

Des droits à la réalité

Garantir une
application du devoir
de vigilance axée sur
les détenteurs de droits



TERRE
SOLIDAIRE

ECCHR





**USING THE LAW.
TO WORK TOGETHER FOR GLOBAL JUSTICE.**

THE WORLD CAN ONLY BE JUST WHEN HUMAN RIGHTS ARE UNIVERSALLY RECOGNIZED AND GUARANTEED FOR EVERYONE. THIS IS WHAT WE ARE FIGHTING FOR WORLDWIDE: WITH THOSE AFFECTED, WITH PARTNERS, WITH LEGAL MEANS.



**SUPPORT OUR WORK
WITH A DONATION.
[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)**

**BANK DETAILS
ACCOUNT HOLDER: ECCHR
BANK: BERLINER VOLKSBANK
IBAN: DE77 100 90000 885360 7011
BIC/SWIFT: BEVODEBB**

DES DROITS À LA RÉALITÉ

**GARANTIR UNE APPLICATION
DU DEVOIR DE VIGILANCE AXÉE
SUR LES DÉTENTEURS DE DROITS**

**PREMIERS ENSEIGNEMENTS
TIRÉS DE L'ACTION
UNIÓN HIDALGO CONTRE EDF**



**TERRE
SOLIDAIRE**

ECCHR



SOMMAIRE

- P.4 Introduction
- P.8 L'obligation de vigilance
UN DISPOSITIF LÉGAL DE PRÉVENTION DES ATTEINTES
AUX PERSONNES ET À L'ENVIRONNEMENT
- P.11 Droits et réalité
UNIÓN HIDALGO ET LES DÉFIS DE L'APPLICATION DE LA LDV
DANS UN CONTEXTE DE DROITS AUTOCHTONES
- P.17 La reconnaissance de
la protection des droits fonciers
AUTOCHTONES DANS LE CADRE DE LA LDV
- P.28 Risques et détenteurs
de droits
ADOPTER UNE LECTURE CONTEXTUELLE
DU DEVOIR DE VIGILANCE
- P.39 Obstacles procéduraux
à la justice
LA DIFFICILE OBTENTION DE MESURES (PROVISOIRES)
DE PRÉVENTION DES DOMMAGES
- P.44 Nouveaux horizons,
nouvelles opportunités
LA MISE EN PLACE D'UN DEVOIR DE VIGILANCE EUROPÉEN
AXÉ SUR LES DÉTENTEURS DE DROITS
- P.48 Recommandations

Introduction

On assiste à un mouvement mondial croissant en faveur de la lutte contre l'impunité des entreprises dont les activités économiques transnationales sont à l'origine de violations des droits humains. L'introduction d'une législation sur le devoir de vigilance en matière de droits humains est une avancée importante, qui représente une évolution bienvenue de l'approche dominante de la « responsabilité sociale des entreprises » volontaire vers des obligations contraignantes visant à assurer le respect des droits humains et de l'environnement par les entreprises. Des lois instaurant ces obligations ont déjà été adoptées ou sont à l'étude dans plusieurs pays. Parallèlement, des discussions autour de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises au niveau européen et les négociations en cours aux Nations Unies vers un projet de traité sur les entreprises et les droits humains visent à établir un cadre juridique global pour s'assurer du respect des droits humains par les entreprises.

La France a ouvert la voie en la matière, avec la mise en place en 2017 de la loi sur le devoir de vigilance (ci-après « LdV »). Cette loi établit un dispositif juridique unique qui impose aux plus grandes entreprises françaises l'obligation d'identifier et de prévenir les impacts de leurs activités sur les droits humains et sur l'environnement, y compris au sein de leurs chaînes de valeur et d'approvisionnement. Surtout, la loi consacre un processus permettant aux communautés et aux individus impactés par leurs pratiques commerciales d'accéder à des voies juridiques supranationales pour obtenir la prévention et la réparation des dommages résultant de ces pratiques commerciales.

L'objectif de la législation sur le devoir de vigilance en matière de droits humains consiste à protéger les personnes et l'environnement des impacts négatifs résultant des activités des entreprises. Cependant, la mesure dans laquelle les législations existantes et en cours de discussion permettent d'effectivement appréhender et atténuer les impacts des activités des entreprises sur les détenteurs de droits fait de plus en plus débat. Des lacunes et ambiguïtés dans les textes risquent de créer des vides juridiques permettant aux entreprises de contourner leurs responsabilités et ainsi, de restreindre l'accès à la justice.

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la LdV, la question demeure quant à savoir si son application et son interprétation par les tribunaux français lui permettront de devenir un outil juridique efficace permettant de prévenir de manière complète et efficace les impacts négatifs des activités des sociétés multinationales françaises sur les droits humains et l'environnement. Bien qu'un nombre croissant de procédures judiciaires aient été engagées, la capacité des individus et des communautés à faire valoir leurs droits en vertu de la loi apparaît compromise.

Bien que le devoir de vigilance soit ancré dans l'ordre juridique français, la LdV a une portée extraterritoriale puisqu'elle impose aux entreprises françaises un devoir de vigilance sur leurs activités y compris à l'étranger. En conséquence, les contentieux alléguant la violation du devoir de vigilance seront fondés sur des activités et des impacts indissociables du contexte local dans lequel ils se sont produits, que celui-ci soit sectoriel, géographique, culturel, juridique, religieux ou politique. Le principe sur lequel se fonde ce rapport est le suivant : la mise en œuvre de la LdV nécessite une interprétation téléologique et *in concreto* du devoir de vigilance, axée sur les droits et les réalités des personnes que la loi vise à protéger.

Ce rapport analyse tout particulièrement l'affaire portée devant les juridictions civiles françaises par des membres de la communauté autochtone d'Unión Hidalgo au Mexique contre la compagnie d'énergie Électricité de France (EDF). Dans cette affaire les parties allèguent qu'EDF, détenue en partie par l'État français, a manqué à son devoir de vigilance en n'identifiant pas et en ne prévenant pas de manière raisonnable le risque de violations des droits humains résultant du développement d'un parc éolien sur des terres autochtones. Les membres de la communauté concernée, en collaboration avec l'ONG mexicaine ProDESC et l'ECCHR, ont recouru à la LdV pour prévenir de nouvelles violations de leur intégrité physique, et pour alléguer la violation de leur droit au consentement libre, informé et préalable, du droit à la terre, ainsi que pour obtenir la réparation des préjudices qu'ils ont subis.

Les violations des droits subies par les défenseur.es des territoires et des droits humains dans cette affaire illustrent la réalité des dommages causés par les entreprises, en particulier dans l'industrie extractive. Pourtant, les obstacles juridiques et procéduraux considérables auxquels sont confrontées les requérantes mettent en évidence les défis de l'application effective de la LdV. Notamment, la difficulté d'interpréter et de mettre en œuvre le devoir de vigilance en lien avec les droits autochtones, où les droits fonciers collectifs et les protections reconnues par le droit international sont enfreints par les activités de sociétés multinationales cherchant à accéder à la terre pour des projets extractifs.

L'affaire Unión Hidalgo est également significative en dehors du cadre juridique français. À l'heure où de plus en plus de lois sur le devoir de vigilance en matière de droits humains sont introduites dans toute l'Europe, il est d'une importance majeure que les systèmes juridiques reconnaissent et statuent sur des allégations de préjudices extraterritoriaux fondées sur des violations de normes internationales relatives aux droits humains. Si les tribunaux en Europe ne souhaitent ou ne peuvent pas reconnaître les protections internationales des droits humains accordées aux personnes et à l'environnement applicables dans les pays dans lesquels les multinationales opèrent, ils ne seront en mesure ni d'identifier les risques d'atteintes graves à ces droits, ni de prévenir et de réparer les violations des droits humains résultant de leurs chaînes de valeur mondiales.

L'objectif de ce rapport est de fournir des éléments de réflexion tirés du contentieux porté par Unión Hidalgo, en proposant des recommandations sur le contenu, l'interprétation et la mise en œuvre effective des lois sur l'obligation du devoir de vigilance en matière de droits humains. En France, ce rôle sera joué notamment par les juridictions et les juges statuant sur les contentieux fondés sur la LdV. Au niveau européen, les décideurs politiques ont l'occasion de réfléchir aux défis auxquels sont confrontées les communautés des pays du Sud pour faire valoir leurs droits en vertu des lois existantes sur le devoir de vigilance en matière de droits humains, afin que ces réflexions puissent bénéficier à l'élaboration de mécanismes européens efficaces en termes de responsabilité et de réparation.



L'obligation de vigilance

Un dispositif légal de prévention des atteintes aux personnes et à l'environnement

Le processus législatif d'introduction de la LdV a été déclenché par l'effondrement de l'usine Rana Plaza au Bangladesh en 2013 qui a fait 1 134 morts et des milliers de blessés.¹ Cette catastrophe a mis à nu les échecs de l'autorégulation des entreprises censée prévenir les violations des droits humains dans une économie mondialisée. Soutenue par une remarquable coalition de syndicats, d'organisations de la société civile et de parlementaires, la proposition de loi sur le devoir de vigilance en matière de droits humains en France reposait sur l'élaboration d'un important dispositif juridique permettant aux communautés, aux personnes et à l'environnement de se protéger contre les pratiques dommageables des entreprises et d'obtenir réparation en cas de violation de leurs droits. Lors de la présentation de la proposition de loi, la députée française Danielle Auroi a souligné l'objectif d'une telle législation devant l'Assemblée nationale :

« Il s'agit bien de protéger les victimes de violations de droits humains perpétrées par des acteurs économiques. Cette obligation devrait donc être imposée pour éviter les risques graves de sinistre en amont du fait dommageable, ou les dommages graves en aval de celui-ci. Ces risques ou ces dommages sont donc potentiellement générés par des acteurs qui conduisent des activités à risque pour les droits humains, comme les industries extractives. [...] Il s'agit désormais d'asseoir des mesures de prévention et, le cas échéant, d'assurer un meilleur accès des victimes à la justice en cas de dommages graves, dans la lignée des engagements français et européens en faveur de la protection des droits fondamentaux et de l'environnement. On ne peut qu'espérer que cette résolution humaniste, conforme aux valeurs que porte la France dans le monde depuis 1789, sera partagée par tous les Républicains sur tous les bancs de l'Assemblée nationale comme elle l'est déjà par une grande partie des entreprises françaises dans tous les pays où elles interviennent. »²

L'introduction de la LdV en 2017 a été un moment décisif pour les entreprises et le mouvement des droits humains. Il s'agissait alors de la première loi à inscrire le concept de devoir de vigilance, ou diligence raisonnable, en matière de droits humains tel qu'il est défini dans les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme (UNGP), un cadre mondial non-contraignant permettant de prévenir et de répondre aux impacts des activités des entreprises sur les droits humains. Considérée comme « un moyen pour les entreprises de gérer de manière proactive les incidences négatives effectives ou potentielles sur les droits humains dans lesquelles elles peuvent avoir une part »,³ la diligence raisonnable en matière de droits humains implique quatre éléments essentiels pour l'entreprise :

- A L'identification et l'évaluation de tous les impacts négatifs effectifs ou potentiels sur les droits humains et l'environnement qui pourraient résulter directement ou indirectement de leurs activités propres, ainsi que des activités des sous-traitants, fournisseurs et autres entreprises inscrites dans leur chaîne de valeur ;
- B L'engagement à tenir compte des résultats des études d'impacts sociaux et environnementaux dans tous les processus internes pertinents, et à prendre les mesures d'atténuation adéquates ;
- C La mise en œuvre effective et le suivi de l'efficacité des mesures et des processus visant à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement afin de déterminer si ils fonctionnent ;
- D La communication sur la mise en œuvre de ces mesures et leur effet sur l'atténuation des risques d'atteintes identifiés, afin d'informer et d'engager les parties prenantes concernées dans les processus mis en place

La mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits humains par les entreprises a été longtemps entravée par la nature non contraignante de ces Principes directeurs de l'ONU. L'introduction de la LdV a marqué un tournant, en transformant ces Principes en un devoir de vigilance contraignant, créant ainsi des « obligations légales plus strictes » au niveau national pour les sociétés mères à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, aussi bien dans leur pays qu'à l'étranger.⁴

³ Résumé du rapport du *Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme* à l'Assemblée Générale des Nations Unies, UN Doc. A/73/163 (2018)

⁴ C Macchi, C Bright, "Hardening soft law: the implementation of human rights due diligence requirements in domestic legislation" in *Legal Sources in Business and Human Rights* (ed), 2020, 218.

La LdV est structurée autour de deux dispositifs. D'abord, la création du devoir de vigilance qui exige des plus grandes entreprises françaises d'identifier les risques et de prévenir des atteintes graves aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement.⁵ Ensuite, là où cette prévention échoue à prévenir les atteintes, les parties concernées peuvent demander réparation des préjudices subis résultant du non-respect du devoir de vigilance.

Au cœur du devoir de vigilance figure l'obligation, pour les entreprises de plus de 5 000 salariés en France ou de 10 000 en France et à l'étranger, d'établir, de mettre en œuvre et de publier un plan de vigilance couvrant ses propres activités et celles de ses filiales ou sociétés qu'elle contrôle, sous-traitants et fournisseurs. Ce plan de vigilance vise à identifier, analyser et cartographier les risques liés aux activités de l'entreprise et à proposer des mesures d'atténuation de ces risques adaptées. Il doit être publié dans le rapport annuel. Enfin, un rapport sur sa mise en œuvre effective doit être publié par l'entreprise concernée par l'obligation.⁶

Lorsqu'une entreprise ne respecte pas son obligation de vigilance, toute partie justifiant d'un intérêt à agir (personnes affectées, mais aussi organisations non-gouvernementales, syndicats ou collectivités publiques) peut mettre en demeure l'entreprise pour qu'elle se conforme à son devoir de vigilance. Si l'entreprise ne s'y conforme pas dans un délai de trois mois, les parties peuvent alors saisir le juge compétent afin qu'il enjoigne à l'entreprise de se conformer à son obligation. Ce dispositif d'injonction et la disposition relative à la responsabilité civile contenue dans la loi établissent donc un régime solide de responsabilisation des entreprises visant à encourager la prévention des atteintes aux droits humains et à l'environnement.

