 2021, « Pour une loi qui défend les lanceurs d'alerte », [https://loi.mlalerte.org/je-signe/], consulté le 30 août 2022

Oberdorff H., 2016, « Contribution sur la notion d'alerte éthique », dans Conseil d'État (dir.), *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française

Thiebart P., 2016, « La loi Sapin 2 soumet le lanceur d'alerte à un parcours du combattant », *Liaisons sociales Quotidien. L'actualité*, n° 17220

Chapitre 7. La responsabilité sociétale de l'entreprise au Brésil

Véra Jacob DE FRADERA

Professeure, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil,
avocate au barreau de Porto Alegre

Résumé : Cet article a pour but de démontrer qu'au Brésil, malgré l'inexistence d'une norme relative à une responsabilité sociétale des entreprises, celle-ci s'est imposée. Cela résulte d'une part de l'influence d'autres pays, dont les États-Unis, et d'autre part des concepts de fonction sociale du contrat et de l'entreprise, adoptés par le Code civil de 2002, permettant de considérer que l'entreprise n'est pas une institution réductible aux intérêts de ses associés. En raison d'un vide législatif par rapport à la façon dont les entreprises doivent accomplir leur fonction sociale, ce sujet est l'objet de critiques de la part de la doctrine. Par ailleurs, le fait qu'une responsabilité sociale soit imposée aux entreprises représente un progrès vis-à-vis des temps plus reculés de l'histoire du pays. Cependant, dans ce domaine, les doutes demeurent plus nombreux que les certitudes et il reste encore un long chemin à parcourir, malgré quelques exemples réussis.

Mots-clés : Brésil, fonction sociale des entreprises, responsabilité sociétale des entreprises, activités commerciales, collectivité

Cet article a été rédigé avant l'élection présidentielle brésilienne d'octobre 2022.

Introduction

Depuis le 25 octobre 2011, la Commission européenne considère la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) « vis-à-vis des effets qu'elle exerce sur la société ». Cette définition permet d'inclure un aspect volontaire et un aspect réglementaire contraignants de la RSE. On peut dire que, d'une certaine manière, cette nouvelle définition convient très bien au droit brésilien, elle peut même être une source d'inspiration pour les juges et pour la doctrine nationale.

Au Brésil, l'adoption de la responsabilité sociétale de l'entreprise est récente. Elle s'est développée sous l'influence d'autres pays, notamment les États-Unis. Par ailleurs, le nouveau Code civil y a aussi contribué, étant donné qu'il exige un comportement solidariste dans le contrat et dans les rapports entre l'entreprise, ses collaborateurs et la société en général. L'entreprise doit comporter, comme le contrat, une fonction sociale.

Face à ces nouveaux concepts, les études et les discussions développées par la doctrine nationale ont aussi participé de façon remarquable à cette évolution, mettant l'accent sur une évidence : l'entreprise est une institution non réductible aux intérêts de ses associés (Salomão Filho, 2019, p. 55 et suiv.).

En effet, M. Wald, un remarquable juriste brésilien, a souligné l'importance grandissante de l'entreprise en droit brésilien et en droit en général. Il affirme que l'évolution de l'entreprise constitue « en réalité, un élément fondamental pour la compréhension du monde contemporain.

L'entreprise devient le 5e pilier du droit privé à côté de la propriété, de la famille, du contrat et de la responsabilité, elle devient le centre du droit de l'activité économique, elle mérite, donc, d'être étudiée dans ces conditions et dans ce nouveau contexte » (Wald, Fonseca, 2005, p. 15).

Pour bien comprendre l'adoption de la responsabilité sociétale au Brésil, il est nécessaire d'en retracer les origines qu'il semble falloir rechercher dans l'actuelle législation civile et commerciale brésilienne, dont la philosophie a conduit les entrepreneurs à accepter la responsabilité sociétale.

En effet, en 1824, deux ans après la proclamation de l'indépendance du Portugal, l'empereur Pedro I a fait adopter une constitution au Brésil, dans laquelle était mentionné le fait qu'il faudrait « le plus tôt possible organiser un Code civil et criminel fondés sur les bases solides de la justice et de l'équité[1] ».

De façon un peu paradoxale, le Code de commerce a devancé le premier Code civil brésilien. Largement inspiré du Code de commerce français de 1807, il a été publié en 1850.

Par ailleurs, ayant en vue l'élaboration d'un Code civil national, le gouvernement impérial nomma, en 1859, un notable juriste, Augusto Teixeira de Freitas, pour rédiger le projet du futur Code civil du pays. Cependant, malgré la grande qualité de ce juriste, reconnu comme un des plus remarquables de son temps, son projet n'a pas eu l'assentiment du gouvernement. Une des raisons de ce refus a été l'unification des obligations civiles et commerciales dans ce projet de Code civil[2].

Le premier Code civil brésilien ne verra le jour qu'en 1916, après d'innombrables vicissitudes, car plusieurs projets furent refusés par le gouvernement pour des raisons très variées.

On peut alors se demander pourquoi le Brésil a eu un Code de commerce avant d'avoir un Code civil.

La réponse à cette question est en lien avec l'économie. En effet, après son indépendance, le Brésil ne pouvait plus et ne voulait pas avoir le Portugal comme partenaire commercial, même si pendant 322 ans les Portugais ont commercialisé des produits brésiliens un peu partout, surtout au Portugal et dans ses colonies, en Afrique et en Inde. Le Brésil était essentiellement agricole, exception faite de l'exploration de l'or et des pierres précieuses, envoyés en Europe pour être vendus sur les marchés locaux.

Les Brésiliens, en l'absence d'une industrie locale, importaient des produits manufacturés en quantité. C'est ainsi que les Anglais allaient devenir leurs plus grands partenaires commerciaux. En raison du volume d'importations réalisées par les commerçants brésiliens, les Anglais insistèrent auprès du gouvernement local pour doter le pays d'un Code de commerce, dans le but de rendre les rapports juridiques entre les deux pays plus sûrs.

1. Article 179, VIII.
2. À propos de la pensée de Teixeira de Freitas sur l'unification des obligations dans le Code civil, voir Carvalho (1988, p. 101 et suiv.).

C'est grâce à cette sorte d'impératif anglais[3] que le gouvernement brésilien dut élaborer, un peu à la hâte, un Code de commerce.

Le législateur du premier Code civil brésilien, datant de 1916, Clóvis Bevilácqua, était un professeur de droit, qui a reconnu la valeur du projet de son prédécesseur, Teixeira de Freitas. Il l'a conservé, dans la mesure du possible, sauf en ce qui concerne l'unification des obligations civiles et commerciales, en raison du rejet du précédent projet du fait de cette unification.

À partir de 1916, le Brésil a eu deux codes privés, le Code de commerce de 1850 et le Code civil de 1916, entré en vigueur le 1er janvier 1917.

Comme cela est arrivé à presque tous les Codes civils du XIXe siècle et du début du XXe, le Code civil de 1916 a été réformé au fil du temps, soit de façon ponctuelle, soit de façon plus approfondie, prenant en compte les changements sociaux, politiques et économiques de la société brésilienne.

Par ailleurs, il faut noter que, depuis son indépendance, le Brésil a eu sept constitutions (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 et 1988) et deux Codes civils, le premier en 1916, resté en vigueur pendant 85 ans et le deuxième en 2002, qui a fêté ses 20 ans.

Une dernière remarque peut être formulée concernant le Code civil de 1916 : il a adopté, par rapport au Livre des obligations, une conception dualiste, c'est-à-dire que les obligations civiles étaient réglées par le Code civil et les obligations commerciales, par le Code de commerce.

En revanche, le législateur du Code civil de 2002, Miguel Reale, inspiré par la doctrine commercialiste italienne, adoptée par le Code civil italien de 1942, a opéré l'unification des obligations civiles et commerciales. De plus, il a introduit la notion de fonction sociale du contrat[4] ainsi que de l'entreprise. Bien que ce concept ne soit pas mentionné dans les normes relatives au droit de l'entreprise[5], il a été cependant, reconnu par la doctrine et les magistrats, malgré quelques voix dissonantes, comme on le verra par la suite.

Cette innovation est considérée comme une originalité du Code civil de 2002 par rapport à l'ancienne législation commercialiste nationale[6].

3. Si on se penche sur l'histoire de la présence anglaise au Brésil, tout de suite après l'indépendance du Portugal, on est surpris de l'influence des Anglais auprès du gouvernement local et du progrès qu'ils ont apporté au pays. Nous citons comme exemple deux contributions : l'insistance auprès du gouvernement pour abolir l'esclavage et la construction des chemins de fer par des entreprises britanniques, ce qui a beaucoup contribué au développement du pays, dont le territoire est immense et les distances entre les marchés et les ports très importantes.
4. Article 421 du Code civil de 2002 : « La liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat. » La loi nº 10.406 du 10 janvier de 2019 a modifié ce texte : « La liberté de contracter sera exercée dans les limites de la fonction sociale du contrat. » Cette nouvelle rédaction de l'article a été bien reçue par la doctrine en général, car le texte original avait subi maintes critiques de la part des praticiens du droit.
5. Dans une sorte de Restatement, élaboré par les praticiens du droit, publié par le Tribunal supérieur fédéral (STJ) l'équivalent de la Cour de cassation, l'énoncé 53 déclare : « Il faut prendre en compte le principe de la fonction sociale dans l'interprétation des normes relatives à l'entreprise, nonobstant le manque de référence expresse », Jornada I, STJ, 2002, Brasilia.
6. Dans un passage de la 2e édition de *L'Esprit des droits*, en 1939, Louis Josserand évoquait la base de sa doctrine (le critère à la fois social et téléologique adopté au Brésil) et énumérait les codes qui l'avaient réceptionnée, ceux du Liban, de la Pologne et le Code franco-italien des obligations (Audren, Fillon, 2009, p. 62, note 120).

La question de la RSE est encore assez discutée et problématisée par les juristes, les juges et les entrepreneurs en général. La doctrine n'arrive pas à préciser quelle est la fonction sociale de l'entreprise ni comment définir sa responsabilité sociétale. La seule certitude interprétative est que la liberté contractuelle n'est pas absolue et que les entrepreneurs ont une responsabilité envers la communauté, l'environnement, la faune et la flore nationale.

En effet, comme l'article 421 du Code civil est rédigé sous la forme d'une clause générale, sans que soient établis les devoirs des parties dans le contrat et ceux de l'entreprise vis-à-vis de la société, c'est au cas par cas que le juge va imposer une sanction à l'entrepreneur dont le comportement nuit aux intérêts de la société. C'est dans cette même perspective que l'entreprise sera responsabilisée en raison de son activité, si celle-ci viole des lois qui protègent l'environnement, la faune et la flore nationale.

Face à tous ces doutes et incertitudes, les entrepreneurs nationaux s'inspirent des législations étrangères ou créent leurs propres règles, comme c'est le cas d'une des plus importantes entreprises brésiliennes, la Petrobras, compagnie qui explore, produit, vend et exporte le pétrole au Brésil[7].

D'autres entreprises travaillent aussi de façon responsable vis-à-vis de leur personnel et de l'environnement, comme Natura. Fondée en 1969, Natura est une multinationale brésilienne qui fabrique des cosmétiques, des produits d'hygiène et de beauté. C'est un leader dans ce marché. Cette entreprise vient de recevoir une certification « B Corp », émise pour les entreprises qui, de façon volontaire, accomplissent les normes les plus élevées de transparence, responsabilité et performance, ce qui renforce le mouvement global d'entreprises connectées pour la promotion d'une société plus durable. De cette façon, Natura devient la première entreprise « B Corp » de capital ouvert en Amérique latine. Par ailleurs, Natura a présenté récemment sa nouvelle conception de la durabilité, en annonçant les démarches qui seront adoptées dans la poursuite de ses buts en tant qu'entreprise jusqu'à 2050. Parmi les principes qui orienteront le développement de son nouveau modèle de comportement, on trouve l'économie circulaire, la motivation à la consommation responsable, la génération d'un impact social à travers la motivation à l'éducation et des nouveaux modèles d'affaires durables. Natura veut devenir un agent de transformation socio-environnemental[8].

Cet article sera divisé en deux parties. Dans la première partie seront présentés les traits les plus originaux du Code civil de 2002 et les raisons du choix du Code civil italien de 1942 comme modèle d'inspiration du législateur brésilien.

7. Il s'agit d'une entreprise d'économie mixte. Selon le rapport 2020 sur la durabilité, publié le 1er avril 2021 par l'entreprise, celle-ci a contribué à l'amélioration de la santé de ses ouvriers, à la protection de l'environnement, à la limitation des effets du changement climatique ou encore à la réduction du gaz émis par les poêles (environ 5 % par rapport à l'année précédente), etc.

8. Voir le site Web de l'entreprise, [https://www.naturabrasil.fr/fr-fr/nos-valeurs/b-corporation], consulté le 30 septembre 2022.

La seconde partie exposera la réception, par les entreprises brésiliennes, du concept de responsabilité sociétale comme une incombance[9] qui leur est attribuée et quelle a été leur première source d'inspiration.

1. Le Code civil italien de 1942 et la doctrine de Josserand, deux modèles pour le législateur brésilien de 2002

En accord avec le meilleur de la doctrine nationale (Wald, 2005, p. 233 ; Alves, 1986, p. 68 ; Mac Donald, 2002), nous conviendrons que les plus importantes sources d'inspiration du législateur[10] du Code de 2002 ont sans aucun doute été le *Codice civile*, suivi de la doctrine italienne[11], représentée entre autres par Asquini[12] (1940, point 1 ; 1943, p. 1), Ascarelli (1962) et Betti (2003). Les deux législateurs nationaux, Freitas et Reale, chacun à leur époque, s'étaient prononcés pour l'unification des obligations civiles et commerciales.

Comme indiqué en introduction, le législateur du projet du premier Code civil brésilien était convaincu de la nécessité de la réunion des obligations civiles et commerciales au sein du même Code. Cependant, à l'époque, cette idée avait été mal reçue par ses contemporains, malgré la démonstration faite par Teixeira de Freitas de l'absence d'une distinction substantielle justifiant la dichotomie droit civil/droit commercial[13].

En conséquence, le Code civil de 1916 intéresse uniquement les obligations civiles, les obligations commerciales restant intégrées au Code de commerce.

En revanche, le Code civil de 2002 a repris le modèle du projet de Freitas, selon l'inspiration du *Codice civile*, comme nous le verrons par la suite.

1.1. L'unification des obligations civiles et commerciales dans le Code civil brésilien de 2002

Lors de l'élaboration du Code civil de 2002, à la suite de vives discussions menées un peu partout au Brésil autour de l'unification des obligations civiles et commerciales (Moreira Alves, 2008, p. 36), le législateur de ce Code, Miguel Reale, a affirmé que cette unification « a[vait] une

9. Dans le sens d'une charge, d'un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir (Cornu, 2011, p. 530).
10. Miguel Reale, le président de la Commission chargée de l'élaboration du projet de Code civil brésilien, a vécu quelque temps en Italie, où il a été un des disciples de Giorgio Del Vecchio, auteur d'un ouvrage très connu et lu encore partout (Del Vecchio, 1908). Ce fait explique quelques caractéristiques du Code civil de 2002.
11. La doctrine comparatiste signale trois sortes de réception d'un droit étranger par un législateur : la volontaire (considérée comme la réception authentique), l'involontaire (imposée par un gouvernement étranger victorieux après une guerre) et la transplantation.
12. Cet auteur a écrit plusieurs livres et articles, encore lus et commentés au Brésil.
13. Pendant son cours de droit commercial à Bologne, Cesare Vivante a émis la même opinion, vingt et un ans après la manifestation du juriste brésilien.

portée législative et non doctrinaire, [qu']elle n'affect[ait] pas l'autonomie de ces disciplines » (1975, note 33, p. 112). Le nouveau Code civil a adopté une unification des obligations et non une unification du droit privé. On peut le constater par l'existence dans le Code civil, dans sa partie spéciale, d'un livre dédié au droit de l'entreprise.

Ainsi, l'article 2.045 du Code civil de 2002 a abrogé le Code de 1916 et la partie première du Code de commerce de 1850[14].

Malgré l'enthousiasme produit par le nouveau Code civil, plusieurs voix se sont soulevées contre l'extinction presque totale du Code de commerce et l'existence de quelques lacunes concernant les sociétés, de telle sorte que, depuis quelques années, un mouvement autour de l'élaboration d'un nouveau Code de commerce prend forme au Brésil. Le Congrès national est en train d'examiner et d'améliorer ce projet, et d'apprécier les arguments en faveur d'un nouveau Code de commerce. Parmi les défenseurs du projet se trouvent de grands juristes commercialistes et des avocats experts dans le domaine du droit des sociétés.

Arrêtons-nous maintenant sur le concept d'entreprise selon le Code civil de 2002.

1.2. Le concept d'entreprise selon le Code civil brésilien de 2002

L'histoire du développement du concept d'entreprise est un sujet fascinant car, en l'étudiant, on se rend compte du long chemin parcouru par les juristes et économistes en Europe, notamment en France[15], jusqu'à l'avènement d'un droit économique des privatistes, qui aboutit à la réforme du droit commercial sous le concept d'entreprise[16].

Le législateur du Code civil de 2002 a dédié le livre II de son Code au droit de l'entreprise. En conséquence, il abandonna le système français, celui de la théorie des actes de commerce, adoptée par le législateur de 1916, en raison de l'influence des idées prônées par les juristes italiens.

On verra par la suite quelle est l'idée philosophique dominante dans le nouveau Code civil brésilien, idée qui a contribué, malgré quelques critiques, à changer la conception de l'entreprise au Brésil.

14. Aujourd'hui, notre Code de Commerce de 1850 est réduit à un seul domaine, le droit commercial maritime.

15. Les études et recherches autour de ce nouveau droit, le *droit des affaires*, ont eu un premier centre de divulgation à l'Université de Rennes, à partir des années 1970, grâce à l'influence de l'École de Rennes et de ses fondateurs, les professeurs Claude Champaud, Michel Despax et Jean Pailluseau. Leurs idées ont été reçues au Brésil par Fábio Konder Comparato, son introducteur parmi nous. Pour approfondir ces informations, consulter Warde Jr. (2018, p. 69 et suiv.).

16. Les privatistes ont adopté une conception du droit économique plus élargie, le droit des affaires, considérée comme un progrès par rapport au droit commercial classique. De telle sorte, le droit commercial a été élargi et son champ d'influence est devenu très fort. Aujourd'hui, on remarque que le droit des affaires est beaucoup plus avancé et évolué que le droit civil au Brésil.

1.3. Le rayonnement des doctrines solidaristes et finalistes en Italie (1942) et au Brésil (2002) par rapport au contrat et à l'entreprise

Décrire de manière approfondie le parcours des doctrines solidaristes et finalistes françaises en Italie et au Brésil est une tâche longue et difficile. En outre, des comparatistes l'ont déjà fait de façon remarquable, en particulier en Italie. Néanmoins, connaissant les raisons de ce choix par deux législateurs, et notamment deux législateurs séparés par un océan et par le temps, 1942 et 2002, nous exposerons quelques idées, sans prétendre épuiser le sujet.

À l'époque de la publication du *Codice civile* en 1942, l'Italie était, pour des raisons idéologiques et politiques, un terrain fertile pour la dissémination des idées finalistes et solidaristes. Toutefois, le législateur italien n'a pas adopté à l'époque la fonction sociale du contrat ni fait mention de la fonction sociale de l'entreprise[17].

Alors qu'en France ces idées n'ont été reçues que par un nombre très réduit de juristes[18], elles ont eu à l'étranger soit un relatif succès (Italie), soit un retentissement considérable (Brésil) [Pirovano, 1972].

Nous avons déjà signalé brièvement les raisons de la circulation du modèle doctrinal français en Italie. Étant donné l'objet de notre étude, le droit brésilien, il semble indispensable de se tourner vers le passé pour repérer les premières manifestations de sympathie des législateurs brésiliens vis-à-vis des doctrines solidaristes et finalistes, à commencer par Clóvis Bevilácqua, le législateur du Code civil de 1916, adepte d'une conception sociologique du droit résultant de ses lectures des œuvres de Raymond Saleilles, alors très admiré au Brésil[19].

Cependant, comme démontré, le Code de 1916 a adopté, dans son ensemble, une autre voie, et ce fut seulement vers la fin des années 1960, quand les études pour la rédaction d'un nouveau Code civil ont commencé, que le président de la Commission chargée de ce projet, Miguel Reale,

17. « *Il principio dell'abuso del diritto non è stato espressamente accolto dal codice civile italiano. Una parte de la dottrina individua tuttavia un'aplicazione del principio nela dispozione sul divieto degli atti emulativi (art. 830 cc). Altri, viceversa, negano la possibilitá di recoltegare il principio in esame a questa norma, affermando che essa testimonia vice versa la concezione egoista del diritto di proprietá accolta dall'ordenamento* » (Bianca, Patti, Patti, 2001). [Traduction : « Le principe de l'abus de droit n'a pas été expressément admis par le Code civil italien. Toutefois, une partie de la doctrine a identifié une application du principe dans la disposition sur les actes émulatifs (article 830). D'autres, en revanche, ont rejeté la possibilité de reconduire le principe de cette disposition en affirmant qu'elle témoignait d'une conception égoïste du droit de la propriété par la législation »].
18. À propos du parcours des doctrines finalistes et solidaristes, voir l'excellente étude de Frédéric Audren et Catherine Fillon (2009).
19. Au cours des années, il y a eu quelques manifestations isolées de la doctrine sur les atouts de l'adoption d'une conception solidariste et finaliste du contrat, comme celle d'un des plus grands juristes brésiliens, Orlando Gomes, pendant les années 1980 (Gomes, 1983). Par ailleurs, Antonio Junqueira de Azevedo, dans le texte de sa thèse de doctorat, soutenue à São Paulo, en 1974, mettait en relief le contenu social du contrat (Junqueira de Azevedo, 2000).

inspiré par sa culture juridique italienne[20], a adopté les idées qui ont vu le jour en 1975 lors de la présentation du projet de Code civil pour le Brésil. Ce projet deviendra le Code civil de 2002.

Le législateur Miguel Reale affirme que le Code de 2002 a comme caractéristique majeure le « sens social », par contraste avec l'individualisme qui caractérise l'ancien Code. Il ajoute que, si le socialisme a échoué, le principe de la socialité, en revanche, a triomphé et que, par conséquent, les valeurs collectives doivent dominer les valeurs individuelles[21].

C'est pour cette raison que le contrat et l'entreprise doivent exercer une fonction sociale[22].

La deuxième valeur présente dans le Code de 2002 est le souci de la morale (*eticidade*), une sorte de pilier sur lequel est édifié le Code civil de 2002.

Selon Reale, le Code reconnaît un pouvoir d'interprétation créateur aux juges, leur permettant de mieux adapter la norme aux cas concrets, un pouvoir dont le fondement est la valeur de la personne humaine, source de toutes les valeurs. Par ailleurs, dans ce même domaine, Reale met en relief la différence entre les deux Codes en notifiant l'abandon du formalisme techno-juridique, propre à l'individualisme, et la prise d'une position différente, qui assume une attitude plus ouverte prenant en compte le développement de l'information, ce qui a pour effet d'élargir les rapports entre les personnes et la société.

La fonction sociale de l'entreprise trouve son origine dans la fonction sociale de la propriété, adoptée pour la première fois par la Constitution de Weimar de 1919, dans son article 153, paragraphe 2, dans lequel des restrictions au droit de la propriété étaient imposées. Au Brésil, l'article 5, XXIII, de la Constitution fédérale de 1988 déclare que la propriété doit exercer sa fonction sociale[23].

20. En 1938, Miguel Reale s'est exilé en Italie pour des raisons politiques. Là, il a été en contact avec les plus grands juristes de l'époque et a assimilé les idées solidaristes et fonctionnalistes, alors en vogue sous l'influence de la doctrine de Josserand et d'autres penseurs.
21. Cette pensée n'est pas nouvelle au Brésil où les législateurs ont toujours eu un certain penchant pour le social. On peut citer comme exemple de cette prédisposition nationale l'adoption du principe de la fonction sociale de la propriété, inspiré de l'article 153 de la Constitution allemande de Weimar de 1919, et adopté par les Constitutions fédérales brésiliennes de 1934, 1946, 1967 et l'actuelle, de 1988 ; par ailleurs, le décret n° 24.150, du 20 avril 1934, qui régissait les conditions et la procédure du renouvellement des contrats de bail destinés à des fins commerciales ou industrielles, est inspiré des nouvelles doctrines, alors en vogue en Europe ; la loi de 1970, qui créa l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), dans son article 2, disposait que l'INPI a pour but principal d'exécuter les normes qui régissent la propriété industrielle en prenant en compte leur « fonction sociale ». S'agissant de la fonction sociale de l'entreprise, elle est mentionnée dans la loi qui régit les sociétés anonymes, la loi 6.404/1976, dans les articles 116, seul paragraphe, et 154. D'après la Constitution fédérale de 1988, si l'on considère la fonction sociale de la propriété, le comportement des sociétés anonymes doit aussi prendre en compte les intérêts sociaux.
22. De nombreux ouvrages ont été écrits sur la fonction sociale du contrat après la publication du Code de 2002. Nous nous limiterons à citer les deux auteurs qui, à notre avis, ont le mieux écrit sur le sujet : R. G. da Fonseca (2007) et L. de F. Beraldo (2011). Voir aussi un article très bien écrit sur la fonction sociale de l'entreprise, du Pr Rachel Sztajn, de l'Université de São Paulo, qui met en évidence quelques aspects, cibles de ses critiques de la discipline de l'entreprise dans le Code civil de 2002 (Sztajn, 2008, p. 115 et suiv.)
23. La fonction sociale impose des limites au droit de propriété, dans le but de garantir que son exercice ne soit pas nuisible à la collectivité.

