

Le devoir de vigilance des entreprises dans les instruments juridiques africains

Rodrigue Anicet Tayo

Volume 35, numéro 2, 2022

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1113510ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1113510ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Anicet Tayo, R. (2022). Le devoir de vigilance des entreprises dans les instruments juridiques africains. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 35(2), 93–122. <https://doi.org/10.7202/1113510ar>

Résumé de l'article

Cet article a pour objectif d'apporter une approche nouvelle à la question de la transposition de l'obligation de diligence raisonnable en droit interne et régional. Il s'agit de mettre en lumière une conception distinctive de la diligence raisonnable dans l'espace africain. De fait, le devoir de vigilance des entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement connaît un développement remarquable ces dernières années. L'Afrique n'est pas en marge de ce mouvement. Si certaines législations nationales africaines contiennent des dispositions expresses relatives à la diligence raisonnable, reste que la notion est encore en débat en Afrique. L'article fait un état des lieux de la réglementation du devoir de vigilance dans les instruments juridiques africains. Il met en lumière les mérites du dispositif normatif africain actuel et suggère des pistes de réflexion pour la formulation du devoir de vigilance dans la convention générale en cours d'élaboration au sein de l'Union africaine sur la question des entreprises et des droits de l'homme.

LE DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES DANS LES INSTRUMENTS JURIDIQUES AFRICAINS

*Rodrigue Anicet Tayo**

Cet article a pour objectif d'apporter une approche nouvelle à la question de la transposition de l'obligation de diligence raisonnable en droit interne et régional. Il s'agit de mettre en lumière une conception distinctive de la diligence raisonnable dans l'espace africain. De fait, le devoir de vigilance des entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement connaît un développement remarquable ces dernières années. L'Afrique n'est pas en marge de ce mouvement. Si certaines législations nationales africaines contiennent des dispositions expresses relatives à la diligence raisonnable, reste que la notion est encore en débat en Afrique. L'article fait un état des lieux de la réglementation du devoir de vigilance dans les instruments juridiques africains. Il met en lumière les mérites du dispositif normatif africain actuel et suggère des pistes de réflexion pour la formulation du devoir de vigilance dans la convention générale en cours d'élaboration au sein de l'Union africaine sur la question des entreprises et des droits de l'homme.

The purpose of this article is to bring a new approach to the issue of transposing the due diligence obligation into national and regional law. The aim is to highlight a distinctive conception of due diligence in the African space. In fact, the duty of vigilance of companies in terms of human rights and the environment has seen remarkable development in recent years. Africa is not on the margins of this movement. While some African national laws contain express provisions on due diligence, the concept is still being debated in Africa. The article provides an overview of the regulation of due diligence in African legal instruments. It highlights the merits of the current African normative system and suggests avenues for reflection for the formulation of the duty of vigilance in the general convention currently being developed within the African Union on the issue of business and human rights.

El objetivo de este artículo es aportar un nuevo enfoque a la cuestión de la transposición de la obligación de debida diligencia a la legislación nacional y regional. El objetivo es poner de relieve una concepción distintiva de la diligencia en el espacio africano. De hecho, el deber de vigilancia de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente ha experimentado un notable desarrollo en los últimos años. África no está al margen de este movimiento. Si bien algunas leyes nacionales africanas contienen disposiciones expresas sobre la diligencia debida, el concepto aún se está debatiendo en África. El artículo ofrece una visión general de la regulación de la debida diligencia en los instrumentos jurídicos africanos. Destaca los méritos del actual sistema normativo africano y sugiere vías de reflexión para la formulación del deber de vigilancia en la convención general que se está elaborando actualmente en la Unión Africana sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos.

* Rodrigue Anicet Tayo, candidat au doctorat à l'Université de Yaoundé II, Magistrat, Juge et Juge d'Instruction aux Tribunaux de Tibati, Vice-Président du Tribunal Militaire de Ngaoundéré. Les opinions émises dans cet article n'engagent en rien son employeur.

Pendant longtemps, les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement du fait des activités des entreprises multinationales sont restées impunies non seulement en raison de la personnalité juridique distincte de leur filiale et de leurs sous-traitants, des frontières¹, mais surtout parce que le droit international ne leur imposait pas des obligations en matière des droits de l'homme et de l'environnement. Pour remédier à cette irresponsabilité des entreprises face au phénomène de plus en plus croissant de la globalisation et ses conséquences négatives sur les droits de l'homme et de l'environnement, des outils de régulation sont apparus nécessaires².

Le devoir de vigilance des entreprises se situe dans ce sillage. La notion de vigilance raisonnable est avant tout un principe de droit international public, en vertu duquel la responsabilité de l'État peut être engagée non seulement s'il porte atteinte au droit d'un autre État, ou des ressortissants d'un autre État, mais aussi si par sa passivité il a rendu possible cette atteinte sur son territoire, fut-il par un acteur privé³. Il a été étendu aux entreprises à la suite des travaux de John Ruggie⁴. Il ressort des *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies* (ci-après *Principes Ruggie*) que les entreprises doivent respecter les droits de l'homme et prévenir les atteintes de ces derniers. Cette obligation est formulée au principe 11 en ces termes : « les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part »⁵. Dans la perspective de John Ruggie, le devoir de vigilance apparaît comme l'une des modalités pour les entreprises de remplir leur obligation de respecter les droits de l'homme⁶. Le devoir de vigilance vise à rendre les entreprises responsables en matière des droits de l'homme et de l'environnement en leur imposant l'identification, la connaissance et la prévention des risques sur l'ensemble de la chaîne de valeur, ainsi que l'accès des victimes à la justice en cas de défaillance.

Si le devoir de vigilance connaît un développement remarquable depuis 2011 et une actualité renouvelée au niveau international ces dernières années, reste que la notion de vigilance constitue un objet de débat ancien à l'échelle internationale. En

¹ Marie Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », dans Alina Miron et Bérandère Taxil, dir., *Extraterritorialités et droit international*, Société Française de Droit International, Colloque D'Angers, Paris, Pedone, 2020 à la p 234.

² Béatrice Parance, Elise Groulx et Victoire Chatelin, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et le *duty of care* » (2018) 145:1 JDI 22.

³ Nioche, *supra* note 1 à la p 235 ; Gaétan Marain, « Le devoir de vigilance : approche notionnelle », dans Sophie Schiller, dir., *Le devoir de vigilance*, Paris, Lexis Nexis, 2019, 69 à la p 81; Béatrice Delzangles, « L'obligation de protéger les droits de l'homme contre les atteintes commises par les entreprises », dans Sophie Schiller, dir., *Le devoir de vigilance*, Paris, Lexis Nexis, 2019, 83 à la p 96.

⁴ John Ruggie, *Rapport du représentant spécial du Secrétaire spécial du Secrétaire Général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc off CDH NU, 17^e sess, 2011, Doc NU/A/HRC/17/31 (2011) à la p 15 [*Principes de Ruggie*].

⁵ Le principe 11 de John Ruggie doit être lu conjointement avec le principe 13 qui indique que l'obligation de respecter les droits de l'homme exige des entreprises qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme et qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme.

⁶ *Principes de Ruggie*, *supra* note 4 à la p 17.

effet, les prémices du concept de devoir de vigilance remontent au cours des années 1970. On les retrouve notamment dans les principes de *l'Organisation pour la coopération et le développement économique* (ci-après OCDE) en 1976⁷, révisés le 27 juin 2000, le 25 mai 2011⁸, puis le 8 juin 2023, la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* de *l'Organisation internationale du travail* (ci-après OIT) en 1977, amendée en 2000 et 2006, révisée en 2017 et 2022, puis le *Pacte mondial des Nations Unies* lancé en 2000 par Kofi Annan à destination des entreprises. La notion de vigilance connaît une actualité nouvelle depuis le tournant des années 2010 avec l'adoption des *Principes Ruggie*⁹.

Ces instruments juridiques internationaux bien que dépourvus de portée contraignante traduisent la nécessité d'inscrire la responsabilité des entreprises dans la réalité de leur chaîne de production à l'échelle mondiale¹⁰. L'OCDE a joué un rôle majeur dans l'émergence d'un devoir de vigilance de droit souple¹¹ à travers la publication des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales. Les principes directeurs n'instituent pas d'obligations contraignantes. Il s'agit de recommandations que les gouvernements adressent aux multinationales. D'après les principes généraux de l'OCDE, les entreprises devraient respecter les droits de l'homme internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités. De ce point de vue, les principes directeurs posent les jalons d'une responsabilité des entreprises pour les atteintes aux droits de l'homme sur leur chaîne de valeur¹².

La déclaration de principe tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT de 1977, amendée en 2000 et 2006 puis révisée en 2017 et 2022, pose le principe du devoir de vigilance des entreprises. La version 2022 de la déclaration est très explicite sur le contenu du devoir de vigilance¹³. Les principes contenus dans la déclaration tripartite visent à orienter les entreprises. Leur application bien qu'importante et nécessaire au regard de l'utilisation des chaînes d'approvisionnement mondiales¹⁴ n'est pas obligatoire. Toutefois, l'OIT est d'avis que les parties intéressées peuvent suivre ces principes au même titre que les lignes directrices afin de concrétiser le travail décent pour tous, objectif consacré dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030.

⁷ Voir la *Déclaration de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques sur l'investissement international et les entreprises multinationales* adoptée le 21 juin 1976.

⁸ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris (2011).

⁹ *Principes de Ruggie*, supra note 4.

¹⁰ France, Assemblée Nationale, Commission des Affaires Européennes relatif au devoir de vigilance des multinationales, « Rapport sur le devoir de vigilance des multinationales » (15 décembre 2021) à la p 11 [*Rapport sur le devoir de vigilance des multinationales*].

¹¹ *Ibid* à la p 11.

¹² *Ibid* à la p 12.

¹³ Bureau International du Travail de l'Organisation Internationale du Travail, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 6^e éd, 2022 à la p 11, en ligne : <ilo.org/empent/Publications/WCMS_124923/lang--fr/index.htm>.

¹⁴ *Ibid* à la p 5.

Le *Pacte mondial des Nations Unies* (ci-après *Pacte*) lancé lors du Forum économique mondial de 1999 par Kofi Annan à destination des entreprises est une initiative mondiale d'engagement volontaire des entreprises en matière de développement durable. Ce pacte est structuré autour de 10 principes. Le principe 1 invite les entreprises à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme. Le principe 8 invite les entreprises à prendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement. Le *Pacte* est basé sur un engagement volontaire des entreprises.

Dès lors, il apparaît clairement que le devoir de vigilance des entreprises a été au départ formulé dans les instruments juridiques dépourvus de portée contraignante, apparaissant ainsi comme un droit souple¹⁵ du fait de son caractère déclaratif¹⁶. Il s'est agi alors pour les entreprises multinationales de faire le choix de l'autorégulation pour s'affranchir le plus possible d'une réglementation imposée par les pouvoirs publics et pour ces derniers d'encourager les multinationales à se réguler¹⁷. En tout état de cause, les instruments juridiques de droit souple relatifs au devoir de vigilance des entreprises ont posé les jalons d'une responsabilité des entreprises pour les atteintes aux droits de l'homme dans leur chaîne de valeur.