5 Marie-Caroline CAILLET, Marie-Laure GUISLAIN et Tamsin MALBRAND, « La vigilance sociétale en droit français », *Ritimo*, coll. *Passerelle*, Paris, décembre 2016, p. 14

6 Code de commerce, art. L. 225-102-4 I, issu de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance.

Droits et réalité

Unión Hidalgo et les défis de l'application de la LdV dans un contexte de droits autochtones

Malgré ses ambitieux objectifs, la question de savoir si et comment la LdV se traduira par des améliorations substantielles pour les personnes et les communautés lésées par les activités des entreprises françaises nécessite une réflexion critique. Jusqu'à présent, l'analyse des plans de vigilance des entreprises par la société civile a mis en évidence d'importants manquements au respect de la LdV. Un certain nombre d'entreprises n'ont d'ailleurs même pas publié de plan de vigilance.⁷ Une évaluation de la mise en œuvre de la LdV par le ministère de l'Économie et des Finances en 2020 a révélé que trop d'entreprises considéraient le devoir de vigilance comme un moyen de protéger leurs propres intérêts et leur réputation, plutôt que de protéger les personnes lésées par leurs activités.⁸ En outre, comme le décrit le présent rapport, des incohérences et des ambiguïtés dans la loi elle-même ont contribué à créer des obstacles importants à sa mise en œuvre efficace.

L'industrie extractive, qui a longtemps été associée aux atteintes aux droits humains et à l'environnement, illustre parfaitement ces questions. Les sociétés pétrolières, gazières et minières qui développent des projets d'extraction dans les pays du Sud riches en ressources peuvent avoir des impacts négatifs sur un large éventail de droits humains, y compris le déplacement forcé de communautés, l'accès à la terre, l'eau et le logement, la pollution de l'environnement et les atteintes aux défenseur.es des droits humains. Bon nombre de ces projets se déroulent sur des terres habitées ou utilisées par des communautés autochtones, qui dépendent de la terre pour se loger et pour leur subsistance économique. Elles entretiennent également un rapport culturel profond à la terre en tant que fondement de processus et de droits collectifs, tels que la propriété. Pourtant, les communautés lésées par les activités des entreprises du secteur énergétique français se sont trouvées confrontées à d'importants défis pour faire valoir leurs droits en vertu de la LdV dans le but de dénoncer les pratiques d'exploitation industrielle comme manquements au devoir de vigilance et de prévenir de nouvelles atteintes. Deux des premières procédures engagées en vertu de la loi – contre les multinationales EDF et TotalEnergies (Total) – mettent en évidence les écarts importants entre l'intention de la loi et la réalité de sa mise en œuvre. Elles soulignent également l'importance de veiller à ce que le devoir de vigilance soit appliqué de manière à réellement préserver les droits des personnes lésées par des activités transnationales.

7 Voir par exemple « Plans de vigilance: les entreprises jouent-elles le jeu ? » 2 février 2023, <https://ccfd-terresolidaire.org/plans-de-vigilance-quoi-de-nouveau-dans-le-radar/>.

8 A Duthilleul, M. de Jovenel, *«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»* (janvier 2020) p. 34.

UNIÓN HIDALGO CONTRE EDF: CONTESTATION DES VIOLATIONS DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DANS L'INDUSTRIE ÉOLIENNE

Le passage aux énergies renouvelables au cours de cette dernière décennie s'est fait de plus en plus au détriment des droits humains. En Amérique latine en particulier, un nombre croissant d'abus sociaux et environnementaux ont été enregistrés dans les industries hydroélectrique, éolienne et solaire.⁹ Des projets d'énergie renouvelable tels que des parcs éoliens sont en cours de développement sur les terres et territoires autochtones, entraînant des violations systématiques des droits humains des communautés autochtones.¹⁰

En 2013, le gouvernement mexicain a ouvert son marché des énergies renouvelables aux investissements privés étrangers. Depuis lors, les entreprises du secteur énergétique européennes ont capitalisé sur le potentiel de l'énergie éolienne de la région, investissant des milliards dans des projets éoliens afin de créer le plus grand corridor de parcs éoliens d'Amérique latine, situé dans l'isthme de Tehuantepec.¹¹ Les activités de ces entreprises ont été associées à de graves atteintes aux droits humains, notamment la violation des droits des peuples autochtones à la terre et au territoire. Dans de nombreux cas, la construction d'installations éoliennes a également entraîné des violences et des attaques contre des défenseur.es de la terre et des droits humains qui s'opposent à l'accaparement par des entreprises privées de terres collectives, en l'absence de consentement des communautés autochtones.¹² Bien que ces projets occupent leurs terres, les communautés autochtones se sont vues exclues des avantages financiers, sociaux et d'énergie que ceux-ci génèrent, devenant davantage marginalisées au profit des propriétaires fonciers privés et du gouvernement.

EDF, plus grande compagnie d'énergie française détenue majoritairement par l'État français,¹³ a investi dans le développement de plusieurs parcs éoliens dans l'État d'Oaxaca, opérant via sa filiale mexicaine locale Eólica de Oaxaca. En 2015, EDF a entamé des négociations en vue de développer le parc éolien de Gunaa Sicarú sur le territoire d'Unión Hidalgo. Unión Hidalgo est une commune d'environ 14 500 personnes qui s'identifient comme autochtones zapotèques. Conformément à la loi mexicaine, les terres d'Unión Hidalgo sont détenues collectivement dans le cadre de la *comunidad agraria* (communauté agraire) qui exige que toute décision relative à l'utilisation des terres soit prise par une assemblée communautaire.

⁹ Centre des Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme, «*L'injustice (énergétique) des énergies renouvelables en Amérique latine*» (août 2021) p.4.

¹⁰ Ibid., page 4

¹¹ Observatorio de Multinacionales en América Latina, *The Wind Farm Corridor on the Isthmus of Tehuantepec* https://multinationales.org/IMG/pdf/enco_iberdrola_def.pdf

¹² Peace Brigades International, «*Wind Farms and Concerns about Human Rights Violations in Oaxaca*» (Mars 2014)

¹³ L'Etat français détient, via l'Agence des Participations de l'État, 83,6 % du capital d'EDF, avec un engagement actionnarial de l'ordre de 21 milliards d'euros. Cela représente au moins 40 % du portefeuille de l'APE, l'agence publique qui gère, en tant qu'« entité actionnaire », la stratégie d'actionnariat public de l'Etat français.

Cependant, ce processus n'a pas eu lieu dans le cadre du développement du projet d'EDF. Au lieu de cela, des contrats d'usufruit ont été négociés et conclus entre Eólica de Oaxaca et des membres individuels de la communauté agissant comme des propriétaires privés. En 2017, EDF avait conclu un contrat de fourniture d'énergie et signé un protocole d'accord avec le gouvernement de l'État d'Oaxaca concernant la construction de son parc éolien, le tout en l'absence de toute consultation autochtone préalable adéquate des membres de la communauté d'Unión Hidalgo.¹⁴

Des membres de la commune d'Unión Hidalgo ont contesté la légalité du projet éolien en ayant recours à des procédures judiciaires nationales fondées notamment sur la violation de leur droit au consentement libre, informé et préalable. En 2018, le gouvernement mexicain a lancé un processus de consultation autochtone formel. Cependant, depuis lors, les membres de la communauté ont été confrontés à des niveaux croissants de violence, d'attaques et de menaces en raison de leur opposition au projet.¹⁵

En tant qu'entreprise française, EDF a l'obligation au titre de la LdV d'identifier les risques, de prévenir et de remédier aux atteintes graves aux droits humains et à l'environnement relatives à ses activités et à celles de ses filiales, fournisseurs et sous-traitants. De plus, en tant qu'actionnaire majoritaire d'EDF, l'Etat français a également la responsabilité de remédier à ces violations des droits humains (voir page 35). Face aux violations continues de leurs droits et à l'escalade de la violence, les membres de la communauté d'Unión Hidalgo ont décidé d'intenter une action en justice contre EDF en France. En 2019, ils ont mis en demeure l'entreprise aux côtés de l'organisation mexicaine de défense des droits humains ProDESC et du Centre européen pour les droits constitutionnels et humains (ECCHR), avec le soutien du CCFD-Terre Solidaire, demandant à EDF de respecter son devoir de vigilance en mettant en œuvre des mesures adéquates permettant de prévenir les atteintes aux droits humains liées au projet Gunaa Sicarú. Après le rejet de ces allégations par EDF, en octobre 2020, les associations et membres de la communauté ont assigné EDF devant le tribunal judiciaire, dans le but d'empêcher la survenue de nouvelles violations des droits humains de la communauté d'Unión Hidalgo. Leur assignation fait valoir que le plan de vigilance d'EDF n'identifie pas de manière adéquate – et ne prend pas les mesures appropriées pour réduire – les risques d'atteintes graves à l'exercice du CLIP ainsi que de leur intégrité physique résultant du projet.¹⁶

¹⁴ Pour plus de détails sur cette affaire, voir ECCHR, ProDESC, CCFD Terre Solidaire, Dossier « Parc éolien au Mexique : EDF ignore les droits des peuples autochtones » (2020)

¹⁵ Voir l'Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'homme, un programme conjoint de l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT) et de la FIDH, MEX 007/0619/OBS 051, 18 juin 2019, (<https://www.omct.org/es/recursos/llamamientos-urgentes/amenazas-se%C3%B1alamientos-y-estigmatizaci%C3%B3n-en-contra-de-miembros-de-la-comunidad-ind%C3%ADgena-de-uni%C3%B3n-hidalgo-oaxaca>), et les Nations Unies, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones sur sa visite au Mexique, Doc. A/HRC/39/17/Add.2 (juin 2018).

¹⁶ Ibid., ECCHR, ProDESC et CCFD (2020).

En février 2021, au vu de la lenteur des procédures judiciaires et du risque imminent de violations sérieuses et irréversibles des droits humains posé par le développement du projet Gunaa Sicarú, les plaignants ont sollicité le juge de la mise en état d'une ordonnance de mesures conservatoires.¹⁷ Cette demande urgente sollicitait la suspension du développement du projet Gunaa Sicarú jusqu'à ce qu'EDF se conforme à son devoir de vigilance, afin de prévenir de nouvelles atteintes graves à leurs droits. Cette demande a été déclarée irrecevable par la juridiction civile en novembre 2021, pour des motifs procéduraux.¹⁸ Un recours contre cette ordonnance est actuellement pendant devant la Cour d'appel de Paris.

LES MÉGAPROJETS PÉTROLIERS DE TOTALENERGIES EN TANZANIE ET EN OUGANDA

TotalEnergies (Total) est le principal opérateur du projet pétrolier Tilenga, un développement majeur au bord des rives du lac Albert en Ouganda. Partiellement situé dans un parc naturel protégé, le projet comprend plusieurs champs pétroliers et la construction d'infrastructures associées, dont une raffinerie de pétrole. L'oléoduc d'Afrique de l'Est (EACOP), également développé par une filiale appartenant à 100 % à Total, est en cours de construction et devra permettre d'acheminer le pétrole jusqu'au port de Tanga en Tanzanie, où il sera exporté vers les marchés internationaux.¹⁹

Le travail de terrain mené dans les zones concernées par les activités de Total a mis en évidence de nombreuses violations des droits humains et atteintes irréversibles à l'environnement liées à ces deux projets.²⁰ 118 000 personnes environ ont vu leurs terres impactées, entraînant pour plusieurs communautés la privation totale ou partielle de leurs terres et de leurs moyens de subsistance. Les habitant.es ont été contraints d'accepter une compensation insuffisante, souvent sous la pression et l'intimidation, et en violation de leurs droits fonciers.

En juin 2019, six organisations françaises et ougandaises ont mis en demeure Total,²¹ l'informant que ces projets ne respectaient pas les obligations légales en matière de prévention des atteintes aux droits humains et à l'environnement prévues par la LdV.²² Après que Total a rejeté ces accusations, les organisations ont intenté une procédure fondée sur la LdV, la toute première action en justice sur le fondement de cette loi.

¹⁷ Cette demande de mesure conservatoire a été présentée devant le juge de la mise en état. Elle fait partie de la procédure de mise en état en France au cours de laquelle les parties peuvent, entre autres, échanger des arguments juridiques, soulever des exceptions de procédure, demander des preuves et des mesures conservatoires (Article 789 du Code de procédure civile)

¹⁸ ProDESC (2021) Communiqué de presse EDF au Mexique: Paris court misses opportunity to prevent human rights violations <https://prodesc.org.mx/en/press-release-edf-in-mexico-paris-court-misses-opportunity-to-prevent-human-rights-violations/>

¹⁹ Amis de la Terre et Survie (2019), *Manquements graves à la loi sur le devoir de vigilance: Le cas de Total en Ouganda* <https://www.amisdelaterre.org/publication/manquements-grave-a-la-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-le-cas-total-en-ouganda/>

²⁰ Amis de la Terre et Survie (2020) *Un cauchemar nommé Total* <https://www.amisdelaterre.org/un-cauchemar-nomme-total/>

²¹ Amis de la Terre, Survie, AFIEGO, CRED, NAPE/Friends of the Earth Uganda, NAVODA

²² Amis de la Terre, Survie (2020) *Total en Ouganda: Une première assignation fondée sur la loi sur le devoir de vigilance: mise à jour*

Elles ont demandé au juge civil d'enjoindre à Total de mettre son plan de vigilance en conformité avec la loi en y incluant l'ensemble des risques d'atteintes graves associées aux projets Tilenga et EACOP, ainsi que les mesures de vigilance raisonnables à mettre en œuvre afin de prévenir et réduire ces risques. Elles ont également demandé au juge en référé d'enjoindre à Total la suspension des projets jusqu'à ce que les mesures d'atténuation aient été effectivement mises en œuvre.

Après trois années de contestations sur des questions de procédure afin de déterminer la compétence du tribunal judiciaire pour connaître des affaires portées au titre de la LdV, les débats sur la demande de suspension des projets de Total ont finalement eu lieu en décembre 2022. Dans son ordonnance rendue en référé le 28 février 2023, le Tribunal judiciaire de Paris n'a pas fait droit à la demande des demanderesses, déclarant l'assignation en justice de Total irrecevable au motif que les demandes et griefs inscrits dans l'assignation étaient « substantiellement différents » de ceux figurant dans la mise en demeure adressée à Total en 2019.²³

Les associations requérantes, qui contestent avoir modifié substantiellement leurs demandes, expliquent qu'elles n'ont fait que les préciser et consolider leur argumentaire avec plus de 200 documents de preuves à l'appui.²⁴ Les pièces du dossier sont nombreuses et proportionnées aux enjeux, et répondent aux besoins d'actualisations liés à la longueur de la procédure, considérablement rallongée par la bataille procédurale engagée par Total en 2019.