En prescrivant à l'entreprise le devoir d'accomplir une fonction sociale, le législateur du Code de 2002 a contribué à la transformation du droit des affaires brésilien par le principe du règlement externe des intérêts déployés par la grande entreprise.

Il résulte une conséquence très importante de la reconnaissance de l'influence de la grande entreprise sur le milieu où elle exerce son activité : l'imposition des obligations positives à l'entreprise, dont la nature est différente de celles qui découlent de la règle *neminem laedere*. En effet, il s'agit d'une conception sociale qui prône l'intervention de la loi pour restaurer l'équilibre au sein de rapports sociaux inégaux, et notamment pour la prise en compte des groupes affectés par l'activité de l'entrepreneur.

La reconnaissance de l'existence d'une responsabilité sociétale retombant sur l'entreprise doit influencer la loi anti-trust, le droit de la consommation et le droit de l'environnement.

La partie qui suit exposera la façon dont les entreprises brésiliennes ont, pour la plupart, adopté un comportement social responsable dans leur activité.

2. Le développement de l'accomplissement d'un comportement socialement responsable par les entreprises au Brésil

Tout d'abord, il faut définir quelques notions relatives à la compréhension du sens de la locution « responsabilité sociétale des entreprises » au Brésil, mais aussi dans d'autres pays, car certaines législations étrangères ont incité les entrepreneurs brésiliens à s'engager dans la voie de la RSE, qui se trouvait déjà en germe dans les grandes lignes des Constitutions fédérales brésiliennes et surtout dans le Code civil de 2002.

2.1. La circulation et l'adoption des modèles de responsabilité sociétale par les entreprises au Brésil

Comme cela a été maintes fois signalé par des juristes brésiliens et aussi par des juristes étrangers, dont le Français René David, le Brésil a, depuis l'époque coloniale, une tendance au bartolisme juridique, en ce sens qu'il importe des modèles juridiques étrangers, les adapte ou parfois simplement les copie, et les insère dans la législation (David, 2005, p. 159 et suiv.).

C'est de cette façon-là que les entrepreneurs brésiliens ont pris connaissance du mouvement mondial autour du rôle attribué aux entreprises dans le monde occidental.

Une des premières manifestations de ce mouvement a vu le jour aux États-Unis en 1906[24]. Cependant, à ce moment-là, ces idées ont été mal reçues, parce qu'on y a identifié des traces de

24. Charles Eliot, 1906, Arthur Hackley, 1907, et John Clarck, 1916, sont les auteurs considérés comme les précurseurs du développement des idées sur l'existence d'une responsabilité sociétale des entreprises.

communisme ! Néanmoins, peu à peu, elles ont commencé à être acceptées en Europe et aux États-Unis, entre les années 1950 et 1960 (Bowen, 1953).

À partir de 1984, la doctrine brésilienne s'est emparée des théories de l'Américain Eward Freemann, un des promoteurs les plus connus de la responsabilité sociétale des entreprises. Cet auteur a développé la théorie des *stakeholders*, qui attribue aux entreprises des responsabilités excédant celles vis-à-vis de leurs actionnaires, à savoir de contribuer, par leur activité, à l'implantation d'une société plus juste.

Au-delà de l'influence de la doctrine américaine, les entrepreneurs brésiliens se sont inspirés des mouvements européens visant l'instauration d'un cadre juridique permettant la mise en œuvre des politiques de gouvernance corporative dans les entreprises dotées de ce profil. En ce sens, le *Livre vert* sur le droit européen des contrats a fortement été diffusé au Brésil, tant dans la doctrine que dans le milieu entrepreneurial, produisant des résultats positifs.

Par ailleurs, il faut rappeler que la notion de responsabilité sociétale comporte deux aspects : d'abord, un aspect interne, prenant en compte les travailleurs de l'entreprise et les parties affectées par elle ; ensuite, un aspect externe, qui concerne les conséquences des activités déployées par l'entreprise face à l'environnement, à ses partenaires dans les affaires et au milieu où elles sont installées. De sorte que la reconnaissance d'une responsabilité sociétale de la part des entreprises a pour but, au-delà d'un apport économique au personnel qui y travaille, une contribution au milieu qui les entoure.

Par ailleurs, la responsabilité sociétale peut consister dans le développement de mesures dont le but est de produire des résultats positifs dans le champ culturel, ainsi que de proportionner de bonnes conditions environnementales à une société donnée.

Depuis quelques années, il y a un consensus autour de l'existence de cette responsabilité sociétale, grâce aux changements provoqués par la communication, les mouvements écologistes, l'augmentation des attentes des consommateurs et des gouvernements en général.

Grâce à ce mouvement global de prise de conscience de la finitude des ressources naturelles, les entrepreneurs ont commencé à chercher des moyens pour éviter la dégradation de l'environnement produite par l'activité de leur entreprise. Dans le même temps, grâce à des mouvements nés un peu partout au sein de la société civile, des organes gouvernementaux ont été créés visant la surveillance de l'adoption de pratiques de protection de l'environnement.

Par ailleurs, depuis l'apparition de cette *doctrine* de la responsabilité sociétale de l'entreprise, les sociétés organisent des programmes sociaux dont le but est de proportionner des bénéfices pour les deux parties, la communauté et l'entreprise, car ces programmes visent à améliorer les conditions de vie de leurs employés, de leurs familles et l'environnement dans lequel ils vivent[25].

25. Face à tous ces doutes et incertitudes, les entrepreneurs nationaux s'inspirent des législations étrangères ou créent leurs propres règles, comme c'est le cas d'une des plus importantes entreprises brésiliennes, la Petrobras, qui explore, produit, vend et exporte le pétrole au Brésil. Voir [https://petrobras.com.br/pt/], consulté le 30 septembre 2022. D'autres entreprises travaillent de façon responsable vis-à-vis de leur personnel et de l'environnement telle l'entreprise Natura, voir *supra*.

Malgré le succès de ces idées auprès des entrepreneurs subsistent encore au Brésil quelques critiques, quelques-unes bien fondées, de la part d'une doctrine commercialiste très importante.

2.2. Les critiques d'une partie de la doctrine brésilienne à l'attribution d'une fonction sociétale à l'entreprise et à la reconnaissance d'une responsabilité sociale à sa charge

Malgré l'apparent succès de ces idées car, comme on vient de le démontrer, elles ont été bien reçues au Brésil, certains juristes très renommés ont remis en cause la validité de l'attribution de cette mission aux entreprises.

C'est le cas du professeur Vera Helena de Mello Franco qui, dans un article très connu paru en 2008, intitulé « A função social da empresa » (« La fonction sociale de l'entreprise »), affirme qu'il s'avère impossible d'attribuer à la fonction sociale de l'entreprise un contenu déterminé, du fait que le mot « fonction » recèle un devoir d'agir dans l'intérêt de l'autre, distinct de celui à qui la fonction est attribuée.

Cet auteur pense, comme nous le pensons, que la fonction sociale de l'entreprise consiste primordialement en un devoir de respect des objectifs de développement économique fixés par l'article 170 de la Constitution fédérale (« De l'ordre économique et financier ») dont le *caput* dispose que :

> « L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre initiative, a pour but d'assurer à tous une existence digne, en accord avec les impératifs de la justice sociale, observés dans les principes suivants : I. Souveraineté nationale ; II. Propriété privée ; III. Fonction sociale de la propriété ; IV. Libre compétition. »

Ainsi, nous souscrivons à la pensée du professeur Mello Franco, dans le sens où nous considérons que la fonction sociale de l'entreprise correspond à un devoir de collaboration de l'entreprise avec l'État en vue de l'exécution des objectifs précités.

Par ailleurs, un autre aspect mérite d'être souligné : d'après nos recherches, malgré les vingt années écoulées depuis la publication du Code civil de 2002, les frontières entre fonction sociale et responsabilité sociétale de l'entreprise ne sont pas encore déterminées par la doctrine. Il semble que, une fois de plus, le professeur Mello Franco ait raison en affirmant que « tandis que la philanthropie a pour but les actions de bienfaisance de l'entreprise, le concept de responsabilité sociale a une plus grande envergure » (2008, p. 135). Or, il ne peut rien avoir de plus grand que de collaborer avec le gouvernement suivant les objectifs de l'État exposés dans l'article 170 de la Constitution brésilienne[26].

26. L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et de la libre initiative, a pour but d'assurer à tous une existence digne, conforme aux normes de la justice sociale, en observant les principes suivants : « II. Propriété privée ; III. Fonction sociale da propriété ; VI. Protection de l'environnement à travers des traitements différenciés en accord avec l'impact environnemental des produits et services et de leurs processus d'élaboration et prestation. »

En effet, la Constitution fédérale de 1988, dans son article 225 concernant l'environnement, souligne l'importance de maintenir un écosystème équilibré par le moyen de la préservation et de la restauration environnementale dans le but d'assurer à chaque citoyen la qualité de vie à laquelle il a droit.

Pour atteindre ce but, le législateur a modernisé des lois surannées, de telle sorte que le Brésil est désormais doté de nombreuses lois constituant un outil précieux pour assurer le droit à un environnement sain et durable[27] par l'imposition de sanctions, notamment aux entreprises, quand leur activité est susceptible de porter atteinte aux biens protégés par ces lois.

Conclusion

Nous évoquerons, pour conclure, le juriste Claude Champaud, qui, à l'occasion de sa dernière leçon à l'Université de Rennes, faisait référence à la prédominance d'un « humanisme » dans les affaires. Il a fini son exposé en citant Adolf Berle et Bergson : « L'entreprise est une société ouverte, dans laquelle le dirigeant accomplit une vraie mission, un pouvoir-devoir, qui déchaîne des responsabilités pas seulement économiques, mais aussi sociales et politiques » (Wald, Fonseca, 2005, p. 3). Nous partageons totalement cette idée.

Bibliographie

Alves J. C. M., 1986, *A parte geral do projeto de Código civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva

Ascarelli T., 1962, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milan, Giuffrè

Asquini A., 1943, « Profili dell'empresa », *Rivista del diritto commerciale e del diritto dele obligazioni*, vol. 41

Asquini A., 1940, « Una svolta storica nel diritto commerciale », *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 38

Audren F., Fillon C., 2009, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTDCiv.*, nº 1, p. 39-76

Beraldo L. de F., 2011, *Função social do contrato*, Belo Horizonte, Editora Del Rey

Betti E., 2003, *Teoria geral do negócio jurídico*, 2e éd., Coimbra, Coimbra Editora LDA

Bianca C. M., Patti G., Patti S., 2001, *Lessico di diritto civil*, 3e éd., Milan, Giuffrè

Bowen H., 1953, *Social responsabilities of the businessman*, New York, Harper & Row

Carvalho O. de, 1988, « Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado », dans S. Schipani (dir.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padoue, CEDAM

27. Voici quelques exemples de lois qui protègent l'environnement contre les actions nuisibles résultant de l'activité des entreprises, passibles de sanctions : le nouveau Code forestier, loi nº 938/1981 ; la politique nationale de l'environnement, loi nº 6.938 de 1981 ; la loi nº 9.605/1998 qui définit les crimes contre l'environnement ; la loi nº 9.433/199 relative aux ressources en eau ; Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables (IBAMA), loi nº 7.735/1989 ; la loi nº 7.802/1989 relative à l'utilisation des agrotoxiques.

Cornu G., 2011, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Paris, PUF

David R., 2005, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », dans C. Jauffret-Spinosi, A. Wald (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, p. 25-182

Del Vecchio G., 1908, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Milan, Fratelli Bocca

Fonseca R. G. da, 2007, *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código civil*, Rio de Janeiro, Editora Renovar

Gomes O., 1983, *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense

Josserand L., 1939, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd., Paris, Dalloz

Junqueira de Azevedo A., 2000, *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*, 2e éd., São Paulo, Saraiva

Mac Donald N., 2002, « A unificação do direito das obrigações no novo Código civil », *Revista síntese de direito civil e processual civil*, vol. 4, nº 20, p. 27-40

Mello Franco V. H. de, 2008, « A função social da empresa », *Revista do advogado*, nº 96, p. 125-136

Moreira Alves J. C., 2008, « A unificação do direito privado brasileiro de Teixeira de Freitas ao novo Código civil », dans A. J. de Azevedo, H. T. Torres, P. Carbone (dir.), *Princípios do novo Código civil brasileiro e outros temas, homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo, Quartier Latin

Pirovano A., 1972, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *Recueil Dalloz*, chron. 67

Reale M., 1975, *Diário do Congresso Nacional*

Salomão Filho C., 2019, *O novo direito societário, eficácia e sustentabilidade*, 5e éd., São Paulo, Saraiva

Sztajn R., 2008, « Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código civil brasileiro », *Revista do advogado*, nº 96, p. 115-124

Wald A., 2005, « L'évolution du contrat et le nouveau Code civil », dans C. Jauffret-Spinosi, A. Wald (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, Paris, Société de législation comparée*, p. 223 et suiv.

Wald A., Fonseca R. G. da (dir.), 2005, *A empresa no terceiro milênio. Aspectos jurídicos*, São Paulo, Juarez de Oliveira

Warde Jr. W. J., 2018, *Teoria geral da empresa*, 2e éd., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais

PARTIE 3

La mise en œuvre de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

L'obligation d'information environnementale

Chapitre 8. L'affichage environnemental en droit brésilien : un statut hybride entre normes obligatoires et engagements volontaires

Felipe Franz WIENKE

Professeur, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil

Résumé : À partir des années 1980 et 1990, dans un contexte politique de redémocratisation et d'élargissement du droit d'accès à l'information, le système juridique brésilien a présenté une série d'instruments visant à garantir ce droit face aux acteurs privés. L'émergence d'un statut de protection du consommateur a établi un nouveau paramètre pour la protection de la communauté. Cependant, la loi brésilienne a retardé la présentation de mécanismes d'information à caractère environnemental, qui n'ont été observés qu'à partir des années 2000. Si l'information environnementale s'est développée de manière importante dans des domaines spécifiques, elle est restée en revanche facultative. Cet article propose une étude sur ce statut hybride de l'information environnementale dans le droit brésilien, qui gravite entre les normes obligatoires (1) et volontaires (2).

Mots-clés : affichage environnemental, droit à l'information, responsabilité environnementale, acteurs privés, protection, consommateurs

Cet article a été rédigé avant l'élection présidentielle brésilienne d'octobre 2022.

Introduction

Le droit brésilien accorde une importance significative à l'information des consommateurs et à la protection de l'environnement écologiquement équilibré. La Constitution fédérale de 1988 et le Code de protection des consommateurs de 1990 constituent des cadres normatifs essentiels pour la responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés. L'information environnementale devient juridiquement pertinente dans un contexte politique de redémocratisation du pays, de pression internationale croissante pour l'adoption d'engagements environnementaux et d'émergence d'un mouvement environnemental au sein de la société civile (ces deux derniers éléments sont visibles depuis les années 1970).

Le thème de l'affichage environnemental gagne du terrain avec la qualification et l'expansion du droit de l'environnement. Un processus normatif est observé depuis les années 1990 et 2000. L'affichage vise, en général, à élargir deux exigences centrales du droit de l'environnement brésilien : la transparence et la responsabilité socio-environnementale des acteurs privés.

La loi brésilienne prévoit, depuis le Code de protection des consommateurs de 1990, une obligation générale d'information environnementale pour les acteurs privés. Cet article cherche à analyser l'émergence d'un cadre hybride entre obligations et engagements volontaires des acteurs privés en matière d'affichage environnemental. La recherche suggère que les obligations

générales établies par la loi étaient accompagnées d'un champ croissant de mesures volontaires qui englobent un domaine de responsabilité pour ces acteurs privés.

Depuis la fin des années 1980, certaines obligations d'information environnementale dans des domaines spécifiques sont apparues. La montée en puissance de cette régulation du devoir d'information nous permet de signaler l'existence d'une sphère, encore réduite, d'un affichage environnemental obligatoire (1).

Un deuxième domaine de l'affichage environnemental peut être identifié comme volontaire, encouragé par différentes normes, dépourvues de force obligatoire. Ce sont des engagements pris par les acteurs privés visant à élargir leur responsabilité sociale et environnementale au-delà des niveaux minimaux imposés par la loi. L'affichage environnemental, bien que facultatif, oblige l'acteur privé, ce qui accroît l'importance juridique du contenu des informations (2).

1. Le devoir d'information des acteurs privés au Brésil : la consécration de normes obligatoires

Le devoir d'information est largement promu par la loi brésilienne, en particulier depuis le Code de protection des consommateurs de 1990, qui a renforcé un devoir de bonne foi objective pesant sur les acteurs privés (1.1). En plus d'une obligation générale d'information, la loi impose parfois à ces derniers une obligation d'affichage environnemental, visant à élargir les connaissances des consommateurs sur les caractéristiques environnementales des produits (2.2).

1.1. Le devoir d'information des acteurs privés : l'émergence d'une innovation dans les relations avec les consommateurs

Le droit brésilien de l'environnement est reconnu en tant que discipline autonome à partir d'un processus complexe de qualification et d'élargissement de la législation environnementale observé à la fin du XXe siècle. La loi sur la politique nationale de l'environnement (1981), la loi sur l'action civile publique (1985), la Constitution fédérale (1988) et le Code de protection des consommateurs (1990) présentent les principes du droit de l'environnement qui guideront la notion de la justice socio-environnementale sur la scène politique brésilienne nouvellement démocratisée. Les thèmes de la transparence et de l'information se distinguent dans ce contexte.

Le caractère collectif conféré au bien environnemental par le texte constitutionnel de 1988 impose une obligation collective dans le traitement des informations environnementales. Il appartient aux acteurs publics d'assurer la transparence des données sur la qualité de l'environnement à la société civile. Il appartient également aux acteurs privés de diffuser largement les informations environnementales au gouvernement et au reste de la collectivité.

Le Code de protection des consommateurs (loi n° 8.078 de 1990) a régi la volonté constitutionnelle de construire un ordre économique qui valorise les préceptes de la justice sociale[1] et de la protection des consommateurs[2]. Selon les termes de l'article 6 de la loi, le consommateur a le droit fondamental de « disposer d'informations adéquates et claires sur les différents produits et services, avec une spécification correcte de la quantité, des caractéristiques, de la composition, de la qualité, des taxes et du prix, ainsi que des risques qu'il présente[3] ».

La loi consacre une section spécifique à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, soulignant le devoir d'information des acteurs privés envers la société civile. Selon l'article 8, les produits et services mis sur le marché de consommation ne peuvent pas présenter de risques pour la santé des consommateurs, ce qui oblige les fournisseurs à fournir les informations nécessaires et appropriées à leur sujet. La seule exception concerne précisément les produits considérés comme normalement dangereux, en raison de leur nature et de leur utilisation. Pour ceux-ci, le Code a exposé le devoir du fournisseur d'un produit potentiellement dangereux pour la santé d'informer, ostensiblement et adéquatement, de cette nocivité ou dangerosité[4].

Le devoir d'information et de transparence sur un produit est un corollaire du principe de bonne foi objective, conçue comme un modèle de conduite sociale ou une norme éthique de comportement qui impose à chacun d'agir dans ses relations, concrètement, avec honnêteté, loyauté et probité (Sanseverino, 2010, p. 63). La loi brésilienne sur la protection des consommateurs s'est inspirée du système de « *commow law* » américain, qui souligne une subdivision du devoir d'information entre les « *warnings* » et les « *directions* ». Les premiers sont des avertissements sur les risques et dangers posés par l'utilisation d'un certain produit. Les « *directions* » sont des normes ou des instructions explicatives sur leur utilisation correcte (Sanseverino, 2010, p. 155). Dans cette optique, la notion d'obligation d'information et de transparence des acteurs privés a un double objectif : assurer la transparence au consommateur lors du choix d'un produit et garantir la sécurité et la protection face à toutes les conséquences possibles de ce choix.

Le Code de protection des consommateurs, cependant, ne dit rien sur la notion d'informations nécessaires et appropriées, ainsi que sur le mode de transmission. La loi se limite à imposer à l'acteur privé le devoir de fournir un affichage adéquat sur tous les produits industrialisés, avec toutes les informations connexes[5]. En 2017, la norme a reçu une extension, ajoutant le devoir d'informations ostensibles et adéquates sur les risques de contamination des produits et services[6].

La jurisprudence de la Cour supérieure de justice éclaire certains contours du devoir d'information, notamment en ce qui concerne les caractéristiques de l'étiquette du produit. La Cour

1. Article 170, *caput* de la Constitution fédérale.
2. Article 170, IV de la Constitution fédérale.
3. L'obligation d'informer portant sur la charge fiscale a été insérée par un changement juridique en 2012 (loi n° 12.741). Le texte original date de 1990.
4. Article 9, *caput*.
5. Article 8, § 1.
6. L'ajout a été effectué par la loi n° 13477 de 2017.

a déjà décidé que le consommateur n'était pas un lecteur jongleur (capable de comprendre des informations complexes et confuses) ou un auditeur / téléspectateur doué (« capable d'appréhender et de comprendre, dans les émissions de radio ou de télévision, en quelques fractions de seconde, des avertissements inintelligibles »). L'obligation d'informer ne peut pas être convertie en obligation de s'informer, ce qui revivifierait la maxime renégate « *caveat emptor* » (le consommateur qui prend soin de lui)[7].

La conceptualisation des informations nécessaires et adéquates nécessite une analyse au cas par cas des différents produits et services mis à la disposition du consommateur. Dans une société du risque, l'information est à la base du principe de confiance. Le consommateur, partie vulnérable d'une économie de masse, attend du fournisseur toutes les informations pertinentes relatives au produit. L'omission d'informations (ou la communication d'informations erronées) rompt la relation de confiance et de loyauté, générant des conséquences en matière de responsabilité civile.

Le devoir d'information est porté sur le thème de l'environnement avec des caractéristiques particulières, abandonnant la perspective privée et occupant des discussions inhérentes à l'intérêt public, comme la qualité de l'environnement et la santé publique. Le droit à l'information est un principe fondamental du nouveau droit brésilien de l'environnement, mais avec une importance encore timide pour les acteurs privés.

1.2. L'émergence d'une obligation dans des secteurs spécifiques

L'information est un devoir fondamental de la citoyenneté environnementale, adressée aux acteurs publics et privés. Depuis son autonomie scientifique, le droit brésilien de l'environnement a montré une avancée effective dans le devoir d'information de l'administration publique. Des exemples clairs sont observés dans le système complexe normatif des autorisations environnementales[8], qui a émergé dans les années 1980 et s'est développé dans les décennies suivantes ; ou même dans la création du système national d'information sur l'environnement, qui a pour but d'intégrer l'information environnementale entre les trois niveaux de l'administration : municipal, fédéré et fédéral.

L'information environnementale pesant sur les acteurs privés a été analysée, au cours des années 1990 et 2000, en tant que branche du droit de la consommation. Le débat autour de l'étiquetage s'est concentré principalement sur le contenu du produit, c'est-à-dire sur les caractéristiques physiques d'un produit mis à la disposition du consommateur au moment précis d'une transaction commerciale. Les informations sur les impacts environnementaux dans le processus de production, les instruments de traçabilité et leurs impacts post-consommation ont échappé à la réglementation « générale » établie par la législation sur la protection des consommateurs. Les lois réglementant le

7. Décision rendue par la Cour supérieure de justice en 2012 (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental recurso especial nº 1261824, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, 14 février 2012).

8. La législation environnementale impose le devoir de transparence à toutes les autorisations environnementales accordées par l'administration publique. Voir la résolution nº 237 de 1997 du Conseil national de l'environnement.

devoir d'information environnementale avec l'imposition de niveaux minimaux ne sont pas abondantes. La loi sur les pesticides (loi nº 7802 de 1989) est incluse dans ce contexte. Selon l'article 7, III, l'emballage des pesticides doit contenir des informations sur les dangers potentiels, y compris les éventuels effets nocifs sur la santé de l'homme, des animaux et de l'environnement.