En dépit de cette avancée, il s'est avéré nécessaire de passer d'un engagement de type volontariste à une obligation de nature contraignante par l'effet de « magnétisme incontournable » du droit dur¹⁸. Dans cette perspective, plusieurs pays ont adopté des législations spécifiques au devoir de vigilance. Le Royaume-Uni a adopté en 2015 une loi sur l'esclavage moderne pour créer plus de transparence dans toutes les chaînes d'approvisionnement¹⁹, la France a adopté en 2017 une loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre²⁰, les Pays-Bas ont adopté la loi du 13 novembre 2019 relative au devoir de vigilance lié au travail des enfants²¹, l'Allemagne a adopté le 11 juin 2021 la loi sur le devoir de diligence des entreprises pour éviter les violations des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement²² et la Commission européenne a publié le 23 février 2022 une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de

¹⁵ Sur la notion de droit souple, voir : France, CE, 15 mai 2013, *Le droit souple*, Les rapports du Conseil d'État, [2013].

¹⁶ Bien que relevant de la *soft law*, ces règles formulées dans de tels instruments s'imposent de plus en plus aux entreprises. Voir en ce sens Elise Groulx-Diggs, Mitt Regan et Béatrice Parance, « Business and human rights as a galaxy of norms »(2019) 50:2 *Geo J Intl L* 309.

¹⁷ Nioche, *supra* note 1 à la p 234.

¹⁸ Michèle Grégoire, « Propos introductifs : le droit souple défie-t-il ou sert-il le souverain ? », dans Sarah Cassela, Valérie Lasserre, Benoît Lecourt, dir, *Le droit souple démasqué*, Paris, Pedone, 2018 aux pp 19-26.

¹⁹ *Modern Slavery Act 2015* (R-U), c 30.

²⁰ *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JO, 28 mars 2017, n° 74.

²¹ Pays-Bas, *Wet zorgplicht kinderarbeid*, 2019 [*Loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants*].

²² Allemagne, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, 2021 [*Loi sur le devoir de diligence en matière d'approvisionnement*].

durabilité²³. D'autres initiatives législatives parlementaires sont en cours à l'échelle européenne²⁴.

Le concept de devoir de vigilance n'est pas étranger dans l'ordre juridique africain. Bien qu'il n'existe pas à l'échelle africaine une convention générale relative au devoir de vigilance en matière des droits de l'homme et de l'environnement, la diligence raisonnable est circonscrite dans certains secteurs et instruments juridiques africains. Le secteur minier a été l'un des premiers champs au sein desquels un « devoir de diligence » a été évoqué de manière expresse²⁴. Dans ce contexte, plusieurs initiatives impliquant l'Afrique ont émergé en lien direct comme le *Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*²⁵, le règlement de l'Union européenne dit « minerais de sang »²⁶, et indirect comme *l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives*²⁷ (ITIE), le processus de Kimberley²⁸, la vision minière africaine²⁹, la stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger³⁰ et le *Dodd Frank Act* aux États Unis³¹.

²³ Cette proposition est consultable à l'adresse : <ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en>. La dernière mouture a été adoptée le 25 avril 2023 par la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen. Après l'accord intervenu entre le parlement européen et le conseil le 14 décembre 2023, la proposition est voie d'être définitivement adoptée.

²⁴ Voir aussi Doc off CS NU, 6432^e sess, Rés NU S/RES/1952 (2010) par laquelle le Conseil de sécurité des Nations unies mande le groupe d'experts sur la République démocratique du Congo pour proposer des recommandations sur le devoir de diligence des entreprises impliquées en aval de l'extraction de minerais dans le pays afin de limiter le soutien indirect au conflit.

²⁵ OCDE, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, 3^e éd, 2016, en ligne (pdf) : <oeecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-Devoir-Diligence-Minerais-%20Edition3.pdf>.

²⁶ UE, *Règlement 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantal et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque*, JO, L130/1 (2017), spécialement l'article 3.

²⁷ Voir en ce sens les principes de l'ITIE adoptés à Londres en 2003. Ils sont disponibles à l'adresse : <www.eiti.org>.

²⁸ Le Processus de Kimberley rassemble des administrations, des sociétés civiles et industrielles dans le but de réduire l'existence des diamants de conflits partout dans le monde grâce à son système de certification. Se référer à : <www.kimberleyprocess.com>.

²⁹ UA, *Vision du Régime Minier de l'Afrique*, AU/EXP/CAMRMRD/2(1) (2009), en ligne : <au.int/30995-doc-africaminingvisionfrench>.

³⁰ Affaires mondiales Canada, *Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger*, Ottawa, AMC, 2021, en ligne : <international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra>. Pour une présentation détaillée de cette stratégie, lire utilement Gabriel Goyette-Côté, « Responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier, quelle contribution pour le développement ? », dans Bonnie Campbell et Myriam Laforce, dir, *La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier. Réponse ou obstacle aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique?*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016 à la p 21.

³¹ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub L No 111-203, [2010] § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871 (2010) (codifiée tel que modifiée au 15 USC § 780).

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (ci-après la *Charte*)³² a créé la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples³³(ci-après la Commission) pour assurer la promotion et la protection des droits de l'homme en Afrique. En vertu de l'article 45 de la *Charte*, cette institution régionale a quatre missions : la promotion des droits de l'homme et des peuples; la protection des droits de l'homme et des peuples; l'interprétation de toute disposition de la *Charte* à la demande d'un État partie, d'une institution de l'Union africaine (ci-après UA) ou d'une organisation africaine reconnue par l'UA; exécuter toutes autres tâches qui lui seront éventuellement confiées par la conférence des chefs d'État et de gouvernement. La Commission examine les communications, déposées aussi bien par les États³⁴ que d'autres personnes³⁵, et formule des recommandations³⁶. Si au départ les recommandations de la Commission n'étaient ni exécutoires ni obligatoires, reste que les décisions récentes de la Commission et celles des organes politiques de l'UA font déduire que les États doivent exécuter les décisions de la Commission. De ce point de vue, le conseil exécutif de l'UA lors de sa 35^e session tenue du 4 au 5 juillet à Niamey avait appelé les États parties à se conformer aux demandes de mesures conservatoires, à mettre en œuvre les décisions rendues dans les communications de la Commission³⁷. Cet appel a été réitéré par le même conseil exécutif lors de ses sessions ordinaires³⁸.

Les fonctions de la Commission ont été renforcées et complétées par l'institution de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour)³⁹ à travers l'adoption en juin 1998 du *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*⁴⁰. La Cour a une compétence contentieuse et consultative. Dans sa compétence contentieuse, la Cour est chargée d'appliquer et d'interpréter la *Charte*, le Protocole et tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme dans les affaires ou différends qui lui sont soumis⁴¹. Dans sa compétence consultative⁴², la Cour peut donner son avis, à la demande d'un État de l'UA, de l'un de ses organes ou de toute organisation africaine reconnue par l'UA, sur toute question relative à la *Charte* ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme à condition que l'objet de l'avis ne soit pas lié à une question examinée par la Commission. L'on peut penser,

³² *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) [*Charte*].

³³ *Ibid.*, art 30.

³⁴ *Ibid.*, arts 47-50.

³⁵ *Ibid.*, art 55.

³⁶ L'activité de la Commission sanctionnant l'examen des communications n'est reconnue nulle part dans la *Charte* comme des décisions mais simplement comme des recommandations.

³⁷ UA, Conseil Exécutif de l'Union Africaine, *Décision sur le rapport d'activité de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Doc.EX.CL/1164 (XXV), 35^e sess ordinaire, 4-5 juillet 2019, Niamey (Niger).

³⁸ UA, Conseil Exécutif de l'Union Africaine, *Décision sur le rapport d'activité de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Doc.EX.CL/1259 (XXXVIII), 38^e sess ordinaire, 3-4 février 2020, Addis-Abeba (Éthiopie).

³⁹ UA, *Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, art 1, en ligne : <<https://au.int/fr>> [*Protocole à la Charte*].

⁴⁰ Il est entré en vigueur le 25 janvier 2004.

⁴¹ *Protocole à la Charte*, *supra* note 39, art 3(1).

⁴² *Protocole à la Charte*, *supra* note 39, art 4.

à la lecture du contenu des compétences contentieuse et consultative de la Cour, qu'elle exerce des compétences identiques à celles de la Commission, ce qui potentiellement peut aboutir à un conflit entre ces deux institutions de protection des droits de l'homme à l'échelle africaine. Il n'en est rien. Juridiquement, la complémentarité est la règle conventionnelle en vertu de l'article 2 du protocole portant création de la Cour⁴³.

La Commission⁴⁴ a développé, en vertu de son mandat⁴⁵, une intense activité aussi bien réglementaire que jurisprudentielle dans le sens des obligations de diligence et de protection des droits de l'homme et de l'environnement par les entreprises. À ce titre, plusieurs résolutions ayant un lien direct ou indirect avec le devoir de vigilance ont été adoptées par la Commission à l'instar de : la *Résolution sur l'élaboration des lignes directrices pour la soumission de rapports d'État en ce qui concerne les industries extractives*⁴⁶, la *Résolution relative à la Déclaration de Niamey visant à garantir le respect de la Charte africaine dans le secteur des industries extractives [Résolution de Niamey]*⁴⁷, la *Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États de réguler les acteurs privés intervenant dans la fourniture de services sociaux*⁴⁸, la *Résolution sur les industries extractives et les droits fonciers des populations communautés autochtones en Afrique [Résolution sur les industries extractives]*⁴⁹ et la *Résolution sur les entreprises et les droits de l'homme en Afrique*

⁴³ En application de l'article 2 du *Protocole relatif à la Charte*, la Cour complète les fonctions de protection que la *Charte* a conférées à la Commission.

⁴⁴ Elle siège à Banjul en Gambie.

⁴⁵ Selon l'article 45(1)b de la *Charte*, la Commission est chargée « de formuler et d'élaborer des principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs à la jouissance des droits de l'homme et des peuples et des libertés fondamentales sur lesquels les gouvernements africains peuvent fonder leur législation ». En application de ce texte, la Commission a un pouvoir d'interprétation évolutive de ce texte régional.

⁴⁶ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur l'élaboration des Lignes Directrices pour la soumission de rapports d'État en ce qui concerne les industries extractives* (2016) CADHP/Res. 364 (LIX) [*Résolution sur l'élaboration des lignes directrices*]. Elle édicte les principes de l'établissement des rapports d'État en vertu des articles 21 et 24 de la *Charte* relatifs aux industries extractives, les droits de l'homme et l'environnement. Elle impose des obligations aux entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement

⁴⁷ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution relative à la Déclaration de Niamey visant à garantir le respect de la Charte Africaine dans le secteur des industries extractive* (2017) CADHP/Res. 367 (LX) 2017. Cette résolution a été adoptée à la 60^e session ordinaire de la Commission tenue du 8 au 22 mai 2017 à Niamey dans la perspective des *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*.

⁴⁸ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États de réguler les acteurs privés intervenant dans la fourniture de services sociaux* (2020) CADHP/Res. 434 (XXVII) [*Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États*]. Elle a été adoptée à la 27^e session extraordinaire tenue à Banjul du 14 février au 4 mars 2020. Dans le contexte de cette résolution, la Commission mène une étude conformément à son mandat sur « Observation générale de la CADHP sur les obligations des États de réguler les acteurs privés intervenant dans la fourniture des services sociaux ». Cette observation générale est disponible en ligne à l'adresse : <www.achpr.org> [*Observation générale sur les obligations des États de réguler les acteurs privés*].