²³ Amis de la Terre (2023) *Projets Tilenga et EACOP de Total : le Tribunal de Grande Instance de Paris botte en touche*

<https://www.amisdelaterre.org/communique-presse/projets-tilenga-et-eacop-de-total-le-tribunal-judiciaire-de-paris-botte-en-touche/>

²⁴ Amis de la Terre, *Mise en demeure du 24 Juin 2019*, disponible à <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2023/02/courrier-med-total-24-juin-2019.pdf>



La reconnaissance de la protection des droits fonciers autochtones dans le cadre de la LdV

« DROITS HUMAINS ET LIBERTÉS FONDAMENTALES » : DÉTERMINER LE CHAMP D'APPLICATION DU DEVOIR DE VIGILANCE

Alors que les peuples autochtones font partie des groupes les plus vulnérables aux violations des droits humains liées aux entreprises, la LdV est ambiguë lorsqu'il s'agit de savoir si les droits spécifiques accordés aux peuples autochtones en vertu du droit international des droits humains relèvent du champ d'application du devoir de vigilance. Cette ambiguïté peut entraîner des implications substantielles pour ces communautés.

Le champ d'application du devoir de vigilance est largement défini par la loi, exigeant que le plan de vigilance identifie et prévienne les risques d'atteintes graves aux « droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité de personnes, et à l'environnement ». ²⁵ La référence aux « droits humains et aux libertés fondamentales » est vague, ce qui crée une incertitude considérable quant à *quels* droits humains sont concernés. Cette problématique a été mise en lumière dans les travaux préparatoires de la loi :

« Il appartiendra de préciser dans le présent article le détail des droits et libertés à protéger ainsi que le caractère de gravité attaché aux dommages corporels et environnementaux à prévenir. Par ailleurs, une grande partie des droits de l'homme s'exercent dans les limites établies par la loi et, dès lors que les atteintes en question auront le plus souvent lieu dans des systèmes étatiques et juridiques étrangers, le degré de protection qui leur est attaché est susceptible de varier. Le rôle du juge consistera à apprécier les circonstances pour déterminer si l'entreprise a correctement satisfait à l'obligation de moyens qui lui est imposée. » ²⁶

Le premier point de référence permettant de déterminer le champ d'application des « droits humains » est la définition de ces termes tels qu'ils existent dans la loi française, ainsi que les engagements de la France en vertu des conventions internationales et européennes de droits humains.²⁷ Toutefois, il est également primordial que l'interprétation de cette notion dans le cadre de la LdV prenne en compte l'objectif de la loi : réguler les activités des entreprises françaises afin de prévenir les atteintes aux personnes et à l'environnement – y compris lorsque ces atteintes sont extraterritoriales. En d'autres termes, les droits humains considérés comme protégés, et le risque de violations à identifier par les entreprises dans le cadre de leur devoir de vigilance, devraient être façonnés par le droit international relatif aux droits humains applicable, quelle que soit la juridiction dans laquelle la violation a eu lieu.

Cette interprétation correspond à celle des Principes directeurs de l'ONU (PDNU), qui déclarent : « *Dans tous les contextes, les entreprises devraient : se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles opèrent ; et rechercher les moyens d'honorer les principes des droits de l'homme internationalement reconnus lorsqu'elles se heurtent à des obligations contradictoires.* »²⁸ Au cours des travaux législatifs sur lesquels se sont construits la LdV, les PDNU ont été considérés de manière constante comme la philosophie directrice du devoir de vigilance et ainsi comme une boussole d'interprétation permettant de combler les lacunes et les incohérences du texte.²⁹ Les PDNU soulignent qu'en cas de conflit de lois entre les cadres juridiques nationaux et les normes internationales relatives aux droits humains, ces dernières priment : cela signifie qu'en cas de conflit de normes, les entreprises ne peuvent pas se prévaloir de l'absence de protection juridiques spécifiques dans le droit national du lieu où elles opèrent afin de limiter le champ matériel de leur devoir de vigilance. Ce raisonnement s'appliquerait également lorsque le droit national de la juridiction où se situe le siège social d'une société ne reconnaît pas certaines normes internationales relatives aux droits humains, y compris lorsque cette juridiction a adopté une législation sur l'obligation du devoir de vigilance en matière de droits humains.

27 Sherpa, *Guide de référence pour les Plans de vigilance* (2019) p. 37. Voir également Rapport n° 2628. p. 66. « Une définition formelle est généralement acceptée selon laquelle les droits fondamentaux sont proclamés par des textes de statut constitutionnel (...) ainsi que par des conventions internationales et européennes. Ils comprennent à la fois les droits et libertés de première génération (droit de propriété, liberté de conscience, droits politiques, habeas corpus, etc.), les droits de deuxième génération (droit au travail, accès aux soins de santé, éducation, droit de grève, etc.) et les droits de troisième génération (environnement, bioéthique, etc.). »

28 HCDH, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre « Protéger, Respecter et Réparer » des Nations Unies » (UNGPs) (2011), Principe 23

29 Commission des lois de l'assemblée nationale, Rapport N° 3582 (Mars 2016), p.11

LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS HUMAINS

Les droits des peuples autochtones aux terres, territoires et ressources sont inextricablement liés au droit à l'autodétermination, reconnu comme un principe général du droit international relatif aux droits humains et consacré dans de multiples traités internationaux.³⁰ Cela inclut le droit fondamental à la propriété collective et au contrôle des terres, territoires et ressources qu'ils ont traditionnellement détenus ou occupés, ou qu'ils ont utilisés et acquis par d'autres moyens.³¹ La Convention N° 169 de l'Organisation internationale du travail garantit les droits fondamentaux des peuples autochtones en vertu du droit international, notamment leurs droits de propriété foncière,³² et garantit des normes minimales concernant la consultation et le consentement pour toute activité susceptible de les impacter,³³ y compris les activités liées à l'utilisation des terres.³⁴ En outre, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée en 2007, confirme le droit des peuples autochtones à décider de ce qui se passe sur leurs terres et dispose que tout projet affectant leurs terres, territoires ou ressources ne devrait avoir lieu qu'avec leur consentement libre, informé et préalable.³⁵

Ces normes internationales relatives aux droits humains ont été intégrées dans les dispositifs de protection au niveau régional. Par exemple, dans le Système interaméricain protection des droits humains, le droit des peuples autochtones à la propriété collective de leurs terres et ressources naturelles est reconnu en tant que tel ainsi qu'en tant que garantie de la jouissance effective d'autres droits fondamentaux.³⁶ Dans sa décision de 2007 sur Saramaka, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a statué que les droits de propriété des peuples autochtones et tribaux découlent de la coutume et non de l'État, et qu'ils ont le «*droit de gérer, de distribuer et de contrôler efficacement (leur)...territoire, conformément à leur droit coutumier et à leur régime foncier collectif traditionnel*». Lorsqu'un Etat propose une concession sur des territoires autochtones, il a le devoir de consulter les membres de la communauté conformément à leurs traditions et coutumes.³⁷

30 Article 1 Charte des Nations Unies, Article 1(1) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 1(1) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

31 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (UNDRIP), Doc. A/RES.61/295 (septembre 2007), Article 26.

32 Convention sur les peuples indigènes et tribaux, 1989 (n° 169), Article 14.

33 Ibid., article 6

34 Ibid., articles 16–17

35 Article 19 de l'UNDRIP : «Les États consultent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé avant d'adopter et de mettre en œuvre des mesures législatives ou administratives qui les concernent.»

36 Voir : Organisation des États américains (2009) Droits des peuples autochtones et tribaux sur leurs terres ancestrales, Normes et jurisprudence du système interaméricain des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 du 30 décembre 2009, <https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>.

37 Cour I/A D.H., Affaire du Peuple Saramaka c. Suriname, Arrêt du 28 novembre 2007, Série C No. 172.

Les systèmes juridiques nationaux de plusieurs États concentrant une importante population autochtone ont également adopté des dispositions dans leurs constitutions ou jurisprudences introduisant le droit des peuples autochtones à la terre et aux territoires.³⁸ Au Mexique, par exemple, la propriété foncière collective des *ejidos* (terrains communaux) et des *comunidades agrarias* (communautés agraires) est reconnue par l'article 27 de la Constitution. La création de ces différentes formes de propriété collective des terres agraires prend ses racines dans des héritages historiques et politiques : les droits des *ejidos* ont été créés par l'État mexicain au lendemain de la guerre civile, alors que les *comunidades agrarias* (dont la majorité sont des communautés autochtones) possédaient déjà collectivement des terres avant la colonisation. Celles-ci ont ensuite été titrées et restituées aux communautés autochtones par l'État. Tant dans le cas des *ejidos* que des *comunidades agrarias*, la gouvernance des terres collectives est établie et approuvée par une assemblée formée d'*ejidatarios* ou *comuneros* (assemblée ejidale ou communale) qui prend des décisions concernant l'utilisation et la jouissance des terres, et qui détermine s'il convient d'accepter l'utilisation des terres par un tiers.

LE PRINCIPE DE CONSENTEMENT LIBRE, INFORMÉ ET PRÉALABLE

Parmi les éléments fondamentaux des droits des peuples autochtones se trouve le principe du consentement libre, informé et préalable (CLIP). Le CLIP est un droit explicitement reconnu dans la Convention N° 169 de l'OIT sur les peuples autochtones et tribaux³⁹, la Convention sur la diversité biologique,⁴⁰ et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.⁴¹ Il est constitué par trois droits interdépendants et cumulatifs des peuples autochtones, à savoir le droit d'être consulté, le droit de participer et le droit à leurs terres, territoires et ressources.⁴² Le CLIP ne confère pas de nouveaux droits, mais développe des principes et des droits généraux dans le domaine des droits humains en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones.⁴³ Selon le CLIP, les États doivent consulter les peuples autochtones afin d'obtenir leur consentement avant d'adopter et de mettre en œuvre des mesures législatives ou administratives susceptibles de les affecter. Le processus de consultation doit être :

- Libre : le contexte dans lequel s'inscrit le processus devrait être exempt d'intimidation, de coercition, de manipulation et de harcèlement, dans un esprit de confiance et de bonne foi entre les parties. Les institutions représentatives doivent être librement choisies et doivent pouvoir contrôler le processus et la logistique de la consultation.

38 FIAN International (2018), *Collective Rights briefing note*, p. 10 https://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2018/Reports_and_guidelines/droits_collectifs_UK_web.pdf

39 Articles 6, 15, 16 et 35

40 Article 8(j)

41 Article 19, Article 32(2)

42 Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, «Consentement préalable, libre et informé: une approche fondée sur les droits de l'homme», Doc. UNO A/HRC/39/62 (2018), para 14.

43 Ibid., para 3

- **Préalable** : la consultation doit être antérieure à toute autre décision validant l'exécution d'une proposition, y compris la phase de développement et de planification, avant la signature d'accords et l'octroi de permis de recherche.
- **Informé** : les informations communiquées doivent être suffisantes, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif ; objectives, exactes et claires ; et présentées dans une langue comprise par les communautés en question. Les informations doivent porter sur la nature, l'ampleur, le rythme d'exécution, la réversibilité et la portée du projet.⁴⁴

Le CLIP est à la fois un processus et un résultat. En tant que processus, il implique l'échange d'informations, la consultation, la délibération et la négociation avec la communauté concernée avant la mise en œuvre des activités. Au terme de ce processus, la communauté peut donner son consentement, avec ou sans conditions, ou le refuser.

LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES DE RESPECTER LES DROITS FONCIERS AUTOCHTONES

L'État est le principal acteur responsable de garantir les droits fonciers collectifs des communautés autochtones via la mise en œuvre du processus de CLIP. Toutefois, cette responsabilité de l'Etat n'exclut la responsabilité des sociétés de respecter ces droits dans l'exercice de leurs activités. La responsabilité des entreprises de respecter les droits humains existe « indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en la matière. »⁴⁵

Dès lors que ces droits découlent du droit international des droits humains, leur absence de protection par la loi ou la pratique du pays dans lequel une entreprise opère ne la décharge pas de l'obligation d'en assurer le respect dans le cadre de ses activités.

La responsabilité des entreprises de respecter les droits humains existe « indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en la matière. »

Selon le rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des défenseurs des droits humains : « toute entreprise impliquée dans un ou plusieurs projets susceptibles d'affecter les communautés autochtones doit favoriser la réalisation de consultations préalables et significatives avec ces dernières ; s'abstenir de prendre des mesures pouvant avoir une incidence sur ces consultations, notamment des actions pouvant contribuer à la division des communautés ; et fournir toutes les informations pertinentes relatives aux projets concernés aux personnes impactées, d'une manière accessible et culturellement appropriée. »⁴⁶

Avant d'entreprendre un projet, les entreprises doivent exercer leur

⁴⁴ Ibid. para 20 – 23

⁴⁵ Principes directeurs des Nations Unies (PDNU) Principe 11

⁴⁶ Conseil des droits de l'homme, Rapport du rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme sur sa mission au Mexique UN Doc A/HRC/37/51/Add.2, (2018), para. 14

devoir de vigilance en matière de droits humains afin d'évaluer si les peuples autochtones peuvent être affectés de manière négative, déterminer dans quelle mesure leurs droits sont respectés par l'État et si les autorités ont effectivement consulté et obtenu le consentement des communautés locales avant de délivrer un permis ou une concession.⁴⁷ Les entreprises doivent également veiller à ce qu'aucune action susceptible d'interférer avec l'exercice du CLIP ne soit entreprise par leurs filiales, sous-traitants, fournisseurs ou leurs relations commerciales.⁴⁸

Afin de démontrer leur respect du droit au CLIP, les entreprises doivent être prêtes à contribuer de bonne foi aux consultations autochtones menées par les gouvernements. Lorsque les États ne respectent pas leurs propres obligations, les entreprises doivent collaborer avec les parties prenantes de la société civile, afin d'assurer que des consultations autochtones respectueuses des standards internationaux en matière et l'obtention du CLIP sont effectivement garanties.⁴⁹ En outre, si des vides juridiques ou des défaillances dans la protection du CLIP par l'État hôte apparaissent en amont du développement d'un projet, la société doit suspendre le développement des projets concernés jusqu'à ce qu'elle puisse s'assurer que le processus de CLIP a été correctement mis en œuvre conformément aux normes internationales, et que le consentement a été dûment obtenu.⁵⁰ Le Guide OCDE sur le devoir de diligence des entreprises précise que : « *Quand bien même des activités commerciales ne comportent pas de risques intrinsèques, certaines circonstances (ex : problèmes d'état de droit, non-application des lois, comportement des partenaires commerciaux) peuvent entraîner des risques d'impacts négatifs. Le devoir de diligence doit aider les entreprises à anticiper et prévenir ou atténuer ces impacts. Dans certains cas précis, le devoir de diligence peut aider les entreprises à déterminer, en dernier ressort, si elles doivent mettre un terme ou non à certaines activités ou relations commerciales, parce que le risque d'impact négatif est trop important, ou parce qu'elles ont échoué à atténuer ce risque.* »⁵¹

