



Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité : quel avenir avec la CS3D ?

Gabriel Ajabu Mastaki, Styven Darondeau, Amine Tariqui

► To cite this version:

Gabriel Ajabu Mastaki, Styven Darondeau, Amine Tariqui. Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité : quel avenir avec la CS3D ?. 2024. hal-04577023v2

HAL Id: hal-04577023

<https://hal.science/hal-04577023v2>

Preprint submitted on 24 May 2024

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

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

Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité : quel avenir avec la CS3D ?

Par : Gabriel Ajabu Mastaki¹, Styven Darondeau², Amine Tariqui³

Résumé

Les catastrophes Bhopal et drame de Rana Plaza ayant occasionnée des millions des pertes en vie humaines ont pour point de rencontre la mise en lumière des dérives liées à l'externalisation des risques humains et juridiques vers les sous-traitants et les fournisseurs, généralement localisés dans les pays les moins respectueux des droits humains et de l'environnement. Elles ont également suscité l'attention des États à pouvoir mettre en place des normes de durabilités qui imposent aux entreprises le respect des droits humains et des normes sociétales et environnementales. La France tout comme certains États européens avait à cet effet adopter des lois consacrant le *due diligence* des entreprises. Dans le but de chercher à uniformiser, une proposition de Directive largement inspirée par la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, « contenant des recommandations sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises » avait été faite le 23 février 2022. Contrairement aux lois existantes, celle-ci élargie le seuil des entreprises, mais apparaît plutôt moins ambitieuse déjà qu'elle ne prévoit pas grand-chose que la législation Française qui depuis un laps de temps avait forgé le concept de « devoir de vigilance » à travers la loi du 27 mars 2017 relative « au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; notion clé dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Cette réflexion tente de mettre en corrélation la proposition de la directive et la loi française pour interroger non seulement ses faiblesses mais également ses forces. Elle s'interroge également si la nouvelle Directive est une consécration progressive ou régressive.

Mots clés : Entreprises, due diligence, droits humains, responsabilité sociétale, environnement

¹ Chercheur associé au Centre Charles de Visscher pour le droit international et européen : Équipe EDEM de l'UCLouvain, Master en droits humains à l'UCLouvain (en cours), Master 2 en droit du développement durable, Université Paris Cité

² Master 2 en droit du développement durable, Université Paris Cité

³ Master 2 en droit du développement durable, Université Paris Cité

INTRODUCTION

L'année 2024 marque les quarante ans de la catastrophe de Bhopal, ville indienne où s'est produite l'explosion d'une usine d'une filiale de la firme américaine Union Carbide confectionnant des pesticides. Considérée comme l'une des pires catastrophes industrielles de l'histoire, elle a causé la mort de 3 828 personnes (voire plusieurs dizaines de milliers de morts selon les estimations des associations de victimes). L'année 2024 marque également les 11 ans du drame de Rana Plaza, du nom du bâtiment de Dacca abritant des ateliers de confection de plusieurs multinationales, et dont l'effondrement a causé la mort d'au moins 1 127 personnes. Ces deux affaires, à près de trente ans d'intervalle, ont pour point commun de mettre en lumière les dérives liées à l'externalisation des risques humains et juridiques vers les sous-traitants et les fournisseurs, généralement localisés dans les pays les moins respectueux des droits humains et de l'environnement.

Pour répondre aux préoccupations de la société civile, le législateur français a forgé le concept de « devoir de vigilance » à travers la loi du 27 mars 2017 relative « au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ». À l'origine, c'est une dérivation et une réinterprétation de l'expression anglaise de « *due diligence* » (ou « diligence raisonnable ») ; notion clé dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).⁴ Elle désigne communément un ensemble de règles et de processus que les entreprises sont invitées à intégrer dans leur organisation afin d'identifier, prévenir et remédier aux incidences négatives qui peuvent découler de leurs activités. Mais le devoir de vigilance dépasse cette logique en ce qu'il répond aux questions de l'imputation et de la réparation des dommages et transcrit en droit dur (« *hard law* ») des principes internationaux de droit mou (« *soft law* »). Le travail sémantique du législateur français, et notamment l'emploi du terme « vigilance » en lieu et place de celui « diligence », n'est à cet égard pas anodin : les entreprises doivent mettre en œuvre des moyens certes « raisonnables » mais surtout effectifs.