⁴⁹ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur les industries extractives et les droits fonciers des populations communautés autochtones en Afrique* (2021) CADHP/Res. 490 (LXIX). Elle a été adoptée à la 69^e session ordinaire organisée virtuellement du 15 novembre au 5 décembre 2021 [*Résolution sur les industries extractives et les droits fonciers des communautés autochtones*].

adoptée à la 74^e session ordinaire organisée virtuellement du 27 février au 07 mars 2023. Dans le même sens, plusieurs projets et études en cours au sein de la Commission ont trait au devoir de vigilance. Tel est le cas du projet de plan décennal (2020-2030) sur l'éradication du travail des enfants, du travail forcé, de la traite des êtres humains et de l'esclavage moderne en Afrique⁵⁰, la note consultative au groupe des pays africains à Genève sur l'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer le droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises⁵¹.

Au-delà de ces instruments juridiques de nature non contraignante, la Commission est d'avis que la *Charte* en ses articles 21, 24, 27, 28, 29 impose des obligations contraignantes de diligence raisonnable aux entreprises en matière des droits de l'homme et des peuples et de l'environnement. Elle a amorcé sa jurisprudence sur les obligations des entreprises en matière des droits de l'homme et des peuples découlant de la *Charte* dans l'affaire *SERAC*⁵². Elle a développé et consolidé cette position dans l'affaire *Kilwa*⁵³. La réforme des codes miniers africains, intervenue vers les années 2015, bien que ne faisant pas expressément référence au devoir de vigilance contient des règles qui s'en apparentent. Les législations du Kenya et de la Tanzanie réglementent expressément le devoir de vigilance des entreprises.

Il se pose tout de même la question du contenu du devoir de vigilance dans les instruments juridiques africains. En d'autres termes, les instruments juridiques africains contiennent-ils des règles relatives au devoir de vigilance des entreprises en matière de développement durable telles que formulées par les standards internationaux? Autrement dit, quel est l'état des lieux de la réglementation assimilable à un devoir de vigilance en Afrique ?

Deux idées majeures émergent de l'analyse des instruments juridiques africains. D'une part, certaines normes africaines actuelles contiennent des dispositions qui s'apparentent aux exigences du devoir de vigilance (I). D'autre part, certains projets de l'UA contiennent des dispositions expresses relatives aux exigences propres du devoir de vigilance dont l'examen préliminaire permet de dégager une conception

⁵⁰ Voir projet de plan décennal 2020-2030 sur l'éradication du travail des enfants, du travail forcé, de la traite des êtres humains et de l'esclavage moderne en Afrique : Agenda 2063 de l'Union africaine – Cible 8.7 des objectifs de développement durable, en ligne (pdf) : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---africa/---ro-abidjan/documents/publication/wcms_778560.pdf>. Il s'agit d'un plan d'action conçu dans le cadre de la mise en œuvre de l'Agenda 2063. Il vise à aider toutes les parties prenantes à l'échelle du continent africain à déployer des efforts pour la réalisation de l'objectif de développement durable 8.7.

⁵¹ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur la Création d'un Groupe de Travail sur les Industries Extractives, l'Environnement et les Violations des Droits de l'Homme en Afrique* (2009) CADHP/Res. 148 (XLV), en ligne : <www.achpr.org/fr_news> [*Résolution sur la création d'un groupe de travail sur les Industries Extractives*].

⁵² UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c Nigeria*, CADHP, 13 au 27 octobre 2001, 30^e sess ordinaire, Communication 155/96 [*Affaire SERAC*].

⁵³ *Institute for Human Rights and Development in Africa and Others c Democratic Republic of the Congo*, CADHP, 9 au 18 juin 2016, Communication 393/10 [*Affaire Kilwa*].

africaine du devoir de vigilance (II).

I. Les instruments juridiques africains actuels contenant des dispositions qui s'apparentent aux exigences du devoir de vigilance des entreprises

Lorsque l'on analyse scrupuleusement certains instruments juridiques africains actuels, on se rend compte qu'ils contiennent des dispositions qui s'apparentent aux exigences du devoir de vigilance des entreprises. Les instruments de droit positif (A) et de droit souple (B) contiennent des dispositions de cette nature.

A. Les instruments juridiques de droit positif

Trois catégories d'instruments juridiques de droit positif contiennent des dispositions qui s'apparentent au devoir de vigilance des entreprises. La *Charte*⁵⁴ (1), certaines législations nationales qui réglementent expressément le devoir de vigilance en tenant les acteurs privés responsables de leurs violations des droits de l'homme (2) et certaines législations minières africaines (3)

1. LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES IMPOSE DES OBLIGATIONS DIRECTES AUX ACTEURS PRIVÉS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME ET DE L'ENVIRONNEMENT

On sait que dans l'une de ses acceptions, le devoir de vigilance en matière des droits de l'homme est un ensemble de mesures prises par une entreprise pour à la fois identifier et agir en cas d'atteintes réelles et potentielles portées aux droits de l'homme⁵⁵. Le devoir de vigilance oblige les entreprises à réparer les violations des droits de l'homme occasionnées par leurs activités. On retrouve les traces de ces deux traits caractéristiques dans trois articles de la *Charte*. Sur la base de ces textes, la Commission a eu à mettre en œuvre la responsabilité des entreprises pour violations des droits de l'homme.

De première part, les articles 27, 28 et 29 de la *Charte* édictent les devoirs des sujets de droit en matière des droits de l'homme. Ces devoirs s'articulent autour de l'obligation de respecter autrui sans discrimination, de préserver la sécurité collective, la morale, l'intérêt commun, de préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale. Les articles 27, 28 et 29 de la *Charte* ont été interprétés par la Commission, en vertu de ses prérogatives⁵⁶, comme imposant des obligations directes aux acteurs

⁵⁴ *Charte*, *supra* note 32.

⁵⁵ Luca d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures » (2020) 3:106 *Dr et soc* aux pp 633-35.

⁵⁶ *Charte*, *supra* note 32, art 45(1)b.

privés⁵⁷. De l'avis de la Commission, les États ne sont pas les seuls acteurs dont les actions peuvent avoir des conséquences sur les droits de l'homme⁵⁸. Se fondant sur l'affirmation selon laquelle « l'État est obligé de protéger les titulaires de droits contre d'autres sujets »⁵⁹, la Commission estime que les États doivent maintenir et renforcer un système de réglementation efficace afin de garantir que les acteurs privés respectent les droits de l'homme⁶⁰. Ce faisant, les États doivent garantir les mécanismes de responsabilité, d'indemnisation des victimes de manière adéquate et le droit à un recours. La notion d'acteurs privés à laquelle fait fréquemment référence la Commission doit être interprétée de manière large comme incluant les entreprises⁶¹. En ce sens, le *Groupe de travail sur les industries extractives, l'environnement et les violations des droits de l'homme*⁶² (ci-après GTIE) estime que les devoirs des individus figurant aux articles 27 à 29 de la *Charte* s'appliquent également aux sociétés⁶³. Ainsi compte tenu de l'énorme pouvoir dont elles bénéficient, comparées à celui des individus, elles devraient avoir un niveau correspondant d'obligation de diligence et de protection plus élevé⁶⁴.

De seconde part, sur la base des articles de la *Charte*, la Commission a développé une jurisprudence remarquable sur les obligations des acteurs non étatiques, y compris les entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement. Deux affaires intéressantes sur le sujet méritent d'être soulignées: L'*affaire SERAC*⁶⁵ et

⁵⁷ *Affaire SERAC*, supra note 52 aux para 68 et 69; *Affaire Lohé Issa Konaté c Burkina Faso*, [2014] CADHP App. N°004/2013 au para 134.

⁵⁸ *Affaire SERAC*, supra note 52 au para 54.

⁵⁹ *Ibid* au para 46.

⁶⁰ Voir en ce sens *Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États*, supra note 48 à la p 25.

⁶¹ Voir en ce sens: UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de Pretoria sur les droits économiques, sociaux et culturels*, CADHP, 17 septembre 2004, en ligne : <achpr.au.int/index.php/fr/node/876>; UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Lignes directrices relatives aux rapports des États parties sur les droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, CADHP, 2012 [*Lignes directrices de Tunis*], en ligne : <right-to-education.org/fr/resource/lignes-directrices-relatives-aux-rapports-des-etats-parties-sur-les-droits-conomiques>; UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution relative à l'obligation des États de régler l'implication des acteurs privés dans la fourniture de services de santé et d'éducation*, CADHP/Res.420 (LXIV), 14 mai 2019, en ligne : <achpr.au.int/index.php/fr/adopted-resolutions/420-resolution-relative-lobligation-des-etats-de-reglementer-limplication-des>.

⁶² Le GTIE a été créé par la résolution CADHP/Res. 148 (XLVI) 09, adoptée lors de la 46^e session ordinaire de la Commission tenue du 11 au 25 novembre 2009 à Banjul, Gambie. Elle a initialement eu pour mandat d'étudier l'impact des industries extractives en Afrique dans le contexte de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Ce mandat a été entendu, à la faveur des résolutions CADHP/Res.236 (LIII) 13 et CADHP/Res. 271 (LV) 14, à des études sur l'impact de la fuite illicite des capitaux en provenance d'Afrique sur les droits de l'homme et l'impact du changement climatique sur les droits de l'homme en Afrique respectivement. Pour un aperçu général de son mandat, se référer utilement au *Bulletin d'information du Groupe de Travail sur les Industries Extractives, l'environnement et les violations des Droits de l'Homme*, n° 1, octobre 2018 à la p 2 [*Bulletin d'information*].

⁶³ *Ibid* à la p 8.

⁶⁴ *Ibid*.

⁶⁵ *Affaire SERAC*, supra note 52.

*l'affaire Kilwa*⁶⁶.

Dans *l'affaire SERAC*, la plainte exposait que le gouvernement du Nigéria était directement impliqué dans l'exploitation du pétrole par le biais d'une société d'État, le Nigeria National Petroleum Company, laquelle était actionnaire majoritaire dans un Consortium avec Shell Petroleum Development Corporation. Les activités de ce consortium avaient causé de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé au sein de la population Ogoni du fait de la contamination de l'environnement⁶⁷. La Commission a indiqué que :

« Ces gouvernements ont le devoir de protéger leurs citoyens, non seulement en adoptant des législations appropriées et en les appliquant effectivement, mais également en protégeant lesdits citoyens d'activités préjudiciables qui peuvent être perpétrées par les parties privées⁶⁸.

La Commission a reconnu expressément que les compagnies pétrolières avaient affecté de manière considérable le bien-être des Ogonis en violation des obligations de la *Charte* et des principes internationalement reconnus⁶⁹ et a exhorté le gouvernement nigérian à s'assurer qu'une compensation adéquate soit versée aux victimes des violations des droits ainsi violés.