Dans la pratique, la grande majorité des projets d'extraction ou d'infrastructure sont développés sans assurance que le CLIP des peuples autochtones ait été obtenu. Selon Land Matrix, sur les plus de 250 acquisitions foncières à grande échelle dans les pays en développement pour lesquelles des informations sur la consultation autochtone sont disponibles, le CLIP a été obtenu pour seulement 15 %, tandis que pour près de 45 %, il est signalé qu'aucune consultation autochtone n'a été réalisée.⁵² Même lorsqu'elles sont menées à bien, les formats de la consultation autochtone ne parviennent souvent pas à fournir aux communautés des informations adéquates, ou ne les protègent pas de l'influence indue exercée par les entreprises ou les représentants des autorités publiques.⁵³

47 Danish Institute for Human Rights, *Respecting the Rights of Indigenous Peoples – a due diligence checklist for business* (June 2019) p. 10

48 Principes directeurs des Nations Unies (PDNU), Principe 13b

49 Accountability Framework, *Operational Guidance on Free, Prior and Informed Consent* (June 2019), p. 15

50 Ibid. p. 5

51 Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises p. 17

52 Land Matrix, *Taking stock of the global land rush* (2021) p.12

53 Dossier ECCHR, ProDESC et CCFD (2020)

La consultation des communautés autochtones concernant le développement de projets éoliens au Mexique s'est systématiquement soldée par un échec. Sur les 28 projets éoliens en activité dans la région de l'isthme, les processus de consultation autochtone n'ont pas eu lieu ou se sont avérés profondément déficients, menés après que les entreprises ont obtenu des permis de production d'électricité par le gouvernement et/ou ont signé des contrats d'usufruit et des baux leur donnant accès aux terres. Ces échecs ont été relevés par le Groupe de travail sur la question des droits humains et des sociétés transnationales et autres entreprises des Nations Unies, soulignant que « *l'urgence d'attirer des investissements, l'insuffisance des garanties et le manque de capacité à faire appliquer la législation existante créent un environnement dans lequel les droits de l'homme peuvent être violés en toute impunité* ». ⁵⁴ Dans le projet Gunaa Sicarú, le processus de consultation n'a été engagé qu'à la suite d'une action en justice intentée par des membres de la communauté d'Unión Hidalgo, trois ans après qu'EDF a entamé des négociations avec des propriétaires individuels aux fins d'obtenir l'accès aux terres. La consultation s'est avérée être en violation des normes internationales sur le CLIP, ce qui a conduit un juge mexicain à ordonner sa suspension puis sa reprise dans le respect du droit international et mexicain sur le CLIP. ⁵⁵ Néanmoins, EDF a poursuivi le développement de son projet malgré des indications claires de violations persistantes du CLIP : échec de l'État mexicain à mener le processus de consultation conformément aux normes internationales, décision du juge d'*amparo* et preuves de coercition et intimidation des membres de la communauté en lien avec les activités de ses filiales locales, tel que documenté par la société civile.

La consultation des communautés autochtones concernant le développement de projets éoliens au Mexique s'est systématiquement soldée par un échec.

Comme le décrit le chapitre suivant du présent rapport, l'appréciation du respect par une entreprise de son obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables » pour prévenir les atteintes graves aux droits humains doit être interprétée *in concreto*, en tenant compte du contexte spécifique dans lequel la société développe ses activités. Par conséquent, pour les entreprises cherchant à développer des projets dans des pays où des violations des droits au CLIP ont été largement signalées par les organismes de défense des droits humains, les ONG et les médias (comme au Mexique), l'identification de ces risques et l'adoption de mesures d'atténuation doivent être clairement définies dans leur plan de vigilance.

⁵⁴ Assemblée nationale des Nations Unies, Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises sur sa mission au Mexique, UN Doc A/HRC/35/32/Add.2 (2017) para. 7.

⁵⁵ Décisions judiciaires concernant les ordonnances d'*amparo* N° 376/2018, 377/2018 et 554/2018 prononcées par la juridiction fédérale de première instance *Juzgado Primero de Distrito* de l'État d'Oaxaca, Mexique (2018)

CONTRATS D'USUFRUIT ET ACCAPAREMENT DES TERRES: UNE PRATIQUE SYSTÉMIQUE DES ENTREPRISES DANS LE SECTEUR EXTRACTIF

La signature de contrats d'usufruit et de baux sur les terres est une pratique récurrente dans le développement des projets d'extraction. Lorsque de tels contrats portent sur des terres possédées collectivement par des peuples autochtones, leur négociation et leur signature avant que le consentement de la communauté n'ait été recherché ou obtenu représentent une violation du CLIP.

L'appropriation des terres par les entreprises et notamment la conclusion de contrats d'usufruit portant sur des terres collectives et communales reflètent une pratique systématique des entreprises dans la région de l'isthme au Mexique,⁵⁶ souvent menée en collusion avec des responsables gouvernementaux locaux susceptibles de se bénéficier des investissements étrangers.⁵⁷ Lorsque ces terres font également partie d'un ejido ou d'une communauté agraire, le droit mexicain dispose que l'ejido ou l'assemblée communale doit autoriser lesdits accords. L'existence d'ejidos et de communautés agraires est donc considérée comme un obstacle majeur à l'obtention de terres pour le développement, compte tenu de la nécessité d'une consultation et d'une prise de décision collectives autour de l'utilisation de ces terres. Pour contourner ces processus, les sociétés multinationales, agissant par l'intermédiaire de leurs filiales locales et avec la participation d'officiers publics locaux pour formaliser le processus, recourent fréquemment à la signature de baux sous seing privé ou des contrats d'usufruit avec des individus se considérant comme « propriétaires fonciers » individuels qui leur accordent l'accès à la terre, et ce avant toute consultation autochtone adéquate des membres de la communauté autochtone concernée.

Interrogées sur la légalité des contrats d'usufruit, les entreprises d'énergie concernées ont fait valoir que les terres en question étaient soumises à la propriété privée. Ce faisant, elles tirent profit des vides juridiques et des incohérences dans le statut foncier des terres. Par exemple, l'absence d'un organe administratif interne fonctionnel (comisariado) capable de prendre des décisions sur les terres collectives et communales a facilité l'accaparement des terres et la signature de contrats d'usufruit. Dans les contextes où la présence de conflits fonciers préexistants est connue, un devoir de vigilance en matière de droits humains exige qu'avant toute activité de développement, les entreprises prennent des mesures raisonnables permettant d'identifier le statut des terres en question et mettent en œuvre des mesures afin de prévenir la violation des droits de propriété collective des communautés concernées.

56 S Friede, *Enticed by the Wind: A case study in the social and historical context of wind energy development in Southern Mexico* (2016), Wilson Center (ed.)

57 P. Matias "Para despojarlos de sus tierras, declaran muertos a más de mil comuneros... que están vivos", *Proceso*, 1 July 2021 <https://www.proceso.com.mx/nacional/2021/7/1/para-despojarlos-de-sus-tierras-declaran-muertos-mas-de-mil-comuneros-que-estan-vivos-267037.html>.

Comme l'a souligné le Point de contact national français de l'OCDE dans la plainte déposée par Unión Hidalgo et ProDESC contre EDF, les diligences visant à déterminer le statut des terres doivent aller au-delà des vérifications judiciaires et administratives, et inclure la consultation des parties prenantes de la société civile locale et des expert.es qui connaissent le contexte social et culturel spécifique aux droits fonciers autochtones. Le développement d'un projet sur fond de conflit foncier peut entraîner des conséquences en cascade, générant des violations du CLIP et la violence intracommunautaire.

Dans le cas d'Unión Hidalgo, le territoire sur lequel le projet Gunaa Sicarú devait être développé est soumis à la propriété agraire (*propiedad agraria*), et donc à l'approbation de l'assemblée communale, en plus du processus de consultation requis pour obtenir le CLIP de la communauté autochtone. Malgré cela, il apparaît de la documentation obtenue par les associations que la filiale d'EDF, Eólica de Oaxaca, aurait conclu des contrats d'usufruit avec des particuliers de la communauté se présentant comme « propriétaires fonciers », et ce en amont de toute consultation autochtone adéquate. Par ce procédé, EDF a pu accéder à près de 5 000 hectares de terres communales.

Le développement d'un projet sur
fond de conflit foncier peut entraîner
des conséquences en cascade,
générant des violations du CLIP
et une violence intracommunautaire.

Récemment, les contrats d'usufruit concernant le parc éolien de Piedra Larga (également situé à Unión Hidalgo) ont été déclarés illégaux au motif qu'ils concernaient des terres communales. Dans deux jugements d'août et de novembre 2022, le Tribunal Unitario Agrario de Tuxtepec, Oaxaca, organe fédéral chargé de la justice agraire, a déclaré que 13 contrats entre Demex (une filiale de la compagnie d'énergie espagnole Renovalia Energy) et des particuliers pour l'installation du parc éolien contrevenaient à la loi agraire, car ils considéraient à tort les terres comme une propriété privée.⁵⁸ Ces décisions créent un précédent important pour la lutte contre l'accaparement des terres par les entreprises dans d'autres parcs éoliens de la région et au Mexique.

LE TRAITEMENT DES DROITS FONCIERS COLLECTIFS DANS LE CADRE DE LA LDV

L'ambiguïté autour du champ d'application des droits humains protégés par la LdV crée une incertitude substantielle concernant les droits consacrés dans des traités internationaux relatifs aux droits humains mais non-inscrits dans les cadres juridiques nationaux. De nombreux pays, en particulier de l'hémisphère Nord, ne reconnaissent pas les droits collectifs des peuples autochtones. Par exemple, la France n'a pas ratifié la Convention N° 169 de l'OIT, le seul instrument international juridiquement contraignant reconnaissant les droits fonciers collectifs des peuples autochtones ainsi que leur droit à l'autodétermination, du fait du principe constitutionnel de républicanisme français qui ne reconnaît pas l'existence de minorités, rendant difficilement transposable la protection des droits autochtones dans le droit français.⁵⁹

La nécessité d'une interprétation *in concreto* du devoir de vigilance est clairement identifiée dans le cadre des PDNU.

Cependant, l'absence d'un droit de propriété collective en droit français ne doit pas empêcher les personnes concernées par des manquements au devoir de vigilance de faire valoir la violation de leurs droits à la propriété collective au titre de la LdV. Dans leur appréciation du respect du devoir de vigilance, les juges français devraient donc tenir compte de la manière dont les activités des entreprises peuvent entraîner des atteintes graves des droits fonciers collectifs, en prenant en compte la manière dont ces droits sont protégés en vertu du droit international relatif aux droits humains, ainsi que dans le droit des pays dans lesquels les entreprises développent leurs activités.

La nécessité d'une interprétation *in concreto* du devoir de vigilance est clairement identifiée dans le cadre des PDNU :

« Comme les entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement tout l'éventail des droits de l'homme internationalement reconnus, la responsabilité qui leur incombe de respecter s'applique à tous ces droits. Dans la pratique, certains droits de l'homme, qui peuvent courir plus de risques que d'autres dans des secteurs ou des contextes particuliers, doivent être suivis de plus près. [...] Suivant les circonstances, il peut être nécessaire pour les entreprises d'envisager d'autres normes. Par exemple, les entreprises doivent respecter les droits de l'homme des individus appartenant à des groupes ou des populations spécifiques nécessitant une attention particulière, dans les cas où elles peuvent avoir des incidences négatives sur ces droits. À cet égard, les instruments des Nations Unies ont précisé les droits des peuples autochtones [...] »⁶⁰

Cela signifie que les risques d'atteintes aux droits que les entreprises sont censées identifier, prévenir et réparer dans le cadre de leur obligation de vigilance doivent tenir compte du contexte dans lequel l'entreprise et les entités incluses dans leur périmètre de vigilance opèrent, ainsi que des impacts effectifs ou potentiels que ces activités peuvent avoir sur les individus et les groupes. La prévention effective des atteintes aux droits humains liées aux entreprises nécessite une interprétation conforme aux PDNU du devoir de vigilance : une approche restrictive manquerait l'objectif même de la loi.⁶¹

Les violences liées aux conflits sur le statut des terres nécessaires à leurs activités sont précisément les risques que les entreprises doivent identifier lors du développement de leurs projets. Les entreprises doivent ensuite mettre en oeuvre des mesures de prévention adéquates de ces risques. En pratique, cela signifie de ne pas poursuivre les activités là où elles pourraient causer, contribuer ou être directement liées à des atteintes graves du droit des peuples autochtones à la terre, ainsi qu'aux risques consécutifs pour la sécurité des droits humains et des défenseur.es de la terre. Dans pareils contextes, il est essentiel que les entreprises identifient leurs responsabilités : respecter les droit fonciers, s'abstenir d'entreprendre des actions favorisées par des vides juridiques dans l'administration des terres collectives et susceptibles d'alimenter ou générer des conflits fonciers, et activement clarifier le statut des terres nécessaires au développement de leurs projets en consultant les parties prenantes appropriées. Comme pour l'obligation de respecter le CLIP, ces obligations existent indépendamment de celles de l'État de protéger les droits humains.

Au-delà de la prévention, une approche *in concreto* devrait également être adoptée dans l'adjudication des demandes de dommages et intérêts fondées sur l'article 2 de la LdV. Le droit de la responsabilité civile français exige la preuve d'un dommage personnel, alors que les droits de propriété des communautés autochtones sont de nature collective. Pour autant, la violation d'un droit foncier collectif via l'accaparement des terres par des entreprises peut entraîner des dommages matériels individuels, tels que la perte de moyens de subsistance économique ou un accès restreint à l'eau, ainsi que des dommages moraux résultant des troubles au droit d'utilisation à des fins culturelle et spirituelles des terres. Une interprétation restrictive du mécanisme de réparation de la LdV basé sur la responsabilité civile extracontractuelle entraverait considérablement la capacité des communautés autochtones à obtenir compensation pour le non-respect de leurs droits de propriété ou du CLIP.

Risques et détenteurs de droits

Adopter une lecture contextuelle du devoir de vigilance

En tant qu'obligation de moyen, le devoir de vigilance impose aux entreprises de prendre toutes les mesures raisonnables permettant d'identifier et de prévenir les atteintes graves aux droits humains et à l'environnement résultant de leurs activités ou de celles de leurs filiales, fournisseurs ou sous-traitants. La loi n'impose pas d'obligation de résultat, c'est-à-dire une garantie du respect des droits humains. Ainsi la détermination de ce que recouvre la notion de « mesures raisonnables » pour identifier et prévenir les impacts sur les droits humains et l'environnement est fondamentale pour la mise en œuvre effective de l'obligation de vigilance. Sur ce point, la LdV est relativement muette quant au contenu et la portée de cette notion.