À l'échelle communautaire, la Commission européenne publiait le 23 février 2022 sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité ou *Corporate sustainability due diligence directive* (dite « CS3D »), l'objectif premier étant une harmonisation des législations nationales. Nonobstant l'âpreté des discussions et le lobbying intense dont a fait l'objet la CS3D, le commissaire européen à la Justice Didier Reynders affichait ses ambitions : « seules les entreprises qui ne nuisent pas à l'environnement et respectent pleinement les droits de l'Homme doivent opérer dans l'Union européenne ». Mais alors que le Conseil de l'UE a voté le 15 mars 2024 un texte amoindri après des semaines d'atermoiements, qu'en est-il [sera-t-il] réellement ?

⁴ Les attentes en matière de due diligence dont doivent faire preuve les entreprises ont été cristallisées par les Principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme approuvés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU le 21 mars 2011. Elles ont été par la suite intégrées dans un certain nombre d'autres instruments internationaux à l'instar des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales mis à jour le 25 mai 2011.

I. Des législations nationales disparates

1. La loi française sur le devoir de vigilance

A. Retour sur une législation pionnière

Si la France est l'un des pays pionniers sur le cadre législatif lié à la RSE⁵, c'est en grande partie grâce à la société civile (et notamment aux associations telles que Amnesty international ou Sherpa) et à l'initiative parlementaire. La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative « au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » n'y fait pas exception – nous ne reviendrons pas sur les débats parlementaires pour le moins laborieux et la frilosité, pour ne pas dire plus, du Sénat sur la question.

D'abord s'agissant du champ d'application, la loi prévoit deux seuils alternatifs pour déterminer si une société est ou non soumise aux obligations qu'elle contient (C. com., L. 225-102-4). Elle vise toute société établie en France qui emploie, d'une part, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes, et dont le siège social est fixé sur le territoire français, d'autre part, au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes, et dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger. Selon diverses estimations, 250 à 280 entreprises sont soumises au devoir de vigilance.⁶

Ensuite, la principale obligation mise à la charge de ces entreprises réside dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de vigilance qui doit comporter « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Ce dernier, publié annuellement dans le rapport de gestion, doit comprendre :

- Premièrement, une cartographie des risques, destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation (sans plus de précisions). C'est l'élément central du plan de vigilance.
- Deuxièmement, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie au regard de la cartographie des risques. Le plan de vigilance a vocation à évoluer dès lors que sont identifiés de nouveaux types de risques ou que sont intégrés de nouveaux fournisseurs ou sous-traitants à la chaîne d'approvisionnement.
- Troisièmement, des actions adaptées d'atténuation des risques (l'obtention d'une certification ISO...), ou de prévention des atteintes graves (formations des salariés...).
- Quatrièmement, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, « établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société. »⁷ Le recours à la procédure d'alerte peut être réservé aux salariés de la société ou du groupe, voire de ses fournisseurs ou sous-traitants, ou être

⁵ Plusieurs évolutions législatives se sont succédé à partir des années 2000 en matière de RSE : la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques (« NRE »), la loi dite « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010 ou encore la loi dite « Savary » du 14 juillet 2014 sur les droits fondamentaux des travailleurs.

⁶ L'absence d'information fiable sur le nombre et la liste des entreprises soumises au devoir de vigilance vivement critiquée par plusieurs ONG et rapports.

⁷ La précision a son importance puisque c'est sur ce fondement, cad. le manque de concertation avec les organisations syndicales, que le TJ de Paris a invalidé les procédures d'alerte de La Poste (voir infra).

ouvert à des tiers dont il peut être pertinent d'arrêter la liste (syndicats, ONG, cabinets chargés de procéder à l'audit de partenaires commerciaux), mais mettre en place deux systèmes d'alerte différents, l'un interne, l'autre externe, reste le plus judicieux.

- Cinquièmement, un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et l'évaluation de leur efficacité. Le dispositif de suivi peut classiquement prendre la forme d'un ou plusieurs comités de suivi.