Dans *l'affaire Kilwa*, un groupe du Mouvement révolutionnaire de libération du Katanga est entré dans la ville de Kilwa en République démocratique du Congo (RDC), ne s'est pas livré à une confrontation armée avec les militaires et les membres de la police locale, car ces derniers n'ont opposé aucune résistance. Cependant, la société Anvil Mining (société de droit australienne), soucieuse de protéger ses intérêts dans la ville, a mis à la disposition de la 62^e brigade d'infanterie des forces armées de la RDC stationnées à Pweto du matériel logistique et des vivres, ainsi que de l'argent pour les aider à déloger le mouvement insurrectionnel. Au cours d'une offensive lancée par ces forces de défense, de graves violations des droits de l'homme ont été commises⁷⁰. La référence explicite dans cette affaire à la responsabilité des entreprises⁷¹ pour violation des droits garantis par la *Charte* marque clairement un développement positif⁷².

Dans ces deux affaires, la Commission a clairement établi la distinction entre les obligations des États et des entreprises en matière des droits de l'homme en vertu de la *Charte*. Les obligations des États sont de deux ordres. Premièrement, il ressort de la jurisprudence *SERAC* que l'État a une obligation générale de protection. Cette obligation implique que l'État prenne toutes les mesures nécessaires pour se protéger des atteintes aux droits de l'homme commises par les tiers, y compris les entreprises⁷³. Deuxièmement, les États sont tenus de faire respecter les droits de l'homme découlant

⁶⁶ *Affaire Kilwa*, *supra* note 53.

⁶⁷ *Affaire SERAC*, *supra* note 52 au para 1.

⁶⁸ *Ibid* au para 57.

⁶⁹ *Ibid* au para 58.

⁷⁰ *Affaire Kilwa*, *supra* note 53 aux para 3-6.

⁷¹ *Ibid* au para 101.

⁷² *Bulletin d'information*, *supra* note 62 à la p 12.

⁷³ *Ibid* à la p 11.

de la *Charte* par les entreprises et les tenir pour responsables en cas de violation et les obliger de réparer. Dans l'*affaire Kilwa*, la Commission a explicitement demandé au gouvernement de la RDC de tenir Anvil Mining responsable et de réparer.

Les entreprises sont tenues de respecter le principe de la diligence raisonnable même si ultimement la responsabilité de réparer incombe à l'État. D'après la Commission, les entreprises ont des obligations vis-à-vis des titulaires des droits⁷⁴, elles trouvent leur base à l'article 27, paragraphe 2 de la *Charte*. Il s'agit d'obligations négatives et positives. Négativement, les entreprises ont une obligation directe basée sur le principe de « ne pas nuire » et une obligation indirecte articulée sur la mise en jeu de leur responsabilité du fait de leurs activités lorsque celles-ci ont causé des dommages ou ont eu pour effet de compromettre la jouissance des droits de l'homme protégés par la *Charte*⁷⁵. Positivement les entreprises ont des obligations de responsabilités fiscales et de transparence en vertu des articles 21 et 24 de la *Charte*, des obligations d'information et de consultation des personnes impactées par leurs activités. Dans l'*affaire Kilwa*, la Commission a « souligné la nécessité et l'impératif juridique que les entités du secteur des industries extractives exercent leurs activités dans le respect des droits des communautés d'accueil. Elles devraient éviter de se livrer à des activités qui violent les droits des membres de la communauté dans leurs zones d'exploitation. Cela inclut la non-participation ou le non-soutien à la perpétration de violations des droits de l'homme et des peuples »⁷⁶. Au-delà de l'obligation de respecter la diligence raisonnable qui incombe aux entreprises, celles-ci doivent contribuer à la réparation accordée aux victimes. En ce sens, à la suite de la décision *Kilwa*, la Commission a adressé une lettre à la Anvil Mining Company lui demandant de reconnaître sa responsabilité par une déclaration publique et de contribuer à la réparation accordée par la Commission aux victimes de violations⁷⁷.

Certaines législations nationales africaines n'hésitent d'ailleurs pas à imposer directement aux entreprises la diligence raisonnable en matière des droits de l'homme.

2. CERTAINES LÉGISLATIONS NATIONALES TIENNENT LES ACTEURS PRIVÉS RESPONSABLES DE LEURS VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME

Deux législations nationales particulières, tiennent directement responsables les acteurs privés de leurs violations des droits de l'homme. Il s'agit des législations kényane et tanzanienne⁷⁸. Ces deux États ont intégré dans leur droit des sociétés la

⁷⁴ Discours prononcé au cours de l'Assemblée générale inaugurale de la Coalition africaine pour la responsabilité d'entreprise - Commissaire Solomon Ayele Dersso, Président du Groupe de travail sur les industries extractives, en ligne : <achpr.org/news/2016/07/d226/>.

⁷⁵ UA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Résolution sur l'élaboration des lignes directrices*, *supra* note 46 aux pp 42-45.

⁷⁶ *Bulletin d'information*, *supra* note 62 à la p 11.

⁷⁷ *Ibid* à la p 12.

⁷⁸ Le parlement de la République Unie de Tanzanie a adopté entre le 9 juillet et le 28 septembre 2021 une série de modifications de plusieurs lois ayant trait au devoir de vigilance et la régulation de l'environnement des affaires. De manière générale, *The Written Laws (Miscellaneous Amendments) Act n° 3 (2021)* a modifié 11 lois, y compris *The Companies Act (CAP.212)*.

diligence raisonnable en matière des droits de l'homme.

Le Kenya est l'un des premiers pays africains à avoir intégré les exigences du devoir de vigilance dans son *corpus* normatif. Ce pays a pris des mesures en vue de mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme. Ces mesures ont trait aux dispositions législatives et réglementaires avec des obligations contraignantes d'une part et au plan d'action contenant des obligations souples d'autre part.

Au niveau législatif et réglementaire, quatre textes en lien avec le devoir de vigilance ont été adoptés au Kenya. Le *State Corporations Act* de 1986 dans sa version révisée de 2012⁷⁹ et le *Code of Governance for State Corporations*⁸⁰. Ils renforcent la transparence, mettent l'accent sur l'obligation de rendre compte dans la gouvernance d'entreprise et la parité de genre dans le conseil d'administration. La législation relative au marché public de 2015⁸¹ oblige les entreprises soumissionnaires de respecter les règles relatives au devoir de vigilance en matière des droits de l'homme⁸². Le *Community Land Act*⁸³, législation foncière adoptée en 2016, met l'accent sur le principe du consentement préalable, libre et éclairé entre investisseurs et communautés dans l'hypothèse où un projet d'investissement d'envergure est de nature à affecter les droits des peuples autochtones et leur environnement.

Le gouvernement du Kenya a élaboré un plan d'action national sur les entreprises et les droits de l'homme⁸⁴. Ce plan concerne les entreprises opérant dans plusieurs secteurs d'activités. Le *Micro and Small Enterprises Authority* placé sous l'égide du ministère kényan de l'Industrie, du commerce et des coopératives diffuse les instruments relatifs aux principes directeurs des Nations Unies auprès des petites et moyennes entreprises et supervise l'implémentation de la politique gouvernementale en la matière⁸⁵. Le plan de vigilance du Kenya touche également le secteur des droits sociaux. À cet égard, la mention doit être faite de l'augmentation du salaire minimum en 2017⁸⁶ et l'édiction des mesures visant à lutter contre le travail des enfants. Elles concernent l'adoption du *National Policy on Elimination of Child Labour* de 2016 et la

⁷⁹ Kenya, *State Corporations Act* (1986), en ligne (pdf): <faolex.fao.org/docs/pdf/ken106439.pdf>.

⁸⁰ Kenya, *Mwongozo: The Code of Governance for State Corporations, Public Service Commission (PSC) & State Corporations Advisory Committee (2015)*, en ligne (pdf): <wasreb.go.ke/downloads/MWONGOZOCODEOFGOVERNANCE.pdf>.

⁸¹ Voir Kenya, *Public Procurement and Asset Disposal Act*, n°33 (2015).

⁸² À cet égard, l'article 227 de la Constitution Kényane érige les principes d'équité, de transparence, de compétitivité en règles cardinales régissant les marchés publics.

⁸³ Kenya, *The Community Land Act* N°27 (2016); Kenya, Ministry of Lands and Physical Planning, *Sessional Paper n°1 of 2017 on National Land Use Policy* (2017).

⁸⁴ Kenya, Office of the Attorney General and Department of Justice, *sessional Paper n°3 of 2014 on National Policy and Action Plan on Human Rights* (2014). Voir également *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc off CDH NU*, 41^e sess 2019, *Doc NU/A/HRC/41/43/add.2* (2019).

⁸⁵ Ministère kényan de l'industrie, du commerce et des coopératives, en ligne : <www.industrialization.go.ke/>.

⁸⁶ *The Regulation of Wages (General) (Amendment) Order*, Kenya Gazette, 2017, Legal notice n° 112.

création du *Child Protection Unit* dans la police kényane⁸⁷.

3. REVUE DES LÉGISLATIONS MINIÈRES AFRICAINES PERTINENTES EN L'ESPÈCE

L'accroissement exponentiel de l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles sur le continent africain présente des risques réels d'atteinte aux droits de l'homme et à l'environnement⁸⁸. De ce point de vue, le secteur minier a été l'un des premiers champs au sein desquels un « devoir de diligence » a été évoqué de manière expresse⁸⁹. Certains pays africains ont dès lors modifié leur législation minière. Le mouvement de renouvellement⁹⁰ se situe à partir des années 2012, il a pour but d'améliorer la gouvernance dans ce secteur et de l'arrimer aux standards internationaux en la matière.

Bien que le devoir de vigilance ne figure pas *expressis verbis* dans ces textes, on y retrouve des règles qui s'apparentent à son régime. En effet, certains codes miniers africains, sans parler du devoir de vigilance, obligent les entreprises opérant dans le secteur minier à protéger les droits de l'homme et l'environnement. Le contenu des droits de l'homme concernés ainsi que l'étendue des obligations environnementales y sont singuliers. Tout comme les mécanismes de contrôle et de sanctions.

En effet, certaines législations minières africaines édictent à l'encontre des entreprises opérant dans le secteur l'obligation de respecter les droits de l'homme. Ainsi l'article 5 du Code minier du Gabon⁹¹ dispose « la politique nationale du secteur minier a pour fondement [entre autres] le respect des droits de l'homme impactés par les activités minières [et] la responsabilité sociale des opérateurs ». Le Code minier du Sénégal⁹² indique en des termes quasi identiques que tout titulaire de titre minier a l'obligation de respecter et de protéger les droits humains dans les zones affectées par les opérations minières⁹³. Plusieurs législations minières africaines obligent les entreprises opérant dans le secteur minier à protéger la santé, la sécurité, l'hygiène, la sûreté des populations, des travailleurs de la mine et des biens, tel est le cas du Code minier du Cameroun⁹⁴. La même obligation est inscrite dans le Code minier de la

⁸⁷ *National Plan of Action for Children in Kenya 2015-2022*, en ligne : *National Council for Children's Services* <<https://www.nccs.go.ke/resources>>.

⁸⁸ Voir aussi *Bulletin d'information*, supra note 62 à la p 2.

⁸⁹ *Résolution 1952 du Conseil de sécurité des Nations unies*, supra note 24.

⁹⁰ Pour une étude des réformes des cadres réglementaires miniers africains dans une perspective historique intégrant le contexte, se référer utilement à Bonnie Campbell, *Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement ?* Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010 aux pp 1-9.

⁹¹ République Gabonaise, *Loi n°037/2018 du 11 juin 2019 portant réglementation du secteur minier*, JO, 24 septembre 2019 [*Code minier Gabon*].

