

Bientôt une directive sur le devoir de vigilance ! Un nouvel exemple français ?

En matière de responsabilité sociale et environnementale (RSE), la France semble donner le ton à l'échelle européenne. On se souviendra en effet qu'à l'occasion de la loi Grenelle II, adoptée en 2010 ([actuel art. L. 225-102-1 C. com.](#)), notre pays devenait leader dans la mise en place d'un système obligatoire de *reporting* extra-financier pour les grandes entreprises. Quelques temps plus tard, le législateur européen, largement inspiré par ce premier texte, lui avait emboité le pas en adoptant la [directive du 22 octobre 2014](#), déployant dans tous les Etats membres une nouvelle obligation de transparence extra-financière.

C'est un processus similaire que l'on observe aujourd'hui en matière de devoir de vigilance. La France est en effet depuis [2017](#) le premier pays au monde à avoir adopté une législation contraignant les plus grandes entreprises (5000 salariés en France ou 10 000 en France et à l'étranger) à se doter d'un plan de vigilance propre 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 » résultant de leurs activités, celles des sociétés qu'elles contrôlent ainsi que de celles des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie ([C.com., art. L. 225-102-4](#)). C'est désormais à l'échelle européenne que les réflexions progressent : le commissaire européen à la Justice, Didier Reynders, a [annoncé](#) en avril dernier l'introduction pour 2021, après une consultation publique, d'une directive imposant aux entreprises un devoir de diligence.

Il faut dire que le contexte milite clairement en faveur d'une telle avancée. C'est principalement la publication [d'une étude sur le devoir de diligence des sociétés dans l'Union européenne](#) (sur la base d'une enquête réalisée auprès de 600 répondants, entreprises ou organisations) publiée en janvier et commandée par la Commission après son [plan d'action sur la finance durable](#) de 2018 - invitée par le [Parlement européen](#) - qui a permis de donner au sujet sa portée actuelle. Le droit français y est cité en exemple. Quatre options ont été envisagées : 1) le statu quo ; 2) de nouvelles lignes directrices volontaires ; 3) une obligation de rendre compte des mesures pour identifier, prévenir et atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement ; 4) un devoir de vigilance contraignant impliquant la mise en place de mesures de diligence raisonnable propres à identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des impacts négatifs potentiels ou effectifs sur les droits de l'homme et l'environnement résultant de leurs propres activités et de leurs chaînes d'approvisionnement ou de leurs chaînes de valeurs. C'est cette dernière option qui dans l'étude a remporté le plus d'adhésion, à l'exception des organisations patronales, préférant un système de *soft law*.

Il est mis en évidence que les textes de portée internationale actuellement existants ont certes été un temps utiles pour sensibiliser les entreprises ([principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et droits de l'homme](#), [principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales](#), [guide de l'OCDE sur le devoir de vigilance pour une conduite responsable des entreprises](#), [déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale](#)) mais que les comportements vertueux ne sont pas au rendez-vous : 1/3 seulement des entreprises ayant répondu à l'enquête mettent en place des procédures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de protection de l'environnement. Et celles qui mettent en place de tels plans, n'incluent que les fournisseurs de premier rang. Il y a bien [un traité international](#) contraignant en discussion à l'ONU, mais les [négociations sont en cours](#) depuis 2014...

De même, les seules initiatives législatives nationales existantes (v. par ex. : [la loi britannique sur l'esclavage moderne](#)), ou celles prises par l'UE (par ex. : [règlement établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché](#)), sont pour l'instant très sectorielles. Certes, l'étude expose que les propositions de loi en matière de diligence raisonnable se multiplient un peu partout en Europe. Mais pour l'heure la jurisprudence des Etats membres est assez désordonnée : certaines juridictions retiennent une responsabilité civile, d'autres pénale, voire passent parfois par le droit de la consommation pour sanctionner les entreprises les moins vertueuses.

Ce cadre n'est évidemment pas satisfaisant : d'une part, il crée une distorsion de concurrence entre les entreprises, selon l'endroit où elles sont implantées et/ou selon leur secteur d'activité (v. la crainte exprimée à l'époque par le [CCI de Paris](#)) ; mais d'autre part et surtout les victimes de violations de droits humains, des libertés fondamentales, des atteintes à la sécurité ou encore à l'environnement sont démunies pour engager la responsabilité des entreprises qui bénéficient en amont de la chaîne de leur main d'œuvre peu onéreuse, de leurs richesses.

Mais le plus difficile reste à faire : élaborer le contenu de la directive. Or celui-ci sera nécessairement le fruit d'un consensus politique, soumis aux tractations et aux rapports de force entre Etats, ONG et autres représentants d'intérêts notamment patronaux. Les questions à aborder sont particulièrement nombreuses et l'on peut en citer quelques-unes.