Le plan de vigilance couvre tant les activités de la société mère stricto sensu que les activités de ses filiales, sociétés – qu'elle contrôle directement ou indirectement –, fournisseurs et sous-traitants, avec lesquelles elle entretient des « relations commerciales établies ». La notion de « relation commerciale établie » est particulièrement débattue, puisqu'en l'absence de précision, les entreprises ont tendance à retenir une acception restrictive.

Enfin, la loi prévoit deux mécanismes, l'un *ex ante*, et l'autre *ex post*, pour garantir le respect du devoir de vigilance. D'une part en l'absence de tout dommage, le demandeur peut envisager une action en injonction qui permet, le cas échéant en référé, de faire reconnaître les insuffisances du plan de vigilance, non sans qu'au préalable, une mise en demeure ait été adressée à l'entreprise de respecter son devoir de vigilance (C. com., L. 225-102-4-II).⁸ D'autre part en présence d'un dommage, le demandeur peut introduire une action en responsabilité au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil pour demander réparation des préjudices liés à une méconnaissance du devoir de vigilance (C. com., L. 225-102-5).

B. Mais pour quel bilan ?

Le rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale a recensé début 2023, 17 mises en demeure sur le fondement de la loi du 27 mars 2017, dont 9 ont donné lieu à une saisine des juridictions. Mais il faut attendre le 28 février 2023⁹ pour que le Tribunal judiciaire (TJ) de Paris se prononce pour la première fois sur l'application du devoir de vigilance dans une affaire relative au méga projet pétrolier mené par TotalEnergies et ses filiales en Ouganda et en Tanzanie (TJ Paris, ord., 28 février 2023, n° 22/53942 et 22/53943). Si les deux ordonnances de référé rejettent les demandes des associations requérantes pour des raisons techniques, elles méritent une attention particulière à plusieurs égards.

D'abord, le TJ de Paris s'est adjoint de l'expertise de trois professeurs d'université spécialistes du devoir de vigilance (Marie-Anne Frison-Roche, Bruno Deffains et Jean-Baptiste Racine), intervenus en qualité d'*amici curiae*. Si de prime abord une telle information peut paraître relever de l'anecdote, elle reflète en réalité l'imprécision voire le flou qui entoure le droit positif. Le juge des référés regrette tant l'absence de référence à des principes directeurs ou à des normes internationales préétablies pour l'appréciation de la légalité du plan de vigilance que l'absence (plus ennuyeuse) du décret d'application pourtant

⁸ L'entreprise mise en cause doit satisfaire à ses obligations en matière de vigilance dans un délai de 3 mois après mise en demeure.

⁹ Les premières actions en injonction ont été ralenties par une question de compétence qui a perduré jusqu'à la promulgation de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Cette dernière a finalement donné compétence exclusive au Tribunal de justice de Paris en matière de devoir de vigilance.

prévu par le texte initial. La notion « d'atteinte grave » envers les droits humains et l'environnement, notamment, implique une appréciation du juge.

Ensuite, si la loi a ouvert une option au bénéfice des demandeurs de saisir le juge des référés ou le juge du fond, elle n'apparaît pas aisément conciliable avec l'office du juge des référés, juge de l'évidence, dès lors que l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan de vigilance nécessite un examen lourd et minutieux. Le juge des référés ne peut ainsi prononcer une injonction que dans trois hypothèses : lorsqu'une entreprise n'a pas établi de plan de vigilance ; lorsque ce dernier est caractérisé par une incomplétude manifeste ; ou lorsqu'une « illicéité manifeste » est caractérisée.

Enfin, le TJ de Paris opte pour une interprétation (très) extensive de l'obligation de mise en demeure préalable, en exigeant une adéquation entre les griefs contenus dans la mise en demeure initiale et ceux présentés dans l'assignation, à peine d'irrecevabilité. En somme, cela équivaut à exiger une nouvelle mise en demeure à chaque plan de vigilance. Si le juge des référés motive abondamment sa position en déduisant de l'article 225-102-4-II du Code de commerce que « le législateur a expressément manifesté son intention que ce plan de vigilance soit élaboré dans le cadre d'une co-construction et d'un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise », cette interprétation est vivement critiquée par une partie de la doctrine. Le Professeur Alain Touzain y voit ainsi « une obligation de conciliation *contra legem* » et doute de « la pertinence du recours aux modes alternatifs en présence d'intérêts aussi opposés ».¹⁰

Une seconde décision du TJ de Paris, au fond cette fois, permet quelques éclaircissements sur le droit positif (TJ Paris, 5 décembre 2023, Sud PTT c/ La Poste, RG 21/15827).