⁹² République du Sénégal, *Loi n° 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier*, JO, 30 octobre 2016 [*Code minier Sénégal*].

⁹³ *Ibid*, art 94.

⁹⁴ Cameroun, *Loi n° 2023/014 du 19 décembre 2023 portant code minier*, JO, 19 décembre 2023, art 98 [*Code minier Cameroun*].

Guinée⁹⁵, du Gabon⁹⁶ et du Burkina Faso⁹⁷. L'article 64 de la législation minière du Gabon pose le principe de l'interdiction de l'utilisation de la main-d'œuvre n'ayant pas atteint la majorité civile dans les activités minières artisanales. L'interdiction du travail des enfants dans les mines et carrières est également présente dans la législation minière de la Guinée⁹⁸ et du Burkina Faso⁹⁹.

Le souci de la protection de l'environnement est au cœur de certaines législations minières africaines. À ce titre l'exploitation des ressources minières est subordonnée à des études d'impact environnemental, une étude de dangers et des risques et un plan de gestion environnementale et sociale pour la fin de l'exploitation¹⁰⁰. Dans le même sens, le titulaire d'un permis d'exploitation minière est tenu de mettre en œuvre des mesures de réhabilitation, de restauration et de fermeture des sites miniers y compris l'enlèvement des usines et de carrière pour que ces sites retrouvent leur état stable et sécurisant antérieur¹⁰¹. En tout état de cause le titulaire du permis d'exploitation minière est tenu de réparer les dommages causés à l'environnement en cas de retrait¹⁰².

Le principe de la transparence dans le secteur minier est prégnant dans plusieurs législations minières africaines. À ce titre, il est généralement indiqué dans ces textes que tout titulaire de titre minier ou d'autorisation, tout intervenant dans la commercialisation sont tenus de se conformer aux engagements internationaux pris par les États africains et applicables à leurs activités pour l'amélioration de la gouvernance dans le secteur minier, notamment ceux relatifs au processus de Kimberley et à l'ITIE¹⁰³. Le code guinéen va plus loin en définissant des stratégies pour s'assurer du respect de l'interdiction de la corruption¹⁰⁴ et en sanctionnant de manière spécifique le pot-de-vin¹⁰⁵.

Certaines législations minières africaines recourent au mécanisme de surveillance administrative pour assurer le respect par les entreprises des règles édictées en la matière et prévoient des sanctions essentiellement pénales. Les systèmes miniers africains définissent les règles relatives au contrôle et à la surveillance de l'exploitation

⁹⁵ République de Guinée, *Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant code minier de la République de Guinée*, modifiée par la *Loi L/2013/053/CNT portant modification de certaines dispositions du code minier du 8 avril 2013*, arts 30, 142, 145 [*Code minier Guinée*].

⁹⁶ *Ibid*, arts 157-64.

⁹⁷ Burkina Faso, *Loi n°036-2015/CNT du 26 juin 2015 portant Code minier du Burkina Faso*, JO, 26 juin 2015, art 136 [*Code minier Burkina Faso*].

⁹⁸ *Ibid*, art 147.

⁹⁹ *Ibid*, art 77.

¹⁰⁰ *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, arts 100 et s; *Code minier Sénégal*, *supra* note 92, art 51; *Code minier Gabon*, *supra* note 91, arts 66, 121; *Code minier Guinée*, *supra* note 95, art 54; *Code minier Burkina Faso*, *supra* note 97.

¹⁰¹ *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 192; *Code minier Gabon*, *supra* note 91, arts 153 et s; *Code minier Guinée*, *supra* note 95, art 144;

¹⁰² *Code minier Burkina Faso*, *supra* note 97, art 115.

¹⁰³ *Code minier Guinée*, *supra* note 95, art 122; *Code minier Sénégal*, *supra* note 92, art 95; *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 108; *Code minier Burkina Faso*, *supra* note 97, art 6.

¹⁰⁴ *Code minier Guinée*, *supra* note 95, art 156.

¹⁰⁵ *Ibid*, art 157.

des mines¹⁰⁶. L'exploitation minière ne fait pas souvent l'objet d'un contrôle des autorités locales, mais celui des autorités centrales¹⁰⁷. Au Cameroun, la surveillance et le contrôle des activités minières sont assurés par les fonctionnaires, les inspecteurs et inspecteurs adjoints assermentés du ministère responsable des mines et les autres administrations compétentes ou de tout organisme dûment mandaté¹⁰⁸. Les autorités administratives ainsi désignées ont le pouvoir de transiger avec les entreprises minières auteurs de la violation de certaines dispositions de la législation minière¹⁰⁹. La transaction intervenue en cas de manquement à la législation minière cohabite avec l'instauration des sanctions pénales dans certains cas¹¹⁰. Dans cette perspective, certaines législations minières africaines consacrent la responsabilité pénale des personnes morales¹¹¹.

Comme on le voit, certains instruments juridiques africains de nature contraignante contiennent des dispositions obligeant les entreprises à respecter les droits de l'homme et l'environnement lesquelles s'apparentent aux exigences du devoir de vigilance. Ces instruments de droit positif cohabitent avec ceux de droit souple.

B. Les instruments juridiques de droit souple

L'UA, consciente de l'impact de plus en plus fort de l'activité des entreprises sur les droits de l'homme et l'environnement, en l'absence de l'existence d'une convention africaine contraignante sur la question, a adopté certaines résolutions sectorielles à l'instar de la *Résolution de Niamey* visant à garantir le respect de la *Charte* dans le secteur des industries extractives (1), la *Résolution sur les industries extractives et les droits fonciers des populations et communautés autochtones en Afrique* (2). La Commission a également, dans le cadre de ses prérogatives découlant de la *Charte*, fait des observations générales sur les obligations des États de réguler les acteurs privés (3).

1. LA RÉOLUTION DE NIAMEY VISANT À GARANTIR LE RESPECT DE LA CHARTE AFRICAINE DANS LE SECTEUR DES INDUSTRIES EXTRACTIVES

La *Résolution de Niamey*¹¹², adoptée à la 60^e session ordinaire de la Commission tenue du 8 au 22 mai 2017 à Niamey dans la perspective des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, met l'accent sur l'idée que les entreprises ont des obligations de diligence et de protection

¹⁰⁶ Serge Bandoki, *Le droit minier et pétrolier en Afrique*, Paris, Éditions, 2008 à la p 61.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 63.

¹⁰⁸ *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 155. Une disposition quasi similaire se trouve à l'art 60 du *Code minier Sénégal* (*supra* note 92).

¹⁰⁹ Voir aussi *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 161; *Code minier Gabon*, *supra* note 91, art 243.

¹¹⁰ Voir *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 181 ; *Code minier Gabon*, *supra* note 91, art 260. Ce pays envisage aussi l'hypothèse de la responsabilité civile des entreprises à l'art 165.

¹¹¹ *Code minier Cameroun*, *supra* note 94, art 174; *Code minier Sénégal*, *supra* note 92, art 138; *Code minier Burkina Faso*, *supra* note 97, art 202.

¹¹² *Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États*, *supra* note 8.

élevées en matière des droits de l'homme en application des articles 21, 27 et 29 de la *Charte*¹¹³. La *Résolution de Niamey* intervient un an après l'adoption par la Commission de la *Résolution sur l'élaboration des lignes directrices* pour la soumission de rapports d'État en ce qui concerne les industries extractives¹¹⁴. Cette dernière résolution édicte les principes de l'établissement des rapports d'État en vertu des articles 21 et 24 de la *Charte* relatifs aux industries extractives, les droits de l'homme et l'environnement¹¹⁵.

D'après la *Résolution de Niamey*, les entreprises opérant dans les industries extractives ont l'obligation juridique de respecter les droits énoncés dans la *Charte*. Cette résolution promeut la transparence des conditions des contrats de concession, la protection de l'environnement, donne aux communautés impactées et autres personnes touchées par l'exploitation minière les moyens de s'informer et de prendre en compte leurs préoccupations. À cet égard, la *Résolution de Niamey* demande aux États de légiférer sur les mesures spécifiques à prendre par l'entreprise, pour s'assurer que ces communautés d'accueil soient incluses dans tous les processus décisionnels les concernant; que, si leurs moyens de subsistance ou leur environnement s'en voient affectés, qu'elles en soient indemnisées de manière adéquate; de prévoir des responsabilités civiles et pénales pour les sociétés, y compris les sociétés de sécurité privées employées par les industries extractives pour violations des droits de l'homme¹¹⁶.

2. LA RÉOLUTION SUR LES INDUSTRIES EXTRACTIVES ET LES DROITS FONCIERS DES POPULATIONS ET COMMUNAUTÉS AUTOCHTONES EN AFRIQUE

À sa 69^e session ordinaire organisée virtuellement du 15 novembre au 5 décembre 2021, la Commission a adopté la *Résolution sur les industries extractives*¹¹⁷. Cette résolution met l'accent sur quatre points novateurs dans le champ juridique africain relativement aux industries extractives. Elle sauvegarde les droits ancestraux des peuples autochtones, institue l'obligation de consultation des communautés autochtones, étend le champ de l'évaluation d'impact et améliore l'accès des victimes au recours.

En premier lieu, la *Résolution 490 (LXIX) 2021* a le souci de la sauvegarde des droits ancestraux des peuples autochtones. On sait que les peuples autochtones ont des droits naturels sur les terres qu'ils occupent du fait de l'antériorité de leur installation. Ils y ont développé un mode de vie singulier, lequel fait partie de leur identité. De ce point de vue, la nécessité de la sauvegarde de ces droits ancestraux est un impératif. Ailleurs, ils font l'objet d'une constitutionnalisation et priment sur les régimes

¹¹³ *Bulletin d'information*, supra note 62 à la p 7.

¹¹⁴ *Résolution sur l'élaboration des lignes directrices*, supra note 46.

¹¹⁵ *Ibid.* Sur le contenu de ces obligations, voir *Bulletin d'information*, supra note 62 à la p 6.

¹¹⁶ *Ibid.* aux pp 9-10.

¹¹⁷ *Résolution sur les industries extractives et les droits fonciers des communautés autochtones*, supra note 49.

miniers¹¹⁸. C'est pourquoi la *Résolution 490* exhorte les États à adopter des politiques et des lois qui sauvegardent les droits des populations et communautés autochtones à la propriété et au contrôle coutumier de leurs terres et reconnaissent le mode de vie des populations autochtones¹¹⁹.

Deuxièmement, dans la plupart des législations minières modernes, l'obligation de consultation est une règle cardinale¹²⁰. Au-delà de la consultation, les législations régissant l'octroi des concessions minières devraient intégrer en leur sein le principe du consentement libre, préalable et éclairé¹²¹. La question, de l'identité de la partie autochtone ayant la capacité de donner le consentement libre, préalable et éclairé au nom des peuples autochtones, peut se poser en pratique face au silence de la *Résolution 490*.

Troisièmement, il est admis de manière traditionnelle que l'exploitation de tout projet minier passe par le préalable d'une étude d'impact environnemental. La *Résolution 490* ne limite pas une telle étude uniquement à l'impact environnemental. De fait, elle étend le champ de cette étude. De ce point de vue, une évaluation de l'impact social, culturel, économique et sur les droits de l'homme doit être menée avant la mise en œuvre de toute activité extractive sur les terres des communautés autochtones. La *Résolution 490* indique qu'une telle évaluation doit être participative.