Cela ne signifie pas que le concept d'affichage environnemental soit étranger au cadre juridique brésilien. Il est même possible d'affirmer qu'il existe un cadre normatif (infralégal) d'une complexité considérable qui impose aux acteurs privés des exigences minimales en matière de transparence et d'information environnementale pour certains produits. Ainsi, l'affichage environnemental peut être classé comme positif, négatif ou neutre. L'affichage positif, généralement volontaire, se rapproche de la notion de certification environnementale, se référant aux cas dans lesquels le produit présente des éléments qualitatifs qui vont au-delà de ceux exigés par une norme. L'affichage négatif (ou d'avertissement) est obligatoire, alertant les consommateurs sur les effets liés à la consommation d'un produit ou d'un service. Le cas de l'étiquetage des pesticides illustre cette catégorie. Enfin, l'affichage neutre informe des caractéristiques environnementales générales, qui sont généralement résumées, visant à guider la consommation et à permettre la comparaison de produits. Mais cela ne comprend pas nécessairement un certificat ou un label environnemental (Moura, 2013, p. 14).

L'affichage environnemental obligatoire (ou négatif) est, en règle générale, imposé par l'administration publique sur une base légale pour des produits spécifiques. Deux exemples peuvent être mis en évidence ici : (i) l'affichage de l'efficacité énergétique des appareils électroménagers et (ii) l'affichage des produits alimentaires contenant des semences génétiquement modifiées.

Le premier a été créé par la loi nº 10.295 de 2001, qui a institué (i) la politique nationale de conservation et d'utilisation rationnelle de l'énergie. La définition des paramètres d'efficacité technique pour les différents types de produits a été confiée au comité de gestion des indicateurs et des niveaux d'efficacité énergétique[9]. Dans ce contexte, avec la gestion et la supervision de l'Institut national de métrologie, qualité et technologie (INMETRO), le Programme brésilien d'étiquetage (PBE) a été consolidé. Dans le cadre du PBE, tous les produits déjà inclus dans la liste d'analyse d'INMETRO sont classés en fonction de leur efficacité énergétique, recevant des étiquettes sur une échelle décroissante (de A, plus efficace ; jusqu'à la lettre E, moins efficace).

Dans le cas (ii) de l'étiquetage des produits alimentaires contenant des semences génétiquement modifiées, l'utilisation d'un label spécifique a été envisagée en 2003 dans le décret nº 4680, dans un contexte d'irréversibilité de l'insertion de semences transgéniques au Brésil. Selon la norme, tout produit contenant plus de 1 % de semences génétiquement modifiées dans le volume total doit étiqueter ces données de manière très visible pour le consommateur[10]. Le décret, visant à réaliser le droit à l'information prévu par le Code de protection des consommateurs, a également rendu possible l'étiquetage de l'expression « produit sans transgène ». La question a été réglementée en 2005 par la loi fédérale nº 11.105, garantissant le droit à l'information des consommateurs,

9. Le comité de gestion des indicateurs et des niveaux d'efficacité a été créé en 2001 par le décret nº 4059.

10. Article 2 du décret nº 4680.

mais omettant une tolérance minimale pour la présence de semences transgéniques (tolérance présente dans le décret de 2003[11]). Le droit à l'information, dans le cas de produits contenant des semences génétiquement modifiées, a été souligné lors d'une action civile publique jugée par la justice fédérale du district fédéral. Selon la décision, « le consommateur, destinataire du processus de production, voit dans la transparence et l'information dues son bouclier de protection, une nécessité absolue au moment d'exercer son choix[12] ».

L'affichage environnemental obligatoire se concentre principalement sur les caractéristiques liées à la consommation du produit. Dans le cas de l'efficacité énergétique, la préoccupation est liée aux coûts économiques et aux impacts environnementaux de la consommation. Dans le cas d'informations sur la présence d'organismes génétiquement modifiés (OGM), la préoccupation porte sur le droit du consommateur de choisir face à une situation d'incertitude sur les conséquences de la consommation. Cependant, l'affichage obligatoire est peu efficace pour évaluer les impacts du processus de production d'un produit. Par exemple, le consommateur ne dispose pas d'informations sur l'utilisation de l'eau requise pour produire un certain produit alimentaire ; le nombre d'arbres abattus pour produire des meubles ; ou le niveau de carbone émis lors d'un transport routier. Ces informations sont également considérées comme facultatives pour le droit de l'environnement au Brésil.

2. L'affichage environnemental au Brésil : de l'émergence d'instruments volontaires à la responsabilité du contenu informationnel

L'affichage environnemental, dans une large mesure, est un instrument facultatif pour les acteurs privés. C'est dans cette optique que cet instrument est généralement analysé : comme un outil volontaire encouragé par la loi, mais non imposé par l'État (2.1). Qu'il soit obligatoire ou facultatif, l'affichage environnemental oblige l'acteur privé, dont la responsabilité peut être mise en œuvre (2.2).

2.1. Étiquetage environnemental : l'importance croissante d'une démarche facultative

La notion d'affichage environnemental au Brésil semble s'insérer dans un champ de mesures optionnelles adoptées par les acteurs privés. Il s'agit d'un affichage positif, selon la terminologie déjà présentée dans ce travail. Il est indéniable que le système juridique brésilien impose

11. Comme cela sera expliqué ci-après, la Cour de justice de São Paulo a reconnu la révocation partielle du décret nº 4680 concernant l'établissement d'une tolérance de 1 % sur le volume total de présence de semences génétiquement modifiées.

12. Décision rendue par la justice fédérale du district fédéral en 2007 (Ação Civil Pública nº 2001.34.00.022280-6, juge Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, décision rendue le 7 novembre 2007).

certaines informations environnementales dans les relations privées. Cependant, les affichages « définis comme obligatoires par les autorités gouvernementales se rencontrent surtout pour les produits dangereux, et intéressent leur contenu, leur utilisation et leur élimination » (Moura, 2013, p. 12). Par conséquent, la doctrine limite l'adoption du terme « affichage environnemental » aux mesures non obligatoires, à celles employées par l'acteur privé en plus des mesures minimales établies par l'administration publique.

C'est sur une base volontaire que la législation utilise le terme d'affichage environnemental. Par exemple, la loi n° 12.305 de 2010 encourage l'affichage environnemental et la consommation durable, désignés comme des objectifs de la politique nationale de gestion des déchets solides. La loi présente l'affichage environnemental comme un instrument destiné à changer les pratiques des consommateurs, mais sans force obligatoire. En 2018, le décret n° 9571 a établi des lignes directrices nationales sur les droits de l'homme dans les entreprises, en mettant l'accent sur les questions environnementales. L'article 12 du décret dispose qu'il appartient aux entreprises d'adopter des initiatives de durabilité environnementale, qui comprennent des mécanismes d'information sur les aspects environnementaux et les impacts de leurs activités, produits et services.

Les normes, cependant, gardent le silence sur la réglementation de l'information et de l'affichage environnemental. Il serait même possible de dire qu'il y a une certaine désorganisation, en raison des différentes possibilités d'affichage, ce qui rend difficile pour les consommateurs d'accéder à des informations claires et objectives. Cette confusion conduit au phénomène appelé « *greenwashing* », une pratique associée aux « actions de marketing menées par les gouvernements, les entreprises ou les organisations d'entreprises pour mettre l'accent sur leurs activités avec de bonnes pratiques environnementales, mais minimisant les impacts négatifs de la chaîne de production ou valorisant indûment le produit ou la marchandise » (Souza, 2017, p. 150).

En général, il n'y a pas de système centralisé au Brésil pour organiser l'affichage environnemental. Il est possible de noter l'émergence d'un nombre infini de labels, certificats et attestations d'engagements environnementaux émis par des organisations civiles et par différentes sphères publiques. Une classification en deux catégories peut être proposée : (i) les affichages environnementaux réglementés par l'administration publique (pour des groupes spécifiques de produits) et (ii) les affichages environnementaux organisés par des organisations non gouvernementales.

Le premier groupe (i) se réfère à la gamme des affichages environnementaux réglementés par l'administration publique, à différents niveaux institutionnels. Quelques exemples peuvent être mis en évidence. L'étiquetage des produits alimentaires d'origine biologique a commencé à être institutionnalisé au Brésil au début des années 2000, notamment après l'avènement de la loi n° 10.831 de 2003 (qui a inséré le concept de système d'agriculture biologique dans le système juridique[13]). Les détails et l'institutionnalisation du système d'étiquetage biologique ont finalement été réglementés

13. La loi déclare que le concept de système d'agriculture biologique est synonyme d'autres termes utilisés dans la littérature et par les lois d'autres pays, tels que la production écologique, biodynamique, naturelle, régénérative, biologique, agroécologique, de permaculture, ainsi que d'autres termes qui répondent aux principes établis par ce concept (article 1, § 2).

par le décret nº 6.323 de 2007. Depuis sa création, le système brésilien a permis une croissance constante de la certification, contenant actuellement 21 791 producteurs certifiés[14] (avril 2020). Un deuxième exemple concerne l'étiquetage du bois exploité de manière durable. Le Brésil ne dispose pas encore d'un système de traçabilité obligatoire pour tous les bois commercialisés dans le pays, outil qui réduirait pourtant considérablement le commerce de bois récolté illégalement. Ainsi, il existe des instruments d'affichage dispersés sur l'origine des produits du bois, tels que le label « Madeira Legal » et le programme brésilien de certification forestière (CERFLOR). Le premier instrument a été développé par l'État de São Paulo en 2008[15] avec « l'objectif de distinguer, pour les consommateurs, les entreprises qui commercialisent de manière responsable les produits et sous-produits forestiers[16] ». Le second est organisé à l'échelle nationale, avec un étiquetage géré par l'INMETRO. L'étiquetage CERFLOR indique que les produits proviennent de forêts gérées durablement, conformément aux normes définies par l'Association brésilienne des normes techniques[17] (ABNT). Enfin, un troisième exemple pourrait être mentionné. Il s'agit de la certification du bois du Service forestier brésilien, qui dispose d'un outil de traçabilité à la disposition du consommateur[18].

Le deuxième groupe (ii) fait référence à l'affichage géré par des entités non gouvernemetales. Cela comprend un large éventail de possibilités d'affichage aux niveaux international et local, dont une grande partie est gérée de manière indépendante. Le système d'étiquetage environnemental ISO 14000 est mis en évidence dans le scénario brésilien, attestant de la responsabilité sociale et environnementale des acteurs privés dans le développement de leurs produits. L'INMETRO est responsable de l'accréditation des certificateurs chargés de la certification ISO au Brésil. Les préoccupations en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises se sont développées à partir des années 2000. Au cours des deux dernières décennies, le Brésil a atteint un nombre significatif d'entreprises titulaires d'un certificat ISO 14000, concentrées principalement dans la région sud-est du pays (plus industrialisée), et plus précisément dans l'État de São Paulo[19] (54 % des certificats délivrés après 2015). Depuis 2015[20], 1 161 certificats de conformité

14. Pour une analyse de l'évolution de la production biologique au Brésil, voir l'article de F. F. Wienke (2016).
15. Décret nº 53.047.
16. Article 5, § 1.
17. Le programme brésilien de certification forestière représente le PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes) au Brésil. Comme le souligne Adriana Maria Magalhães de Moura, le PEFC est actuellement le label forestier le plus accepté et avec la plus grande superficie certifiée au monde, fonctionnant comme un ensemble de systèmes de certification de différents pays. Ce programme n'établit pas de procédure unique de certification, mais cherche à fournir un cadre pour le développement de la reconnaissance mutuelle des systèmes locaux de certification des forêts nationales et infranationales, conformément aux exigences communes et internationalement acceptées pour la gestion durable des forêts (Moura, 2013, p. 17).
18. Le système de concession forestière a été établi en 2006 par la loi fédérale nº 11284, autorisant l'exploitation des forêts publiques, par le biais d'une gestion durable.
19. Après 2015, l'État de São Paulo était responsable de l'émission de 473 certificats. L'État de Paraná, deuxième État avec le plus grand nombre de certificats, n'était responsable que de l'émission de 90 certificats au cours de cette période, suivi de Rio de Janeiro (85 certificats) et de Minas Gerais (61 certificats).
20. La norme ISO 14001 a été modifiée en 2015. Le site Internet INMETRO ne fournit pas d'informations relatives aux années précédentes, lorsque la norme ISO 14001:2004 était en vigueur. Les données détaillées (organisées par

à la norme ISO 14001 ont été enregistrés par des certificateurs brésiliens. Cependant, le coût élevé du processus de certification empêche toujours les moyennes et petites entreprises de contracter les services d'audit pour obtenir un label ISO.

L'émergence d'affichages environnementaux qui ne sont pas soumis à des réglementations plus strictes est constatée. Dans ce contexte, l'étiquetage indépendant des produits alimentaires des agriculteurs familiaux, des produits des petites coopératives de la réforme agraire, des produits des communautés autochtones et traditionnelles (qui n'ont pas nécessairement fait l'objet d'un processus d'audit) peut être cité. Ce sont des affichages environnementaux qui visent à atteindre une partie de la société sensible aux luttes et aux conquêtes sociales des populations historiquement engagées dans des formes de production culturellement durables. À titre d'exemple, mention est faite du label « Origens », créé par l'Organisation non gouvernementale Instituto Socioambiental (ISA), qui vise à valoriser la production durable des peuples et communautés traditionnels. L'affichage permet la traçabilité du produit, identifiant la communauté indigène responsable de la production, ainsi que des détails socio-environnementaux sur le processus de production[21].

L'affichage environnemental peut avoir à la fois des effets positifs, comme l'expansion de l'information mise à la disposition du public, et des effets négatifs. La propagation non standardisée des étiquettes permet difficilement aux consommateurs de comprendre et d'assimiler avec précision les informations. Les acteurs privés sont objectivement responsables du contenu des informations présentées dans leurs produits, même s'il s'agit d'informations volontaires.

2.2. La responsabilité civile des acteurs privés face à l'affichage environnemental

L'information oblige l'acteur privé. Sous une forte influence du principe de la bonne foi objective, le Code de protection des consommateurs de 1990 ne laisse aucun doute sur la stricte responsabilité du fournisseur pour les informations contenues dans l'affichage des produits. Dans ce sens, l'article 12 prévoit que le fabricant, le producteur, le constructeur et l'importateur sont responsables, indépendamment d'une faute, de réparer les dommages causés aux consommateurs par des informations insuffisantes ou erronées sur l'utilisation et les risques d'un produit.

Deux cas relatifs à la responsabilité des acteurs privés en matière d'affichage environnemental sont pertinents à développer. Le premier concerne l'omission d'informations. Le second se réfère aux informations insuffisantes ou erronées.

La législation sur la protection des consommateurs (ainsi que d'autres normes comme la loi sur les pesticides, par exemple) impose à l'acteur privé l'affichage des informations relatives aux risques d'atteintes à la santé et à l'environnement résultant de leur consommation. L'application

année et par État de la Fédération) peuvent être consultées à l'adresse suivante : [https://certifiq.inmetro.gov.br/Consulta/ConsultaCertificacoesEmitidasMesAno], consulté le 5 septembre 2022.

21. Un livret récapitulatif sur le label « Origens » est disponible à l'adresse suivante : [https://www.origensbrasil.org.br/media/origens-brasil-folder-english.pdf], consulté le 5 septembre 2022.

de la théorie du risque intégral, adoptée par le Code de protection des consommateurs, impose un devoir d'information et de responsabilité même dans les cas où le risque n'était pas connu du fournisseur. En ce sens, la création de risques implique désormais la responsabilité de l'acteur privé, quelle que soit la caractérisation des atteintes à la santé ou à l'environnement.

La sanction de l'omission d'information environnementale a été admise par le pouvoir judiciaire, comme le montre une décision du tribunal de justice de São Paulo qui a confirmé la condamnation d'une entreprise ayant vendu des produits fabriqués avec du soja génétiquement modifié, en omettant les informations dans l'étiquetage. La décision de São Paulo a considéré le contenu « *contralegem* » au décret nº 4.680/03 (qui impose l'obligation d'étiquetage uniquement en présence de semences génétiquement modifiées au-delà de 1 %). Selon la décision, la loi nº 11.105/2005, qui réglemente l'utilisation des semences génétiquement modifiées au Brésil, n'a introduit aucun pourcentage de tolérance, abrogeant ainsi tacitement le décret de 2003. La décision a largement reconnu le droit du consommateur de choisir et a valorisé l'importance d'un affichage informatif lié aux impacts environnementaux des produits[22].

Le cas de l'affichage environnemental erroné ou insuffisant fait également l'objet de décisions judiciaires. Ainsi, une action civile publique a été exercée par le Ministère public à l'encontre du fabricant de semences et de pesticides Monsanto, à la suite d'une publicité élaborée par l'entreprise visant à donner une image écologique à ses produits. Le message publicitaire, à travers le dialogue entre un agriculteur et son fils, laissait sous-entendre que l'utilisation de la semence génétiquement modifiée permettait une réduction de l'utilisation des pesticides, ce qui était bénéfique pour l'environnement. Selon le Ministère public fédéral, la publicité a transmis des informations qui n'étaient pas scientifiquement prouvées, incitant le fermier-consommateur à l'erreur. Le tribunal régional fédéral de la 4e région a accepté les arguments. Le vote du juge rapporteur a déclaré que « la publicité devrait, à tout le moins, avertir que les avantages qui y sont proclamés ne font pas l'unanimité dans la communauté scientifique et mettre en garde expressément contre les méfaits de l'utilisation de pesticides de toute nature[23] ». L'indemnité octroyée au profit du Fonds d'État pour la restauration des biens dégradés (dont le versement est suspendu en raison de l'appel devant le Tribunal supérieur de justice) a été fixée à cinq cent mille *reais*. Bien qu'il s'agisse d'une publicité de l'entreprise, les arguments de la décision s'appliquent également à l'affichage de tout produit.

Les deux cas susmentionnés démontrent une obligation des acteurs privés de fournir un étiquetage environnemental adéquat, qu'il existe une obligation spécifique dans la loi (informer de la présence de semences génétiquement modifiées) ou une obligation générale (informer clairement des caractéristiques et des risques d'un produit et ne pas induire le consommateur en erreur lors du choix).

22. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0218243-58.2007.8.26.0100, 25 août 2015.

23. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 5002685-22.2010.404.7104, 15 octobre 2013.

Sur la scène internationale, des condamnations judiciaires ont lieu contre des entreprises productrices de pesticides, en raison des atteintes à l'environnement et à la santé humaine résultant de l'utilisation de ces produits[24]. Sur ces questions, les décisions des cours supérieures n'ont pas encore été rendues au Brésil. Cependant, compte tenu de la teneur de l'affichage environnemental des produits phytosanitaires au Brésil (difficile à comprendre pour les utilisateurs ordinaires, sans formation technique spécifique), il semble y avoir un retard évident dans l'obligation d'un affichage environnemental adéquat et suffisant.

Il est donc clair que l'affichage des produits oblige les acteurs privés, qui peuvent engager leur responsabilité. L'absence d'informations ou la présence d'informations erronées (qui induisent le consommateur en erreur) viole le principe de bonne foi objective. Le développement de l'affichage environnemental, même volontaire, s'est accompagné d'une évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité civile des acteurs privés. Cette tendance jurisprudentielle, toujours en évolution, renforce le rôle des acteurs privés dans la réalisation de la justice socio-environnementale dans le domaine des relations économiques.

Conclusion

L'affichage environnemental est généralement décrit comme une démarche volontaire adoptée par les acteurs privés pour informer le public. Cependant, en adoptant un concept plus large, il est indéniable qu'il existe également un affichage considéré comme obligatoire. L'affichage environnemental a donc une double tendance : parfois mesure contraignante imposée par l'État (qui commence à exiger de plus en plus d'informations auprès des acteurs privés), parfois mesure spontanée adoptée par les acteurs privés (qui se sentent invités à développer la transparence des produits, des processus de production et de la post-consommation).

Il est possible de considérer l'affichage environnemental comme un élément de responsabilité socio-environnementale des entreprises, dans un champ d'étude commun du droit de l'environnement et du droit de la consommation. Même lorsqu'il est volontaire, l'affichage environnemental peut conduire à l'engagement de la responsabilité des acteurs privés pour les dommages ou les risques de dommages à l'environnement et à la santé humaine.

L'utilisation croissante de l'affichage environnemental va responsabiliser les pratiques des acteurs privés attentifs au contenu des informations destinées aux consommateurs. La bonne foi objective, consacrée depuis les années 1990 en droit de la consommation, gagne « des contours verts », se traduisant par une jurisprudence de plus en plus engagée en faveur de la justice socio-environnementale.

24. Voir le cas de condamnations prononcées contre Monsanto aux États-Unis (Salve, 2019) et en France (Jolly, 2019).

Bibliographie

Jolly P., 2019, « La justice reconnaît Monsanto "responsable du dommage causé" à l'agriculteur Paul François », *Le Monde.fr*, [https://www.lemonde.fr/planete/article/2019/04/11/nouvelle-victoire-de-l-agriculteur-paul-francois-contre-monsanto_5449016_3244.html], consulté le 5 septembre 2022

Moura A. M. M., 2013, « O mecanismo de rotulagem ambiental: perspectivas de aplicação no Brasil », *Boletim Regional Urbano e Ambiental*, nº 7, p. 11-21

Salve E. de, 2019, « États-Unis : le Roundup de Monsanto jugé une nouvelle fois cancérigène », *Rfi.fr*, [http://www.rfi.fr/fr/ameriques/20190320-etats-unis-roundup-monsanto-cancerigene-justice], consulté le 5 septembre 2022

Sanseverino P. T. V., 2010, *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo, Saraiva

Souza J. F. V., 2017, « Uma abordagem crítica sobre o greenwashing na atualidade », *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo*, vol. 3, nº 2, p. 148-172

Wienke F. F., 2016, « As políticas de pagamento por serviços ambientais direcionados à agroecologia: da emergência da experiência europeia e da inexistência de mecanismos no Brasil », *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, vol. 2, nº 2, p. 59-78

Chapitre 9. Les informations environnementales à destination du consommateur

Marion BARY

Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR 6262, France

Résumé : Les informations environnementales communiquées, de manière volontaire ou imposée, par l'entreprise au consommateur ont pour principal objectif de conduire à un changement des choix de consommation et de réduire les impacts environnementaux des produits de consommation. Le développement de l'information environnementale traduit une volonté de responsabiliser les acteurs, entreprises comme consommateurs, à l'égard des impacts environnementaux de la consommation. Il contribue à la mise en œuvre d'une préservation de l'environnement et rend par là même effectif le droit de tous à un environnement sain. Un tel développement s'opère avec un véritable contrôle du contenu informationnel, permettant ainsi une information environnementale fiable. Néanmoins, l'appréhension de l'information environnementale reste difficile en raison de la diversité des informations environnementales et d'un manque de lisibilité. Le consommateur peut être alors dans une situation de confusion et d'incompréhension, rendant peu probable le changement de choix de consommation. Le défi de fournir une information environnementale générale claire et lisible relative aux produits de consommation demeure.

Mots-clés : impacts environnementaux, RSE, produit de consommation, information du consommateur

De manière générale, le consommateur bénéficie d'une protection de son consentement grâce à une obligation générale d'information pesant sur le professionnel[1]. Pour un achat éclairé, le consommateur doit connaître les caractéristiques essentielles du bien envisagé. Depuis quelques années, le consommateur peut disposer, parmi ces caractéristiques, d'informations environnementales liées aux produits mis en vente.

L'information environnementale correspond à toute communication sur une ou des caractéristiques environnementales du produit de consommation fournie par le producteur et destinée au consommateur. Il s'agit d'indiquer au consommateur l'impact environnemental du produit, qui peut concerner uniquement la fabrication du produit ou encore, de manière plus globale, le cycle de vie du produit, c'est-à-dire les différentes étapes allant de la production, à l'emballage, au transport et à l'élimination ou revalorisation du produit.

Les informations environnementales peuvent être délivrées de manière volontaire par l'entreprise ou être imposées par le législateur à l'entreprise. L'information environnementale concerne donc potentiellement toute entreprise, quelle que soit son importance, et a vocation à intéresser tout produit. Il n'existe pas actuellement une information environnementale générale mais une variété d'informations environnementales. Qu'elle soit volontaire ou imposée, l'information

1. Articles L. 111-1 et suiv. du Code de la consommation.

environnementale à destination du consommateur relève d'une démarche de responsabilité sociale de l'entreprise (RSE). Elle constitue une reddition de compte en matière environnementale de l'entreprise à l'égard du consommateur. Elle vient compléter la déclaration de performance extra-financière imposée à certaines entreprises par le législateur. Elle traduit la prise en compte des enjeux environnementaux imposée par le législateur[2].