D'une part sur le plan du contrôle, le TJ de Paris insiste sur la nécessité d'établir une cartographie des risques précise et concrète, « ses résultats conditionn[ant] les étapes ultérieures et donc l'ensemble du plan de vigilance ». Il reproche, en l'espèce, à la société La Poste un « trop haut niveau de généralité », grief très souvent formulé par les associations à l'encontre des plans de vigilance. Surtout, le TJ de Paris semble sanctionner la pratique dite du « tick-the-box » – là encore largement critiquée par les associations – qui consiste en une évaluation de conformité formelle au devoir de vigilance, in abstracto, sans réflexion sur la finalité réelle des outils mis en œuvre.

D'autre part, le TJ de Paris relève que s'il lui appartient de contrôler que le plan contient bien des mesures concrètes, il ne peut en aucun cas se substituer à l'entreprise et exiger l'instauration de mesures précises et déterminées. Si la décision n'est pas exempte de critiques de la part des associations, elle apparaît pourtant logique à l'aune notamment de la liberté d'entreprendre. La loi ne fait, en somme, que soumettre les entreprises à une obligation de moyens renforcée.

Enfin, aucune action en réparation des dommages subis n'a encore été discutée sur le fond. La charge de la preuve et l'accès effectif à la réparation des dommages subis reste une incertitude majeure, alors que le lien de causalité entre les manquements et le dommage semble quasiment impossible à établir tant la relation se dilue dans l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement.

¹⁰ TOUZAIN Antoine, « Affaire Total : il est urgent d'attendre ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 5, Mai 2023

2. Les autres législations européennes : l'exemple allemand

L'Allemagne a adopté en 2021 une loi sur le devoir de vigilance des entreprises pour prévenir les violations des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement (entendus plus restrictivement qu'en France ; soit essentiellement les fournisseurs directs).¹¹ Entrée en vigueur le 1er janvier 2023, elle s'applique à toutes les entreprises ayant un « siège, un établissement principal ou une succursale en Allemagne » et employant au moins 1000 personnes sur le territoire allemand (depuis le 1^{er} janvier 2024). Contrairement à la loi française, la loi allemande énumère avec précision les risques liés aux droits humains et environnementaux (le travail forcé, la liberté syndicale, la privation illicite de terres, etc.) et s'appuie sur près de 14 conventions internationales : plusieurs conventions de l'OIT, la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, ou encore la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux.

La loi allemande « Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz » (*LkSG*) impose aux entreprises des obligations de vigilance concrètes – obligations de moyens renforcées –, relativement proches de la loi française, comme la mise en place d'une gestion des risques, d'une analyse des risques, d'une procédure d'alerte et l'obligation de faire rapport. La principale différence entre les dispositifs français et allemand réside dans le contrôle du respect de la législation. Le législateur allemand exclut toute mise en jeu de la responsabilité des entreprises sur le fondement de la loi *LkSG*, au profit de sanctions administratives. L'Office fédéral de l'économie et du contrôle des exportations (BAFA), s'appuyant sur de vastes pouvoirs d'investigations, est chargé de vérifier les rapports d'entreprise. Il peut être saisi par des personnes étrangères s'estimant victimes de violations de leurs droits humains, ou par des tierces parties établies en Allemagne (ONG, syndicats), et ordonner, en cas de manquements au devoir de vigilance, des mesures sous astreinte, infliger des amendes voire décider une exclusion des marchés publics.

Les Pays-Bas ont quant à eux privilégié une législation plus ciblée qui vise le travail des enfants, bien que des débats aient récemment eu lieu sur l'opportunité d'étendre l'obligation de vigilance au-delà de ce seul sujet. D'autres États comme l'Espagne, la Belgique ou le Danemark envisagent de suivre la voie tracée par la France et l'Allemagne.