Quatrièmement, le souci d'améliorer l'accès des peuples et communautés autochtones à la justice est au cœur de la *Résolution 490*. On sait que les questions de la responsabilité des entreprises et d'accès à des voies de recours pour les victimes sont intimement liées¹²². Consciente de ces enjeux, la Commission cherche à faciliter l'accès des peuples autochtones à la justice de deux manières. D'abord, elle exhorte les États à consacrer des ressources humaines, financières et techniques adéquates aux institutions nationales de défense des droits de l'homme et à accroître leur capacité à surveiller et à prendre en charge efficacement les impacts des activités des industries extractives sur les droits des populations/communautés autochtones. Ensuite, elle exhorte les États à mener des campagnes de sensibilisation, en collaboration avec les parties prenantes concernées, afin d'accroître la capacité des populations et communautés autochtones à accéder aux recours juridiques et non juridiques à leur disposition.

¹¹⁸ Jean Paul Lacasse, « Régime minier et droits ancestraux : une conciliation encore difficile », dans Christophe Krolik, dir, *Le droit des ressources naturelles et de l'énergie: Où en sommes-nous ? Où allons-nous?*, Montréal, Lexis Nexis, 2017 à la p 151.

¹¹⁹ *Résolution sur la Création d'un Groupe de Travail sur les Industries Extractives*, supra note 51, art 1.

¹²⁰ Voir par exemple *Ross River Dena Council c Government of Yukon*, CSC, 2012 YKCA 14.

¹²¹ Cette résolution exhorte les États à veiller à ce que le principe de la consultation et de consentement libre, préalable et éclairé soit compris dans la législation régissant l'octroi des concessions.

¹²² Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours pour les victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités des entreprises au moyen de mécanismes non judiciaires relevant de l'État, Doc off CDH NU, 38^e sess, 2018, Doc NU A/HRC/38/20 (2018).

3. L'OBSERVATION GÉNÉRALE DE LA COMMISSION SUR LES OBLIGATIONS DES ÉTATS DE RÉGULER LES ACTEURS PRIVÉS INTERVENANT DANS LA FOURNITURE DE SERVICES SOCIAUX

L'observation générale sur les obligations des États de réguler les acteurs privés intervenant dans la fourniture de services sociaux (ci-après *observation*) est un projet de la Commission. Il s'inscrit dans le contexte de l'adoption de la *Résolution 434*¹²³ « sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États de réguler les acteurs privés intervenant dans la fourniture de services sociaux ». Ce projet est mené en application de l'article 45(1) a de la *Charte* qui donne mandat à la Commission de mener des études et des recherches sur les problèmes africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples. Bien que l'observation générale soit encore au stade de la consultation publique, la note explicative, issue de la première phase du processus de rédaction, établie par la Commission, contient des indications importantes sur la position de cette institution sur la question du devoir de vigilance des entreprises en matière des droits de l'homme.

L'obligation de diligence raisonnable en matière des droits de l'homme fait l'objet d'un développement particulier dans l'observation générale de la Commission. L'observation souligne d'emblée que la diligence raisonnable obligatoire en matière des droits de l'homme est devenue de plus en plus l'épine dorsale de la conformité des acteurs privés au droit international relatif aux droits de l'homme¹²⁴. Elle indique que pour s'acquitter de leur devoir de diligence raisonnable, les entreprises doivent prendre des mesures globales et proactives pour découvrir les risques pour les droits de l'homme, réels et potentiels, tout au long du cycle de vie de leurs opérations, pour identifier les risques, les prévenir et les atténuer lorsqu'ils existent¹²⁵. Selon l'observation générale, le devoir de vigilance comporte quatre éléments clés. Premièrement, l'entreprise doit faire des études d'impact sur les droits humains pour identifier et évaluer les dommages réels ou potentiels causés par ses activités ou qui peuvent être directement liés à ses opérations. Deuxièmement, l'entreprise doit intégrer les résultats de l'évaluation de l'impact sur les droits humains dans toutes ses opérations, en prenant les mesures appropriées en fonction de son implication dans l'impact. Troisièmement, l'entreprise doit suivre l'efficacité des mesures et des processus pour faire face aux impacts négatifs sur les droits humains afin de savoir s'ils fonctionnent. Quatrièmement, l'entreprise doit communiquer au public exactement comment ces impacts sont traités tout en démontrant aux parties prenantes et aux victimes en particulier qu'il existe des politiques adéquates pour appliquer le respect des droits humains dans la pratique¹²⁶.

L'observation indique sept mesures à mettre en œuvre par les entreprises pour respecter ces quatre éléments. Il s'agit d'établir des mécanismes des droits de l'homme qui évaluent régulièrement tout impact négatif que leurs opérations, pratiques, services et produits peuvent avoir sur les droits de l'homme et des peuples ; intégrer les

¹²³ *Résolution sur la nécessité d'élaborer des normes relatives aux obligations des États*, supra note 48.

¹²⁴ *Ibid* aux pp 37-38.

¹²⁵ *Ibid* à la p 38.

¹²⁶ *Ibid*.

conclusions de leurs évaluations d'impact dans la culture, la gestion et le fonctionnement de l'entreprise ; consulter les groupes concernés et fournir des plateformes pour une participation significative avant, pendant et après le cycle du projet ; divulguer des informations financières et opérationnelles au public d'une manière accessible et transparente, conformément aux lois pertinentes sur la liberté d'information ; payer leur juste part d'impôts ; respecter les droits des travailleurs et s'abstenir d'imposer ou de faciliter des politiques qui annuleraient ou compromettraient la capacité de l'État à s'acquitter de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme¹²⁷. Il convient de souligner que les cinq premières mesures sont inspirées des *Principes Ruggie*¹²⁸ tandis que les deux dernières trouvent leur source à l'article 29(6) de la *Charte* et du principe 76 des *Principes d'Abidjan*¹²⁹.

L'observation générale s'inscrit dans la perspective d'autres instruments juridiques africains sous étude dont l'adoption projetée contient des dispositions expresses relatives aux exigences du devoir de vigilance des entreprises.

II. Les instruments juridiques africains sous étude et dont l'adoption est projetée qui contiennent des dispositions expresses relatives aux exigences du devoir de vigilance des entreprises

Au niveau de l'UA, plusieurs instruments juridiques projetés contiennent expressément des dispositions relatives aux exigences du devoir de vigilance des entreprises, l'analyse de leur ampleur (A) permet de déceler les grandes lignes de la conception africaine du devoir de vigilance (B).

A. L'ampleur des projets de l'UA en rapport avec les exigences du devoir de vigilance

Certains projets développés au sein du GTIE (2) et surtout le *Projet de plan décennal 2020-2030 sur l'éradication du travail des enfants, du travail forcé, de la traite des êtres humains et de l'esclavage moderne en Afrique* (1) contiennent des dispositions relatives au devoir de vigilance.

¹²⁷ *Ibid* à la p 39.

¹²⁸ *Principes Ruggie*, *supra* note 4.

¹²⁹ Il s'agit des principes directeurs relatifs aux obligations des États en matière de droits de l'homme de fournir un enseignement public et de réglementer l'implication du secteur privé dans l'éducation, en ligne : <www.abidjanprinciples.org>.

1. LE PROJET DE PLAN DÉCENNAL POUR L'ÉRADICATION DU TRAVAIL DES ENFANTS, DU TRAVAIL FORCÉ, DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS ET DE L'ESCLAVAGE MODERNE EN AFRIQUE (2020-2030)

Le *Projet de plan décennal pour l'éradication du travail des enfants, du travail forcé, de la traite des êtres humains et de l'esclavage moderne en Afrique (2020-2030)* (ci-après « *Projet* »)¹³⁰ est un plan d'action conçu dans le cadre de la mise en œuvre de l'agenda 2063. Il vise à aider toutes les parties prenantes à l'échelle du continent à déployer des efforts pour la réalisation de l'objectif de développement durable (ci-après « ODD ») 8.7. On sait que la cible 8.7 appelle tous les pays à :

prendre des mesures immédiates et efficaces pour supprimer le travail forcé, mettre fin à l'esclavage moderne et à la traite des êtres humains, interdire et éliminer le travail des enfants sous toutes ses formes, y compris le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats, et d'ici à 2025, mettre fin au travail des enfants sous toutes ses formes.

D'autres cibles de l'ODD 8 qui vise à « promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous » s'appliquent également à la cible 8.7. De l'avis du projet, les fléaux abordés par l'ODD 8.7 sont interdépendants¹³¹. À titre d'illustration, le *Projet* souligne que le travail forcé est souvent motivé par la traite des êtres humains et les quatre pratiques ont les mêmes causes profondes¹³². Bien plus, ces injustices sociales sont souvent liées aux violations d'autres droits fondamentaux à l'instar de la non-discrimination, la liberté d'association, le droit de négociation collective pour de meilleurs salaires et conditions de travail ainsi que des protections en cas de violence, d'abus et de harcèlement¹³³. Dès lors, le projet estime qu'il est nécessaire d'adopter une approche holistique pour faire en sorte que la politique et la réglementation soient coordonnées de manière globale au lieu d'être traitées séparément.

Le plan d'action décennal du *Projet* est guidé par des valeurs inhérentes aux instruments et cadres politiques continentaux et internationaux qui lui servent de fondement. À cet égard 10 principes directeurs¹³⁴ ont été identifiés, le 10^e a trait à la diligence raisonnable. En vertu de ce principe

les parties prenantes du monde des affaires veillent à observer le principe de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme afin d'éviter tout impact négatif sur les droits de l'homme du fait de leurs activités ou pouvant être directement liés aux produits ou services de leurs relations commerciales. Les gouvernements doivent définir des obligations en matière de diligence raisonnable afin de s'assurer que les sociétés privées agissent conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits

¹³⁰ Voir projet de plan décennal 2020-2030, *supra* note 50.

¹³¹ *Ibid* à la p 2

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid* aux pp 19-20.

de l'homme des Nations Unies ou à d'autres instruments internationaux¹³⁵.

Sur le plan des stratégies, le projet indique qu'il est de la responsabilité des États d'adopter des instruments juridiquement non contraignants et promouvoir leur mise en œuvre à l'instar des principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme¹³⁶.

2. LES PROJETS DÉVELOPPÉS AU SEIN DU GTIE

Le GTIE a reçu de la Commission, la mission d'entreprendre des recherches sur l'impact des industries extractives en Afrique dans le contexte de la *Charte*. Dans le cadre de l'accomplissement de cette mission, le GTIE a mené plusieurs activités, dont deux ont un lien direct avec la question du devoir de vigilance des entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement. Il s'agit de l'étude approfondie sur les industries extractives, l'environnement et les droits de l'homme et la participation au processus d'élaboration d'un traité contraignant des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme¹³⁷.