Le droit français oscille, par conséquent, entre une information environnementale volontaire ou contraignante, oscillation adoptée de manière générale dans la mise en œuvre de la RSE en France. Ainsi, à compter du 1er janvier 2022, devient obligatoire l'information des qualités et caractéristiques environnementales des produits générateurs de déchets, notamment l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la compostabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi, la recyclabilité et la présence de substances dangereuses, de métaux précieux ou de terres rares, en cohérence avec le droit de l'Union européenne[3].

Même lorsque l'information environnementale est fournie volontairement par l'entreprise, la démarche est encadrée. Si l'entreprise souhaite, de sa propre initiative, indiquer une information environnementale sur son produit, elle est libre de le faire mais elle est alors soumise à l'obligation de mettre à disposition du consommateur les principales caractéristiques environnementales du produit afin de garantir la qualité de l'information environnementale[4].

Dans un objectif d'amélioration de l'information environnementale du consommateur, le législateur peut prévoir également une expérimentation à laquelle les entreprises peuvent se soumettre. Tel est le cas de l'affichage des impacts environnementaux et du respect de critères sociaux d'un bien, d'un service ou d'une catégorie de biens ou de services mis sur le marché national, basés principalement sur une analyse du cycle de vie. Cette expérimentation, d'une durée maximale de cinq ans est organisée par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Une telle démarche se rencontre aussi au niveau européen (expérimentation réalisée de 2014 à 2018 avec la méthode d'évaluation *Product Environmental Footprint* [PEF]).

Face à la prise de conscience collective de la nécessité de protéger l'environnement et à l'accélération du changement climatique, une modification de la manière de consommer et de produire est devenue impérative. L'information environnementale est donc devenue un facteur déterminant du changement de comportement, ce qui explique, d'une part, le foisonnement des allégations, communications environnementales depuis plusieurs années et, d'autre part, une actualité législative.

2. Article 1833 du Code civil, résultant de la loi Pacte (loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises) n° 2019-486 du 22 mai 2019.

3. Article L. 541-9-1 du Code de l'environnement.

4. Article 90 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Cette diversité des informations environnementales signifie-t-elle pour autant efficacité ? Permet-elle une réelle reddition de compte œuvrant pour un changement de production et de consommation ? Ces informations environnementales sont-elles véritablement vertueuses ?

Les informations environnementales ont comme principal atout, même si cela est une lapalissade, d'informer, de faire connaître, de faire prendre conscience. Elles œuvrent ainsi sans conteste à une responsabilisation des acteurs, consommateurs et entreprises à l'égard des impacts environnementaux de la consommation (1). Un des effets souhaités des informations environnementales est d'aboutir à un changement des choix de consommation. Pour obtenir un tel effet, l'information environnementale doit être réelle pour le consommateur. Or, un risque existe que ce ne soit pas le cas (2).

1. Responsabilisation des acteurs à l'égard des impacts environnementaux de la consommation

L'information environnementale conduit à une responsabilisation à l'égard des impacts environnementaux. En effet, elle permet véritablement d'agir pour l'environnement. Elle contribue à la mise en œuvre d'une préservation de l'environnement (1.1) et rend par là même effectif le droit de tous à un environnement sain. Pour éviter toute tromperie et garantir ainsi la véracité de l'information environnementale, la condition requise est le contrôle de son contenu (1.2). Ainsi, la responsabilisation des acteurs peut pleinement s'opérer.

1.1. La mise en œuvre de la préservation de l'environnement

La préservation de l'environnement résulte de la favorisation d'un achat écoresponsable par le consommateur (1.1.1) et d'une incitation du producteur, de l'entreprise à une production durable (1.1.2).

1.1.1. Favorisation d'un achat écoresponsable par le consommateur

La crise sanitaire et le changement climatique sont des éléments poussant le consommateur à privilégier des achats écoresponsables. Ceux-ci ne peuvent s'envisager qu'avec une information environnementale relative aux produits. Le consommateur a alors la possibilité de faire un choix dans ses achats et d'opter, en pleine connaissance de cause, pour un produit ayant des impacts environnementaux réduits par rapport à un produit équivalent. Les entreprises n'hésitent pas à mettre en avant les informations environnementales liées à leurs produits afin de favoriser leurs achats et d'attirer le consommateur.

Ainsi, elles peuvent afficher sur les produits des allégations environnementales, c'est-à-dire communiquer sur une ou des caractéristiques environnementales du produit. Par exemple, faire figurer sur l'emballage du produit non alimentaire la mention « bio », désignant que le produit agricole intégré au produit est issu de l'agriculture biologique. Pour éviter d'indiquer un terme ne reflétant pas la réalité écologique du produit, traduisant un produit plus écologique qu'il ne l'est

(écoblanchiment), un guide des allégations environnementales à destination des consommateurs et des entreprises a été élaboré par le ministère de l'Économie (ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires, 2019). Les termes ont une définition précise, ce qui permet de savoir ce qu'ils recouvrent exactement et de les utiliser de manière adéquate. À compter du 1er janvier 2022, « il est interdit de faire figurer sur un produit ou un emballage les mentions "biodégradable", "respectueux de l'environnement" ou toute autre mention équivalente[5] ».

Les entreprises peuvent préférer aller au-delà des allégations environnementales et s'inscrire dans une démarche leur permettant d'obtenir un label, public[6] ou privé[7], ou une certification pour leur produit. Il est possible de citer, pour les produits non alimentaires, au niveau français la certification NF environnement, au niveau européen, le label écolabel ou encore au niveau international le label FSC et, pour les produits alimentaires, le label AB (Agriculture biologique) au niveau national, et le label Bio européen au niveau de l'Union européenne.

Dans ces deux cas, la démarche de l'entreprise est volontaire. L'entreprise prend l'initiative d'avoir une image, une réputation écologique sur le marché. Cela fait partie de sa stratégie économique, commerciale. Même si l'entreprise n'était aucunement contrainte d'adopter une telle posture, elle se trouve, dès lors qu'elle fait ce choix, obligée de respecter certains critères. Sa démarche est donc encadrée pour garantir une information fiable au consommateur.

Les entreprises sont également parfois contraintes d'apposer des informations environnementales sur leurs produits. Le législateur français ou européen l'impose pour la mise en œuvre d'une politique écologique. Le consommateur est alors informé et peut choisir un achat écoresponsable grâce aux pouvoirs publics. Il en est ainsi, à partir du 1er janvier 2022, pour l'information des qualités et caractéristiques environnementales des produits générateurs de déchets[8] ou encore pour l'impact énergétique des produits liés à l'énergie[9] (lave-linge, lave-vaisselle, téléviseur, etc.). Par cette approche contraignante, le législateur éduque, sensibilise le consommateur aux enjeux environnementaux (Fonbaustier, 2020).

1.1.2. Incitation du producteur, de l'entreprise à une production durable

L'information environnementale va inciter l'entreprise à produire de manière durable et à réduire les effets négatifs de sa production sur l'environnement (Dutruc, 2019). En effet, par l'information environnementale délivrée, l'entreprise voit son produit comparé à d'autres produits similaires pouvant être plus écologiques. Ces derniers peuvent donc attirer davantage le consommateur. Pour éviter une perte de marché, voire conquérir de nouvelles parts de marché,

5. Article L. 541-9-1 du Code de l'environnement.
6. Un label public est élaboré par des pouvoirs publics.
7. Un label privé est élaboré par des organisations non gouvernementales, associées ou non à des professionnels des produits concernés.
8. Article L. 541-9-1 du Code de l'environnement.
9. Règlement européen n° 2017/1369/UE du 4 juillet 2017.

et pour se démarquer de ses concurrents, l'entreprise n'aura pas d'autres choix que de réguler les effets de sa production sur l'environnement. C'est une véritable « environnementalisation des pratiques commerciales » (Trébulle, 2020) qui s'opère, procédant plus de la demande que de la contrainte. Il s'ensuit une responsabilisation de l'entreprise à l'égard des impacts environnementaux de sa production.

Cette incitation a lieu quand l'information environnementale résulte d'une obligation légale ou d'une initiative volontaire de l'entreprise. De manière générale, le législateur invite les entreprises à prendre en compte les effets de leur production sur l'environnement par les différents textes adoptés, ce qui peut expliquer le développement de démarches volontaires. L'information environnementale communiquée au consommateur complète la déclaration de performance extra-financière imposée à certaines entreprises[10]. Qu'on le regrette ou non, la préservation de l'environnement passe par le biais du marché et des impacts économiques de la réputation de l'entreprise. L'entreprise a bien compris que le marché est désormais sensible à une consommation de produits préservant l'environnement.

1.2. Le contrôle du contenu des informations environnementales

Pour effectivement aboutir à une telle responsabilisation des acteurs, il est impératif que l'information environnementale délivrée soit fiable. Le consommateur souhaitant faire un achat écoresponsable ne doit pas être leurré. L'entreprise désirant avoir une image « verte » sur le marché doit pouvoir justifier l'information environnementale communiquée. C'est pourquoi le contenu des informations environnementales est contrôlé. Un tel contrôle se traduit par un encadrement des informations environnementales, qu'elles soient issues d'une démarche volontaire ou imposée (1.2.1), et par de véritables sanctions en cas de manquement (1.2.2).

1.2.1. Encadrement des informations environnementales

L'encadrement des informations environnementales est évident lorsque les informations environnementales sont imposées. Le législateur précise alors exactement les données environnementales devant figurer sur les produits et les critères environnementaux retenus. Ainsi, à compter du 1er janvier 2022, les producteurs et importateurs de produits générant des déchets devront préciser sur ces produits l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la compostabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi, la recyclabilité et la présence de substances dangereuses, de métaux précieux ou de terres rares, en cohérence avec le droit de l'Union européenne[11].

L'encadrement des informations environnementales est également évident lorsque l'entreprise a obtenu un label ou une certification. Dans ces cas, l'entreprise a dû respecter plusieurs

10. Article L. 225-102-1 du Code de commerce.

11. Article L. 541-9-1 du Code de l'environnement.

critères, vérifiés par des organismes indépendants, pour bénéficier de ce gage de qualité environnementale. Ainsi, la certification NF environnement ou encore la certification ISO 14001 sont délivrées par l'Association française de normalisation (Afnor) grâce à un audit qui détermine si l'entreprise satisfait aux critères d'obtention de ces certificats. L'apposition d'un label implique une démarche plus contraignante dans le sens où l'entreprise doit suivre un cahier des charges. Tel est le cas, par exemple, pour le label Écolabel européen, institué par le règlement n° 66/2010/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

Lorsque l'entreprise décide d'apposer des allégations environnementales sur son produit, elle se doit de se conformer à un certain nombre d'exigences. Sa démarche volontaire ne signifie pas une totale liberté d'action. Ainsi, outre l'élaboration du guide des allégations environnementales permettant de déterminer le sens des termes utilisés, l'entreprise peut être dans l'obligation d'établir une déclaration environnementale, c'est-à-dire une déclaration fixant une méthode pour évaluer les impacts environnementaux d'un produit. Selon l'article L. 412-1, 10° du Code de la consommation, des décrets en Conseil d'État, définissant les règles auxquelles doivent satisfaire les marchandises, déterminent notamment :

> « les exigences de précision, de vérification et de prise en compte des éléments significatifs du cycle de vie des produits dans l'élaboration des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes, lorsque ces allégations sont présentées sur les produits et denrées destinés à la vente aux consommateurs ou accompagnent leur commercialisation sous forme de mentions sur les emballages, les publications, la publicité, la télémercatique ou d'insertions sur supports numériques ou électroniques ».

En application de ce texte et pour tenir compte du règlement n° 305/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, une déclaration environnementale est demandée pour les produits de construction et de décoration et des équipements électriques, électroniques et de génie climatique destinés à la vente aux consommateurs. Plusieurs aspects environnementaux imputables à ces produits doivent être pris en compte (réchauffement climatique, appauvrissement de la couche d'ozone, eutrophisation, pollution de l'eau ou de l'air, etc.). Cette déclaration environnementale est soumise à une vérification par une tierce personne indépendante afin de garantir la fiabilité des informations environnementales transmises.

Une démarche similaire, concernant tout produit, est également appliquée pour les allégations environnementales depuis la loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte. L'article 90 de cette loi suppose en effet que l'entreprise mette à disposition du consommateur des informations environnementales plus complètes et multicritères en cas d'allégations environnementales figurant sur le produit.

1.2.2. Véritables sanctions en cas de manquement

Pour garantir la véracité de l'information environnementale, volontaire ou imposée, une sanction est impérative en cas de manquement. Une fausse information, qu'elle résulte ou non d'une tromperie, donne lieu en effet à une sanction de l'entreprise. L'information environnementale

constitue une qualité essentielle du produit, elle est déterminante du consentement du consommateur. Diverses sanctions peuvent s'appliquer. Elles peuvent être civiles, administratives ou pénales.

La sanction venant à l'esprit le plus spontanément est celle réprimant la pratique commerciale trompeuse, prévue aux articles L. 121-2 et suivants du Code de la consommation. Il s'agit d'une pratique commerciale déloyale, c'est-à-dire une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altérant ou étant susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service[12]. Plusieurs circonstances peuvent caractériser une pratique commerciale trompeuse[13]. Concernant l'information environnementale, une telle pratique se rencontre particulièrement lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur les caractéristiques essentielles du bien, parmi lesquelles figurent entre autres ses qualités substantielles, sa composition, son mode et sa date de fabrication, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation. Ces éléments permettent de sanctionner une fausse information environnementale. Ainsi, un produit qualifié de rapidement biodégradable et ne contribuant pas à l'effet de serre peut laisser croire qu'il est sans danger pour l'environnement alors qu'il est composé d'une substance très toxique pour les organismes aquatiques[14]. Ou encore, l'emploi de mentions telles que « respect de l'environnement », « biodégradable », « propre », « efficace et sécurisé pour l'environnement » a pour effet d'éluder le danger potentiel du produit[15]. Selon l'article L. 121-3 du Code de la consommation, « une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle », qui peut être une information environnementale. Enfin est réputée trompeuse la pratique commerciale ayant pour objet d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire[16].

La pratique commerciale trompeuse est un délit pénal non intentionnel sévèrement puni, ayant ainsi un effet dissuasif : un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. Des peines complémentaires peuvent être prononcées[17].

En cas de mauvaise foi du producteur caractérisant son intention de tromper le consommateur, une fausse information environnementale constitue alors le délit pénal intentionnel de

12. Article L. 121-1 du Code de la consommation.
13. Article L. 121-2 du Code de la consommation.
14. CA Angers, 1er avril 2004, *CCC*, 2005, n° 19, obs. Raymond.
15. CA Lyon, 29 octobre 2008, *JCP*, 2008, actu 705.
16. Article L. 121-4 du Code de la consommation.
17. Article L. 132-3 du Code de la consommation.

tromperie, prévu à l'article L. 441-1 du Code de la consommation. Ce dernier est sanctionné également sévèrement par une peine d'emprisonnement et d'amende variable selon les circonstances de commission du délit[18].

L'entreprise communiquant une fausse information environnementale s'expose également à des sanctions civiles. Un tel comportement correspond à un manquement à l'obligation précontractuelle d'information. Ainsi, le consommateur peut invoquer un vice du consentement (dol ou erreur) conduisant à la nullité du contrat. La responsabilité civile extracontractuelle pour faute du professionnel peut également être engagée en cas de préjudice causé au consommateur. Une sanction administrative est aussi prévue en cas de manquement à l'obligation précontractuelle d'information. L'article L. 131-1 du Code de la consommation fixe à 3 000 euros pour une personne physique et à 15 000 euros pour une personne morale le montant de l'amende administrative due par le professionnel.

À ces sanctions fondées sur des textes généraux peuvent s'ajouter des sanctions fondées sur des textes spécifiques. Ainsi, à partir du 1er janvier 2022, tout manquement à l'information des qualités et caractéristiques environnementales des produits générateurs de déchets est sanctionné sur le fondement de l'article L. 541-9-4 du Code de l'environnement, créant une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale[19].

Aux sanctions juridiques présentées s'ajoute inévitablement une sanction économique pour l'entreprise. Une fausse information environnementale est nécessairement négative pour la réputation de l'entreprise. Son image « verte » n'est plus crédible. Les consommateurs peuvent donc se détourner du produit, ce qui entraîne une perte de marché pour l'entreprise.

Tout est apparemment réuni pour permettre une efficacité de l'information environnementale liée à un produit et donc une efficacité de la reddition de compte de l'entreprise. La fiabilité du contenu informationnel étant garantie par divers contrôles, le consommateur et l'entreprise sont ainsi pleinement responsabilisés et incités à modifier consommation et production.

Cependant, des écueils perdurent, rendant difficile l'appréhension de l'information environnementale.

2. Difficile appréhension de l'information environnementale

Malgré la présence d'une information environnementale, le consommateur peut ne pas être en mesure de l'appréhender. Il peut être dans une situation de confusion et d'incompréhension. Dans ce cas, son comportement a très peu de chance de se modifier. L'effet souhaité par l'information environnementale, à savoir le changement de choix de consommation

18. Articles L. 454-1 et suiv. du Code de la consommation.

19. L'article L. 541-9-1 du Code de l'environnement renvoie au chapitre II du titre II du livre V du Code de la consommation quant aux conditions du prononcé de l'amende.

au profit d'un achat écoresponsable, semble difficilement atteint. La diversité des informations environnementales (2.1), d'une part, et un manque de lisibilité des informations environnementales (2.2), d'autre part, peuvent conduire à un tel résultat. La reddition de compte est alors défaillante du point de vue du consommateur.

2.1. La diversité des informations environnementales

La diversité des informations environnementales est double. Elle peut renvoyer à une pluralité des contenus informationnels (2.1.1) ou encore elle peut traduire une pluralité de formes de l'information environnementale (2.1.2).

2.1.1. Pluralité des contenus informationnels

Le consommateur peut se trouver face à des produits similaires sur lesquels des informations environnementales différentes sont apposées. Il peut alors « se perdre » entre les allégations des uns et les labels ou certifications des autres. Lorsque l'entreprise décide effectivement de communiquer volontairement des caractéristiques environnementales, elle le fait uniquement en fonction de la démarche qu'elle a adoptée (recherche d'une labellisation ou certification ou non). Elle cherche à se démarquer de ses concurrents. C'est alors au consommateur de faire son choix. Or, un risque de confusion n'est pas à exclure.

De même, lorsque l'information environnementale est imposée, le consommateur peut faire face à une pluralité de données et avoir l'impression d'être « noyé » sous un flot de critères. Ainsi, à compter du 1er janvier 2022, pour les produits générant des déchets, devront être précisés l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la compostabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi, la recyclabilité et la présence de substances dangereuses, de métaux précieux ou de terres rares[20].

Bien que cette obligation soit prévue pour mieux informer le consommateur, l'objectif peut être manqué. L'entreprise est au contraire plus fortement incitée à réduire son impact environnemental au regard des différents critères retenus. Il peut donc exister un paradoxe par l'information environnementale : elle peut à la fois avoir un effet réel d'amélioration de la production au regard de la préservation de l'environnement pour l'entreprise et avoir un effet mitigé quant au choix de consommation pour le consommateur. La reddition de compte en matière environnementale de l'entreprise à l'égard du consommateur n'est alors pas pleinement satisfaite.

De plus, une combinaison est possible, selon les produits, entre des informations environnementales imposées et des informations environnementales volontairement communiquées. La distinction entre ce qui ressort du respect de la législation et ce qui relève d'une démarche propre à l'entreprise peut s'avérer délicate pour le consommateur, renforçant son possible sentiment de confusion entre toutes les données environnementales fournies.

20. Article L. 541-9-1 du Code de l'environnement.

2.1.2. Pluralité de formes de l'information environnementale

La diversité des informations environnementales peut également traduire une diversité quant à la forme que peut revêtir cette information. En effet, l'entreprise peut opter pour un affichage de l'information environnementale directement sur le produit ou sur son emballage. Le consommateur est alors passif puisqu'il reçoit l'information. À l'inverse, l'information environnementale peut être transmise par le biais de logos, de QR codes ou encore d'un renvoi sur un site Internet. Dans ce cas, le consommateur doit être actif puisqu'il doit rechercher l'information environnementale en allant sur le site, en scannant le QR code, en recherchant la signification du logo. Pour des produits similaires, la forme de l'information peut donc être différente. Cette diversité de la forme de l'information environnementale est encouragée par le législateur qui laisse toute latitude aux entreprises[21].

Dans le cas où le consommateur est sollicité, même si l'information environnementale existe, rien ne garantit que le consommateur prendra la peine de se renseigner sur le produit. Il existe, une nouvelle fois, un paradoxe entre une reddition de compte effective de la part de l'entreprise et une incertitude quant à la portée de l'information pour le consommateur. L'information environnementale existe mais peut n'être pas réellement connue du consommateur. La situation est alors équivalente à une absence d'information environnementale. La présence de logos, de QR codes, de renvois à des sites Internet, s'ajoutant à d'éventuels autres signes de label ou de certification, peut avoir un effet de confusion, voire de répulsion, pour le consommateur.

2.2. Un manque de lisibilité des informations environnementales

Il existe également un manque de lisibilité des informations environnementales pour le consommateur. Celui-ci peut en effet éprouver une incompréhension de manière temporaire (2.2.1) ou de manière pérenne (2.2.2).

2.2.1. Incompréhension temporaire du consommateur

Une déstabilisation temporaire du consommateur dans la compréhension des informations environnementales résulte de la modification de l'information, c'est-à-dire d'une modification des critères retenus jusqu'alors et d'une nouvelle signification des éventuels logos, symboles informatifs. L'exemple topique est celui relatif à l'impact énergétique de certains produits de consommation. À compter du 1er mars 2021, de nouvelles étiquettes relatives à l'impact énergétique de certains produits de consommation (comme les lave-vaisselle, les lave-linge, les écrans…) ont fait leur apparition, traduisant des exigences plus importantes et intégrant de nouveaux critères tels que ceux de la réparabilité et de la recyclabilité. Ainsi, pour être mis sur le marché de l'Union européenne, les produits concernés doivent atteindre une performance énergétique et

21. Voir l'article L. 541-9-1 du Code de l'environnement, faisant référence à une communication de l'information « par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié » (à compter du 1er janvier 2022).

environnementale de haut niveau. Les étiquettes énergie, qui initialement devaient réaliser un classement des produits de A à G, ont conduit ces dernières années à un classement essentiellement limité à A+, A++, A+++, en raison des progrès effectués par les producteurs. Les nouvelles étiquettes énergie reprennent une échelle de A à G, ce qui peut temporairement rendre plus complexe la compréhension de l'information environnementale pour le consommateur. Même si cette modification a vocation à rendre plus lisible, plus transparente l'information environnementale, elle passe nécessairement par un temps d'adaptation du consommateur[22].

Une même conséquence peut se rencontrer également lorsqu'une expérimentation d'affichage environnemental s'est déroulée sur une période et qu'elle conduit à un changement de la forme de l'information et/ou des critères retenus, une fois l'expérimentation terminée.

2.2.2. Incompréhension pérenne du consommateur

Le consommateur peut être enfin confronté à un manque de lisibilité pérenne, ce qui constitue un véritable obstacle à la compréhension de l'information environnementale. Cette fois-ci, il n'est plus question d'un temps nécessaire d'adaptation du consommateur mais d'une réelle difficulté pour appréhender l'information environnementale. Le défi est alors de rendre accessible et compréhensible une information environnementale générale pour certains produits. Le législateur, tant français qu'européen (Dutruc, 2019), opte alors pour une période d'expérimentation afin de déterminer la méthodologie, la modalité d'affichage, le référentiel retenu pour permettre un comparatif au consommateur. Or, les expérimentations se sont succédé depuis plusieurs années pour déterminer l'impact environnemental de produits pendant tout leur cycle de vie en matière d'émissions de gaz à effet de serre, de biodiversité, d'épuisement des ressources naturelles non renouvelables, d'eutrophisation des eaux, de pollution photochimique, d'acidification, d'écotoxicité aquatique[23] (critères retenus par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie [ADEME]).