II. La CS3D : une harmonisation vers le haut ?

Consciente des risques de fragmentation du marché unique induits par la multiplication de législations nationales, la Commission européenne a publié une proposition de directive le 23 février 2022, très largement inspirée par la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, « contenant des recommandations sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises ». Si les négociations entre le Conseil, le Parlement et la Commission ont dans un premier temps abouti le 14 décembre à un accord politique¹², l'absence de majorité qualifiée pour le vote formel en Comité des représentants permanents (Coreper) a eu raison de ce dit accord. Après de longs attermoissements (et plusieurs échecs), un nouveau texte de compromis a

¹¹ GRABOSCH Robert, « La loi allemande sur le devoir de vigilance. L'Allemagne pose de nouveaux jalons pour la protection des droits humains. », *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Janvier 2022

¹² RADISSON Laurent, « Devoir de vigilance : accord en trilogie sur la future directive européenne », *Actu-Environnement*, 15 décembre 2023

finaleme nt été adopté « au forceps » le 15 mars 2024 en Coreper, au prix d'un certain nombre de renoncements.¹³

A. Un champ d'application élargi ?

1. Des seuils finalement peu ambitieux

La proposition de directive, qui devait être plus ambitieuse que les législations nationales existantes, a été considérablement affaiblie s'agissant des seuils retenus. Concrètement, les futures règles européennes relatives au devoir de vigilance s'appliqueront (article 2) :

- À toutes les sociétés de l'Union européenne employant plus de 1000 personnes (contre 500 personnes initialement) et réalisant un chiffre d'affaires (CA) net supérieur à 450 millions d'euros à l'échelle mondiale (contre 150 millions d'euros initialement). Précision que le calcul des seuils sera fondé sur une approche consolidée et non une approche individuelle ou par entité (le calcul prendra en compte tant la société que ses filiales).
- À toutes les sociétés de pays tiers actives sur le marché européen et réalisant un CA net de plus de 450 millions d'euros sur le territoire de l'Union européenne (contre 300 millions d'euros initialement).

La mise en œuvre de la directive est, par ailleurs, rendue progressive :

- D'ici 2 ans pour les entreprises de 5000 employés et réalisant un CA net supérieur à 1.5 milliards d'euros.
- D'ici 4 ans pour les entreprises de 3000 employés et réalisant un CA net supérieur à 900 millions d'euros.
- D'ici 5 ans pour les entreprises de 1000 employés et réalisant un CA net supérieur à 450 millions d'euros.

Un certain nombre d'États membres (l'Allemagne, l'Italie, et la France en tête), qui s'étaient inquiétés d'une perte de compétitivité et d'une nouvelle charge bureaucratique pour les PME, ont obtenu d'importantes concessions par rapport à l'accord en trilogue de décembre 2023.

D'abord, le relèvement des seuils d'assujettissement des entreprises conduit à une réduction des deux tiers du nombre d'entreprises couvertes (seulement 5 500). Rappelons que la directive devait initialement couvrir, selon les estimations de la Commission, quelques 12 000 sociétés européennes, dont 1 200 françaises, et 6 000 sociétés non européennes actives sur le marché européen. On est bien loin de la position du Parlement européen qui s'était prononcé en faveur d'un alignement des seuils Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) et CS3D.¹⁴

Ensuite, l'approche par secteurs à « hauts risques » a été supprimée. Devaient être soumises à la CS3D, les entreprises employant plus de 250 personnes et réalisant un CA net de supérieur à 40 millions d'euros, dont la moitié est réalisé dans un secteur à risque tels le textile, les

¹³ MALINGRE Virginie, « Devoir de vigilance : l'Union européenne trouve enfin un accord », Le Monde, 15 mars 2024

¹⁴ Pour rappel, la CSRD doit viser à partir du 1^{er} janvier 2025 les sociétés européennes qui satisfont au moins deux des critères suivants : plus de 250 salariés, 40 millions d'euros de chiffre d'affaires et 20 millions d'euros de total de bilan.

matières premières agricoles et l'extraction de minerais. Notons qu'une clause de révision est insérée dans la directive offrant la possibilité d'une évolution future.

Enfin, dans sa dernière mouture la directive réintroduit la possibilité d'exonérer la société mère ultime de son obligation de vigilance lorsque son activité principale est la détention d'actions dans des filiales opérationnelles et ne participe pas à la prise de décisions de gestion, opérationnelles ou financières affectant le groupe ou ses filiales. Sont visées ici les holdings passives qui ont pour objet exclusif la gestion d'un portefeuille de titres de participation.