La violence contre les défenseur.es des droits humains est souvent liée aux activités des entreprises et exacerbée par celles-ci.

Le concept de diligence raisonnable en matière de droits humains introduit dans les Principes directeurs des Nations Unies (PDNU), cités précédemment dans ce rapport, peut être utilisé pour combler ces lacunes d'interprétation. Il ressort des travaux préparatoires de la LdV que les PDNU ont servi d'inspiration à l'obligation de vigilance, considérés avec le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises comme la « base idéale et internationalement reconnue pour construire un plan de vigilance ». ⁶² Ces deux textes mettent l'accent sur la nature *in concreto* du devoir de vigilance en matière de droits humains des entreprises, en tant que processus et comportement vigilant continu ⁶³ devant être mené en tenant compte du contexte culturel, économique, sectoriel et politique de l'activité d'une entreprise. ⁶⁴ La mise en œuvre du devoir de vigilance nécessite donc une prise de conscience et une compréhension actives de la part de l'entreprise de la manière dont ses activités (et celles des acteurs de sa chaîne de valeur globale) peuvent avoir des impacts négatifs spécifiques aux contextes spécifiques dans lesquels elles opèrent. Ce contexte spécifique doit directement contribuer à façonner les « mesures adéquates » que l'entreprise devra mettre en œuvre pour atténuer et prévenir ces impacts négatifs. Cette approche *in concreto* inhérente au devoir de vigilance est particulièrement essentielle dans des contextes où les activités des entreprises sont liées à des menaces et à des violences contre les défenseur.es des droits humains.

⁶² Report n° 3582 of the Commission des lois de l'Assemblée Nationale (March 2016), p. 11

⁶³ OCDE (2018) p. 17 – 18

⁶⁴ Principes directeurs des Nations Unies, principe 17 (c) « La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme : [...] Devrait s'exercer en permanence, étant donné que les risques en matière de droits de l'homme peuvent changer à terme au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale. », Voir également HCDH, « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : un guide interprétatif » (2012), p.20

VIOLENCE CONTRE LES DÉFENSEUR.ES DES DROITS HUMAINS: « CAPTURE DES COMMUNAUTÉS » DANS L'INDUSTRIE EXTRACTIVE

Par leur travail d'activisme et d'observation des activités des entreprises, les défenseur.es des droits humains et de la terre jouent un rôle crucial dans la lutte et la prévention des violations résultant des activités des entreprises multinationales. Cependant, ces défenseur.es font régulièrement l'objet d'attaques et de représailles en raison de leur travail, notamment dans le cadre de grands projets de développement qui concernent l'accès à la terre et les droits des peuples autochtones et des communautés locales.⁶⁵ Selon Global Witness, 200 défenseurs de la terre et de l'environnement ont été tués en 2021.⁶⁶ Les défenseur.es des droits des peuples autochtones sont touchés de manière disproportionnée, représentant plus de 40 % des attaques mortelles totales en 2021, alors que les peuples autochtones ne représentent que 5 % de la population mondiale.⁶⁷

La violence contre les défenseur.es des droits humains est souvent liée aux activités des entreprises et exacerbée par celles-ci. Tandis qu'il est rare que des multinationales soient directement impliquées dans la commission d'actes de violence et d'attaques, les tactiques utilisées par les entreprises ou leurs filiales locales pour accéder à la terre peuvent souvent inciter et mener à la polarisation et la violence intra-communautaires. Les groupes et les individus susceptibles de bénéficier financièrement des projets d'extraction, par exemple les propriétaires terriens qui auraient signé des contrats d'usufruit sur leurs terres ou des baux ainsi que les fournisseurs et sous-traitants locaux, peuvent recourir à la menace et à la violence pour réduire au silence les voix des communautés qui s'opposent à ces développements ou qui demandent le respect de leur droit au CLIP. La violation systématique du CLIP s'accompagne régulièrement par la stigmatisation, la criminalisation et la violence contre les bénéficiaires de ces droits, en particulier les défenseur.es des droits humains, fonciers et environnementaux.

Le caractère systémique de ces pratiques dans l'industrie extractive souligne l'importance de leur identification en tant que risques que l'exercice du devoir de vigilance devrait effectivement prévenir. Comme l'illustrent les nombreux témoignages dans le cas d'EDF, il est fréquent que les entreprises extractives recourent à des campagnes de relations publiques et d'information sélectives avant et pendant les processus de consultation autochtones.⁶⁸ Ces campagnes présentent une image positive de leurs projets en insistant sur les bénéfices qui y seraient associés, mais fournissent des informations limitées sur les impacts négatifs pour les droits humains et la terre.⁶⁹

⁶⁵ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, «Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : orientations pour assurer le respect des défenseurs des droits de l'homme», Doc. ONU A/HRC/47/39/Add.2 (juin 2021) p.3.

⁶⁶ Global Witness 2022, *Decade of Defiance* p. 9

⁶⁷ Business and Human Rights Resource Centre, *In the Line of Fire* (March 2021), p.2

⁶⁸ Pour plus de détails sur l'affaire de la communauté de l'Unión Hidalgo, voir ECCHR, *L'espace de la société civile dans les projets d'énergie renouvelable : une étude de cas de la communauté de l'Unión Hidalgo au Mexique* (2019), disponible à l'adresse suivante : <https://www.ecchr.eu/publikation/lespace-de-la-societe-civile-dans-les-projets-denergie-renouvelable-une-etude-du-cas-de-la-communaute-union-hidalgo-au-mexique/>

⁶⁹ T Mebratu-Tsegaye, *Free, prior and informed consent: addressing political realities to improve impact*, (October 2020), Columbia Center for Sustainable Investment (eds.)

Si ces actions d'information sélectives en amont de la consultation autochtone peuvent ne pas sembler préjudiciables de prime abord, leur analyse à la lumière du contexte politique, juridique et culturel des communautés autochtones, révèle qu'elles génèrent des risques substantiels de nuire gravement à l'exercice du CLIP. En outre, il est fréquent que les entreprises promettent certains avantages financiers ou de développement afin d'inciter certains membres des communautés à accepter des projets, tels que des emplois et des investissements dans les infrastructures locales. Ces tactiques profitent de la vulnérabilité socio-économique des communautés autochtones, interfèrent gravement avec le CLIP et polarisent les communautés. Dans la pratique, il s'agit souvent de fausses promesses qui ne sont pas tenues. Par exemple, les communautés locales ne profitent pas de l'électricité produite par les parcs éoliens construits sur leurs terres, qui est vendue directement sur les marchés internationaux, laissant la communauté doublement désavantagée.⁷⁰ Des initiatives philanthropiques d'entreprise telles que l'octroi de dons à des institutions caritatives locales sont également déployées dans le but de susciter le soutien de la communauté, ce qui, dans certains cas, peut s'apparenter à de la corruption.⁷¹ En réalité, ces tactiques représentent une forme de « manipulation ou capture des communautés » (l'une des manifestations les plus courantes de la capture par les entreprises),⁷² sapant la capacité des communautés à librement donner ou non leur consentement.

Ces tactiques profitent de la vulnérabilité socio-économique des communautés autochtones, interfèrent gravement avec le CLIP et polarisent les communautés.

Ces pratiques de divisions ont pour conséquence l'ébranlement de la cohésion sociale au sein des communautés locales, opposant les partisans des projets de développement aux défenseur.es des droits humains qui cherchent à protéger les terres autochtones, les modes d'agriculture et de subsistance économique traditionnels. Ces méthodes peuvent avoir une incidence profonde et négative sur la solidarité collective dans les communautés concernées, provoquant ainsi la rupture du tissu social, des violations du CLIP et l'escalade de la violence contre les défenseur.es des droits humains.⁷³

Par conséquent, la mise en œuvre de mesures de prévention de ces violations fait partie intégrante du devoir de vigilance des entreprises opérant dans le secteur extractif. L'obligation de veiller à ce que « *leurs activités, actions et omissions n'entraînent pas de représailles, de violence, de décès, de harcèlement judiciaire ou toute autre forme de*

⁷⁰ Voir "La danse de la mort d'EDF dans le sud-est du Mexique", Lundimatin (30 Mars 2020) disponible à <https://lundi.am/La-danse-de-la-mort-d-EDF-dans-le-sud-est-du-Mexique>

⁷¹ Voir OCDE, Questions fréquentes : Comment traiter les risques de corruption et de pots-de-vin dans les chaînes d'approvisionnement en minerais (2021), p.22 <https://mneguidelines.oecd.org/questions-frequentes-comment-traiter-les-risques-de-corruption-et-de-pots-de-vin-dans-les-chaines-dapprovisionnement-en-minerais.pdf>

⁷² Pour plus d'informations, voir le Webinaire et les informations publiées par GI-ESCR Net : <https://www.escr-net.org/fr/nouvelles/2019/debatter-capture-dentreprise-manipulation-communautes>

⁷³ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (2018), paragraphe 47

réduction au silence ou de stigmatisation des défenseur.es des droits de l'homme » est un aspect clairement reconnu de la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains.⁷⁴ Cette obligation implique, dans le cadre du devoir de vigilance, que les entreprises identifient les risques d'impacts négatifs sur les défenseur.es des droits humains liés à leurs projets, soit par le biais de leurs propres activités, soit du fait de leurs filiales et relations commerciales. Compte tenu de la gravité documentée des risques d'attaques contre les défenseur.es des droits humains (lesquels peuvent inclure des meurtres, des enlèvements et des agressions violentes), lorsqu'elles opèrent dans des contextes où de telles représailles sont documentées, leur identification en tant que risque et leur prévention sont un aspect fondamental du devoir de vigilance.

Concrètement, en amont du développement ou de la mise en œuvre d'un projet, une entreprise a l'obligation d'identifier les risques, à la lumière de l'ensemble des aspects du contexte d'une activité donnée, que ses activités puissent entraîner une dégradation du tissu social locaux ou des conflits au sein d'une communauté, et de prendre les mesures visant à prévenir de manière effective ces risques. Cette obligation naît en amont du développement d'un projet et subsiste tout au long du déroulement de ce dernier.⁷⁵ Lorsqu'il existe des preuves que les défenseur.es des droits humains ont été ou sont négativement impactés par les activités d'une entreprise (soit directement, soit par le biais de la chaîne d'approvisionnement et de valeur ou par l'intermédiaire de leurs relations commerciales rattachées à ces activités), les entreprises doivent user de leur influence auprès des états dits « hôte » de leurs activités, afin de prendre des mesures de protection ou enquêter sur les allégations, contribuer aux enquêtes menées indépendamment et prendre des mesures de réparation des dommages résultant de leurs activités.⁷⁶ Selon le Guide OCDE, lorsque les mesures d'atténuation des risques d'atteintes identifiés ont échoué et que demeurent des risques d'atteintes graves aux droits humains ou à l'environnement, les entreprises doivent envisager de suspendre leurs activités, poursuivre l'identification des risques d'atteintes et la mise en œuvre des mesures d'atténuation ou en dernier recours, se désengager complètement.⁷⁷ Bien qu'il n'existe pas de définition unanime de la notion d'atteinte grave aux droits humains, l'ampleur, la portée et la nature irréversible de l'atteinte doivent être prises en compte.⁷⁸ Des agressions et actes de violence répétés contre les défenseur.es des droits humains liés à des projets extractifs pourraient être considérés comme atteignant ce seuil, entraînant pour une entreprise l'obligation de mettre fin à ses relations commerciales susceptibles de contribuer ou d'être directement liées à ces atteintes.

Dans le cadre de leur devoir de vigilance, les entreprises sont également tenues de consulter les parties prenantes susceptibles d'être affectées par leurs activités et d'activement chercher à engager un dialogue

⁷⁴ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (2021), paragraphe 54

⁷⁵ Forest Peoples Programme, *Stepping up: Protecting collective land rights through corporate due diligence* (2021)

⁷⁶ Pour plus de détails sur les HRDD liés aux défenseurs des droits de l'homme, voir Global Witness, *Responsible Sourcing: the business case for protecting land and environmental defenders and indigenous communities' rights to land and resources* (April 2020)

⁷⁷ OCDE, Lignes directrices de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2011), II C.22.

⁷⁸ Principes directeurs des Nations Unies (PDNU), Principe 19



avec elles. A ce titre, les défenseur.es des droits fonciers et humains devraient être identifiés de manière claire et consultés lors du développement de projets extractifs sur des terres autochtones, en amont et pendant le développement de projets extractifs. Cette exigence se retrouve dans la LdV qui prévoit que le plan de vigilance a vocation à être élaboré « en association avec les parties prenantes de la société ». ⁷⁹ Réflétant le caractère continu du devoir de vigilance, l'implication générale des parties prenantes dans l'établissement et la mise en œuvre du plan doit se faire à toutes les étapes et en permanence. ⁸⁰ Enfin, bien que les parties prenantes ne soient pas définies par la loi, dans le cadre du devoir de vigilance, cette notion comprendrait les individus et les groupes dont les droits et obligations sont affectés, directement ou indirectement, par le manquement de l'entreprise à remplir son devoir de vigilance.

Il est donc essentiel que les tribunaux français, à qui incombe l'importante tâche de façonner le contenu du devoir de vigilance, le fassent en gardant constamment à l'esprit la portée extraterritoriale de la LdV. Cette obligation de moyens, continue et à la portée extraterritoriale nécessite une analyse approfondie qui va au-delà de la vérification de l'existence d'un plan de vigilance. Selon les travaux préparatoires de la loi, « l'effectivité du plan est garantie par sa publicité et par le pouvoir conféré au juge, soit vérifier le contenu et la qualité du plan de vigilance si ceux-ci sont contestés (...) », ⁸¹ prenant en compte le contexte dans lequel les violations des droits présumées ont eu lieu. Dans la pratique, cela impliquerait d'obtenir, dans le cadre de la procédure civile applicable, des informations précises sur le contexte culturel, juridique, politique et social des activités des entreprises et de leurs chaînes d'approvisionnement, ainsi que sur les vulnérabilités spécifiques des détenteurs de droits affectés par ces activités. Par exemple, solliciter la contribution d'experts ou de contributions équivalentes à un *amicus curiae* permettant de fournir une expertise spécifique et d'éclairer les parties sur la réalité des risques générés par une activité et l'effectivité des mesures de prévention proposées.