Une nouvelle période d'expérimentation s'est ouverte avec l'adoption de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. En effet, ce texte prévoit une expérimentation d'une durée maximale de cinq ans à compter de la promulgation de la loi, pour chaque catégorie de biens et de services sélectionnés, afin d'évaluer différentes méthodologies de calcul des impacts environnementaux et modalités d'affichage. L'affichage environnemental expérimenté sera rendu obligatoire à l'issue de cette période d'évaluation, prioritairement pour le secteur du textile d'habillement. Selon le texte :

> « L'information apportée fait ressortir, de façon fiable et facilement compréhensible pour le consommateur, l'impact environnemental des biens et services considérés sur l'ensemble de leur cycle de vie. Elle tient compte des impacts environnementaux des biens et services

22. Règlement européen n° 2017/1369/UE du 4 juillet 2017.

23. Onze critères ont été retenus au niveau européen : le réchauffement climatique, l'empreinte carbone, l'épuisement des ressources, la destruction de la couche d'ozone, l'émission de radiation ionisante, l'eutrophisation des mers, des sols et des cours d'eau, la consommation d'eau, l'acidification des sols et des rivières.

> considérés, pris en compte selon leur pertinence pour une catégorie donnée, notamment en termes d'émissions de gaz à effet de serre, d'atteintes à la biodiversité et de consommation d'eau et d'autres ressources naturelles. Elle tient également compte des externalités environnementales des systèmes de production des biens et services considérés, évaluées scientifiquement, en particulier pour les produits agricoles, sylvicoles et alimentaires. Cet affichage fait également ressortir, de façon fiable et facilement compréhensible pour les consommateurs, l'impact spécifique en termes d'émissions de gaz à effet de serre des biens et services sur l'ensemble de leur cycle de vie. »

Il est à noter qu'en matière alimentaire le législateur semble s'inspirer d'une initiative privée, l'écoscore, mesurant l'impact environnemental des produits alimentaires, élaborés par certains acteurs privés, avant la loi (Fabrégeat, 2021).

Il faut espérer qu'une réelle solution résulte de cette nouvelle expérimentation afin que le consommateur se voie fournir une information environnementale générale réelle, lisible et fiable. À l'heure actuelle, la solution à adopter n'apparaît pas de manière prégnante. Des discussions sont toujours en cours (Dutruc, 2019). Le consommateur reste donc pour le moment face à des informations environnementales variées, sans disposer d'une information claire et compréhensible.

L'information environnementale est devenue sans conteste un élément essentiel recherché par le consommateur lorsqu'il achète un produit. La reddition de compte de l'entreprise en matière environnementale à l'égard du consommateur est réelle et manifeste. Son encadrement participe à une responsabilisation de l'entreprise quant à sa production. Cependant, et de manière paradoxale, il n'est pas certain que cette reddition atteigne toujours son objectif, à savoir informer le consommateur, dans le sens d'une information claire, lisible, et soit donc efficace. Un changement de choix de consommation n'est pas nécessairement favorisé par des informations multiples, par leur forme et/ou leur contenu. Pour améliorer l'information du consommateur, de nouveaux labels font leur apparition régulièrement, comme en témoigne la volonté, restée pour l'heure sans effet, d'apposer un « toxiscore » pour les produits ménagers, label expérimental annoncé par le ministère de la Transition écologique en 2021 et devant permettre l'information des consommateurs quant aux risques sanitaires et environnementaux des produits ménagers. Toujours plus d'information, mais pour quelle efficacité ? Le défi est de pouvoir donner une information générale environnementale pour chaque catégorie de produit au consommateur, afin que celui-ci ne risque pas de se perdre sous les informations environnementales variées. Cela passe par une obligation d'affichage environnemental et par une méthodologie adaptée. La nouvelle loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets va en ce sens, ce dont on peut se réjouir, mais, si l'on se fonde sur les expérimentations passées, on peut craindre que l'objectif d'une information générale environnementale ne soit toujours pas, à ce jour, garanti.

Bibliographie

Dutruc P., 2019, « L'affichage environnemental, levier pour la mise en œuvre de l'économie circulaire », *Les avis du Conseil économique, social et environnemental (CESE)*

Fabrégeat S., 2021, « Lancement d'un éco-score, pour mesurer l'impact environnemental des produits alimentaires », *Actu-environnement.com*, [https://www.actu-environnement.com/ae/news/affichage-environnemental-impacts-consommation-produits-agricoles-agoalimentaire-36840.php4], consulté le 26 août 2022

Fonbaustier L., 2020, « Une transition juridique entre lenteur et marche forcée vers un nouveau modèle de société. À propos de la loi anti-gaspillage pour une économie circulaire du 10 février 2020 », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 28, com. 848

Ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires, 2019, « Les allégations environnementales », [https://www.ecologie.gouv.fr/allegations-environnementales], consulté le 26 août 2022

Pellier J.-D., 2021, *Droit de la consommation*, 3e éd., Paris, Dalloz

Trébulle F.-G., 2020, « Produire et consommer autrement, la mise en place d'une approche holistique », *Énergie, environnement et infrastructures*, n° 8-9, dossier 25

PARTIE 4

Synthèse

L'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale est une obligation imposée à l'entreprise à l'égard de la société civile de manière générale. Elle relève du droit privé. Il est apparu intéressant de la confronter aux mécanismes de droit public, particulièrement en matière environnementale. En effet, l'autorisation et le fonctionnement d'une activité sont soumis à un arsenal juridique relatif à la protection de l'environnement. La reddition de compte de l'entreprise existe depuis longtemps en droits français et de l'Union européenne à l'égard des autorités publiques (V. Inserguet-Brisset, « Postface. Reddition de compte en matière environnementale *versus* droit public »).

Par conséquent, avant de procéder à une synthèse des différents travaux publiés dans l'ouvrage (2), une étude spécifique de la reddition de compte en matière environnementale en droit public s'impose (1). Elle montre la complémentarité entre les mécanismes de droit public et les différents dispositifs de droit privé traduisant une obligation de reddition de compte en matière environnementale. En effet, si les administrés sont associés en amont d'une autorisation d'une activité, tel n'est plus le cas concernant le fonctionnement de l'activité, sauf rares exceptions. « C'est par la voie contentieuse que, trop souvent encore, les administrés devenus requérants tentent d'obtenir des comptes » (V. Inserguet-Brisset). L'aspect contraignant de la RSE a donc pour mérite de permettre d'associer la société civile de manière générale au fonctionnement d'une activité. L'entreprise est ainsi tenue de rendre des comptes dans le domaine environnemental pendant toute sa durée d'existence à la fois aux autorités publiques et à la société civile, ce qui est inévitablement un progrès.

Postface. Reddition de compte en matière environnementale *versus* droit public

Véronique INSERGUET-BRISSET

Maître de conférences HDR, Univ Rennes, IDPSP – EA 4640, France

Résumé : La mobilisation récurrente de la police administrative pour assurer la protection de l'environnement se concrétise, à la fois, par la soumission préventive des activités, productions et projets à autorisation préalable et par l'exercice de contrôles d'exploitation et de fonctionnement. La délivrance des autorisations impose aux pétitionnaires de justifier des impacts environnementaux de leurs projets auprès des administrations compétentes, lesquelles sont également tenues d'associer les administrés à la prise de décision. Le principe constitutionnel d'information et de participation du public lors de l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement contribue alors de manière essentielle à la reddition de compte au profit des administrés, lesquels auront à ce titre accès à de nombreuses données environnementales sans que le secret leur soit opposé. En revanche et sauf exceptions tenant à l'existence de risques majeurs, les exploitants devenus titulaires d'autorisation rendent exclusivement des comptes aux pouvoirs publics à l'occasion de contrôles plus ou moins réguliers ou lors de la cessation d'activité. Cette dissymétrie contribue à alimenter le contentieux, les administrés allant chercher dans les prétoires des justifications dont ils s'estiment encore trop souvent privés par ailleurs.

Mots-clés : information et participation du public, donnée environnementale, secret, enquête publique, débat, concertation, évaluation environnementale, capacités techniques et financières, installation classée pour la protection de l'environnement, conditions d'exploitation, risques majeurs, commission locale de suivi, secrétariat permanent pour la prévention des pollutions et des risques industriels

La reddition de compte est une terminologie à peu près ignorée par les règles de droit public dont l'objet vise à assurer la protection de l'environnement. Cela n'est pas surprenant, s'agissant d'un vocabulaire issu de la comptabilité privée et recouvrant des actes techniques spécifiques auxquels sont notamment assujettis les entreprises envers leurs actionnaires ou encore le syndic de gestion d'un immeuble envers l'assemblée des copropriétaires[1]. Dans ce contexte marqué par la dimension contractuelle, l'intervention des pouvoirs publics est d'ailleurs traditionnellement minimaliste. Toutefois, et parce que la puissance publique doit elle-même « rendre des comptes » aux administrés et aux électeurs sur sa gestion de problématiques environnementales de plus en plus aiguës, de nombreuses normes ont été édictées afin de contraindre les entrepreneurs, les aménageurs et plus globalement les acteurs privés à justifier du respect d'une logique de développement durable, au-delà de la seule sphère de leurs partenaires contractuels. Depuis 2005, l'intégration de la Charte de l'environnement au bloc

1. Code civil (C. civ.), art. 1993 à propos des obligations du mandataire.

de constitutionnalité[2] oblige, en effet, l'ensemble des pouvoirs publics à garantir le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé[3]. Le droit à l'environnement est plus volontiers perçu comme un objectif constitutionnel plutôt qu'un droit subjectif dont tout un chacun pourrait revendiquer le respect en justice y compris à l'encontre des entreprises[4]. Les incertitudes qui planent encore sur la qualification juridique du droit à l'environnement n'ont pas pour autant empêché le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État de rappeler récemment au législateur et aux autorités administratives leurs obligations respectives. Si l'exercice du droit à l'environnement peut être limité par le législateur au motif d'un objectif d'intérêt général tel que la protection d'une filière économique et *a fortiori* pour assurer l'autonomie énergétique en tant qu'intérêt fondamental de la Nation, c'est à la condition que les restrictions édictées restent proportionnées[5]. Parallèlement, une atteinte manifestement grave et illégale portée au droit à l'environnement par une autorité administrative ou une personne privée chargée d'une mission de service public peut désormais justifier l'édiction en urgence de mesures de protection par le juge administratif au titre du référé-liberté[6].

En tout état de cause, le bénéfice d'un droit de vivre dans un environnement de qualité suppose la mise en œuvre, par les pouvoirs publics, de principes de gestion aussi essentiels que la prévention des atteintes ou l'information et la participation des administrés à la prise de décisions publiques. Le droit à l'information et à la participation fait tout particulièrement écho à la reddition de compte en ce que son exercice permet sans conteste à ses bénéficiaires d'obtenir la communication de données environnementales et d'émettre librement une opinion et des suggestions. La soumission à autorisation préalable de nombreuses activités économiques ou plus globalement de projets – mécanisme très prisé par les multiples polices administratives environnementales – constitue alors le fondement et le moment privilégié de son application concrète (1). En revanche, le droit à l'information et à la participation s'avère moins utile aux administrés pour « obtenir des comptes » une fois l'activité ou le projet validé par les pouvoirs

2. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n° 51, 2 mars 2015.
3. Le droit à un environnement sain avait d'ores et déjà été consacré par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement et figure depuis la création du Code de l'environnement (C. envir.), en septembre 2000, à l'article L. 101-2 de ce code. L'acquisition d'une dimension constitutionnelle en 2005 a renforcé l'autorité juridique du droit à l'environnement envers le législateur.
4. Les droits-créances sont classiquement distingués des droits subjectifs. Les premiers ne sont opposables qu'aux pouvoirs publics qui doivent faire en sorte, par leurs actions, d'en assurer l'effectivité ; tous les administrés peuvent, en revanche, se prévaloir des droits subjectifs à l'encontre des acteurs publics comme privés.
5. Conseil constitutionnel (Cons. const.), 10 décembre 2020, n° 2020-809 DC « loi betteraves », à propos de la dérogation à l'interdiction d'usage de substances contenant des néonicotinoïdes pour le traitement des semences de betteraves ; Cons. const., 12 août 2022, n° 2022-843 DC, à propos de dispositions dérogatoires concernant le déploiement d'un terminal méthanier flottant pour cinq ans et certaines installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles, prévues par la loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (loi n° 2022-1158, 16 août 2022, *JORF* n° 189, 17 août 2022).
6. Conseil d'État (Cons. État), ord., 20 septembre 2022, n° 451129 ; Tribunal administratif (TA) Marseille, ord., 5 octobre 2022, n° 2208000 ; TA Lille, 14 octobre 2022, n° 2207659.

publics. La surveillance de l'activité et les résultats des contrôles administratifs pratiqués restent en effet et, sauf exception, circonscrits à la seule sphère publique (2).

1. Les justifications de la création d'un projet d'entreprise générateur de risques environnementaux

La nécessité d'une ou plusieurs autorisations administratives pour réaliser un aménagement, un équipement, exploiter une activité, expérimenter, commercialiser une substance ou un produit susceptible d'avoir des effets significatifs sur l'environnement va contraindre les entreprises à fournir aux autorités compétentes les éléments leur permettant de statuer en toute connaissance de cause. En principe, les informations et justifications environnementales transmises aux services instructeurs par les pétitionnaires sont également fournies aux administrés dans le cadre de procédures qui les associent à la prise de décision (1.1). Les entrepreneurs et porteurs de projets ne peuvent faire valoir qu'à titre exceptionnel le secret ou *a minima* la confidentialité pour éviter la communication des données aux administrés (1.2).

1.1. L'association du public à la prise de décision administrative

La consécration constitutionnelle du droit à l'information et à la participation est allée de pair avec un élargissement significatif du champ d'application de ce principe. Alors que la loi du 2 février 1995 l'avait circonscrit aux seuls « projets », l'article 7 de la Charte de l'environnement en fait un préalable lors de l'édiction des « décisions » ayant un effet significatif sur l'environnement[7]. Nonobstant le règlement tardif de ce hiatus terminologique[8], ce sont les conséquences environnementales qui, de façon constante, déterminent la nécessité d'une procédure participative et ajustent ces modalités en fonction de l'ampleur des incidences. L'impact environnemental conduit à envisager l'organisation du droit à l'information et à la participation simultanément et de façon précoce pour qu'au-delà de la présentation d'un dossier au public, un véritable échange puisse s'instaurer entre administrés, porteur de projet et autorité compétente pour l'autoriser.

7. Ce différentiel terminologique est à l'origine de l'inconstitutionnalité de nombreuses dispositions législatives du Code de l'environnement : l'absence de mécanisme participatif et/ou son organisation exclusive par voie réglementaire ont conduit, à l'issue de multiples QPC, à l'abrogation des articles de loi pour incompétence négative du législateur car, selon l'article 7 de la Charte, les conditions et les limites du droit à l'information et à la participation doivent être définies par la loi. Voir, par exemple, Cons. const., 14 octobre 2011, n° 2011-183/184 QPC, *FNE* ; Cons. const., 14 octobre 2011, n° 2011-182 QPC ; Cons. const., 13 juillet 2012, n° 2012-262 QPC, *FNE* ; Cons. const., 27 juillet, 2012, n° 2012-270 QPC, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère*. Les décrets qui s'étaient substitués à la loi pour déterminer les mécanismes participatifs ont pour leur part été annulés par voie de conséquence : voir, par exemple, à propos de l'information des tiers préalablement à l'épandage des pesticides : Cons. const., 19 mars 2021, n° 2021-891 QPC, *Protection des riverains contre l'usage des pesticides*, et Cons. État, 26 juillet 2021, n° 437815, *Collectif des maires anti-pesticides*.

8. C. envir., art. L. 120-1 à 3 issus de l'ordonnance du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public.

1.1.1. Des procédures participatives calibrées en fonction de l'impact environnemental de la future décision

Afin d'ajuster l'ampleur des procédures à la gravité des impacts, l'ordonnance du 3 août 2016 a remplacé l'obligation de fourniture systématique d'une évaluation environnementale imposée à certains projets par un mécanisme dit du cas par cas à l'issue duquel l'évaluation ne sera requise que par une décision administrative[9]. Si cette substitution ne constitue pas en soi une méconnaissance du principe de non-régression[10], elle aboutit néanmoins à rompre la liaison automatique entre l'étude d'impact et l'enquête publique et à réduire, de façon substantielle, les hypothèses de mise en œuvre du procédé d'enquête pourtant considéré depuis sa création, en 1983, comme le modèle étalon des procédures participatives[11].

Désormais, la nécessité de l'enquête publique est circonscrite aux hypothèses des décisions ou projets relevant de l'étude d'impact systématique[12], à moins que cette procédure ne soit requise à un autre titre tel que l'adoption des documents de planification urbaine. Ainsi, les projets soumis à permis de construire ou à permis d'aménager ne sont plus soumis à enquête s'ils ont fait l'objet d'une évaluation environnementale au cas par cas[13]. Une logique identique est retenue par la loi d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020 s'agissant des projets soumis à autorisation au titre de la police des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ou de la police spéciale de l'eau, dès lors que l'étude d'impact n'est plus requise qu'au cas par cas ; le préfet peut toutefois requérir une enquête si le projet lui paraît impacter de façon importante l'environnement, présenter des enjeux socio-économiques ou susciter des impacts importants en matière d'aménagement du territoire[14]. La rétraction certaine du champ d'application de l'enquête est identifiée par ses détracteurs comme la preuve d'une volonté de réduire au minimum l'intervention d'un commissaire-enquêteur et, par-dessus tout, de limiter les risques contentieux que les prises de position de celui-ci peuvent susciter. L'avis personnel motivé que le commissaire-enquêteur doit

9. Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JORF* n° 181, 4 août 2016 ; C. envir., art. L. 122-1 et suiv. L'autorité dite du cas par cas est en principe le préfet de région et dispose de 35 jours pour se prononcer. La dispense d'évaluation au vu des effets non significatifs pour l'environnement constitue un acte préparatoire dont la légalité ne peut être contestée à l'occasion d'un recours contre la décision finale d'autorisation du projet. La soumission à évaluation, qui peut résulter d'une décision expresse ou du silence conservé pendant 35 jours, fait grief et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir après l'exercice d'un recours administratif : C. envir., art. R. 122-3, VI et VII.
10. La substitution de principe du cas par cas au mécanisme de l'étude d'impact de droit n'est pas en soi une atteinte au principe de non-régression bien qu'elle puisse aboutir à dispenser d'évaluation. En revanche, le fait d'exempter totalement d'évaluation des projets relevant de l'étude systématique méconnaît le principe législatif consacré par la loi dite de reconquête de la biodiversité du 8 août 2016 et inséré à l'article L. 110-1, I, 9° du Code de l'environnement : Cons. État, 8 décembre 2017, n° 404391, *Associations Allier Nature et FNE*.
11. Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, *JORF* n° 161, 13 juillet 1983, dite Bouchardeau, est à l'origine des articles L. 123-1 à 18 du Code de l'environnement.
12. C. envir., art. L. 123-2, I, 1°.
13. C. envir., art. L. 123-2, I, 1°, al. 3.
14. C. envir., art. L.181-10, I.

restituer à l'issue de l'enquête peut, en effet, générer des conséquences contentieuses redoutées des porteurs de projet au titre du référé-suspension particulier instauré en 1983. Des conclusions défavorables, conjuguées à un moyen faisant naître un doute sérieux sur la légalité de l'autorisation, obligent le juge administratif à prononcer la suspension de la décision donc à bloquer tous travaux ou toute exploitation jusqu'au jugement au fond[15] ; la suspension est également automatique si les réserves dont le commissaire-enquêteur a assorti son avis favorable n'ont pas été levées par le maître d'ouvrage, le juge estimant alors que l'avis est, en réalité, défavorable.

L'effacement de l'enquête n'est pas, pour autant, significatif d'une suppression de la consultation des administrés. En lieu et place de l'enquête, une consultation électronique du public doit, en effet, être organisée ; elle est prévue expressément par un texte législatif particulier[16] ou résulte, en son absence, de l'application des dispositifs « planchers » prévus par le Code de l'environnement[17]. Ce mode de participation permet à tout un chacun de prendre connaissance d'un projet ou d'une future décision et de pouvoir faire valoir ses observations dans un délai variant de 15 jours minimum à 30 jours maximum selon les hypothèses. Nonobstant sa durée, la consultation électronique n'offre pas aux administrés les mêmes garanties que l'enquête environnementale : l'information relative à l'organisation de la procédure est plus aléatoire et son déroulement repose sur les seules informations fournies par le porteur de projet, sans qu'il soit possible de solliciter des documents supplémentaires ni de faire appel à un expert indépendant, prérogatives dont est investi traditionnellement le commissaire-enquêteur[18].

En tout état de cause, l'enquête et la participation électronique souffrent d'un handicap commun : celui d'apparaître comme des consultations « aval » beaucoup trop proches de la prise de décision administrative finale pour peser réellement sur le sens de cette dernière. La tardiveté des procédures rend illusoire la « prise en compte » des avis ainsi recueillis. Aller au-delà de l'information due aux administrés en instaurant une véritable discussion avec les maîtres d'ouvrage et autorités décisionnaires suppose la promotion de participations plus précoces.

1.1.2. Une précocité garante d'un véritable dialogue entre public et porteur de projet ?

Les mécanismes participatifs précoces peinent à prendre leur essor alors que leurs atouts sont pourtant mis en avant de façon récurrente, depuis plusieurs années, pour échanger avec les administrés avant même le dépôt de la demande d'autorisation[19]. En la matière, deux procédures sont

15. C. envir., art. L.123-16. Pour une critique de la réduction du champ d'application de l'enquête, voir : Ullmann G., 2020, « Requiem pour les enquêtes publiques », chroniques juridiques du 9 et du 25 juin 2020, *Actu-environnement.com*.
16. C. envir., art. L.123-19.
17. C. envir., art. L.123-19-1 à 7.
18. Pour un tableau comparatif mettant en relief de façon exhaustive le différentiel entre procédures, voir : Ullmann G., précit., chronique juridique du 9 juillet 2020.
19. Dietenhoeffer J. *et al.* (dir.), 2021, *Modernisation de la participation du public et des procédures environnementales relatives à l'autorisation des projets et l'approbation des plans et programmes*, Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), n° 013721-01.

précurseurs mais ont fait l'objet d'une évolution dissymétrique, à l'image du dernier mécanisme de concertation créé par l'ordonnance du 3 août 2016.

La loi du 18 juillet 1985 portant décentralisation de l'aménagement est la première à avoir imposé aux auteurs de documents d'urbanisme et porteurs de projets d'aménagement d'envergure[20] l'organisation d'une concertation positionnée très tôt dans le processus de décision et s'inscrivant dans un temps plus long qu'à l'ordinaire : en effet, qu'il s'agisse d'adopter un document de planification urbaine tel que le Plan local d'urbanisme (PLU) ou d'autoriser une infrastructure routière ou portuaire, la concertation doit se mettre en place depuis la prescription du document ou la prise en considération du projet jusqu'aux arbitrages entre les parties et variantes ; ses modalités, librement définies par l'autorité compétente, doivent au surplus être proportionnelles à l'importance du projet ou du document pour faciliter les échanges avec les administrés[21]. La loi ASAP[22] du 7 décembre 2020 a élargi de façon substantielle le champ d'application de la concertation en matière d'élaboration et de gestion des documents de planification urbaine : de façon révélatrice, l'adoption et l'évolution des SCOT, PLU et cartes communales soumises à évaluation environnementale doivent automatiquement intégrer la concertation[23].

L'évolution du débat public n'est pas aussi satisfaisante. Créé par la loi Barnier du 2 février 1995[24] pour remédier à la tardiveté de l'enquête dans le processus d'autorisation des grands projets d'infrastructures, le débat permet des échanges d'une durée minimale de quatre mois[25], au moment où les arbitrages en termes de variantes n'ont pas encore été rendus. Toutefois, la procédure de débat n'a jamais connu le déploiement qui lui était promis. Son champ d'application a certes été étendu aux plans et programmes de niveau national faisant l'objet d'une évaluation environnementale[26], aux projets de construction et d'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable en mer et de leurs ouvrages de raccordement aux réseaux publics d'électricité[27] et aux projets de réforme relatifs à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire[28]. Néanmoins, la revalorisation

20. Code de l'urbanisme (C. urb.), L. 300-2 et R. 300-1 à 3 ancien du Code de l'urbanisme avant la renumérotation opérée par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (loi ALUR).
21. La concertation se déroule jusqu'à l'arrêt du projet de SCOT (Schéma de cohérence territoriale) ou de PLU s'agissant des documents d'urbanisme, jusqu'à l'adoption de la version définitive de l'aménagement pour les projets ; une enquête publique ou participation électronique sera ensuite en principe organisée avant l'entrée en vigueur ou la délivrance de l'autorisation. Le juge administratif exerce traditionnellement un contrôle de proportionnalité des modalités de concertation d'autant plus nécessaire en l'absence de toute précision textuelle : par exemple, Cons. État, 24 mai 1995, n° 150360, *Ville de Meudon*.
22. Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP), *JORF* n° 0296, 8 décembre 2020.
23. C. urb., art. L. 103-2
24. Loi n° 95-101, précit.
25. C. envir., art. L. 121-8 à 15 et R. 121-1 à 11.
26. C. envir., art. L. 121-8, IV et R. 121-1.
27. C. envir., art. L. 121-8-1.
28. C. envir., art. L. 121-10.

récente des seuils financiers caractérisant les dix catégories fondamentales d'aménagements susceptibles d'un débat[29] n'est pas de nature à rendre plus systématique son organisation. La plupart de ces seuils ont, en effet, été majorés de 50 %, certains multipliés par deux[30], alors qu'ils étaient déjà très élevés. En conséquence et mécaniquement, les possibilités de saisine de la Commission nationale du débat public (CNDP) sont immédiatement restreintes, qu'il s'agisse de la saisine obligatoire par le maître d'ouvrage ou de la saisine facultative, ouverte notamment aux associations de protection de l'environnement bénéficiant d'un agrément de niveau national ou à dix mille ressortissants majeurs de l'Union européenne résidant en France[31]. Les prérogatives de la CNDP pour décider d'organiser un débat ou de préconiser au maître d'ouvrage la mise en place d'une concertation[32] sont à l'évidence plus réduites qu'auparavant.