2. L'exclusion du secteur financier en aval

Parmi les points de crispations entre les colégislateurs européens figurait en bonne place la question de l'exclusion du secteur financier du champ d'application de la directive. Si le Conseil proposait un droit d'option aux États membres, autrement dit la liberté de choix d'inclure ou non la fourniture de services financiers, le Parlement européen souhaitait une définition étendue de la « chaîne d'activités » des entreprises financières (à l'exclusion contestable des fonds de pension), incluant notamment leurs clients. Finalement, l'accord trouvé à l'issue du trilogue – et confirmé par le vote du Coreper – exclut cette possibilité ; seule la partie amont des activités du secteur financier sera couverte par la CS3D (article 3). Si une clause de réexamen est bien insérée (article 29), la « déclaration politique » par laquelle l'Union signalait son intention d'inclure, à l'avenir, le secteur financier, au même titre que les autres, a disparu du texte.

Cette exclusion est vivement critiquée, dans la mesure où, il est vrai, les risques du secteur financier sont essentiellement concentrés en aval. Le rapport du Club des juristes y voit d'ailleurs une régression par rapport aux Principes directeurs des Nations unies et de l'OCDE, et même à la loi française, qui n'exclut aucun secteur. Rappelons qu'en France, BNP Paribas est assignée devant le TJ de Paris sur le fondement d'une violation du devoir de vigilance. Les associations requérantes estiment que les mesures de vigilance prises par la banque sont insuffisantes et demandent qu'elle cesse immédiatement de soutenir les nouveaux projets d'énergie fossiles pour se conformer à l'objectif de 1,5 °C.¹⁵

Mais le compromis trouvé est en adéquation avec la position française au Conseil qui craignait – à juste titre – une perte de compétitivité du secteur financier européen. Le rapport d'information de l'Assemblée nationale cite notamment un « risque sur les crédits exports qui soutiennent l'industrie française sur certains marchés internationaux » dès lors que le partenaire commercial n'a pas ratifié certaines conventions internationales, à l'instar du projet de métro d'Alstom au Caire.¹⁶ La rapporteure Mireille Clapot souligne également – à raison – la capacité d'influence limitée des institutions financières sur leurs clients : comment demander à une banque qu'elle obtienne un plan de vigilance aux normes européennes de la part d'une entreprise extra-européenne qu'elle finance, sauf à devoir renoncer à de nombreux clients ?

¹⁵ GORBATKO Nadia, « Climat : BNP Paribas assignée en justice par un collectif d'ONG », *Actu-Environnement*, 23 février 2023

¹⁶ Rapport d'information (n° 1449, XVI^e législature) de Mme Sophia Chikirou et Mme Mireille Clapot sur le devoir de vigilances entreprises en matière de durabilité, 28 juin 2023

B. Le contenu du devoir de vigilance européen

La CS3D est largement inspirée du dispositif français. L'entreprise doit d'abord identifier les « incidences négatives potentielles ou réelles sur les droits de l'homme et sur l'environnement » – équivalent à la notion française « d'atteintes graves » – résultant de ses propres activités, des activités de ses filiales et des opérations de la « chaîne d'activités », et mettre en place des actions adaptées de prévention, d'atténuation et de correction au regard de ces incidences. Elle doit, ensuite, mettre aux incidences réelles ou les réduire au minimum, étant précisé que la résiliation des relations commerciales n'est envisagée dans la directe qu'en dernier recours. Elle doit, enfin, instituer un dispositif d'alerte et de recueil des signalements ainsi qu'un suivi des mesures de vigilance. Cela étant précisé, le contenu du devoir de vigilance européen appelle plusieurs observations.

En premier lieu, la proposition de directive vient pallier le manque de précision tant décrié de la législation française. Elle définit la notion « d'incidences négatives » par référence à une annexe, qui liste la nature des violations à appréhender, ainsi que les normes internationales de référence en matière de droits de l'homme et d'environnement : les Principes directeurs de l'OCDE et des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant, etc. Par ailleurs, le compromis précise la nature des incidences environnementales couvertes par la directive : « il s'agit de toute dégradation mesurable de l'environnement, telle qu'une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, des émissions nocives, une consommation excessive d'eau ou d'autres incidences sur les ressources naturelles comme la déforestation. »

En second lieu, la question de la profondeur chaîne d'activités (terminologie plus « neutre » adoptée par le Conseil en comparaison à celle de « chaîne de valeur » employée par le Parlement européen)¹⁷ constituait un point d'achoppement dans les discussions. Plusieurs États comme la France militaient, à cet égard, pour la seule prise en compte de la chaîne d'approvisionnement, estimant qu'il existe un risque pour la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés des pays émergents (le secteur industriel de la défense en tête). Ces inquiétudes ont été largement prises en compte dans le compromis qui propose une définition à double entrée de la notion de « chaîne d'activités ».