Par rapport à la première activité, sur la base d'un constat élémentaire suivant lequel le pouvoir des industries extractives en Afrique est en pleine croissance, tandis que les impacts négatifs de leurs activités sur les droits de l'homme et l'environnement sont non réglementés ou mal réglementés sur le continent¹³⁸, le GTIE a entrepris des études en vue d'établir que les entreprises extractives sont tenues en vertu de la *Charte* de prévenir et de réparer les impacts de leurs activités sur les droits de l'homme et l'environnement. En ce sens, le GTIE a élaboré, les lignes directrices et principes d'établissement des rapports d'État en vertu des articles 21 et 24 de la *Charte*, que la Commission a adopté en octobre 2018¹³⁹. Les lignes directrices reconnaissent pour les entreprises en général non seulement l'obligation de respecter les droits de l'homme mais aussi et surtout spécialement pour les entreprises extractives des obligations légales positives comme négatives de transparence, d'information, de consultation des peuples et de contribution au développement des communautés affectées par les opérations minières. En d'autres termes, d'après les lignes directrices, il existe des obligations légales positives comme négatives, non seulement pour les États, mais également pour les entreprises intervenant dans les industries extractives, qui vont au-delà des normes de responsabilité sociale des entreprises volontaires¹⁴⁰.

S'agissant de la seconde activité, dans le cadre de sa participation au processus d'élaboration d'un traité contraignant des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme, le GTIE a élaboré une note consultative au groupe des pays Africains à Genève sur l'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer le droit

¹³⁵ *Ibid* à la p 20.

¹³⁶ *Ibid* à la p 21.

¹³⁷ *Bulletin d'information, supra* note 62 à la p 5.

¹³⁸ *Ibid* à la p 2.

¹³⁹ *Résolution sur l'élaboration des lignes directrices, supra* note 46.

¹⁴⁰ *Bulletin d'information, supra* note 62 à la p 7.

international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises¹⁴¹. Le GTIE indique dans cette note consultative que:

While it is the duty and primary responsibility of States to protect human rights and ensure that companies do not violate them, it is also the responsibility of business enterprises, as entities whose operations carry major social, economic and environmental impacts, to put in place measures that ensure respect for human rights and to contribute positively to the realization of the right to development¹⁴².

La note consultative du GTIE au-delà de mettre en lumière le devoir de vigilance des entreprises fournit des indices précieux de la conception africaine du devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

B. La conception africaine projetée du devoir de vigilance des entreprises en matière des droits de l'homme et de l'environnement

Lorsque l'on analyse la plupart des instruments juridiques africains, deux idées majeures émergent sur la perception du devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. D'abord l'Afrique affirme son attachement aux *Principes Ruggie* (1). Ensuite, l'Afrique va au-delà de ces principes, les contextualise en vue de les adapter aux réalités locales (2) toute chose sujette à critique (3).

1. L'ATTACHEMENT AUX *PRINCIPES RUGGIE*

La quasi-totalité des instruments juridiques africains actuels et projetés relatifs au devoir de vigilance affirme l'attachement aux principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies ou d'autres instruments internationaux¹⁴³. Ainsi les entreprises doivent respecter les droits de l'homme et prévenir les atteintes aux droits de l'homme. Cette obligation est formulée dans le *Rapport de John Ruggie*¹⁴⁴ au principe 11¹⁴⁵.

Le principe 19 décline les paramètres de la diligence raisonnable tandis que les principes 18 et 19 en décrivent les principales composantes¹⁴⁶. L'entreprise peut se doter de tous les moyens nécessaires et prendre toutes les précautions utiles, exercer néanmoins une incidence négative sur les droits de l'homme qu'elle n'a pas pu empêcher. En pareille hypothèse, le principe 22 indique qu'elle devrait prévoir des

¹⁴¹ Cette note est consultable sur le site : <achpr.au.int/fr/news/communiqués/2019-11-04/note-consultative-au-groupe-des-pays-africains-geneve-sur-l'instrument.>.

¹⁴² *Note consultative au Groupe des Pays Africains à Genève sur l'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer le droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*, GTIE, 4 novembre 2019.

¹⁴³ Voir projet de plan décennal 2020-2030, *supra* note 50 à la p 20.

¹⁴⁴ *Principes Ruggie*, *supra* note 4 à la p 15.

¹⁴⁵ *Ibid*, Principe 11.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 19.

mesures de réparation ou collaborer à leur mise en œuvre suivant des procédures légitimes¹⁴⁷.

La conception africaine du devoir de vigilance intègre tous les principes ci-dessus déclinés. En effet, l'observation générale de la Commission sur les obligations des États de réguler les acteurs privés indique que:

pour mettre en œuvre les quatre éléments de la diligence raisonnable, les acteurs privés doivent a) établir des mécanismes des droits de l'homme qui évaluent régulièrement tout impact négatif que leurs opérations, pratiques, services et produits peuvent avoir sur les droits de l'homme et des peuples, b) intégrer les conclusions de leurs évaluations d'impact dans la culture, la gestion et le fonctionnement de l'entreprise, c) consulter les groupes concernés et fournir des plateformes pour une participation significative avant, pendant et après le cycle du projet, d) divulguer des informations financières opérationnelles au public d'une manière accessible et transparente, conformément aux lois pertinentes sur la liberté d'information, e) payer leur juste part d'impôts, f) respecter les droits des travailleurs et g) s'abstenir d'imposer ou de faciliter des politiques qui annuleraient ou compromettraient la capacité de l'État à s'acquitter de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme¹⁴⁸.

2. LE DÉPASSEMENT DES *PRINCIPES RUGGIE* PAR LA PRISE EN COMPTE DES PRINCIPES DE LA *CHARTRE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES* ET DES RÉALITÉS LOCALES

La conception africaine du devoir de vigilance des entreprises ne se limite pas uniquement à celle des principes directeurs, elle intègre la prise en compte des principes de la *Charte* et tient compte des réalités locales. De ce point de vue, dans la perspective africaine, le champ d'application du devoir de vigilance, les droits des victimes sont singuliers en Afrique.

Premièrement, le GTIE estime que le champ d'application du devoir de vigilance devrait être plus large. Les petites et les moyennes entreprises ne devraient pas être exclues des obligations des entreprises en matière des droits de l'homme. Le GTIE justifie l'inclusion de cette catégorie d'entreprises par l'idée que les victimes subissent les abus des entreprises en matière des droits de l'homme de la même manière quel que soit la taille de l'entreprise en cause qu'elle soit grande, moyenne ou petite. De l'avis du GTIE s'il est admis que certaines sociétés mères agissent à travers leur succursale, filiale, sous-traitants lesquels peuvent être de moyennes ou petites tailles, il est logique que toutes ces entités soient comptables de leurs violations des droits de l'homme avec cette particularité que les grandes entreprises avec leurs impacts plus importants, peuvent être soumises à des exigences plus strictes.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 24.

¹⁴⁸ *Observation générale sur les obligations des États de réguler les acteurs privés, supra* note 48 à la p 39.

Deuxièmement, les droits des victimes sont particulièrement envisagés en lien avec le devoir de vigilance dans le sens de leur accès à des recours. De ce point de vue le GTIE, dans la note consultative au Groupe des pays africains à Genève¹⁴⁹, tout en réaffirmant son attachement à l'institution d'un mécanisme de réparation entendue au sens du *Rapport de John Ruggie* comme « toute procédure judiciaire ou non judiciaire courante relevant ou non de l'État par laquelle des réclamations concernant des atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises peuvent être déposées et des recours formés »¹⁵⁰ décline ses compétences minimales. De l'avis du GTIE, le processus de nominations des membres du mécanisme doit être placé sous le sceau de la spécificité et de la transparence de manière à éviter un conflit d'intérêts entre les membres nommés. Le mécanisme doit avoir le pouvoir de recevoir des plaintes aussi bien des individus que des groupes. Le mécanisme doit être en mesure de requérir des informations aussi bien aux entreprises qu'à l'État et ses démembrés, incluant des missions d'enquête. Le mécanisme doit être capable de recueillir la comparution des entreprises. Le mécanisme doit être en mesure de déterminer la réparation adéquate pour les victimes. L'originalité des propositions du GTIE s'apprécie en lien avec les critères d'efficacité du mécanisme tels que systématisés dans les *Principes Ruggie*. Ils sont au nombre de huit : la légitimité fondée sur la confiance des acteurs; l'accessibilité fondée sur la communication aux acteurs ; la prévisibilité basée sur la clarté de la procédure ; l'équité basée sur un accès égal aux sources d'information; la transparence fondée sur l'information suffisante des parties ; la compatibilité de l'issue des recours avec les droits de l'homme; l'apprentissage permanent en vue d'améliorer le mécanisme et prévenir les réclamations et atteintes futures; la participation et le dialogue concernant les moyens d'examen et de solution des plaintes¹⁵¹.

Les mérites de l'approche africaine du devoir de vigilance des entreprises peuvent être améliorés.

3. ANALYSE CRITIQUE DE LA CONCEPTION AFRICAINE PROJETÉE DU DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES ET REGARD POSITIF SUR LES AVANCÉES EXISTANTES

La conception africaine du devoir de vigilance a le mérite de ne pas se limiter exclusivement à l'obligation des entreprises de « respecter les droits de l'homme » mais également de respecter les droits collectifs des peuples, notamment le droit de disposer librement des richesses et des ressources naturelles garanties au titre de l'article 21 de la *Charte*. Le concept de développement durable, notion mettant en lumière l'interdépendance entre le développement, l'environnement et les droits de l'homme, apparaît en filigrane dans la conception africaine du devoir de vigilance. Au-delà de ces mérites, la conception projetée du devoir de vigilance africaine devrait partir des différents instruments juridiques existants aussi bien au niveau international que national pour être à la fois novateur et singulier. À cet égard plusieurs pistes peuvent

¹⁴⁹ GTIE, *Note consultative*, *supra* note 51.

¹⁵⁰ *Principes Ruggie*, *supra* note 4 à la p 26.

¹⁵¹ *Principes Ruggie*, *supra* note 4 aux pp 31-32.

être explorées. Elles ont trait au champ d'application, à la nature des obligations, aux modalités de mise en œuvre du devoir de vigilance, aux modalités de contrôle et de sanction.

S'agissant du champ d'application, contrairement à certains instruments juridiques qui imposent le devoir de vigilance uniquement aux entreprises d'une certaine taille¹⁵² en excluant dans la plupart des cas les petites, la conception projetée africaine est beaucoup plus ambitieuse et réaliste. Dans la perspective africaine, les grandes entreprises ainsi que les petites et moyennes entreprises devraient être astreintes au respect du devoir de vigilance. La configuration de l'économie africaine, dominée par les entreprises opérant aussi bien dans le secteur formel et informel, milite en faveur de ce qu'aucune entreprise ne soit exclue du champ d'application du devoir de vigilance. Ainsi, la réglementation du devoir de vigilance en Afrique devrait intégrer l'hypothèse que toutes les entreprises soient concernées. Une telle conception aura le mérite de partager le poids des obligations de vigilance entre société mère et chaîne de valeur en faisant en sorte que chaque entité puisse prendre à son niveau des mesures pour éviter d'impacter négativement les droits de l'homme et des peuples. Elle éviterait également l'exclusion de certaines entreprises du devoir de vigilance¹⁵³. Ainsi toutes les entreprises opérant dans n'importe quel secteur d'activité, y compris les institutions financières, les banques seraient concernées. Elle s'appliquerait dès lors que l'entreprise est basée en Afrique ou bien qu'installée dans des pays tiers, réalise son chiffre d'affaires en Afrique.