La concertation précoce à l'initiative des porteurs de projet, des autorités décisionnaires ou sur pétition des administrés semble aussi être marquée par l'étroitesse des hypothèses concernées. La concertation « urbanistique » créée par la loi ALUR du 24 mars 2014 est circonscrite aux projets nécessitant un permis de construire ou un permis d'aménager à l'exclusion de ceux déjà soumis à titre obligatoire à la concertation imposée dès 1985. Proposée par le maître d'ouvrage, cette procédure ne peut avoir lieu sans l'accord de l'autorité compétente[33]. Quant à l'exercice du droit de pétition reconnu par l'ordonnance du 3 août 2016 aux ressortissants de l'Union européenne, à une association agréée de niveau national ou à deux associations ou une fédération d'associations agréées au niveau régional ou départemental pour solliciter une concertation à propos de projets d'au moins 5 millions d'euros[34], son opérationnalité est altérée par la loi ASAP, adoptée en 2020. En effet, la pétition doit être adressée à la préfecture dans un délai de deux mois après publication d'une déclaration d'intention dans laquelle le maître d'ouvrage présente sommairement son projet[35]. Ce délai initial pour solliciter le préfet était de quatre

29. Décret n° 2021-1000 du 30 juillet 2021 portant diverses dispositions d'application de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique et de simplification en matière d'environnement, art. 2, *JORF* n° 176, 31 juillet 2021, portant modification de l'article R. 121-2 du Code de l'environnement.
30. À titre d'exemple, un débat n'est envisageable à propos de la création ou de l'élargissement d'une autoroute ou 2 x 2 voies qu'à la condition que le coût du projet dépasse les 230 millions d'euros ; ce seuil était de 150 millions avant la publication du décret de 2021. S'agissant des équipements industriels, le seuil initial de 150 millions d'euros a été porté à 300 millions, seuil dont le Conseil d'État a d'ailleurs considéré, à propos d'un centre de traitement des déchets, qu'il s'applique au bâtiment vide et non aux équipements de traitement : Cons. État, 28 décembre 2005, n° 277128, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*.
31. C. envir., art. L. 121-8.
32. La CNDP dispose d'un délai de deux mois pour statuer. Elle peut s'opposer à tout débat ou concertation, décider d'organiser et de piloter elle-même le débat ou bien privilégier une concertation à la charge du maître d'ouvrage. Dans cette dernière hypothèse, un garant est désigné pour vérifier le bon déroulement de la concertation : C. envir., art. L. 121-9.
33. C. urb., art. L. 300-2.
34. C. envir., art. L. 121-17-1 et 18. Ce seuil correspond aux dépenses prévisionnelles pour un projet réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique et au montant total des subventions publiques à l'investissement accordées sous forme d'aide financière nette pour les projets privés.
35. C. envir., art. L. 121-19, I, al. 4 modifié par la loi n° 2020-1525, précit., art. 43.

mois avant que la loi ASAP ne le divise par deux. Au demeurant, rien n'oblige le représentant de l'État à recourir à une telle concertation.

Le déploiement des procédures participatives précoces, les plus à mêmes d'associer réellement les administrés à la réflexion en matière environnementale (que celle-ci débouche ou non sur une décision administrative), apparaît donc très perfectible. Par-delà la diversité des mécanismes qui nuit à la lisibilité de l'ensemble, la mobilisation quasi-systématique des seuils financiers, pourtant discutable en termes environnementaux[36], empêche la généralisation d'une « reddition de compte » mieux positionnée dans le processus administratif. En 2019, le juge administratif a pourtant validé le recours aux seuils financiers car les règles européennes ne les prohibent qu'à propos des procédures « aval » telles que l'enquête[37]. L'application de la Convention d'Aarhus suscitera peut-être une évolution plus décisive. Dans un arrêt du 15 novembre 2021, le Conseil d'État a, en effet, admis l'application directe en droit interne de la disposition imposant aux États signataires d'initier la participation « au début de la procédure [...] lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une influence[38]. » La possibilité nouvelle d'invoquer cette obligation à l'encontre d'un acte administratif, tel qu'une autorisation, pourrait conduire les pouvoirs publics, sous la menace d'annulations, à clarifier et à élargir les hypothèses actuelles de concertation précoce.

Le positionnement optimal du processus participatif doit se conjuguer avec la qualité et la densité des données fournies au public. Ce dernier doit pouvoir identifier correctement les enjeux environnementaux d'un projet pour lequel une autorisation est sollicitée.

1.2. L'exclusion de la confidentialité et la limitation des secrets en matière de données environnementales

Le droit à l'information en matière environnementale est indissociable du droit à la participation : comment, en effet, faire valoir une opinion sans avoir pu disposer au préalable des éléments adéquats ? Conformément à l'article 7 de la Charte de l'environnement, le législateur a retenu une conception très large de la donnée environnementale accessible aux administrés

36. Le critère financier, longtemps utilisé par la réglementation française pour calibrer le champ d'application de l'étude d'impact, n'a été abandonné qu'en 2011 alors qu'il s'agissait d'une méconnaissance grossière des dispositions communautaires applicables en matière d'évaluation.

37. Cons. État, 13 mars 2019, n° 414930, *FNE* : les directives n° 2001/42/CE du 27 juin 2001 et n° 2011/92/UE du 13 décembre 2011 ne sont applicables qu'aux procédures participatives mises en œuvre après le dépôt d'une demande d'autorisation. Dès lors, tous les seuils financiers utilisés pour déterminer le champ d'application du débat ou encore du droit de pétition sont légaux.

38. Convention d'Aarhus, 15 juin 1998, art. 6, § 4. Cons. État, 15 novembre 2021, n° 434742, *Association Force 5*. En l'occurrence, l'autorisation d'exploiter une centrale de production d'électricité à Landivisiau a été validée bien que l'article L. 311-5 du Code de l'énergie n'ait défini aucune procédure de participation précoce du public. Le juge administratif a considéré que le principe même du projet, ses caractéristiques fondamentales, sa localisation avaient été présentés aux administrés dans le cadre d'une conférence régionale sur l'énergie, accessible au public et programmée pendant deux ans avant l'édiction de l'acte contesté.

dès lors qu'elle est « détenue, reçue ou établie par les autorités publiques[39] ». Le droit à l'information a d'ailleurs été décliné en matière de déchets, de risques majeurs, d'organismes génétiquement modifiés (OGM) et de sûreté nucléaire.

Dès lors que l'initiateur d'un projet ou le pétitionnaire d'une autorisation s'inscrit dans le cadre d'une procédure participative, les informations et justifications environnementales fournies au service instructeur sont, en principe, également communiquées aux administrés. Exceptionnellement, certains éléments ne seront divulgués que tardivement ou circonscrits à la sphère administrative.

1.2.1. La communication d'évaluations environnementales complètes au public

Dès lors qu'une évaluation environnementale fait partie des pièces d'un dossier administratif devant donner lieu à une décision, notamment d'autorisation, les données de cette étude sont par principe communicables au public. Volet essentiel de la justification environnementale d'un projet pour l'autorité publique appelée à se prononcer, l'évaluation est tout aussi primordiale pour les administrés désireux d'en comprendre les enjeux et les risques. Aide à la prise d'une décision publique éclairée, respectueuse du principe de prévention des atteintes ou à défaut de leur compensation, l'évaluation permet également aux administrés d'appréhender en temps utile les conséquences environnementales d'un projet pour s'en prémunir et se préparer à contester une décision administrative trop timorée. Il est dès lors essentiel que le champ d'application de l'évaluation ne soit pas défini *a minima* et que son contenu soit de qualité.

À ces deux égards, les normes européennes ont été décisives. Ainsi, la transposition correcte des directives « Habitat[40] » et « Évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement[41] » a contraint le gouvernement français à recourir par deux fois au mécanisme dit de la clause filet. Sa mise en œuvre conduit à soumettre à évaluation des projets susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine mais qui, sans cette clause, en seraient dispensés du fait de leur dimension insuffisante ou de leur localisation[42]. La production d'une évaluation du fait de la mobilisation de la clause filet s'accompagnera mécaniquement d'une procédure permettant l'information et la participation du public.

39. C. envir., art. L. 124-1.
40. Directive n° 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.
41. Directive n° 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.
42. Les articles L. 415-4 IV bis et R. 414-29 du Code de l'environnement permettent à l'autorité préfectorale d'imposer la réalisation d'une évaluation Natura 2000 aux porteurs de projets dont l'emprise est extérieure à un site Natura 2000 mais qui sont néanmoins susceptibles de l'affecter significativement. L'article R. 122-2-1, issu du décret du 25 mars 2022, reprend cette même logique s'agissant des projets qui ne sont pas visés par la nomenclature des études d'impact, après que le Conseil d'État a constaté, dans un arrêt du 15 avril 2021, la méconnaissance de la directive n° 2011/92/UE et enjoint au gouvernement d'y remédier dans les neuf mois : Cons. État, 15 avril 2021, n° 425424, *FNE et FNE Allier*.

L'Union européenne est également à l'origine de l'amélioration substantielle de la qualité des évaluations produites. L'évolution du contenu de l'étude d'impact dont sont redevables certains porteurs de projets est particulièrement significative. Dès 1983, les normes communautaires successives ont enrichi le contenu de l'évaluation, initiée par la loi de protection de la nature du 10 juillet 1976. L'analyse de tous les effets directs et permanents d'un projet doit être complétée par celle des effets indirects et temporaires, au titre d'une appréhension d'ensemble, quels que soient le fractionnement dans le temps et l'espace des travaux et la multiplicité des maîtres d'ouvrage[43] ; les incidences du projet sur le climat et sa vulnérabilité au changement climatique sont étudiées en mettant en lumière les protocoles et techniques utilisés. La justification environnementale suppose une réflexion sur les solutions de substitution raisonnables et la mise en œuvre du protocole ERC (« éviter, réduire, compenser ») pour remédier aux impacts environnementaux en déclinant successivement l'évitement, la réduction, puis la compensation des inconvénients. Le rédacteur de l'évaluation est au surplus tenu de fournir un résumé non technique afin de faciliter l'intelligibilité du document, par nature très scientifique et qui tend à toujours plus de sophistications[44]. Parce que réalisée sous la responsabilité du pétitionnaire, la fiabilité de l'étude d'impact a longtemps été mise en doute : quoi de plus naturel, il est vrai, de présenter sous son meilleur jour un projet ou une activité dont la réalisation ou l'exploitation doit emporter l'adhésion de l'autorité chargée de l'autoriser ? La minimisation, voire l'omission, des conséquences environnementales risque toutefois d'induire en erreur les services administratifs et de tromper le public, à moins que ce dernier puisse se prévaloir des insuffisances de l'évaluation sur le terrain contentieux pour obtenir l'annulation de l'autorisation. Néanmoins, depuis l'arrêt Ocréal, seules les anomalies susceptibles d'influer sur le sens de la décision ou d'altérer l'information du public constituent une illégalité alors que les imprécisions, maladresses, incohérences marginales de l'étude, bien que potentiellement problématiques en termes de compréhension du projet et de ses effets, restent sans conséquence[45]. L'instauration, par la loi dite Grenelle 2[46], d'une Autorité environnementale (AE) chargée de s'assurer du sérieux des évaluations[47] a toutefois largement contribué à leur amélioration qualitative, après qu'ont été levées les suspicions quant à l'indépendance fonctionnelle des services de l'État chargés de cette mission[48]. Bien que l'AE se défende

43. C. envir., art. L. 122-1 ; TA Guyane, 11 février 2019, n° 1800145 ; Cons. État, 1er février 2021, n° 429790, *Société Le Castellet-Faremberts*.

44. C. envir., art. L. 122-3 et R. 122-5.

45. Cons. État, 14 octobre, 2011, n° 323257, *Société Ocréal*. Cet arrêt est précurseur de la jurisprudence dite de danthonysation, en référence à l'arrêt *Danthony*, rendu le 23 décembre 2011 (Cons. État, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033). L'objectif est de limiter les conséquences des vices de forme ou de procédure en neutralisant ceux d'entre eux qui n'ont pas remis en cause une garantie dévolue aux administrés ni eu d'influence sur la décision contestée.

46. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 160, 13 juillet 2010.

47. C. envir., art. R. 122-6 et 7.

48. La méconnaissance de la jurisprudence européenne *Seaport* (CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-474/10) imposant une indépendance fonctionnelle entre l'autorité administrative chargée d'apprécier le sérieux de l'évaluation et l'autorité compétente pour autoriser le projet a conduit la juridiction administrative à prononcer de multiples annulations. Le cumul de fonctions au profit du préfet de région constitue à l'évidence une illégalité : par

d'effectuer une contre-expertise et, *a fortiori*, de se prononcer sur l'opportunité d'un projet ou d'un document, son avis peut s'avérer déterminant. Intégré au dossier communiqué au public, il peut fournir aux administrés désireux de contester le projet des éléments précieux pour élaborer une stratégie contentieuse. Pour apprécier le bien-fondé d'un moyen relatif à l'insuffisance d'une évaluation, le juge administratif se réfère très volontiers à cet avis technique qu'il s'agisse de suspendre une autorisation ou de l'annuler[49]. Les porteurs de projets ont donc tout intérêt à prendre en considération l'avis simple de l'AE avant d'avoir à en subir les conséquences contentieuses, ce constat étant également valable pour l'autorité administrative décisionnaire qui n'aurait pas réagi à temps pour enjoindre au pétitionnaire d'améliorer son dossier.

Outre l'évaluation des impacts, les candidats à l'obtention de certaines autorisations administratives doivent justifier de leurs capacités techniques[50] et financières pour gérer correctement le projet au regard des impératifs de protection de l'environnement et même faire face aux accidents potentiels qu'ils auront dû répertorier dans une étude spécifique dite de dangers[51]. Cette obligation s'applique notamment en matière d'exploitation d'une installation classée relevant du régime de l'enregistrement et *a fortiori* du régime de l'autorisation, soit les deux classements correspondant dans la nomenclature des ICPE au niveau de risque élevé[52]. Ces éléments doivent être intégrés au dossier d'enquête ou de consultation des administrés ; à défaut, l'information est insuffisante et l'autorisation délivrée dans de telles conditions est illégale, le service instructeur ne pouvant pas justifier la présentation au public d'un dossier incomplet au nom de la confidentialité de certaines données financières ou comptables[53].

Par principe en effet, les règles environnementales ne satisfont qu'exceptionnellement la volonté de confidentialité ou de secret des porteurs de projet.

exemple, Cons. État, 5 février 2020, n° 425451. Le décret n° 2020-844 du 3 juillet 2020 distingue désormais plus clairement l'autorité chargée du cas par cas et l'autorité environnementale et a modifié en conséquence les articles R. 122-3 à 22-4 du Code de l'environnement

49. Cons. État, 28 juin 2017, n° 400009, *SAS Pio de Maoron* ; Cour administrative d'appel (CAA) Bordeaux, 14 mars 2014, n° 15BX02701.

50. Aucun texte n'a jamais répertorié précisément les éléments susceptibles de justifier de cette capacité mais, en pratique, sont fournis les diplômes, les attestations des formations suivies, une présentation du personnel employé et de ses tâches.

51. C. envir., art. L. 181-25 : l'étude, requise pour tous les projets soumis à autorisation au titre de la police des installations classées doit répertorier les risques environnementaux et sanitaires auxquels l'installation peut exposer, directement ou indirectement, en cas d'accident, que la cause soit interne ou externe à l'installation mais aussi définir et justifier les mesures propres à réduire la probabilité et les effets de ces accidents.

52. C. envir., art. L. 181-1 pour les ICPE de classe A ; L. 512-7 et suiv. pour les ICPE de classe E.

53. CAA Nantes, 29 novembre 2013, n° 12NT01516 ; à propos de l'absence d'éléments relatifs aux capacités financières d'un éleveur dans le dossier d'enquête, bien que celui-ci ait remis les informations au service instructeur sous pli confidentiel. Toutefois, en application de l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 et depuis le 1er mars de la même année, la disponibilité des capacités financières est appréciée lors de la réalisation du projet et non plus au jour du dépôt de la demande afin d'éviter un refus au seul motif que le montage financier du projet n'est pas définitif au stade de la demande : C. envir., art. L. 181-27 et D. 181-15-2, I, 3°.

1.2.2. L'opposabilité limitée du secret en matière d'information environnementale

Le maintien du secret pour faire obstacle à l'information du public et, par là même, endiguer ses réactions n'est admis que dans des hypothèses désormais très étroites. Qu'il s'agisse des secrets publics et des secrets privés, l'unanimité des textes constitutionnels, internationaux et européens impose en effet d'en circonscrire strictement l'usage pour ne pas dévoyer le droit de chacun d'être d'informé et de participer à la prise de décision s'il le souhaite.

Par principe, le fait que le pétitionnaire sollicite la confidentialité sur certains éléments de son dossier dont il ne souhaite pas la divulgation au public lors de la procédure de consultation ou même après celle-ci ne contraint pas l'autorité administrative. Cette dernière doit apprécier la pertinence de la demande et la réalité des risques résultant de la divulgation. La procédure d'enregistrement d'une installation classée est ainsi révélatrice de l'étendue du pouvoir d'appréciation du préfet : la loi n'impose la confidentialité au détriment de l'information des administrés qu'en cas d'impératifs de défense nationale[54]. De la même façon, l'autorité administrative compétente pour autoriser la commercialisation d'une substance chimique apprécie le bien-fondé d'une demande de confidentialité à propos d'informations commercialement sensibles dont la diffusion pourrait nuire au secret des affaires[55]. Le secret de la formule intégrale des mélanges doit en revanche être préservé par les autorités administratives vis-à-vis du public[56].

Pour autant, les effets potentiels sur l'environnement et/ou la santé commandent, la plupart du temps, la diffusion ou *a minima* la communication des informations.

La dissémination dans l'environnement de plantes génétiquement modifiées (PGM) ou encore l'autorisation de mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques constituent, à cet égard, de bons exemples des impératifs communautaires auxquels doivent se plier les entreprises semencières et pharmaceutiques tout autant que les pouvoirs publics. Ainsi, après renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le Conseil d'État a annulé le refus de communiquer à un administré la localisation « à la parcelle » des expérimentations en plein champ de semences de plantes génétiquement modifiées ayant bénéficié d'une autorisation ministérielle : ni le secret de la sécurité publique ni la volonté de limiter les risques d'atteinte à l'ordre public provoqués par les faucheurs d'OGM ne pouvaient justifier cette décision[57]. Parallèlement, la Cour

54. C. envir., art. L. 512-7-1 : ne peuvent ni figurer dans le dossier de la demande d'enregistrement mis à la disposition du public ni être communiqués des éléments soumis à des règles de protection du secret de la défense nationale ou nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la défense nationale.

55. C. envir., art. L. 521-7 : les autorités compétentes peuvent privilégier un accès restreint aux informations.

56. C. envir., art. L. 521-7, dernier al., art. D. 521-2-11 : l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), compétente pour autoriser la mise sur le marché, doit veiller à ce que les éléments fournis par le pétitionnaire ne soient accessibles qu'à un nombre restreint de personnes, tenues au secret professionnel ; ces règles sont également appliquées aux personnels des centres antipoison.

57. Cons. État, 21 novembre 2007, n° 280969, *Commune de Sausheim*, et CJCE, 17 février 2009, *Commune de Sausheim c/ Azelvandre*, aff. C-552/07. Le tribunal administratif de Paris avait quelques années plus tôt déjà annulé le refus, opposé par le ministre de l'Agriculture, de communiquer à une association la liste des communes sur le territoire desquelles des expérimentations dites en plein champ étaient menées : TA Paris, 1er mars 2001, n° 0008412/7, *FNE*.

de justice de l'Union européenne écarte l'application du secret industriel et commercial, pourtant systématiquement invoqué par les entreprises à propos de la composition de leurs produits, dès lors que leur fabrication ou leur utilisation génère des émissions ou disséminations dans l'environnement : le dossier que ces entreprises doivent présenter au service instructeur et au public pour obtenir une autorisation de mise sur le marché ne peut pas, sous prétexte de secret industriel, être expurgé des données relatives aux substances actives entrant dans la composition du produit[58].

L'obtention de l'une des autorisations requises au titre de la protection de l'environnement oblige finalement l'entrepreneur à rendre des comptes au public avant même la prise de décision administrative. Il prend d'ailleurs en charge financièrement les mécanismes d'information et de participation. La validation par l'autorité compétente marque cependant une rupture car les administrés vont être la plupart du temps tenus à l'écart du fonctionnement des activités ou de la réalisation des projets.

2. L'inexistence d'un principe de « reddition de compte » du fonctionnement des activités au profit des administrés

Après avoir bénéficié d'une ou plusieurs autorisations administratives, l'exploitant reste tenu de rendre compte aux autorités compétentes qui doivent veiller *a minima* au respect de la législation environnementale. Dans ce contexte, une place réduite est faite aux administrés, à moins qu'ils ne soient exposés à des risques majeurs qui justifient alors la définition de procédures permettant un suivi régulier.

2.1. L'association non systématique du public au contrôle administratif de l'activité ou de l'exploitation

La police des installations classées pour la protection de l'environnement, qui constitue en matière de prévention des pollutions et des nuisances une véritable référence tant juridique qu'opérationnelle[59], est représentative du faible rôle accordé au public une fois que l'exploitation a bénéficié d'une autorisation. Sauf exceptions très circonscrites, l'exploitant ne rend des comptes qu'à l'administration, à charge pour elle, dans de rares hypothèses, de tenir informés les administrés.

2.1.1. L'information privilégiée des autorités administratives par l'exploitant

L'exploitant d'une installation classée doit informer l'autorité administrative des évolutions relatives à son activité. En raison de ses conséquences potentielles pour l'environnement ou le

58. CJUE, 23 novembre 2016, *Association néerlandaise de protection des abeilles c/ Bayer*, aff. C-442/14, et CJUE, 23 novembre 2016, *Commission européenne c/ Stichting Greenpeace et PAN Europe*, aff. C-673/13P.

59. Cette police administrative s'applique à plus de 500 000 installations de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ainsi qu'à des installations nécessaires à l'exécution des services publics.

voisinage, le caractère substantiel des changements envisagés ou déjà opérationnels commande alors de réitérer la procédure initiale de soumission à autorisation qui intègre la participation du public[60]. En dépit des enjeux, aucun texte ne définit de critères très précis permettant d'identifier clairement ce qu'est un changement substantiel, en dehors des hypothèses de franchissement des seuils quantitatifs caractéristiques de la nomenclature et du transfert de l'installation sur un autre emplacement[61]. Quant au fait de corréler la qualification de changement substantiel avec la nécessité de réaliser une nouvelle évaluation environnementale[62], elle n'est guère plus parlante puisqu'elle assimile abusivement la cause et la conséquence…

L'autorité administrative dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation dont la mise en œuvre reste sujette à interprétation et, partant, à contentieux. L'augmentation du cheptel[63], du volume de produits dangereux détenus sur site qui induisent un changement de classe dans la nomenclature ICPE constituent à l'évidence un changement substantiel. Des modifications sans changement de classe mais entraînant des dangers ou inconvénients nouveaux pour le voisinage et l'environnement ou augmentant de manière sensible les dangers ou inconvénients de l'installation nécessitent également la réitération de la procédure d'autorisation[64]. Ainsi, l'adjonction d'un élevage relevant seulement de la classe déclarative à un élevage existant soumis à autorisation nécessite l'obtention d'une nouvelle autorisation, délivrée après présentation d'une évaluation environnementale et d'une consultation du public, car cette évolution rend plus aiguë la problématique de la gestion des effluents[65].