ATTAQUES CONTRE DES DÉFENSEUR.ES DES DROITS HUMAINS À UNIÓN HIDALGO

Le Mexique est l'un des pays les plus dangereux pour les défenseur.es des droits humains et ayant connu le plus grand nombre de meurtres de défenseur.es dans le monde en 2021. ⁸² La violence, la criminalisation et les attaques contre des voix dissidentes contestant les mégaprojets sur les terres et territoires autochtones ont été reconnues à plusieurs reprises par les organes des Nations Unies et les ONG internationales. ⁸³ L'État d'Oaxaca au Mexique a connu le plus grand nombre d'attaques, notamment à Juchitán où la violence a été explicitement reliée à la construction de projets éoliens. ⁸⁴

À Unión Hidalgo, les menaces et les attaques contre les défenseur.es des droits fonciers et humains liées au projet Gunaa Sicarú ont

⁷⁹ Article L. 225 – 102 – 4 – I para 4 du Code de commerce

⁸⁰ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance* (2019), p.44

⁸¹ Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre N°2578 (11 February 2015) p.12

⁸² Global Witness (2022) p. 10

⁸³ Assemblée générale des Nations Unies, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones à l'issue de sa visite au Mexique (2018), para 41

⁸⁴ Centre mexicain pour le droit de l'environnement, (2019), p. 11.

commencé à s'intensifier après le début des sessions de consultation autochtones entachées d'irrégularités, en avril 2018. Une campagne sur les réseaux sociaux et à la radio a stigmatisé les défenseur.es comme des « ennemis du développement » et des « militants anti-éoliens », diffusant des renseignements personnels à leur sujet et incitant les membres de la communauté à prendre des mesures pour éliminer toute opposition au projet. Des menaces directes contre l'intégrité physique de ces opposants au projet et de leurs familles s'en sont suivies. Un défenseur ouvertement critique a été blessé dans un accident de voiture qui serait intentionnel et un membre du Comité de résistance a été victime d'une tentative d'enlèvement.⁸⁵ La gravité des attaques a attiré l'attention internationale et a donné lieu à une action d'urgence de la part de l'Organisation mondiale contre la torture et de la Fédération internationale pour les droits humains (FIDH) en juin 2019.⁸⁶ Les attaques se sont poursuivies ces dernières années. En février 2022, Edgar Martín Regalado, membre du Collectif de Défense des Droits Humains et des Biens Communaux d'Unión Hidalgo, a été victime d'une attaque armée depuis une voiture alors qu'il rentrait chez lui après avoir participé à une conférence de presse évoquant les poursuites judiciaires à l'encontre d'EDF.⁸⁷

Ces attaques peuvent être reliées aux interventions de la filiale d'EDF, Eólica de Oaxaca, au sein d'Unión Hidalgo. L'entreprise a entamé des discussions sélectives avec des personnes choisies dans la communauté afin d'obtenir des droits sur les terres dès 2015, offrant des espaces privilégiés d'information et de négociation sur le projet proposé et promettant que le parc éolien apporterait des opportunités d'emploi et d'investissement dans la région. Ce processus a conduit à l'émergence de « comités de propriétaires fonciers » autoproclamés devenant d'importants partenaires du projet, motivés par les avantages économiques promis par les compensations prévues dans les contrats d'usufruit. Une fois le processus de consultation autochtone initié, ces partisans ont intensifié leurs actions de coercition, de manipulation des votes, d'intimidation et de violence contre les défenseur.es des droits humains dans la communauté.

MENACES ET ARRESTATIONS LIÉES AUX PROJETS TILENGA ET EACOP

En Ouganda et en Tanzanie, des défenseur.es des droits humains et de l'environnement qui se mobilisent contre les projets pétroliers Tilenga et EACOP ont fait l'objet de menaces, de harcèlement et d'actes d'intimidation, y compris des arrestations.⁸⁸ Les ONG impliquées dans l'action en justice fondée sur la LdV contre TotalEnergies rapportent que les projets ont conduit à une augmentation des attaques contre des groupes de la société civile travaillant dans la région. Les organisations ougandaises impliquées dans l'action en justice se sont vues empêchées par la police et le gouvernement ougandais de mener à bien leur travail, y compris de rendre visite aux communautés concernées qui souhaitaient faire l'exercice de leurs

⁸⁵ ECCHR, *L'espace de la société civile dans les projets d'énergie renouvelable : Une étude du cas de la communauté Unión Hidalgo au Mexique* (2019), p. 3

⁸⁶ FIDH, « Mexico : Ataques a miembros de la comunidad indígena de Unión Hidalgo (Oaxaca) por megaproyectos eolicos » (18 June 2019) disponible à : www.fidh.org/es/temas/defensores-de-derechos-humanos/mexico-ataques-contra-miembros-de-la-comunidad-indigena-de-union

⁸⁷ ProDESC Urgent Appeal: Defenders of Land, Territory and Human Rights of Unión Hidalgo, Oaxaca, at risk, (15 février 2022) disponible à : <https://prodesc.org.mx/en/urgent-appeal-defenders-of-land-territory-and-human-rights-of-union-hidalgo-oaxaca-at-risk/>

⁸⁸ Amis de la Terre, Un cauchemar nommé Total, p. 22

droits. Deux représentants de la communauté qui se sont rendus en France pour témoigner dans l'affaire ont subi d'intenses pressions et intimidations avant et après leur voyage. En avril 2020, quatre rapporteurs spéciaux des Nations Unies ont envoyé une lettre à TotalEnergies, au gouvernement français et au gouvernement ougandais exprimant leur inquiétude quant au fait que ce harcèlement et l'utilisation de manœuvres d'intimidation risquaient d'empêcher la liberté d'opinion et d'expression d'autres personnes impactées par le projet pétrolier.⁸⁹

Bien que TotalEnergies ait proposé d'œuvrer pour la mise en place de mécanismes d'alerte, afin de protéger les défenseur.es locaux des droits humains, cet engagement n'a jamais été mis en pratique. Selon la FIDH, les agents de liaison des entreprises sur le terrain sont enclins à faire des remarques polarisantes à l'égard des défenseur.es, qu'ils décrivent régulièrement comme des menteurs ou des « spéculateurs », uniquement animés par la poursuite d'un gain financier par le biais de mécanismes de compensation.⁹⁰

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La responsabilité de l'État français dans les activités d'EDF s'exerce à deux niveaux. Premièrement, les violations extraterritoriales du droit international des droits humains documentées dans Unión Hidalgo (et dans d'autres cas) sont liées aux activités d'un acteur privé dont les opérations relèvent de la compétence des juridictions et du contrôle français. Deuxièmement, l'État français a l'obligation de répondre à ces violations dans son rôle d'investisseur et d'actionnaire d'EDF. En effet, l'État français détient 83,6 % du capital d'EDF, avec un engagement actionnarial d'environ 21 milliards d'euros. Cela représente 40 % du portefeuille de l'APE (Agence des participations de l'État), l'agence publique qui gère la stratégie d'actionnariat public du gouvernement en tant qu'« entité actionnaire ».

Selon le principe 4 des Principes directeurs des Nations Unies, « *Les États devraient prendre des mesures plus rigoureuses pour exercer une protection contre les violations des droits de l'homme commises par des entreprises qui leur appartiennent ou sont contrôlées par eux, ou qui reçoivent un soutien et des services conséquents d'organismes publics tels que des organismes de crédit à l'exportation et des organismes officiels d'assurance ou de garantie des investissements, y compris, le cas échéant, en prescrivant l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.* »⁹¹

Comme le souligne le commentaire du principe 4 de ces principes directeurs, « *Lorsque les États détiennent ou contrôlent des entreprises, ils disposent de plus de moyens pour veiller à ce que les politiques, lois et règlements pertinents relatifs au respect des droits de l'homme soient mis en œuvre* ». Par conséquent, par son contrôle actionnarial sur EDF, l'État a la responsabilité distincte et complémentaire de s'assurer que l'entreprise exerce bien son devoir de vigilance.⁹²

⁸⁹ HCDH, Communication sur les informations reçues concernant des actes de harcèlement et d'intimidation à l'encontre de deux personnes ougandaises, UN Doc OTH 18/2020 (2020), disponible à : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25137>

⁹⁰ FIDH, *New Oil, Same Business? At a crossroads to avert catastrophe in Uganda* (September 2020) https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh__fhri_report_uganda_oil_extraction-compresse.pdf p. 39

⁹¹ CCFD, ECCHR, ProDESC, *Vigilance Hors Tension* (Juin 2022)

⁹² HCDC, (2012) p. 22, accessible à : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf

ÉLARGIR LE PÉRIMÈTRE DE VIGILANCE : LE RÔLE DES « RELATIONS COMMERCIALES » DANS LES VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS PAR LES ENTREPRISES

Malgré les liens évidents entre les tactiques des entreprises et les attaques contre les défenseur.es des droits humains, comme décrit précédemment dans ce rapport, l'imprécision du périmètre de vigilance inscrit dans la LdV comporte le risque d'exclure la prévention de ces atteintes du champ d'application de l'obligation de vigilance. Selon l'article L.225-102-4-1 du Code de commerce, le champ d'application *rationae personae* du devoir de vigilance, ou « périmètre de vigilance », englobe les « activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, II, [...] ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. ».

Limiter l'application du devoir de vigilance aux filiales, fournisseurs et sous-traitants représente une restriction du périmètre de vigilance raisonnable en matière de droits humains par rapport à celui établie dans le cadre des Principes directeurs des Nations Unies (PDNU) et s'appliquant à tout atteinte qu'une entreprise cause, ou contribue, ou qui résulte des activités au cours de sa chaîne de valeur et de ses relations commerciales. Le principe 13 (b) dispose que :

la responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises : [...] Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences.

« Selon le commentaire relatif à ce principe, les relations commerciales doivent être comprises dans le sens le plus large, à savoir les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux. »⁹³

Par ailleurs, la création d'un critère supplémentaire de « relation commerciale établie » pour déterminer si les fournisseurs et sous-traitants relèvent du périmètre du devoir de vigilance soulève un certain nombre de questions, tant du fait de l'incertitude de sa définition que de son application dans le cadre d'activités commerciales transnationales. Les travaux préparatoires de la LdV se réfèrent à la jurisprudence concernant cette notion en vertu de l'article L. 442-6-5, I du Code de commerce, la définissant comme « un partenariat dont chacun peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir ». ⁹⁴

⁹³ HCDH (2012) : « les activités qui transforment les intrants en extrants en ajoutant de la valeur. Elles comprennent les entités avec lesquelles (l'entreprise) a une relation commerciale directe ou indirecte et qui soit (a) fournissent des produits ou des services qui contribuent aux propres produits ou services de l'entreprise, soit (b) reçoivent des produits ou des services de l'entreprise », p. 45

⁹⁴ Rapport N° 2628 Commission des lois de l'Assemblée Nationale, p. 36 et p. 71

Or, cette jurisprudence a été développée dans le cadre de la protection des sous-traitants et fournisseurs contre la rupture brutale des relations commerciales – un tout autre scénario que celui envisagé dans la LdV, qui vise à protéger les personnes et l’environnement.⁹⁵ En outre, l’accent mis sur l’existence d’une relation commerciale semble exclure les partenariats non commerciaux – distincts d’une relation de chaîne d’approvisionnement située « en amont » classique. Bien que la LdV ait été introduite notamment en réponse à la catastrophe du Rana Plaza, ce type de chaîne d’approvisionnement n’est pas l’unique schéma sur la base duquel les sociétés multinationales opèrent et dont peuvent résulter des atteintes sérieuses droits humains et à l’environnement (voir par exemple, les atteintes découlant des investissements bancaires ou des activités en aval de la production).⁹⁶ L’introduction d’une rigidité sur la notion de « relation commerciale établie » impose une restriction arbitraire du contenu de devoir de vigilance qui ne reflète pas la réalité des atteintes aux droits humains et à l’environnement liées aux entreprises, puisque ces dernières produisent régulièrement en dehors de la relation fournisseur-acheteur.

Une interprétation large du périmètre de vigilance est particulièrement importante lors de l’évaluation des mesures prises par les entreprises pour identifier les risques pour les défenseur.es des droits humains, les atténuer et y remédier. Comme souligné dans la section précédente, dans le cas d’Union Hidalgo, les auteurs de violences perpétrées contre les défenseur.es des droits humains sont en grande partie très probablement des membres de la communauté. Bien que ces individus n’agissent pas explicitement et directement au nom ou pour le compte d’une entreprise, en pratique leurs actions sont liées aux tactiques des entreprises, dont les actions notamment d’incitation et de (dés)information sélective mènent à la polarisation, favorisent voire génèrent l’émergence de comportement violents. Alors même que sous l’égide de la définition des « partenaires commerciaux » des PDNU ces attaques pourraient être considérées comme ayant un lien direct avec les activités d’une entreprise, une interprétation restrictive de la LdV pourrait conclure l’absence de « relation commerciale » entre la société et les auteurs des attaques – acteurs privés – entraînant ainsi leur exclusion du périmètre de vigilance et leur pérennisation du fait de l’absence de mesures d’atténuations prises.

⁹⁵ C. Hannoun, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre après la loi du 27 mars 2017: Dalloz soc. 2017, p. 806, spec. P. 810

⁹⁶ Selon les Principes directeurs de l’OCDE, le devoir de diligence en matière de droits humains s’applique à tous les types de relations d’affaires que peut avoir une entreprise – fournisseur, franchisés, licenciés, co-entreprise, investisseurs, clients, prestataires, consommateurs, consultants, conseillers financiers, juridiques et autres, et toute entité publique ou privée liée à ses activités, produits ou services. (Guide OCDE sur le devoir de diligence, p. 10)

Dans le cas d'Unión Hidalgo, il apparaît que ce sont les « comités de propriétaires fonciers » qui ont été les principaux auteurs d'actes de violence, d'intimidation et de coercition exercés contre les défenseurs des droits humains motivés par les avantages financiers prévus dans les contrats d'usufruit promis ou obtenus. Or, brochures commerciales sur des projets similaires publiées par l'entreprise elle-même qualifient ces propriétaires fonciers « partenaires commerciaux ». ⁹⁷ Cependant, malgré des preuves démontrant de manière claire que les actions entreprises par les propriétaires terriens se sont déroulées dans un contexte de convergence étroite de ces derniers avec les filiales d'EDF, une interprétation restrictive de la notion de « relation commerciale établie » ne garantirait pas leur inclusion dans le périmètre de vigilance d'EDF et donc l'obligation pour l'entreprise d'identifier les risques d'atteintes graves liés à ces acteurs et les mesures d'atténuation adéquates à mettre en œuvre.