Relativement à la nature des obligations, alors que certains instruments internationaux actuels limitent la diligence raisonnable à certains droits de l'homme¹⁵⁴, la conception africaine a le mérite d'élargir le devoir de vigilance des entreprises non seulement aux droits de l'homme, à l'environnement, mais aussi et surtout au droit des peuples. La spécificité de la notion de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, élément majeur de la conception africaine de la diligence raisonnable, ne peut être mise en évidence qu'en lien avec le contexte politique et historique de l'adoption de la

¹⁵² À ce titre, la loi française retient le critère de l'emploi direct ou indirect de 5000 salariés pour les entreprises établies en France et 10000 salariés pour les entreprises ayant une activité en France, la loi allemande retient également le critère de l'emploi avec un seuil un peu plus bas de 3000 salariés. Les Pays-Bas utilisent plusieurs critères incluant les bénéficiaires et le chiffre d'affaires et proposition de directive européenne retient à la fois le critère de l'emploi plus bas que la France et l'Allemagne 500 salariés et celui du chiffre d'affaires 150 millions d'euros annuel. En tout état de cause, plusieurs entreprises échappent au devoir de vigilance en application de tous ces critères. Voir en ce sens France, Conseil Général de l'Économie française, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, janvier 2020 à la p 19; *Rapport sur le devoir de vigilance des multinationales*, supra note 10 aux pp 31-33.

¹⁵³ L'une des faiblesses du texte européen justement est qu'il exclurait les institutions financières, les banques lorsqu'elles entrent en bourses ou émettent de nouvelles actions ou obligations. Voir Sophie Wintgens « Devoir de vigilance des entreprises : donner à la future directive européenne les moyens de ses ambitions » (11 avril 2022), en ligne : <cncd.be> [perma.cc/devoir-vigilance-entreprises-europe-directive-ambitions].

¹⁵⁴ La loi néerlandaise la limite au travail des enfants, la proposition européenne liste certains instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en excluant la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

Charte, seul instrument régional de protection des droits de l'homme à consacrer expressément le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. En effet, les conséquences néfastes de l'exploitation coloniale ont marqué les rédacteurs de la *Charte* dans la formulation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il s'est alors agi d'appeler l'attention des gouvernements africains sur le fait que pendant la période coloniale l'exploitation des ressources naturelles et humaines de l'Afrique s'est faite au profit des puissances étrangères, privant les Africains de leurs droits inaliénables et de leurs terres¹⁵⁵. De ce point de vue, le souci d'élimination de toute forme d'exploitation économique étrangère dans le but de permettre à la population de chaque pays africain de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales est au cœur du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes au sens de la *Charte*¹⁵⁶. Ainsi, le contenu du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes est développé de manière particulière dans la *Charte*. Alors que dans le *Pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels* (ci-après PIDESC), en vertu de ce droit, les peuples déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel¹⁵⁷, à ce titre les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et leurs ressources naturelles, dans la *Charte* le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes est beaucoup plus détaillé. Ainsi la *Charte* indique que ce droit est exercé dans l'intérêt exclusif des populations, en aucun cas le peuple ne doit en être privé. La *Charte* met un accent particulier sur la nécessité d'une légitime récupération et une indemnisation adéquate en cas de spoliation.

S'agissant des droits de l'homme concernés, actuellement la conception africaine intègre, outre la *Charte*, mais aussi et surtout le droit international des droits de l'homme dans la perspective des *Principes Ruggie*¹⁵⁸. À la suite il serait indiqué d'y inclure l'expression « tout instrument juridique international pertinent relatif aux droits de l'homme ». Les enseignements de l'*affaire Kilwa* révèlent que le caractère limitatif des instruments internationaux des droits de l'homme peut conduire les entreprises à échapper à l'obligation de diligence. Il paraît dès lors nécessaire d'adopter une conception large, y compris les conventions internationales relatives aux crimes internationaux. Au-delà de ce mérite d'avoir une conception large des atteintes à l'environnement en faisant une distinction nette entre changement climatique avec ses conséquences traitées par les négociations internationales et les États et les risques environnementaux. Elle devrait donc intégrer aussi bien le risque environnemental que

¹⁵⁵ Sur l'origine de l'article 21 de la *Charte*, se référer utilement à l'*affaire SERAC*, *supra* note 52 au para 56.

¹⁵⁶ *Charte*, *supra* note 32, art 21.

¹⁵⁷ PIDESC, art 1.

¹⁵⁸ Dans le commentaire du principe 12, la liste des droits de l'homme concernés intègre les « principaux droits de l'homme internationalement reconnus figure dans la *Charte internationale des droits de l'homme* (qui se compose de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et des principaux instruments par lesquels elle a été codifiée : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*), auxquels s'ajoutent les principes concernant les droits fondamentaux dans les huit conventions maîtresses de l'OIT tels qu'énoncés dans la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* ». Voir *Principes Ruggie*, *supra* note 4 à la p 16.

le risque climatique¹⁵⁹.

En rapport avec les modalités de mise en œuvre, le recours aux six étapes définies dans le guide de l'OCDE sur le devoir de vigilance dans les politiques d'entreprises¹⁶⁰ peut s'avérer précieux. Les entreprises devraient également être tenues de communiquer toutes les informations sur le processus de mise en œuvre du devoir de vigilance, ses résultats ainsi que ses objectifs, tel que le suggère la Commission nationale consultative des droits de l'homme de France¹⁶¹.

Enfin, la conception africaine du devoir de vigilance devrait mettre l'accent sur les modalités de contrôle, l'accès des victimes aux voies de recours et à la réparation. Le contrôle du respect par les entreprises du devoir de vigilance doit être fait, de manière complémentaire et non concurrente de l'encadrement judiciaire, par une autorité administrative¹⁶². L'efficacité du devoir de vigilance est tributaire de l'existence de recours effectif. Cela suppose que la conception africaine projetée devrait intégrer l'existence d'une voie de recours judiciaire avec possibilité de mise en œuvre de la responsabilité pénale et civile des entreprises fautives. Dans le même sens, la médiation et la transaction devraient être exclues¹⁶³. Les formes de voies de recours mentionnées dans les *Principes Ruggie* ne font nullement allusion à la médiation ou à la transaction¹⁶⁴. La voie judiciaire est fondamentale dans la dynamique de mise en œuvre du devoir de vigilance. Elle s'avère efficace par rapport aux modes alternatifs de règlement de différends. Le recours à la voie judiciaire participe du processus de durcissement du devoir de vigilance dans la perspective de son effectivité. La voie judiciaire en ce qu'elle se caractérise par la publicité des débats et l'égalité entre les parties est transparente pour les victimes par rapport aux solutions fondées sur la médiation et la transaction caractérisées par l'opacité qui peuvent susciter la suspicion au sein de l'opinion¹⁶⁵. À titre comparatif la voie judiciaire est au cœur du devoir de vigilance dans son acception française¹⁶⁶. Vu sous cet angle l'institution d'autres mécanismes devrait être complémentaire et non concurrente de la voie judiciaire.

Le droit à la réparation des victimes devrait être renforcé en faisant basculer la charge de la preuve des victimes vers les entreprises.

¹⁵⁹ Assemblée Nationale Française, *Rapport d'information*, supra note 10 à la p 31 ; Charlotte Michon, « Le futur du devoir de vigilance ? Regards sur le projet européen et l'évaluation de la loi française », (2022) 2 R Intl compliance éthique affaires 87; Voir également la vidéo réalisée par la même auteure et LexisNexis France: « "Le devoir de vigilance" par Charlotte Michon », 6 avril 2022, en ligne (vidéo) : <youtube.com> : [perma.cc/v=0nzfGHDOJQs].

¹⁶⁰ OCDE, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises* (2018) à la p 25.

¹⁶¹ France, JO, CNCDH, *Déclaration pour une directive ambitieuse de l'Union Européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'homme et d'environnement dans les chaînes de valeurs mondiales*, 3 avril 2022, texte n° 71 au para 21.

¹⁶² *Rapport sur le devoir de vigilance des multinationales*, supra note 10 à la p 10.

¹⁶³ *Ibid* à la p 36.

¹⁶⁴ *Principes Ruggie*, supra note 4 à la p 26.

¹⁶⁵ *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes*, supra note 10 à la p 36.

¹⁶⁶ *Ibid* à la p 9.

Le devoir de vigilance n'est pas inconnu dans les instruments juridiques africains. Ces derniers contiennent des dispositions qui s'y apparentent et des dispositions expresses y faisant référence. L'analyse des instruments juridiques africains met en lumière deux constats majeurs. D'abord, l'Afrique affirme son attachement au devoir de vigilance tel que formulé dans les *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*¹⁶⁷. Ensuite, l'Afrique va au-delà du devoir de vigilance figurant dans les principes onusiens, le contextualise en vue de l'adapter aux réalités locales. Ainsi, selon la conception africaine du devoir de vigilance, les grandes entreprises, les petites et les moyennes doivent être concernées. Le devoir de vigilance tel qu'issu des instruments juridiques africains ne se limite exclusivement pas à l'obligation des entreprises de « respecter les droits de l'homme », il s'étend également à l'obligation de respecter les droits collectifs des peuples, notamment le droit de disposer librement des richesses et des ressources naturelles garantis au titre de l'article 21 de la *Charte*. Le concept de développement durable, notion mettant en lumière l'interdépendance entre le développement, l'environnement et les droits de l'homme, apparaît en filigrane dans la conception africaine du devoir de vigilance. Le devoir de vigilance africain est ambitieux sur la question des droits des victimes. Au-delà de ces mérites, la conception africaine projetée du devoir de vigilance devrait partir des différents instruments juridiques existants aussi bien au niveau international que national pour être à la fois novateur et singulier. À cet égard, la réglementation du devoir de vigilance en Afrique devrait intégrer l'hypothèse que toutes les entreprises soient concernées. Une telle conception aura le mérite de partager le poids des obligations de vigilance entre société mère et chaîne de valeur en faisant en sorte que chaque entité puisse prendre à son niveau des mesures pour éviter d'impacter négativement les droits de l'homme et les communautés. Elle éviterait également l'exclusion de certaines entreprises du devoir de vigilance. Ainsi toutes les entreprises opérant dans n'importe quel secteur d'activité, y compris les institutions financières, les banques seraient concernées. Elle s'appliquerait dès lors que l'entreprise est basée en Afrique ou bien qu'installée dans des pays tiers, réalise son chiffre d'affaires en Afrique. S'agissant des droits de l'homme concernés, actuellement la conception africaine intègre outre la *Charte* mais aussi et surtout, le droit international des droits de l'homme dans la perspective des *Principes Ruggie*, il serait indiqué d'y inclure l'expression « tout instrument juridique international pertinent relatif aux droits de l'homme ». Le devoir de vigilance africain devrait avoir une conception large des atteintes à l'environnement en intégrant aussi bien le risque environnemental que le risque climatique. En fin le renforcement du droit à la réparation des victimes pour plus d'efficacité devrait faire basculer la charge de la preuve des victimes vers les entreprises. L'effectivité de ces aménagements nécessite, l'adoption d'un instrument juridique africain véritablement contraignant.

¹⁶⁷ *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HCDH, Doc NU HR/PUB/11/4 (2011).

L'aboutissement du projet de l'UA sur la question des entreprises et des droits de l'homme s'avère nécessaire.