Si l'évolution de l'activité, de l'installation ou de l'ouvrage n'apparaît pas comme un changement substantiel, l'intervention administrative se limite à l'édiction de prescriptions préfectorales complémentaires sans qu'aucune information des administrés ne soit nécessaire ; le public est tout simplement exclu du dialogue qui s'instaure alors entre l'exploitant et l'administration décisionnaire et cette dernière se contente, au mieux, de solliciter l'avis de services et commissions spécialisés[66]. Toutefois, l'intervention du Conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques (CODERST) n'est pas systématique[67], son avis comme celui de la Commission départementale des sites est sollicité discrétionnairement par

60. La réitération de la procédure initiale est imposée à toutes les classes d'ICPE : art. L. 181-14 *a contrario* pour les ICPE de classe A et L. 512-15 du Code de l'environnement pour les ICPE de classes E et D.
61. C. envir., art. R. 512-33 relatif aux ICPE de classe A, abrogé en 2017 à la suite de la création de l'autorisation environnementale et remplacé par R. 181-46, lequel ne vise plus l'hypothèse du transfert d'emplacement. C. envir., art. R. 512-46-23 relatif aux ICPE de classe E.
62. C. envir., art. R. 181-46.
63. Voir, par exemple, pour un passage de la classe D au régime de l'autorisation : TA Grenoble, 7 octobre 1998, n° 9503277.
64. Cons. État, 2 avril 2003, n° 219841.
65. TA Nancy, 26 février 2002, n° 001396 : à propos de l'adjonction d'une activité déclarée – en l'occurrence, un élevage de porcs – à un élevage bovin déjà autorisé. L'exigence d'une nouvelle autorisation s'impose car le plan d'épandage des effluents doit être modifié.
66. C. envir., art. R. 181-45.
67. C. envir., art. R.181-45, al. 5.

le préfet. Le caractère facultatif de la consultation du CODERST est préjudiciable à l'information des administrés car, par le biais des personnes « qualifiées » qui siègent au nombre de treize dans cette commission[68], le public peut indirectement faire entendre sa voix.

Dans ce contexte, les installations classées dites IED[69] car soumises à l'application de la directive européenne relative aux émissions industrielles[70] constituent une exception. En effet, l'obligation de réexamen périodique des conditions de fonctionnement et des pollutions émises après que les instances européennes ont publié les éléments relatifs aux meilleures techniques disponibles suppose la soumission au préfet d'un dossier afin que ce dernier vérifie l'actualisation du fonctionnement de l'installation et le respect des valeurs limites d'émissions[71] ; ce dossier doit être mis à la disposition du public avant que le préfet statue sur la nécessité de modifier ou non les prescriptions de fonctionnement[72].

Peu informés du fonctionnement régulier des installations, les administrés le sont encore moins des dysfonctionnements constatés à l'occasion des contrôles pratiqués ou réceptionnés par l'inspection des installations classées. Les résultats de ces contrôles ne sont pas diffusés au public. La réaction préfectorale pour faire face aux conséquences d'un accident ou d'un incident survenu dans l'installation est, au mieux, précédée de la consultation du CODERST[73].

Quant aux problématiques environnementales inhérentes à la cessation d'activité : mise en sécurité du site, remise en état ou réhabilitation, accréditation administrative d'un tiers se substituant à l'exploitant, elles sont également traitées en cercle administratif restreint dont le public ne fait pas partie[74].

Quelques dispositions législatives éparses dérogent cependant à ce huis clos.

2.1.2. L'information directe et plus aléatoire des tiers par l'exploitant ou le propriétaire du terrain

Parce qu'elles sont susceptibles d'avoir un impact sur l'environnement, la santé des tiers ou plus prosaïquement leurs activités économiques, la mise en œuvre de certaines pratiques

68. En application des décrets n° 2006-665 du 7 juin 2006 et n° 2006-672 du 8 juin 2006, le CODERST, présidé par le préfet, est composé de 6 représentants des services de l'État, du directeur de l'agence régionale de santé, de 5 représentants des collectivités, 3 représentants d'associations agréées de consommateurs, de pêche et de protection de l'environnement, 3 membres de professions ayant leur activité dans les domaines de compétence de la commission, 3 experts et 4 personnalités qualifiées, dont au moins un médecin.
69. *Industriel Emission Directive*.
70. Directive n° 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution).
71. C. envir., art. L. 515-29 et art. R. 515-71 et 72.
72. C. envir., art. L. 515-29 et R. 515-76 et 77. Jusqu'à l'intervention de la loi du 10 août 2018 « société de confiance », la procédure requise était une enquête publique aux enjeux contentieux autrement plus aigus : voir *supra* note 12.
73. C. envir., art. L. 512-20.
74. C. envir., art. L. 512-21 et 22.

agricoles doit être précédée d'une information préalable, dispensée directement au public par l'exploitant. Ainsi, l'exploitant agricole qui met en culture des organismes génétiquement modifiés doit informer, préalablement aux semis, les exploitants des parcelles entourant ces cultures[75]. Cette obligation d'information directe, qui s'ajoute à la nécessité première d'une déclaration administrative, a clairement une visée économique : il s'agit avant tout de prévenir les exploitants voisins d'une potentielle contamination de leurs propres cultures, lesquelles deviendraient alors elles-mêmes, quel que soit le taux de contamination, des cultures OGM dont la commercialisation nécessite une autorisation de mise sur le marché spécifique[76]. Au surplus, l'utilisateur de plantes génétiquement modifiées engage de plein droit sa responsabilité pour réparer les préjudices subis en cas de contamination excédant le taux de 0,9 %, seuil imposant l'étiquetage des produits comme comportant des OGM[77]. La formulation particulièrement maladroite du Code rural restreint toutefois le bénéfice de cette information aux exploitants des parcelles les plus proches qui « entourent » la parcelle ensemencée aux PGM en excluant ceux d'entre eux qui sont trop éloignés, alors qu'aucune distance de précaution n'a jamais été imposée à l'usage des plantes génétiquement modifiées[78] et que la dissémination dans l'environnement est susceptible de générer des conséquences sur des parcelles qui ne font pas l'objet d'une exploitation agricole. L'obtention précoce de l'information ne peut alors passer que par la consultation du registre administratif de mise en culture des OGM, accessible sur les sites Internet des préfectures[79]. Quant à l'engagement éventuel de la responsabilité de l'exploitant utilisateur de PGM, il supposera la mise en œuvre des règles de droit commun, soit la faute ou *a minima* l'imprudence, ce qui s'annonce très ardu, tout particulièrement pour obtenir réparation du préjudice écologique.

De façon comparable, l'exploitant agricole doit, avant chaque épandage de produits phytopharmaceutiques, informer précisément le public sur les dates, lieux et horaires. Cette contrainte, imposée par le Conseil d'État[80], doit être exécutée selon les modalités prescrites par les chartes

75. Code rural et de la pêche maritime (C. rur. et pêch. mar.), art. L. 663-1, al. 2.

76. CJUE, 6 septembre 2011, *Heinz Bablok e.a.*, aff. C-442/09, *Rec.*, 2011 I-07419. Le juge administratif français avait, en 2001, conclu à l'inverse qu'une faible contamination de récoltes issues de semences traditionnelles n'avait pas pour conséquence d'imposer la qualification d'OGM à ces récoltes : Cons. État, 1er octobre 2001, n° 225008, *Greenpeace France*.

77. C. rur. et pêch. mar., art. L. 663-4.

78. C. rur. et pêch. mar., art. L. 663-2, dernier al. : les décrets prévus pour définir ces distances n'ont jamais été publiés.

79. C. rur. et pêch. mar., art. L. 663-1, dernier al.

80. Cons. État, 26 juillet 2021, n° 437815. Le juge administratif décline les conséquences directes et indirectes de l'inconstitutionnalité de la procédure d'adoption des chartes d'engagement issues de la concertation avec les syndicats agricoles, telle que fixée par l'article L. 253-8 dans sa version issue de la loi EGALIM du 30 octobre 2018. C'est au législateur et non au seul pouvoir réglementaire qu'il revient de définir les modalités d'information et de participation du public s'agissant de décisions ayant une incidence significative sur l'environnement. En l'occurrence, l'incompétence négative du législateur est doublement constatée car le texte ministériel qui s'est substitué à la loi a, au surplus, circonscrit la procédure participative aux seuls riverains alors que le principe de participation bénéficie à tous les administrés : Cons. const., 19 mars 2021, n° 2021-891 QPC, *JORF* n° 68, 20 mars 2021. Le Conseil d'État est donc contraint par voie de conséquence d'annuler le décret du 27 décembre 2019 relatif aux chartes d'engagement après avoir relevé une seconde défaillance, l'absence de procédé d'information du public avant chaque épandage.

d'engagement négociées par l'État avec les organisations agricoles[81]. Elle est d'autant plus importante que les chartes ont pour objet principal de réduire les distances minimales de protection des tiers, fixées par arrêté ministériel[82]. La qualité de l'information dispensée et, par conséquent, son efficacité est donc étroitement liée à la précision des chartes validées par les préfectures.

La loi s'avère bien plus rigoureuse envers les vendeurs ou bailleurs de terrains ayant accueilli une ancienne installation classée soumise à autorisation ou incluse dans un secteur dont la pollution des sols a été identifiée. Qu'ils aient été ou non les exploitants et responsables de cette pollution, ils doivent en informer les acquéreurs ou locataires ; la résolution du contrat, une réduction du prix ou du loyer peut être sollicitée dans les deux ans qui suivent la découverte de l'impropriété du terrain à la destination précisée dans le contrat[83]. L'information n'est toutefois dispensée que dans le cadre de contrats précis, les voisins des terrains concernés n'en bénéficient pas. Les sanctions attachées à cette obligation sont lourdes, particulièrement à l'encontre d'un vendeur dont la connaissance du risque peut ne pas être optimale. Toutefois, elles se justifient d'autant plus lorsque les administrés peuvent être exposés à des risques majeurs. Dans ces circonstances, il ne s'agit plus seulement d'informer les acquéreurs ou locataires et ce, dès l'annonce immobilière[84], mais de l'instauration d'un véritable suivi au profit de tous les administrés concernés, lequel est pris en charge conjointement par l'exploitant et les pouvoirs publics.

81. C. rur. et pêch. mar., art. L. 253-8, III ; art. D. 253-46-1-2 modifié par le décret n° 2022-62 du 25 janvier 2022, art. premier.
82. Les distances fixées par arrêté en 2019 ont été jugées insuffisantes car méconnaissant le principe de précaution s'agissant des substances dont le caractère cancérogène, mutagène ou reprotoxique est suspecté (dites CMR2) : Cons. État, 26 juillet 2021, n° 437815. Ces distances minimales de principe sont de 10 mètres en cas d'épandage sur cultures hautes et de 5 mètres sur cultures basses ; les chartes peuvent les réduire à 5 et 3 mètres. La pulvérisation des substances CMR avérées ne peut en revanche être effectuée à moins de 20 mètres des lieux de résidence et autres lieux fréquentés habituellement par des tiers. À la suite de l'annulation prononcée par le Conseil d'État, un nouvel arrêté du 25 janvier 2022 a été édicté sans définir les distances requises, l'échéance ayant été repoussée à octobre 2022 (NOR : AGRG2202398A, *JORF* n° 21, 26 janvier 2022). Un projet de texte soumis à consultation publique du 28 novembre au 18 décembre 2022 prescrit, conformément aux annonces gouvernementales, une distance incompressible de 10 mètres pour les substances préoccupantes CMR2, mais n'est toujours pas entré en vigueur. En conséquence, le Conseil d'État a enjoint au gouvernement d'agir dans un délai maximal de deux mois – soit avant le 23 février 2023 – et assortit cette injonction d'une astreinte de 500 euros par jour de retard : Cons. État, décembre 2022, n° 462352.
83. C. envir., art. L. 514-20 : à propos du devoir d'information à propos des terrains ayant accueilli d'anciennes ICPE ; le vendeur, s'il est l'exploitant, doit au surplus indiquer par écrit à l'acheteur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives. L'acte de vente atteste de l'accomplissement de cette formalité. C. envir., art. L. 125-7, visant de manière comparable les vendeurs et bailleurs de terrains inclus en « secteur d'information sur les sols » car pollués par d'anciennes exploitations industrielles. Dans chacune des hypothèses, l'acquéreur peut aussi demander la réhabilitation du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette réhabilitation ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.
84. C. envir., art. L. 125-5 prévoyant les mêmes dispositions que les articles L. 125-7 et L. 514-20 ; art. R. 125-23 à 27 modifiés par le décret n° 2022-1289, art. premier, *JORF* n° 231, 5 octobre 2022, applicables à compter du 1er janvier 2023.

2.2. L'obligation exceptionnelle d'information régulière des publics exposés à des risques majeurs ou particuliers

L'existence de risques spécifiques pesant sur une population justifie la rédaction de documents spécifiques et la mise en place de structures de suivi dédiées. Les deux mécanismes ont pour point commun d'associer étroitement les autorités administratives compétentes et les exploitants des activités à risques.

2.2.1. La rédaction de documents de « reddition » au profit du public

La fourniture au public de documents, rédigés conjointement par l'exploitant et les autorités administratives et régulièrement tenus à jour s'est tout d'abord concrétisée en matière de gestion des déchets. L'exploitant d'une installation de traitement des déchets doit, en effet, communiquer un dossier comprenant les éléments soumis à l'administration pour obtenir l'autorisation d'exploiter – dont l'évaluation environnementale – mais aussi une actualisation annuelle quant à la nature, la quantité et la provenance des déchets traités, la quantité et la composition des gaz et matières rejetées dans l'eau et l'air ainsi qu'un rapport des incidents et accidents éventuels[85]. À ces justifications annuelles, la personne publique responsable du service public de collecte ou de traitement des déchets ménagers doit joindre son propre document qui caractérise la prestation fournie en termes quantitatifs et qualitatifs et présente les mesures prises pour prévenir ou pour atténuer les effets préjudiciables à la santé de l'homme et à l'environnement des opérations de collecte et de traitement des déchets[86]. L'ensemble est tenu à la disposition du public en mairie. Le préfet établit, pour sa part, une synthèse à partir des données fournies par les exploitants et les collectivités pour obtenir un état des lieux global de la production et du traitement des déchets à l'échelle du département, synthèse qui doit recenser au surplus les décharges et dépôts illégaux de déchets[87].

La transparence sur la sûreté nucléaire est à l'origine d'un mécanisme quasiment similaire. L'exploitant d'une installation nucléaire de base (INB) doit, chaque année, rédiger un bilan d'activité relatant l'ensemble des mesures prises pour limiter les risques et inconvénients inhérents au fonctionnement de l'INB, l'historique des incidents et accidents, leurs remédiations, l'évolution de la radioactivité et plus globalement des rejets dans l'environnement, la quantité des déchets entreposés dans l'installation ; ce rapport est communiqué au public[88]. Les administrés résidant ou travaillant dans le périmètre du plan particulier d'intervention, c'est-à-dire le document qui organise les secours en cas d'accident, sont en outre destinataires d'une information

85. C. envir., art. L. 125-1 et R. 125-2.

86. C. envir., art. R. 125-3 : le document établi par la commune, l'intercommunalité ou le syndicat mixte qui assure la gestion du service doit préciser la quantité des déchets ménagers collectés et les modalités de leur traitement. Les mêmes précisions sont attendues s'agissant des déchets autres que ménagers qui sont également collectés.

87. C. envir., art. R. 125-4.

88. C. envir., art. L. 125-15 et 16. Le rapport est également transmis à l'Autorité de sûreté nucléaire : art. R. 125-49.

régulière, aux frais de l'exploitant, sur les risques et les consignes à respecter[89]. Il en va de même au profit des personnes susceptibles d'être touchées par un accident majeur affectant une installation classée soumise à autorisation[90].

Les communes et les préfectures ont également l'obligation de rédiger un document de synthèse relatif à l'existence de risques majeurs[91], mis à disposition des administrés et remis à jour régulièrement. Lorsqu'un risque technologique est répertorié par le DICRIM ou le DIDRIM, l'exploitant dont l'activité est à l'origine de ce risque doit participer à l'information générale du public sur les mesures prises pour assurer la sécurité du voisinage à proximité de son installation[92].

Outre les documents, les administrés peuvent siéger dans des commissions, qui au-delà du contrôle des activités à risque, peuvent être des forces de proposition.

2.2.2. L'intégration du public à des structures de suivi et de réflexion

La législation sur les déchets est, de nouveau, la première à avoir prévu l'instauration d'une commission locale de suivi, à l'initiative du préfet ou d'une commune sur les sites d'élimination ou de stockage[93]. À la suite de la catastrophe de l'usine AZF en 2001, la loi du 30 juillet 2003 a étendu le dispositif aux zones d'implantation des installations classées relevant du régime d'autorisation, dont les ICPE Seveso[94], et aux zones géographiques comportant plus généralement des risques de pollutions industrielles ou technologiques[95]. S'agissant des installations Seveso, identifiées comme les plus dangereuses pour le voisinage et l'environnement et les stockages de déchets non inertes, le préfet est tenu de mettre en place une commission de suivi. Les riverains peuvent, parallèlement, solliciter la création d'une commission de suivi du fonctionnement de n'importe quelle installation de classe A, dès lors que la loi ne la rend pas obligatoire. Onze commissions sont ainsi opérationnelles dans la Vallée dite de la chimie dans la région lyonnaise[96].

89. C. envir., art. L. 125-16-1 et Code de la sécurité intérieure, art. L. 741-6. Le PPI est un document apparenté au plan Orsec qui doit être défini sur le périmètre proche du site de l'installation, il définit par anticipation des protocoles de mises en sécurité des personnes et des biens.
90. C. envir., art. L. 515-38 : ces accidents sont répertoriés par l'étude de dangers que l'exploitant doit présenter à l'administration pour bénéficier de l'autorisation de fonctionnement.
91. Document d'information communal sur les risques majeurs (DICRIM) ; Document d'information départemental sur les risques majeurs (DIDRIM).
92. C. envir., art. L. 125-2, III.
93. C. envir., art. L. 125-1, II, 2°.
94. La directive Seveso impose aux États membres de l'Union européenne d'identifier les sites industriels à risque pour y maintenir un haut niveau de prévention.
95. C. envir., art. L. 125-2-1 issu de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, art. 2, *JORF* n° 175, 31 juillet 2003. Le préfet est tenu de créer la commission de suivi du site dès lors que le plan de prévention des risques technologiques dont la création est obligatoire en cas d'ICPE Seveso inclut au moins un local d'habitation ou un lieu de travail permanent à l'extérieur de l'établissement (art. D. 125-29).
96. Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) Auvergne- Rhône-Alpes, commissions de suivi de sites en Auvergne- Rhône-Alpes.

Le principe de transparence en matière nucléaire justifie également la création systématique d'une commission locale de suivi du fonctionnement de chacune des installations nucléaires de base[97].

Ces commissions locales, présidées par les préfets ou les présidents des conseils départementaux ont pour point commun d'intégrer en leur sein des riverains ou des associations de protection de l'environnement, des salariés de l'installation et des personnes qualifiées[98]. La raison d'être fondamentale des commissions locales de suivi est de favoriser une information du public plus régulière, plus complète et indépendante ; les commissions locales de suivi des installations nucléaires de base doivent ainsi organiser au moins une réunion publique par an[99]. Chacune de ces structures peut solliciter des expertises ou tierce expertises[100] et même des contrôles de l'installation[101] pour ensuite en communiquer les résultats au public.

Les préfets ont enfin la possibilité de recourir à des secrétariats permanents pour la prévention des pollutions et des risques industriels (SPPPI), au sein desquels peuvent siéger des associations de protection de l'environnement, des personnalités qualifiées ou encore des personnes physiques travaillant ou résidant dans la zone aux côtés des représentants des services de l'État, des collectivités territoriales, d'entreprises ou organismes à caractère industriel[102]. Si l'amélioration de l'information du public et la concertation font partie des finalités des secrétariats, la distinction avec les commissions de suivi réside dans les travaux de réflexion et d'étude réalisés sur la maîtrise des risques et la prévention des pollutions en incluant la question du transport des matières dangereuses[103]. Les SPPPI sont ainsi à même de contribuer à l'optimisation des règles existantes et d'émettre des propositions.

Le droit de l'environnement s'est déployé en se fondant sur la notion fondamentale du droit public qu'est la police administrative. Sa finalité préventive autant que sa dimension exorbitante ont permis l'édiction d'une réglementation protectrice de plus en plus sophistiquée à l'encontre des exploitants dont les activités sont génératrices de risques. Dès lors, il est naturel que les exploitants ou porteurs de projets rendent avant tout des comptes aux pouvoirs publics. En conséquence, le rôle des administrés reste second. La multiplication des procédures d'information et de consultation avant que les pouvoirs publics n'autorisent une activité ou un projet ne remet pas en cause le monopole administratif de la décision. Ce constat est *a fortiori* valable s'agissant

97. C. envir., art. L. 125- 12 consacrant le principe de transparence et la responsabilité fondamentale de l'État en la matière. Les règles de création et de fonctionnement des commissions sont fixées par les articles L. 125-17 à 33.
98. C. envir., art. R. 125-8-2 et R. 125-57. Dans les commissions locales d'information siègent également des représentants des services de l'État et des collectivités ainsi que ceux de l'exploitant. S'agissant des commissions INB, les services de l'État n'ont qu'une voix consultative.
99. C. envir., art. R. 125-62 : la commission peut satisfaire à cette obligation en ouvrant au public l'une de ses séances plénières ; cette ouverture est de droit à la demande de plus d'un quart des membres si une telle réunion n'a pas été organisée depuis au moins neuf mois.
100. C. envir., art. L. 125-2-1 et R. 125-66.
101. C. envir., art. L. 125-1, II, 2°.
102. C. envir., art. D. 125-35.
103. C. envir., art. D. 125-36.

du contrôle du fonctionnement des activités. Seules les plus dangereuses d'entre elles justifient la création d'instances de suivi, au sein desquelles les riverains et les associations de protection de l'environnement peuvent espérer contribuer « de l'intérieur » à une protection plus efficace. À défaut, c'est par la voie contentieuse que, trop souvent encore, les administrés devenus requérants tentent d'obtenir des comptes. Sans aucun doute perfectible, l'exercice de la contrainte publique par la voie unilatérale reste néanmoins le plus opérant. En effet, le recours au contrat administratif, mieux accepté par les acteurs économiques que la mesure de police[104], éloigne un peu plus les administrés du contrôle qu'ils estiment nécessaire d'exercer. Par postulat, les tiers sont, en effet, exclus du cercle contractuel ; ils ne sont pas informés de la souscription d'un contrat. La possibilité de contester celui-ci, en justifiant de la lésion directe et certaine d'un intérêt[105], est alors d'autant plus difficile. Le contrôle de l'exécution des engagements contractuels est tout aussi délicat, car le seul recours des administrés mécontents est d'attaquer le refus que leur aura opposé l'autorité publique de faire appliquer le contrat[106]. Dans ces conditions et malgré l'affirmation selon laquelle l'environnement constitue un patrimoine commun[107], le déploiement des contrats fait de la « reddition de compte » au profit du public un accessoire.

104. Le contrat s'est particulièrement déployé au profit de la profession agricole pour réduire la pollution de l'eau causée par les effluents d'élevage, lutter contre la prolifération des algues vertes dans les baies peu profondes, mettre en place la protection des habitats naturels les plus représentatifs…

105. Cons. État, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*. Par exception, tous les tiers peuvent agir contre les clauses réglementaires d'un contrat administratif tel que la concession de service public : voir, à propos d'une clause réglementaire obligeant les usagers de la collecte des ordures ménagères à acquérir un bac spécifique de présentation des déchets : Cons. État, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, *Rec.*, p. 274.

106. Cons. État, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec.*, p. 962.

107. Charte de l'environnement, Préambule, considérant, n° 4. Après avoir considéré que cette affirmation n'instaurait aucun droit ni liberté susceptible d'être invoqué au titre d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'est ravisé pour en faire un objectif constitutionnel : Cons. const., 7 mai 2014, n° 2014-394 QPC, *Société Casuca* ; Cons. const., 31 janvier 2020, n° 2019-823 QPC, *Union des industries de la protection des plantes*.

Conclusion finale

Marion BARY
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR 6262, France

Aujourd'hui, l'entreprise est considérée comme un acteur majeur pour la protection de l'environnement et des droits sociaux, comme en témoigne le développement de la RSE au niveau international avec, entre autres, le Pacte mondial des Nations unies, les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les principes directeurs de l'OCDE, les normes ISO et les déclarations de l'OIT. C'est pourquoi il n'est pas surprenant de retrouver, tant en droit français et de l'Union européenne qu'en droit brésilien et du Mercosur, divers mécanismes contribuant à une reddition de compte de l'entreprise en matière sociale et environnementale.