D'une part, elle vise toutes les activités des partenaires commerciaux en amont de l'entreprise, qui sont liées à la production de biens ou à la fourniture de services par l'entreprise, y compris la conception, l'extraction, l'approvisionnement, la fabrication, le transport, le stockage et la fourniture de matières premières. Le concept de « relations commerciales établies », directement inspiré de la législation française, a quant à lui été abandonné, car jugé trop restrictif (ne visant que les fournisseurs directs ?)¹⁸, au profit d'une approche fondée sur les risques : plus le risque est élevé, plus les efforts déployés doivent être importants, et inversement.

¹⁷ La notion de « chaîne d'activités » a été retenue dans l'orientation du Conseil, qui précise que ce « terme neutre » vise à « refléter les divergences de vues des États membres sur la question de savoir s'il y a lieu de couvrir l'ensemble de la "chaîne de valeur" ou de limiter le champ d'application à la chaîne d'approvisionnement ».

¹⁸ Le rapport du Club des juristes relève que certaines entreprises adoptent une approche restrictive de la notion de « relation commerciale établie », considérant que seuls les fournisseurs directs entrent dans le champ d'application de la loi.

D'autre part, elle vise toutes les activités des partenaires commerciaux en aval de l'entreprise liées à la distribution, au transport et au stockage du produit – la référence à l'élimination et au recyclage du produit a été supprimée –, lorsque ces dits partenaires exercent ces activités pour l'entreprise ou au nom de l'entreprise, à l'exclusion des biens relevant du règlement (UE) 2021/821 relatifs aux biens à double usage civil et militaire. Seules les relations directes entre l'entreprise et ses partenaires commerciaux sont donc couvertes en aval.

En troisième lieu, les entreprises assujetties au devoir de vigilance (y compris du secteur financier) devront adopter¹⁹ et « mettre en œuvre » un plan de transition climatique qui vise à garantir que le modèle économique et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec la transition vers une économie durable et la limitation du réchauffement climatique à 1,5°C conformément à l'Accord de Paris (article 15). La rédaction du texte laisse peu de doutes quant à la portée limitée de l'obligation (purement formelle ?). Par ailleurs, l'obligation pour les entreprises de plus de 1000 employés de promouvoir une politique favorisant la mise en œuvre du plan à travers, entre autres, des incitations financières, a été supprimée. Le Parlement européen militait notamment pour qu'une partie des bonus des dirigeants soient liés à l'atteinte d'objectifs climatiques.

C. La création opportune d'autorités de contrôle nationales

La CS3D prévoit l'instauration d'une autorité nationale de contrôle, sur le modèle allemand, qui sera chargée de guider et d'accompagner les entreprises en amont. S'agissant du volet répressif, elle sera en mesure d'ouvrir des enquêtes de sa propre initiative ou à la suite de la communication de rapports, de réaliser des inspections, d'imposer des mesures provisoires et de sanctionner les entreprises pécuniairement (jusqu'à 5% du CA net de l'entreprise)²⁰ ou par le biais du « name and shaming ». On rappellera toutefois la censure par le Conseil constitutionnel de l'amende civile – sanction la plus dissuasive – initialement prévue dans loi de 2017, au titre du principe de légalité des délits et des peines.²¹ Par ailleurs, bien que la création d'une autorité nationale de contrôle soit unanimement saluée comme de nature à accroître l'efficacité du dispositif, deux remarques peuvent être formulées.

D'une part, la rapporteure Sophia Chikirou s'interroge sur le choix potentiel de l'Autorité des marchés financiers comme autorité nationale de contrôle, « dont la logique procède davantage de la protection du marché la logique procède davantage de la protection du marché »²². Si la critique paraît excessive, la création d'une AAI *ad hoc* avec une gouvernance adaptée n'est pas dénuée de sens au regard des enjeux.