⇒ **Quelle définition du devoir de vigilance ?** Faudra-t-il une définition propre à l'UE ou faudra-t-il s'appuyer sur un texte international (et le cas échéant lequel ?)

⇒ **Quel champ d'application ?** Quelles seront les formes sociales visées ; comment appréhender les groupes de sociétés et pour quelle taille (avec quels critères : nombre de salariés ou autres ?). En outre, faut-il une réglementation générale ou seulement applicable à certains secteurs ? Il faudra aussi probablement s'intéresser au sort des PME, lesquelles méritent peut-être une réglementation proportionnée à leurs moyens, le tout en gardant en ligne de mire la recherche d'harmonisation avec les autres réglementations notamment sur le reporting extra-financier...

⇒ **Quelle portée extraterritoriale ?** On le sait, la difficulté est internationale. Pour être efficace, la réglementation devra donc profiter non seulement aux victimes européennes pour l'activité préjudiciable des entreprises étrangères, mais aussi aux victimes situées hors Europe qui subissent des atteintes du fait de l'activité d'entreprises européennes ou étrangères, et encore éviter une distorsion de concurrence trop forte entre les entreprises européennes et étrangères. Il conviendra donc de rechercher des critères de rattachement efficaces (siège social d'une entité en Europe ? fait de fournir des biens ou services en Europe ? fait de produire des effets sur le marché intérieur ?) pour donner à la directive une véritable portée extraterritoriale.

⇒ **Quelles obligations concrètes pour les entreprises ?** Il va falloir s'entendre sur les mesures précises de vigilance qui seront imposées aux entreprises : cartographie des risques, procédure d'évaluation des actions adaptées, mécanismes d'alerte, etc.. Mais aussi sur les domaines visés (droit de l'homme, libertés fondamentales, environnement, lutte contre la corruption, etc.) et sur le niveau de précision attendu. De même, il faudra déterminer le périmètre dans lequel s'exercent ces obligations de vigilance, c'est-à-dire préciser jusqu'à quel rang il faudra descendre dans la sphère d'influence de l'entreprise, la chaîne d'approvisionnement ou la chaîne de valeur.

⇒ **Quels moyens de contrôle et de suivi ?** Une autre question sensible est celle du contrôle de ces obligations. Faut-il considérer à cet égard que la société civile et tout spécialement les ONG pourront faire le travail de contrôle seuls, ou faut-il prévoir la mise en place d'organismes spécifiques de supervision et avec quels pouvoirs (notamment d'identification des entreprises soumises à l'obligation) ? Ce contrôle sera effectué sur la base de documents élaborés par les entreprises et rendus publics et il faudra alors en déterminer le contenu, la périodicité, le support... Il faudra aussi réfléchir à une articulation des informations fournies dans le cadre du reporting extra-financier d'une part et le secret des affaires d'autre part...

⇒ **Quelles sanctions et recours ?** Enfin, l'un des aspects les plus emblématiques de ce type de dispositif et qui en fait toute la différence avec des mécanismes purement volontaires, est qu'il doit pouvoir faire l'objet de sanctions. Il faudra s'entendre alors sur le régime de responsabilité applicable : quel type de faute (présumée ou prouvée et dans un tel cas pour quel niveau de manquement : absence, imprécision, inexécution ou mauvaise exécution du plan de vigilance) ? Qui pourra engager cette action en responsabilité (victimes, directes, par ricochet, associations ?) et faudra-t-il au préalable avoir mis en œuvre un mécanisme de mise en demeure et d'injonction ? Quelles seront les possibilités pour les entreprises de s'exonérer, notamment lorsqu'elles seront en mesure de prouver qu'elles ont respecté leur devoir de vigilance ? Bien sûr, il faudra aussi s'entendre sur le dommage réparable : toutes les atteintes seront-elles réparées ou seules des atteintes d'un certain degré de gravité ?

Pour répondre à ces interrogations, le texte français servira certainement de base aux échanges, de même que les projets en cours de discussion dans d'autres Etats ou encore le projet de traité international. Mais même avec la détermination politique affichée par le Commissaire Reynders, on peut craindre une négociation longue et difficile. Espérons que si le texte aboutit, il permette une harmonisation véritable dans l'ensemble des Etats membres et que le législateur européen ne cède pas à la tentation de renvoyer trop systématiquement aux droits nationaux comme il a pu le faire dans d'autres textes de droit de sociétés.

Tanguy ALLAIN

Maître de conférences en droit privé, Université de Rennes I