De l'ensemble des travaux publiés dans cet ouvrage, plusieurs constats s'imposent. En premier lieu, les outils juridiques sont très différents de part et d'autre de l'Atlantique. Le droit brésilien privilégie pour l'heure des instruments volontaires de reddition alors que le droit français et le droit de l'Union européenne multiplient des dispositifs contraignants de reddition. Ainsi, le droit français et le droit de l'Union européenne imposent une obligation de vigilance se traduisant par un devoir de vigilance pesant sur certaines entreprises[1] (F. Boudjellal, « Premiers regards sur le devoir de vigilance ») et par la mise en place de procédures d'alerte (J. Dirringer, « Salariés, lanceurs d'alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ? »), alors qu'un simple devoir de coopération de l'entreprise, non encadré par des normes spécifiques, est admis dans l'exécution des objectifs de développement de l'État (V. Jacob de Fradera, « La responsabilité sociétale de l'entreprise au Brésil »). De même, l'affichage environnemental des produits est avant tout facultatif au Brésil (F. F. Wienke, « L'affichage environnemental en droit brésilien : un statut hybride entre normes obligatoires et engagements volontaires »), alors que la France et l'Union européenne développent des obligations d'information environnementale à destination des consommateurs (M. Bary, « Les informations environnementales à destination du consommateur »).

En deuxième lieu, et ce de manière évidente, le développement des instruments contraignants résulte d'une volonté des pouvoirs publics d'intervenir dans l'exercice de l'activité de l'entreprise et dans ses relations d'affaires (sous-traitants, fournisseurs, etc.). Ainsi, en France et dans l'Union européenne se multiplient des dispositifs imposés à l'entreprise afin d'encadrer et d'assurer une RSE efficace. Les autorités veulent propager la RSE et l'obligation de reddition de compte. C'est pourquoi l'Union européenne inclut de plus en plus des clauses RSE dans ses

1. Ce sera bientôt le cas à l'échelon de l'Union européenne : *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive n° 2019/1937*, COM(2022) 71 final.

accords de libre-échange (F. Michéa, « La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et des droits des travailleurs dans les accords de libre-échange de l'Union européenne : quelle mise en perspective ? »). Certains auteurs semblent regretter la prolifération des normes, en particulier dans le domaine environnemental. Selon eux, l'arsenal juridique est amplement suffisant. « Cet « écosystème » devrait être de nature à renforcer la confiance des pouvoirs publics dans l'entreprise, donc à les retenir de légiférer à l'infini. Les pouvoirs publics, avant de céder, parfois pour des motifs qui sont avant tout de l'ordre de la communication politique, à la tentation de l'accumulation normative doivent mesurer les risques, d'ordre économique et social, qu'ils font courir aux entreprises françaises s'il devait apparaître que leur sont imposées des contraintes d'un poids nettement supérieur à celui des obligations mises à la charge de leurs concurrents, qu'ils soient brésiliens, chinois ou indiens… » (Teyssié, 2021). En effet, le droit brésilien paraît, à tort ou à raison, faire davantage confiance à l'entreprise en favorisant majoritairement des instruments facultatifs. La reddition de compte en matière sociale et environnementale reste essentiellement volontaire, peu de normes spécifiques sont adoptées et, si elles le sont, elles semblent assez illusoires (M. L. Olivar Jimenez, V. Raizer Moschen, D. Barreto Teixiera, I. Costi Fadanelli, « Le décret n° 9571/18. Directives sur les entreprises et les droits de l'homme : simple stagnation ou alarmant retour en arrière ? »).

En dernier lieu, les dispositifs mis en place ne sont pas exempts de critiques. Ils ne paraissent pas pleinement satisfaisants. En effet, l'effectivité limitée, voire l'ineffectivité, de certains a pu être démontrée. Tel est le cas respectivement pour les clauses RSE incluses dans les accords de libre-échange (F. Michéa), le plan de vigilance (F. Boudjellal) ou pour les procédures d'alerte (J. Dirringer). L'efficacité de certains outils a pu être remise en cause, comme les informations environnementales à destination des consommateurs (M. Bary ; F. Wienke), pour lesquelles des écueils similaires peuvent être constatés dans chacun des droits. Des doutes quant à une réelle mise en œuvre d'une RSE et d'une obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale ont pu être émis concernant les entreprises brésiliennes (V. Jacob de Fradera ; M. L. Olivar Jimenez, V. Raizer Moschen, D. Barreto Teixiera, I. Costi Fadanelli). En définitive, des améliorations, des efforts sont sollicités dans chacun des droits.

Au-delà de ces observations reste la question cruciale de l'efficacité de ces outils au regard de la protection de l'environnement et des droits sociaux. Le bilan paraît à première vue très mitigé, dans le sens où l'existence de diverses lacunes peut constituer un réel frein à l'efficacité de ces instruments. Cependant, ils s'inscrivent dans une démarche plus globale, plus générale de reddition de compte en matière sociale et environnementale de l'entreprise. Cette démarche est perçue, que les outils soient contraignants ou facultatifs, comme une obligation, y compris pour l'entreprise elle-même. Cela tient essentiellement aux attentes de la société civile, de plus en plus exigeante notamment face au changement climatique. Même si son développement reste inégal dans chacun des droits étudiés, l'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale s'impose à l'entreprise, qui ne peut l'occulter.

En effet, l'entreprise a cette crainte de perdre réputation, parts de marché, confiance des consommateurs, des clients et des partenaires en cas de défaillance. L'impact médiatique, réputationnel et économique d'un manquement à la protection des droits sociaux et de l'environnement

peut être fatal pour elle. Les outils, volontaires et contraignants, sont certes perfectibles, mais ils ont le mérite d'exister, de se développer, ce qui constitue déjà un progrès. Ils participent à l'exécution de l'obligation de reddition de compte, d'autant plus qu'ils peuvent conduire à une sanction juridique. Les engagements pris par l'entreprise, qu'ils relèvent d'une initiative volontaire ou d'une obligation légale, doivent être respectés. En conséquence, ces mécanismes permettent une responsabilisation de l'entreprise en matière sociale et environnementale. En effet, l'entreprise doit être attentive aux mesures adoptées et surtout à leur application, sous peine de sanctions. « Dans ce contexte, il apparaît primordial pour les entreprises de dresser toujours plus précisément les contours des obligations qui s'imposent à elles dans ce domaine, ainsi que d'évaluer de manière récurrente l'effectivité de leurs dispositifs internes et les risques juridiques et donc économiques que des manquements éventuels font peser sur elles » (Russo, Tiberghien, 2022). La vérification du contrôle du respect des engagements et de la bonne exécution des obligations légales pèse d'abord sur l'entreprise elle-même, afin de lui permettre d'éviter d'engager sa responsabilité.

Mais, bien évidemment, ce sont les acteurs de la société civile, principalement les associations, qui vont pouvoir dénoncer les manquements de l'entreprise et agir en justice. L'entreprise est de fait, sinon en droit, contrôlée. Le rôle du juge est déterminant pour garantir la justice sociale et environnementale, c'est-à-dire pour permettre la cessation de toute atteinte aux droits sociaux et à l'environnement. Le respect des droits fondamentaux dépend du juge, qui pourra sanctionner tout manquement. « La construction d'un droit jurisprudentiel » en matière sociale et environnementale est une véritable aspiration au Brésil (M.-C. Crespo-Brauner, A. O. Cavalcante Lobato, « La notion de justice sociale et environnementale au Brésil »). Il faut rappeler que le pouvoir judiciaire assure l'effectivité des normes, en particulier environnementales, au Brésil (M. C. Crespo Brauner, A. O. Cavalcante Lobato). Le rôle du juge *ex post*, pour reprendre la formulation de B. Petit (« Des justices sociale et environnementale en Europe : l'impératif de la dignité de la personne »), n'est plus à démontrer également pour la garantie des droits fondamentaux des côtés français et européen. Le juge peut contraindre l'entreprise à exécuter tout engagement.

Alors, finalement, quelle conclusion retenir ? Les outils présentés, et de manière générale l'obligation de reddition de compte, contribuent-ils réellement à la justice sociale et environnementale ? Permettent-ils de lutter contre les injustices sociales et environnementales ? L'obligation de reddition de compte, se traduisant par une diversité d'outils juridiques, volontaires comme contraignants, a un triple rôle. D'abord, elle a un rôle préventif, dans le sens où sa mise en œuvre doit empêcher des atteintes aux droits sociaux et à l'environnement. Ensuite, elle a un rôle normatif, dans le sens où elle conduit à encadrer l'entreprise dans l'exercice de son activité afin de permettre la protection des droits sociaux et de l'environnement. Enfin, elle a un rôle sanctionnateur, dans le sens où toute défaillance dans la reddition peut avoir des répercussions juridiques, réputationnelles et économiques. Par conséquent, les différents outils présentés, liés à l'obligation de reddition de compte, participent à la justice sociale et environnementale. Même si leur application peut être décevante, par leur existence même, ils contribuent à la justice sociale et environnementale.

Peut-être faudrait-il aller plus loin dans le respect des droits fondamentaux que sont les droits sociaux et le droit à un environnement sain. En effet, l'obligation de reddition de compte, au-delà des outils juridiques existants et de leurs imperfections, pourrait voir ses fonctions

préventive et normative renforcées. Pour cela, il faudrait adopter une approche *ex ante* des droits fondamentaux, à l'instar des développements proposés par B. Petit. Ainsi, le fait de savoir que l'action ou l'inaction de l'entreprise peut conduire à des catastrophes sociales et/ou écologiques dans le futur devrait pouvoir fonder « une responsabilité *ex ante* » (Frison-Roche, 2022) de l'entreprise. « Il faut donc changer, poser l'avenir comme premier souci du droit et montrer que le juge, *via* le droit de la *compliance*, est le mieux placé pour veiller à ce que […] les entreprises en position de faire quelque chose le fassent, obligées par une responsabilité *ex ante* » (Frison-Roche, 2022). Ainsi, avant même que les atteintes aux droits sociaux et à l'environnement ne surviennent, l'entreprise, parce qu'elle est tenue de rendre des comptes dans ces domaines, pourrait engager sa responsabilité du fait qu'elle n'agit pas ou pas suffisamment pour éviter de telles atteintes. Il s'agirait d'une évolution de l'institution, ou plutôt d'une révolution en matière de responsabilité. Cette voie nécessiterait au préalable que l'on examine et que l'on pose précisément les conditions de sa mise en œuvre. En tout cas, en dépit des difficultés qu'elle suscite, elle devrait être étudiée. Tout ce qui contribue à renforcer et à garantir la justice sociale et environnementale doit être exploré.

Bibliographie

Frison-Roche M.-A., « La responsabilité *ex ante*, pilier de la *compliance* », 2022, *Recueil Dalloz*, n° 12, p. 621

Russo E., Thiberghien P., 2022, « RSE : les bonnes intentions obligent désormais ceux qui les expriment », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 23, p. 1204

Teyssié B., « L'environnement, l'entreprise et la norme », 2021, *La semaine juridique. Social*, n° 50, p. 1322

Les auteurs

Demetrius BARRETO TEIXIERA	Doctorant, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil
Marion BARY	Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE (Institut de l'Ouest : Droit et Europe) – UMR 6262, France
Firouse BOUDJELLAL	Doctorante, Univ Rennes, CNRS, IODE (Institut de l'Ouest : Droit et Europe) – UMR 6262, France
Anderson Orestes CAVALCANTE LOBATO	Professeur à la Faculté de droit, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil
Isadora COSTI FADANELLI	Étudiante en Master de droit international, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil
Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER	Professeure à la Faculté de droit, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil
Véra Jacob DE FRADERA	Professeure, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil, avocate au barreau de Porto Alegre
Joséphа DIRRINGER	Maître de conférences HDR, Univ Rennes, CNRS, IODE (Institut de l'Ouest : Droit et Europe) – UMR 6262, France
Véronique INSERGUET-BRISSET	Maître de conférences HDR, Univ Rennes, IDPSP (Institut du droit public et de la science politique) – EA 4640, France
Frédérique MICHÉA	Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE (Institut de l'Ouest : Droit et Europe) – UMR 6262, France
Martha Lucia OLIVAR JIMENEZ	Professeure titulaire, Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Brésil
Benoît PETIT	Maître de conférences, Université Paris-Saclay (UVSQ), laboratoire de Droit des affaires et nouvelles technologies (DANTE), France
Valesca RAIZER MOSCHEN	Professeure titulaire, Université fédérale d'Espírito Santo (UFES), Brésil
Felipe Franz WIENKE	Professeur, Université fédérale de Rio Grande (FURG), Brésil

Table des matières

Sommaire 7

Introduction 9
Marion BARY

PARTIE 1
L'objectif de la reddition de compte en matière sociale et environnementale : la dignité humaine

Chapitre 1. La notion de justice sociale et environnementale au Brésil 17
Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER et Anderson Orestes CAVALCANTE LOBATO

Introduction 17
1. L'urgence d'un concept juridique : la fonction sociale et environnementale de la propriété 18
1.1 Le processus de constitutionnalisation 19
1.2 La construction d'une catégorie juridique infra-constitutionnelle 19
2. Reconnaissance jurisprudentielle de la fonction sociale et environnementale du bien 20
2.1 L'affirmation de la fonction sociale et environnementale de la propriété par la Cour suprême fédérale 21
2.2 L'efficacité de la judiciarisation : l'effet *erga omnes* des décisions de la Cour suprême brésilienne 22
2.3 Institutionnalisation des politiques de promotion de la justice sociale et environnementale 23
Conclusion 24

Chapitre 2. Des justices sociale et environnementale en Europe : l'impératif de la dignité de la personne 25
Benoît PETIT

1. Droits fondamentaux et quête de justice : écueils d'un prisme trop réducteur 28
2. *Ex post* : une justiciabilité des droits fondamentaux moins discutable qu'il n'y paraît 31
2.1. Prolixité des droits sociaux fondamentaux justiciables, mais forte influence de la rationalité économique 31
2.2. Faible ancrage de la justice environnementale dans le domaine des droits fondamentaux de la personne 35
3. *Ex ante* : un immense potentiel pour les justices sociale et environnementale 38
3.1. Développer des dispositifs adaptés de compliance sur le modèle du système de la Charte sociale européenne 38
3.2. Élargir et rationaliser les engagements de responsabilité sociétale des organisations 41
Conclusion 43

PARTIE 2

Le rôle de l'État et de l'Union européenne dans le développement de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

Chapitre 3. La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et des droits des travailleurs dans les accords de libre-échange de l'Union européenne : quelle mise en perspective ? *51*

Frédérique MICHÉA

1. La substance encore évanescente des clauses RSE intégrées dans les accords de libre-échange *55*
   1.1. Le positionnement ambigu de la RSE au sein des accords de libre-échange *55*
      1.1.1. La difficulté de définir en propre la substance de la RSE *55*
      1.1.2. L'articulation insuffisante entre les clauses RSE et les chapitres des accords afférents au travail et aux investissements *58*
   1.2. La mobilisation hésitante par l'Union de cadres stratégiques favorables à l'adoption de pratiques de RSE *62*
2. À la recherche de l'effectivité des clauses RSE au sein des accords de libre-échange *66*
   2.1. Les mécanismes directs impliquant les États parties au soutien de l'effectivité des clauses RSE *67*
      2.1.1. L'enrôlement des travailleurs et de la société civile dans la réalisation des activités de coopération et de surveillance découlant de la mise en œuvre des accords *67*
      2.1.2. Le contrôle du respect par les partenaires commerciaux de leurs engagements en matière de travail *71*
      2.1.3. L'obligation des États de promouvoir le commerce de biens soumis à des régimes gouvernés par la RSE *74*
   2.2. Les mécanismes médiats impliquant les entreprises au soutien de l'effectivité des clauses RSE *77*
      2.2.1. La promotion nécessaire des vecteurs contractuels de RSE dans les accords externes de l'Union *77*
      2.2.2. La problématique centrale des chaînes d'approvisionnement mondiales à la lumière de la RSE *80*
      2.2.3. Vers la création d'obligations de diligence raisonnable des entreprises influentes au niveau européen ? *84*

Conclusion *88*

Chapitre 4. Le décret n° 9571/18. Directives sur les entreprises et les droits de l'homme : simple stagnation ou alarmant retour en arrière ? *97*

Martha Lucia OLIVAR JIMENEZ, Valesca RAIZER MOSCHEN, Demetrius BARRETO TEIXIERA et Isadora COSTI FADANELLI

Introduction *97*

1. Les lacunes du décret liées à sa nature juridique et à la portée de ses règles *100*
   1.1. Un instrument inapproprié pour créer des obligations à la charge de l'État *100*
   1.2. Un instrument garantissant la liberté absolue pour les entreprises *102*
2. Les lacunes du décret liées à ses mécanismes d'intégration *104*
   2.1. L'imprécision des mécanismes destinés à garantir l'accès des victimes à la réparation et à la restauration du milieu *105*
   2.2. La précarité des mécanismes d'intégration, de surveillance et d'évaluation des directives *109*

Conclusion *110*

PARTIE 3

La mise en œuvre de la reddition de compte en matière sociale et environnementale

L'obligation de vigilance

Chapitre 5. Premiers regards sur le devoir de vigilance *115*

Firouse BOUDJELLAL

1. Des lacunes législatives préjudiciables relativement à l'élaboration et au compte rendu du plan de vigilance *119*
   1.1. Remarques générales à propos des plans de vigilance et des comptes rendus de leur mise en œuvre effective publiés en 2019 et en 2020 au titre des exercices 2018 et 2019 ..... *120*
   1.2. La place du plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre dans le rapport de gestion *124*
2. Les voies multiples mais difficiles de judiciarisation *127*
   2.1. L'illusion du contentieux initié par les victimes *127*
   2.2. Le contentieux émergent initié par les parties prenantes *130*
   2.3. Les fondements complémentaires pour le contentieux *132*
      2.3.1. Obligation de vigilance environnementale et devoir de vigilance *132*
      2.3.2. Les apports de la loi Pacte *133*
      2.3.3. La possible mobilisation contentieuse du droit des marchés financiers *134*

Chapitre 6. Salariés, lanceurs d'alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ? *141*

Joséphа DIRRINGER

1. Le succès des dispositifs d'alerte ouverts aux salariés *144*
   1.1. La promotion des dispositifs d'alerte par la loi *144*
   1.2. La diffusion de l'alerte comme mécanisme juridique de protection des droits fondamentaux *146*
   1.3. L'appropriation des dispositifs d'alerte par les pouvoirs normatifs *149*
2. La vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte *150*
   2.1. Un statut protecteur trop aveugle à la subordination *150*
   2.2. Un parcours du combattant long et incertain *152*

Chapitre 7. La responsabilité sociétale de l'entreprise au Brésil *157*

Véra Jacob DE FRADERA

Introduction *157*
1. Le Code civil italien de 1942 et la doctrine de Josserand, deux modèles pour le législateur brésilien de 2002 ..... *161*
   1.1. L'unification des obligations civiles et commerciales dans le Code civil brésilien de 2002 ..... *161*
   1.2. Le concept d'entreprise selon le Code civil brésilien de 2002 ..... *162*
   1.3. Le rayonnement des doctrines solidaristes et finalistes en Italie (1942) et au Brésil (2002) par rapport au contrat et à l'entreprise *163*
2. Le développement de l'accomplissement d'un comportement socialement responsable par les entreprises au Brésil *165*

2.1. La circulation et l'adoption des modèles de responsabilité sociétale par les entreprises au Brésil 165
2.2. Les critiques d'une partie de la doctrine brésilienne à l'attribution d'une fonction sociétale à l'entreprise et à la reconnaissance d'une responsabilité sociale à sa charge 167
Conclusion 168

L'obligation d'information environnementale

Chapitre 8. L'affichage environnemental en droit brésilien : un statut hybride entre normes obligatoires et engagements volontaires 173

Felipe Franz WIENKE

Introduction 173
1. Le devoir d'information des acteurs privés au Brésil : la consécration de normes obligatoires 174
1.1. Le devoir d'information des acteurs privés : l'émergence d'une innovation dans les relations avec les consommateurs 174
1.2. L'émergence d'une obligation dans des secteurs spécifiques 176
2. L'affichage environnemental au Brésil : de l'émergence d'instruments volontaires à la responsabilité du contenu informationnel 178
2.1. Étiquetage environnemental : l'importance croissante d'une démarche facultative 178
2.2. La responsabilité civile des acteurs privés face à l'affichage environnemental 181
Conclusion 183

Chapitre 9. Les informations environnementales à destination du consommateur 185

Marion BARY

1. Responsabilisation des acteurs à l'égard des impacts environnementaux de la consommation 187
1.1. La mise en œuvre de la préservation de l'environnement 187
1.1.1. Favorisation d'un achat écoresponsable par le consommateur 187
1.1.2. Incitation du producteur, de l'entreprise à une production durable 188
1.2. Le contrôle du contenu des informations environnementales 189
1.2.1. Encadrement des informations environnementales 189
1.2.2. Véritables sanctions en cas de manquement 190
2. Difficile appréhension de l'information environnementale 192
2.1. La diversité des informations environnementales 193
2.1.1. Pluralité des contenus informationnels 193
2.1.2. Pluralité de formes de l'information environnementale 194
2.2. Un manque de lisibilité des informations environnementales 194
2.2.1. Incompréhension temporaire du consommateur 194
2.2.2. Incompréhension pérenne du consommateur 195

PARTIE 4

Synthèse

Postface. Reddition de compte en matière environnementale* versus *droit public *201*

Véronique INSERGUET-BRISSET

1. Les justifications de la création d'un projet d'entreprise générateur de risques environnementaux *203*
   1.1. L'association du public à la prise de décision administrative *203*
      1.1.1. Des procédures participatives calibrées en fonction de l'impact environnemental de la future décision *204*
      1.1.2. Une précocité garante d'un véritable dialogue entre public et porteur de projet ? *205*
   1.2. L'exclusion de la confidentialité et la limitation des secrets en matière de données environnementales *208*
      1.2.1. La communication d'évaluations environnementales complètes au public *209*
      1.2.2. L'opposabilité limitée du secret en matière d'information environnementale *212*
2. L'inexistence d'un principe de « reddition de compte » du fonctionnement des activités au profit des administrés *213*
   2.1. L'association non systématique du public au contrôle administratif de l'activité ou de l'exploitation *213*
      2.1.1. L'information privilégiée des autorités administratives par l'exploitant *213*
      2.1.2. L'information directe et plus aléatoire des tiers par l'exploitant ou le propriétaire du terrain *215*
   2.2. L'obligation exceptionnelle d'information régulière des publics exposés à des risques majeurs ou particuliers *217*
      2.2.1. La rédaction de documents de « reddition » au profit du public *218*
      2.2.2. L'intégration du public à des structures de suivi et de réflexion *219*

Conclusion finale *223*

Marion BARY

Les auteurs *227*

L'entreprise et la reddition de compte en matière sociale et environnementale

Regards croisés droits français, de l'Union européenne et brésilien

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est la prise en compte de préoccupations sociales et environnementales par les activités des entreprises. Celles-ci ont pris de leur propre initiative des engagements dans leurs relations avec les parties prenantes (partenaires contractuels, commerciaux, société civile), allant au-delà de ce qui était exigé par la loi. Depuis plusieurs années, la RSE, d'origine éthique, est également devenue contraignante. Ainsi, elle conduit en France au développement de nouveaux outils juridiques de forme et de nature diverses. La particularité de l'ouvrage est de saisir ensemble certains d'entre eux, choisis en fonction de leur originalité et des évolutions législatives les plus importantes, par le prisme de l'obligation faite à l'entreprise de rendre des comptes en matière sociale et environnementale. Elle est aussi de montrer la spécificité du droit français, droit précurseur en la matière, face au droit de l'Union européenne, au droit brésilien, qui retient une conception extensive de la justice sociale incluant la justice environnementale, et au droit du Mercosur.

L'ensemble des contributions permet de dresser un bilan de l'obligation de reddition de compte en matière sociale et environnementale par une évaluation de l'efficacité des différents dispositifs et d'apprécier ainsi si ceux-ci contribuent ou non à la justice sociale et environnementale.

Le présent ouvrage s'inscrit dans une recherche plus globale sur la RSE. En effet, il est la concrétisation d'un projet de recherche, financé par l'Université de Rennes 1 dans le cadre de l'action incitative Défis scientifiques émergents 2019. Il fait suite au projet PICS JESRAP (Justice environnementale et sociale : rôle des acteurs privés), sélectionné par le CNRS en 2017 et rassemblant, outre l'Université de Rennes 1, les Universités fédérales brésiliennes de Santa Catarina et de Rio Grande.

Cet ouvrage a été coordonné par Marion Bary, maître de conférences à l'Université de Rennes, et réunit une quinzaine d'auteurs français et brésiliens.

ISBN : 978-2-9581843-2-2