D'autre part, et surtout, la création d'une telle autorité interroge quant à l'articulation de celle-ci avec l'autorité judiciaire. L'action en injonction prévue à l'article L. 225-102-4-II du Code de commerce sera-t-elle maintenue ? Ou formulé autrement, le TJ de Paris peut-il rester en charge du contrôle de la qualité des plans de vigilance ? Le rapport d'information de l'Assemblée nationale insiste sur la nécessité de préserver les voies de recours judiciaires à côté de la compétence de l'autorité de contrôle. Mais on se rangera plutôt derrière l'avis

¹⁹ L'élaboration de plans de transition climatique avait déjà été rendue obligatoire par la CSRD.

²⁰ À noter que les États membres seront libres d'augmenter le quantum. La rapporteure Sophia Chikirou est favorable à l'idée d'aligner les sanctions afférentes au devoir de vigilance sur le droit de la concurrence, soit une amende de 10 % du CA net.

²¹ Voir en ce sens Cons. const., 23 mars 2017, décision n° 2017-750 DC

²² Ibid.

d'Antoine Oumedjkane ; il est préférable que le devoir de vigilance passe dans une logique de régulation économique.²³ Le choix du juge judiciaire pour garantir la bonne application du devoir de vigilance était, en effet, discutable tant au regard des délais que supposait son intervention que de la trop grande complexité de la matière.

D. Les contours de la responsabilité civile

Partant de la CS3D, une entreprise peut être tenue responsable des dommages causés à une personne physique ou morale, à condition que l'entreprise concernée ait intentionnellement ou par négligence manqué à son devoir de vigilance (prévu par les articles 7 et 8).

À noter enfin que les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs sont définitivement abandonnées. Un premier article insistait sur la responsabilité des administrateurs dans la mise en place et la supervision des mesures de vigilance, lorsqu'un second les soumettait à un « devoir de sollicitude » – notion étrangère au droit continental – impliquant qu'ils agissent « dans le meilleur intérêt de la société » en tenant compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris à court, moyen, et long terme ». Rien de surprenant à cet abandon ; le Conseil n'avait pas caché son hostilité à des dispositions qui créeraient « une interférence inutile avec la gouvernance d'entreprise », position reprise plus tard par le Parlement européen.²⁴

E. L'articulation compliquée avec les autres réglementations

Pour reprendre l'expression de la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, la CS3D est une nouvelle pièce d'un « puzzle européen ».²⁵ Aussi, la question de l'articulation entre, d'une part, le devoir de vigilance général, et d'autre part, les obligations de vigilance sectorielles ou thématiques se pose légitimement. On pense notamment au règlement (UE) 2017/821 du 17 mai 2017 relatif à l'étain, au tantale et au tungstène, aux minerais et à l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, au règlement (UE) 2023/1542 du 12 juillet 2023 relatif aux batteries et aux déchets de batteries, ou encore à la proposition de règlement relatif à l'interdiction des produits issus du travail forcé sur le marché de l'Union.

A priori, il semble clair que l'existence d'obligations de vigilances sectorielles ou thématiques ne saurait exclure le jeu de la CS3D, dont la portée est générale. Cela étant dit, la mise en place de régimes de reconnaissance mutuelle des obligations imposées dans les différents règlements ainsi que de systèmes d'équivalence est plus que souhaitable. La multiplication de législations, sans penser à la cohérence globale, ne peut qu'être source de lourdeurs pour les entreprises et d'illisibilité du droit.

Une clarification est également attendue s'agissant de l'articulation entre la déclaration de performance extrafinancière (DPEF) et le plan de vigilance. Certaines entreprises font le choix d'une version « unifiée » de leur performance extra-financière et de leur devoir de vigilance, alors que les objectifs poursuivis par la CSRD et la CS3D sont pourtant différents.

²³ OUMEDJKANE Antoine, « Le tribunal judiciaire de Paris livre sa première interprétation de la loi relative au devoir de vigilance », *JCP A*, n° 3, Janvier 2024

²⁴ Un amendement de suppression de dernière minute déposé par le Parti Populaire Européen (PPE) a été adopté lors des débats en séance plénière.

²⁵ Ibid.