Afin d'être en adéquation avec les PDNU, l'interprétation du périmètre de vigilance doit prendre en compte le contexte dans lequel les entreprises françaises opèrent de manière extraterritoriale et la chaîne d'acteurs par lesquelles elles conduisent leurs activités. Dans certains secteurs tels que l'industrie extractive, ces chaînes comprennent fréquemment des relations avec des entreprises mais également des acteurs privés agissant comme partenaires commerciaux – qui vont au-delà de la fourniture de biens et de services. Dans le cadre de l'industrie extractive reposant largement sur la disponibilité des terres à exploiter, la prise en compte de propriétaires terriens dans ces chaînes de production est essentielle. Restreindre le champ d'application aux relations purement commerciales de la chaîne d'approvisionnement risque d'emporter des conséquences significatives sur la capacité de la loi à réaliser son objectif, qui consiste à prévenir les violations des droits humains et à donner accès à la justice aux personnes lésées par les activités d'une entreprise.

⁹⁷ Une relation similaire a été décrite dans le cadre du projet éolien Bluemex Power d'EDF, voir « EDF Renewables Mexico Announces Commercial Operation of Bluemex Power 1 Solar Project » (3 juillet 2019), disponible à : <https://www.edf-re.com/fr/press-release/edf-renewables-mexico-announces-commercial-operation-of-bluemex-power-1-solar-project/>

Obstacles procéduraux à la justice

La difficile obtention de mesures (provisaires) de prévention des dommages

La LdV est un outil pionnier, puisqu'elle permet aux individus et aux communautés affectées par des activités commerciales extraterritoriales d'accéder à la justice en France. Comme décrit dans ce rapport, lorsqu'une entreprise ne respecte pas son devoir de vigilance, toute partie justifiant d'un intérêt à agir peut la mettre en demeure de le faire. Si l'entreprise n'y satisfait pas, la juridiction compétente peut, à la demande des parties, lui enjoindre de respecter ses obligations d'établir, de mettre en œuvre et de publier son plan de vigilance.⁹⁸

Par ailleurs, la loi introduit un mécanisme de responsabilité civile lorsque les activités de l'entreprise et des entités situées dans son périmètre de vigilance résultent en des dommages que l'exécution de ses obligations aurait permis d'éviter.⁹⁹

RESPONSABILITÉ CIVILE ET CHARGE DE LA PREUVE

A rebours des ambitions de la LdV, les personnes et communautés souhaitant exercer les mécanismes judiciaires qu'elle établit se sont heurtées à de nombreux obstacles pour accéder à la justice. La notion d'« égalité devant la loi » est un principe fondamental du système juridique français et du droit international des droits humains. Pourtant, l'inégalité de pouvoir entre d'un côté les personnes et les communautés principalement basés dans les pays du Sud, et de l'autre, de puissantes entreprises défenderesses en France, suggère que l'égalité des parties dans le cadre de contentieux fondés sur la LdV est loin d'être une réalité. En effet, les entreprises soumises à la loi disposent de vastes ressources financières et ont accès à des équipes juridiques spécialisées, ce qui leur confère un avantage significatif par rapport aux groupes et aux particuliers lésés qui souhaitent exercer leurs droits. Ce déséquilibre de pouvoirs est significativement renforcé par le fait que la charge de la preuve, conformément au régime général prévu par le Code civil français, incombe aux demandeurs, qui doivent non seulement démontrer le manquement au devoir de vigilance mais aussi son lien de causalité avec leurs dommages. Par conséquent, les personnes concernées, souvent représentées par des avocats agissant bénévolement ou des associations de défense des droits humains, sont confrontées à la difficile tâche de démontrer en quoi le contenu ou la mise en œuvre du plan de vigilance n'est pas conforme à l'obligation de moyens prévue par la LdV puis de prouver comment ces insuffisances ont causé leur préjudice personnel.¹⁰⁰ Une grande partie des informations nécessaires

⁹⁸ Article L. 225-102-4-II du Code de commerce

⁹⁹ Article L.225-102-5 du Code de commerce

¹⁰⁰ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Business and Human Rights – Access to Remedy* (2020), p. 6

à l'établissement de cette preuve est détenue par les entreprises elles-mêmes ou couverte par le secret des affaires ou fiscal. L'incapacité de la LdV à renverser la charge de la preuve en imposant aux entreprises sujettes à la loi, la charge de démontrer qu'elles ont effectivement mis en œuvre toutes les mesures raisonnables pour prévenir des atteintes aux droits humains ou à l'environnement, est une occasion manquée. Ces importants obstacles en termes de preuve sont susceptibles de dissuader les personnes affectées par de telles atteintes de recourir au mécanisme juridique prévu par la LdV et, lorsque des procédures sont engagées, risquent d'aggraver les déséquilibres dans l'accès à la justice en entraînant d'importants coûts financiers et délais. A la connaissance des auteurs de ce rapport, aucune action en réparation des dommages subis, fondée sur l'article 2 de la LdV n'a encore été discutée sur le fond. Ainsi, la charge de preuve et l'accès effectif à la réparation des dommages subis par des parties demanderessees et résultant de l'activité des entreprises soumises à la LdV reste une incertitude majeure quant à la mise en œuvre de la loi.

L'OBJECTIF PRÉVENTIF DU DEVOIR DE VIGILANCE ET L'OBTENTION DE MESURES CONSERVATOIRES

Des obstacles procéduraux ont aussi été rencontrés par des demanderessees à des actions fondées sur la LdV constatant le manquement d'une entreprise à son devoir de vigilance et sollicitant des mesures conservatoires afin de se préserver contre la survenance de nouvelles violations avant qu'une décision judiciaire sur le fond ne soit rendue. Étant donné l'objectif fondamentalement préventif du devoir de vigilance, la possibilité de recourir à des mesures conservatoires est cruciale, en particulier dans les nombreux contextes de saisine de la LdV dans lesquels des atteintes aux droits résultant des activités d'une entreprise sont en cours ou imminentes. Comme cela a été souligné précédemment dans ce rapport, les interférences dans les processus de consultation autochtones des peuples autochtones lors du développement de projets énergétiques et extractifs représentent non seulement une violation du droit au consentement libre, informé et préalable, mais résultent dans de nombreux actes de violence contre les défenseur.es des droits humains. L'approbation de tels projets à l'issue d'une consultation autochtone non respectueuse du CLIP comporte un risque significatif de cristalliser les conflits intra-communautaires et violences autour de ces projets. Pour assurer la préservation des droits des parties au cours d'un contentieux et éviter de nouveaux dommages potentiellement irréversibles, le recours aux mesures à visée conservatoires par le biais du juge de la mise en état français ou des procédures en référé devrait permettre aux parties d'obtenir la suspension d'un projet ou de son développement jusqu'à ce qu'une décision sur le fond concernant le respect du devoir de vigilance par l'entreprise en question ait été rendue.

Dans la pratique des récents contentieux, l'accès à des mesures à visée conservatoire et préventive s'est révélé particulièrement difficile. Dans le dossier porté par la communauté d'Unión Hidalgo, quelques mois après avoir déposé leur assignation contre EDF alléguant la violation par l'entreprise de son devoir de vigilance et demandant réparation des préjudices déjà subis, les membres de la communauté ont adressé une demande de mesures conservatoires au juge de la mise en état. Cette requête sollicitait que le projet Gunaá Sicarú soit suspendu jusqu'à ce qu'une décision sur le fond intervienne, compte tenu de la situation de plus en plus urgente à Unión Hidalgo et du risque manifeste que la reprise de la consultation autochtone sur le projet d'EDF dans les conditions décrites dans ce rapport mène à des atteintes graves supplémentaires aux droits et l'intégrité physique des défenseur.es des droits humains. Cette demande a été rejetée en novembre 2021 par le juge de la mise en état au motif que l'action en justice intentée par Unión Hidalgo demandant la modification du plan de vigilance d'EDF conformément à ses obligations (la « demande d'injonction ») n'était pas recevable du fait de motifs procéduraux liés à la publication d'un nouveau plan par EDF et la nécessité, selon le juge, de remettre en demeure la société sur ce plan.¹⁰¹ Le juge a estimé que la requête en mesures conservatoires était liée à la demande d'injonction des parties demanderesse, et par conséquent, sans même examiner le fond de cette dernière, a déclaré les deux demandes irrecevables. Les membres de la communauté Unión Hidalgo ont fait appel de cette ordonnance. La société EDF a contesté la recevabilité de cet appel, affirmant que les parties n'étaient pas fondées à le faire. Ce n'est qu'en mars 2023 qu'une décision de la cour d'appel de Paris a déclaré l'appel de l'ordonnance du 30 novembre 2021 recevable, ouvrant enfin la voie à une discussion sur la recevabilité de la demande de la demande d'injonction tendant à voir le plan de vigilance d'EDF modifié, et la demande de mesure conservatoire.

Dans la pratique des récents contentieux, l'accès à des mesures à visée conservatoire et préventive s'est révélé particulièrement difficile.

Suite à cette série de contestations sur la procédure et d'appels incidents formés par EDF, plus de deux ans après l'assignation en justice initiale des membres de la communauté, aucune décision sur le fond de la requête conservatoire et de la demande d'injonction en modification du plan de vigilance d'EDF n'a été rendue. Pendant ce temps, les membres de la communauté ont continué à subir des menaces et des violences en raison de leur travail de défense des droits et du territoire face au développement du parc éolien d'EDF. L'incapacité du juge français d'examiner la demande de mesures conservatoires indépendamment de la contestation sur la recevabilité de la demande principale d'injonction de modification du plan de vigilance d'EDF est un obstacle majeur à l'obtention de mesures provisoires, et à la réalisation de l'objectif de la LdV : la prévention d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement. Les mesures conservatoires visent précisément à prévenir de futures violations et à maintenir une situation de droit ou de fait : les juges doivent pouvoir statuer sur les

requêtes en obtention de mesures conservatoires formulées au cours de la mise en état par des parties demanderesse en amont de la résolution de contestations portant sur la recevabilité de l'une des deux demandes principales du litige.

Cette décision et d'autres décisions récentes rendues dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance limitent la capacité des communautés et des individus à obtenir une prévention tout au moins provisoire de leurs dommages, minant ainsi l'objectif de prévention de la LdV et rendant l'accès à une justice effective hors de leur portée. De plus, la capacité des entreprises défenderesses à formuler diverses contestations procédurales au stade de la mise en état rallonge significativement le temps de la justice. N'étant pas compensées par l'application de procédures civiles permettant de prioriser la prévention de futures atteintes graves aux droits de parties dans ces dossiers, la multiplication des recours procéduraux par les entreprises entraîne une paralysie de l'instruction de ces dossiers et aggrave l'incapacité de la LdV à garantir une prévention effective d'atteintes graves et souvent difficilement réparables dans l'ensemble de leurs aspects. Par ailleurs, ces recours multiples démontrent clairement le déséquilibre de moyens entre les parties dans les contentieux relatifs aux violations transnationales de droits par les entreprises : pendant ce temps de paralysie procédurale, les membres de la communauté (et les défenseur.es des droits humains en particulier) demeurent confrontés au risque de violations de leurs droits.

LA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ AU TITRE DE LA LDV : UNE DÉCISION RÉCENTE DANS L'AFFAIRE TOTAL

L'affaire contre Total concernant les projets Tilenga et EACOP a été déposée devant le juge des référés dans le but d'obtenir une décision rapide, compte tenu de l'urgence de prévenir les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement. La plainte déposée par les ONG demandait au juge d'ordonner à TotalEnergies d'adopter les mesures de vigilance nécessaires pour identifier et prévenir les atteintes causées par ces projets en particulier, ou de suspendre lesdits projets jusqu'à ce que ces mesures aient été prises. La possibilité de recourir à la procédure de référé pour demander des mesures d'urgence est prévue dans le texte même de la LdV.¹⁰² Cette disposition reflète elle aussi l'objectif central de la loi de prévenir les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement avant qu'elles ne se produisent.

Toutefois, dans sa décision du 28 février 2023, le juge des référés a statué qu'il n'était pas compétent pour connaître de ces demandes, considérant que l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan de vigilance de TotalEnergies relevait du pouvoir du seul juge du fond.¹⁰³ Le raisonnement sur lequel se fonde sa décision relève notamment que le juge des référés ne peut prononcer une injonction au titre de la LdV que dans trois situations :

¹⁰² Article L.225-102-4 II du Code de commerce

¹⁰³ Jugement rendu en état de référé du 28 février 2023, tribunal judiciaire de Paris, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2023/02/decisiontj-paris-totalouganda-28fev2023.pdf>, Amis de la Terre, Projets Tilenga et EACOP de Total : le tribunal judiciaire de Paris botte en touche (28 février 2023), disponible à : <https://www.amisdelaterre.org/communique-presse/projets-tilenga-et-eacop-de-total-le-tribunal-judiciaire-de-paris-botte-en-touche/>

lorsqu'une entreprise n'a pas établi de plan de vigilance ; lorsque ce dernier est caractérisé par une incomplétude manifeste ; ou lorsqu'une « illicéité manifeste » est caractérisée.

La décision évoque le manque de précision du standard de vigilance raisonnable au sein de la LdV comme l'une des raisons pour lesquelles le juge des référés n'est pas compétent pour connaître des plaintes contre Total, qui nécessitent une appréciation minutieuse sur le fond.

Pendant ce temps de paralysie procédurale, les membres de la communauté (et les défenseur.es des droits humains en particulier) demeurent confrontés au risque de violations de leurs droits.

Dans ce jugement, le juge a estimé que les preuves supplémentaires fournies par les ONG documentant l'évolution de la situation entre la mise en demeure délivrée en 2019 et la tenue des débats devant le juge des référés – ces derniers ayant eu lieu plus de trois ans après la mise en demeure des associations en raison de recours tendant à la procédure formulées par la société TotalEnergies signifiaient que les demandes et griefs étaient « différents de manière substantielle » des griefs et demandes formulés dans la mise en demeure, et donc irrecevables puisque aucune nouvelle mise en demeure n'avait été adressée à TotalEnergies sur ces nouveaux éléments. Une telle interprétation emporte des conséquences directes pour l'accès à un recours effectif sous la LdV : les demanderesse ne sont pas en mesure de librement compléter la documentation de leurs demandes et en particulier les risques d'atteintes graves auxquelles elles sont confrontées, alors même que le devoir de vigilance est une obligation continue de moyens, que les délais d'administration de ces contentieux sont significativement allongés par des contestations procédurales formulées par les sociétés défendresses, et que la preuve de dommages imminents conditionne l'obtention de mesures provisoires.

Nouveaux horizons, nouvelles opportunités

La mise en place d'un devoir de vigilance européen axé sur les détenteurs de droits

L'existence même de la LdV démontre qu'il est juridiquement possible de réglementer le comportement des entreprises afin de prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement résultant de leurs activités transnationales. En tant que première loi en son genre en Europe, la LdV constitue un point de référence important pour l'adoption de législations sur le devoir de vigilance en Europe.

En tant que première loi en son genre en Europe, la LdV constitue un point de référence important pour l'adoption de législations sur le devoir de vigilance en Europe.

Cependant, les problèmes mis en évidence dans ce rapport alertent sur le fait que des futures législations adoptant un devoir de vigilance en matière de droits humains et d'environnement devront assurer que les mécanismes mis en place puissent effectivement permettre l'accès à la justice, la prévention et la réparation des atteintes subies par les personnes affectées. D'après la juriste Ingrid Landau, il existe un risque important que ces lois se traduisent par un exercice de *reporting*, consistant dans une évaluation de conformité formelle au devoir de vigilance faite in abstracto, autrement appelé « tick-the-box » (cases à cocher). Un tel exercice relèverait non pas d'une modification substantielle des pratiques des entreprises aux fins de s'assurer du respect des droits humains et de l'environnement, mais uniquement se limiterait à communication publique incapable de modifier effectivement et structurellement les pratiques néfastes des entreprises.¹⁰⁴ Une évaluation des lois sur le devoir de vigilance en matière de droits humains et de l'environnement qui existent ou qui sont à l'étude met en évidence « des incohérences, des ambiguïtés, des exemptions et d'autres faiblesses qui les empêchent de répondre de manière adéquate aux atteintes aux droits humains et à l'environnement qui se chevauchent souvent et qui nuisent aux détenteurs de droits et aux écosystèmes du monde entier. »¹⁰⁵

¹⁰⁴ Landau, "Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance", (2019), *Melbourne Journal of International Law* p 222

¹⁰⁵ D R. Boyd et S Keene, *Essential elements of effective and equitable human rights and environmental due diligence legislation*, (Juin 2022), p.5

L'analyse menée sur les plans de vigilance par la société civile depuis l'entrée en vigueur de la loi indique que la majorité d'entre eux restent vagues en termes d'identification et de réduction des risques, et ont tendance à se référer aux risques génériques et à réitérer les politiques et processus existants plutôt que de répondre aux problèmes spécifiques associés aux activités des entreprises.¹⁰⁶ Comme l'illustre l'affaire portée par Unión Hidalgo contre EDF, ces incohérences peuvent limiter considérablement l'effectivité des obligations de vigilance en matière de droits humains.

A la lecture de la proposition de directive
publié par la Commission en 2022, il existe
un risque que cette opportunité de faire
progresser le devoir de vigilance au niveau
européen ne soit pas entièrement exploitée.

La proposition de la Commission européenne d'une directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CSDDD) a le potentiel de créer un impact positif significatif en faisant progresser le devoir de vigilance en matière de droits humains en Europe. Cette directive offre notamment l'opportunité d'aborder et de corriger les ambiguïtés du droit français qui ont été mises en évidence dans ce rapport et plus largement par la société civile dans les contentieux en cours sur la LdV. Une fois adoptée, la directive devra être transposée en droit français, ce qui pourrait impliquer de futures modifications de la LdV afin de s'aligner sur des normes européennes.

A la lecture de la proposition de directive publiée par la Commission en 2022, il existe un risque que cette opportunité de faire progresser le devoir de vigilance au niveau européen ne soit pas entièrement exploitée, notamment si l'on considère les risques et les vulnérabilités spécifiques des populations autochtones tels que la communauté d'Unión Hidalgo. En effet :

- La proposition de directive définit une liste de droits humains couverts par le devoir de vigilance, comprenant le droit des peuples autochtones à la terre, aux territoires et aux ressources. Toutefois, d'autres droits essentiels des peuples autochtones, tels que le droit à l'autodétermination et le droit au CLIP, ne sont pas explicitement inclus dans cette liste et seraient intégrés dans une « clause fourre-tout » énumérant les accords internationaux en matière de droits humains, y compris la déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones. Toutefois, selon la proposition ces droits humains ne relèveraient du champ d'application matériel du devoir de vigilance que s'il est établi que l'entreprise aurait dû raisonnablement établir le risque qu'ils se produisent.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Voir par exemple CCFD, Sherpa, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises sous-traitantes Année 1 : les entreprises doivent mieux faire, (février 2019).

¹⁰⁷ Institut danois des droits de l'homme, *Legislating for impact : analysis of the Proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (mars 2022), p. 13.

- Selon la proposition de directive, les entreprises sont uniquement tenues de consulter les parties prenantes dans le cadre du processus de devoir de vigilance « le cas échéant ». Cette formulation semble refléter la formulation inscrite dans la LdV, droit qui prévoit que le plan de vigilance « est destiné à être élaboré en collaboration avec les parties prenantes de l'entreprise » mais ne le rend pas obligatoire. Quand bien même le terme « parties prenantes » devrait naturellement inclure les peuples autochtones, la formulation pourrait être davantage clarifiée et précisée.
- Bien que la proposition introduise un mécanisme de responsabilité civile, elle ne mentionne pas la possibilité d'obtenir des mesures provisoires lorsque des violations des droits humains sont en cours ou imminentes. De plus, les obstacles procéduraux à la justice tel que décrits dans ce rapport ne sont pas abordés, notamment le renversement de la charge de la preuve.



Recommandations

Pour garantir que la LdV puisse être effectivement mise en œuvre conformément à son objectif de prévention des atteintes graves aux droits humains et à l'environnement par les entreprises, il est crucial qu'elle soit interprétée de manière à se focaliser sur les réalités et les perspectives des détenteurs de droits. Comme cela a été documenté dans ce rapport, dans le contexte des projets énergétiques et extractifs, il existe un risque réel qu'une interprétation restrictive de la loi prive de protection les groupes les plus vulnérables, y compris les défenseur.es des droits humains.

À mesure que de plus en plus de lois établissant un devoir de vigilance en matière de droits humains sont discutées en Europe, les législateurs ont la possibilité de se référer aux expériences tirées de la LdV pour en examiner d'une part les bonnes pratiques et potentiels dans la réalisation de ses objectifs notamment de prévention, et d'autre part les points faibles. Cette opportunité de nourrir le processus législatif d'expériences pratiques est particulièrement pertinente compte tenu de la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits humains.

POUR LES JUGES STATUANT SUR DES PROCÉDURES FONDÉES SUR LA LDV EN FRANCE

- Adopter une interprétation de la LdV conforme à son objectif prédominant de prévention des atteintes aux personnes et à la planète résultant des activités transnationales des entreprises. En pratique, cela nécessite d'évaluer si les mesures prises par les entreprises au titre de leur devoir de vigilance sont adéquates, et effectivement mises en œuvre, au regard du contexte global dans lequel les violations alléguées ou les risques de violations se trouvent.
- Se reporter aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et aux Principes directeurs de l'OCDE comme lignes directrices pour l'interprétation du devoir de vigilance, en s'appuyant sur ces normes internationalement acceptées pour résoudre les ambiguïtés de définition existantes dans la loi en termes de portée et de contenu.
- Reconnaître l'importance d'une interprétation axée sur les titulaires de droit dérivés du devoir de vigilance, qui réponde de manière adéquate aux dommages structurels résultant des activités des entreprises et offre un accès à la justice en cas d'atteintes graves, conformément aux engagements français et européens en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement.

- Dans les situations d'urgence où les communautés touchées risquent de subir des dommages continus ou imminents liés aux activités d'une entreprise, ordonner des mesures provisoires, et plus spécifiquement des mesures conservatoires ordonnant la suspension des activités génératrices des violations jusqu'à ce que les entreprises se conforment à leur devoir de vigilance.

DANS LE CONTEXTE SPÉCIFIQUE DES VIOLATIONS DU CLIP ET DES ATTAQUES PERPÉTRÉES CONTRE LES DÉFENSEUR.ES DES DROITS HUMAINS

- Interpréter le concept de « droits humains et libertés fondamentales » en tenant compte des normes internationales des droits humains, incluant les droits fonciers collectifs et de CLIP tels qu'ils sont reconnus dans le droit international, lorsque des entreprises poursuivent des projets situés sur ou à proximité de terres autochtones.
- Veiller à ce que les actions en responsabilité civile intentées au titre de la LdV permettent l'indemnisation des dommages individuels découlant de la violation de droits collectifs notamment fonciers.
- Définir le périmètre de l'identification des risques à mener dans le cadre de la LdV in concreto, en tenant compte des conséquences néfastes de certaines pratiques d'entreprises pour l'exercice de droits spécifiques tel que le CLIP ou les droits fonciers ainsi que les pratiques susceptibles d'alimenter des violations existantes dans un contexte donné.
- Interpréter la portée du périmètre de vigilance de manière à y intégrer les relations commerciales en dehors de tout contexte de chaîne d'approvisionnement, conformément aux Principes directeurs des Nations Unies pour les entreprises et les droits humains. Par exemple, les relations commerciales directes et indirectes entre des sociétés multinationales et des propriétaires fonciers individuels permettant l'accès à des terres pour des projets d'extraction devraient intégrer le périmètre de vigilance.
- Reconnaître les vulnérabilités et facteurs de risques spécifiques aux peuples autochtones et des défenseur.es des droits humains et de la terre dans l'identification des risques d'atteintes graves identifiés et les mesures d'atténuation proposées au titre du devoir de vigilance. Par ailleurs, tenir compte des risques spécifiques auxquels sont confrontés les groupes vulnérables et marginalisés cherchant réparation de leurs préjudices sur le fondement la LdV, tels que les risques d'intimidation, de menaces et de violence.

DANS LE CADRE DU PROCESSUS LÉGISLATIF DE L'UE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE EN MATIÈRE DES DROIT HUMAINS

À L'INTENTION DES DÉCIDEURS POLITIQUES EUROPÉENS

- Exiger que les États membres de l'UE imposent aux entreprises une obligation concrète de prendre toutes les mesures nécessaires, adéquates et efficaces pour prévenir les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement résultant de leurs activités et des activités des entreprises faisant partie de leurs chaînes de valeur et de production. Cette obligation doit couvrir les activités des entreprises soumises à la directive, des entités de leur chaîne de valeur, ainsi que de leurs partenaires commerciaux directs et indirects.
- Veiller à ce que les droits et les impacts compris dans le champ d'application de la législation couvrent l'éventail complet des droits humains internationaux tels que spécifiés dans les Principes directeurs des Nations Unies, en adoptant une définition ouverte et non exhaustive des impacts négatifs sur les droits humains. La liste des instruments doit comporter des protections spécifiques pour les peuples autochtones en faisant référence explicitement au CLIP, et inclure la DNUDPA et la Convention N°169 de l'OIT dans une annexe.
- Mettre en œuvre un mécanisme de responsabilité civile qui permettrait un large éventail de recours adéquats et efficaces, y compris la réparation des dommages ainsi que des mesures injonctives et conservatoires.
- Prendre connaissance obstacles procéduraux rencontrés en vertu de la loi française et y répondre, en tenant compte des défis spécifiques auxquels sont confrontés les détenteurs de droits en raison de leur vulnérabilité et de leur marginalisation, en permettant aux tribunaux d'inverser la charge de la preuve en matière de responsabilité civile lorsque les demandeurs fournissent des preuves suffisantes.
- Exiger une consultation significative avec les parties prenantes les informant de toutes les étapes du devoir de vigilance. Le devoir de vigilance doit être renforcé pour inclure un engagement significatif et continu avec les parties prenantes, y compris une consultation obligatoire et proactive avec les ouvriers, les syndicats, les communautés autochtones et d'autres groupes concernés ou affectés. Cet engagement doit tenir compte des obstacles auxquels sont confrontés des groupes vulnérables spécifiques.

À L'INTENTION DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS

- Renforcer le devoir de vigilance des acteurs économiques privés ou publics, en exigeant qu'ils adoptent et mettent effectivement en œuvre toutes les mesures nécessaires pour identifier, prévenir et atténuer les atteintes aux droits humains et à l'environnement au sein de leur groupe d'entreprises et de leur chaîne de valeur.
- Veiller à ce que des moyens matériels, financiers et humains suffisants soient mobilisés pour la mise en œuvre adéquate de la LdV, y compris des ressources pour le développement des compétences spécifiques et la mobilisation des juges sur ces contentieux complexes.
- Renforcer le contrôle parlementaire de la mise en œuvre et de l'application du devoir de vigilance en créant un poste de rapporteur spécial au sein du Sénat et de l'Assemblée nationale.
- Continuer à œuvrer pour l'adoption d'une législation européenne ambitieuse dans le but d'établir un devoir de vigilance des entreprises et d'assurer un accès effectif à la justice pour toute personne ou communauté lésée.
- Fournir un soutien constructif et proactif dans les négociations du traité contraignant des Nations Unies et œuvrer pour la création d'un poste ambitieux qui serait chargé de la négociation commune à l'UE, en commençant par l'établissement d'un mandat de négociation.
- Ratifier la Convention 169 de l'OIT sur la protection des droits des peuples autochtones, et en particulier reconnaître le droit au CLIP.

IMPRINT

PUBLISHER

European Center for Constitutional
and Human Rights e.V. (ECCHR)
General Secretary Wolfgang Kaleck

Zossener Str. 55–58, Staircase D
10961 Berlin
Germany

Tel +49 (0) 30 40 04 85 90

Fax +49 (0) 30 40 04 85 92

info@ecchr.eu

www.ecchr.eu

EDITING AND TEXTS

Chloé Bailey (ECCHR)

Cannelle Lavite (ECCHR)

Clara Alibert (CCFD)

Guillermo Torres (ProDESC)

Michael Bader

TRANSLATION

ABCD Traductions

EDITORIAL SUPPORT

Philipp Jedamzik

EDITING

ABCD Traductions

IMAGES

ProDESC

DESIGN

Gregor Schreiter – GS AD D

PRINTING AND BINDING

Druckerei Sportflieger



**USING THE LAW.
TO WORK TOGETHER FOR GLOBAL JUSTICE.**

THE WORLD CAN ONLY BE JUST WHEN HUMAN RIGHTS ARE UNIVERSALLY RECOGNIZED AND GUARANTEED FOR EVERYONE. THIS IS WHAT WE ARE FIGHTING FOR WORLDWIDE: WITH THOSE AFFECTED, WITH PARTNERS, WITH LEGAL MEANS.



**SUPPORT OUR WORK
WITH A DONATION.
[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)**

**BANK DETAILS
ACCOUNT HOLDER: ECCHR
BANK: BERLINER VOLKSBANK
IBAN: DE77 100 90000 885360 7011
BIC/SWIFT: BEVODEBB**



[ECCHR.EU/DONATE](https://ecchr.eu/donate)