

Présentation de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 13 juin 2024

Sabrina Dupouy, Maître de conférences, Université Clermont Auvergne

Le compte à rebours a commencé, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 13 juin 2024¹ a été publiée au journal officiel de l'Union européenne le 5 juillet 2024. En application de l'article 37 de la directive, et ce de manière très classique, le délai de transposition de deux ans court à compter de l'entrée en vigueur de la directive, soit le 20^{ème} jour suivant la publication au JOUE.

Bien qu'il soit demandé beaucoup aux entreprises concernées, nous remarquons que tout au long de ce texte le législateur fait preuve de nuance, de pragmatisme. Le ton est donné : la transition climatique est en cours, les entreprises en sont des acteurs majeurs, mais cette transition se fait à petit pas finalement. Derrière les immenses objectifs affichés, les grandes attentes, et les nouvelles obligations, se dessinent un délicat équilibre – entre les intérêts économiques, la protection de l'environnement et la prise en compte des droits humains - au sein duquel les intérêts économiques ne sont pas sacrifiés. Ce nouveau devoir de vigilance européen, particulièrement ambitieux à tous points de vue, ne doit donc pas être perçu comme un bloc insurmontable par les entreprises, mais plutôt comme une nouvelle opportunité économique à saisir. Car la situation concrète des entreprises est bel et bien prise en compte tout au long de la directive : il est fait mention d'obligation de moyen, de prise en compte des circonstances particulières etc... Et ce texte, dans un souci de cohérence normative, s'inscrit dans la droite ligne de cette obligation de bon comportement qui est d'ores et déjà demandé aux entreprises. Une prudence et une attention particulière doivent donc être portées sur cette directive et les nouvelles attentes qu'elle recèle, mais sans être effrayé par les 58 pages de ce nouveau texte face auquel il faudra être prêt dans deux ans à peine. La confiance du législateur européen dans le pouvoir d'action des acteurs économiques est palpable tout au long de la directive, gageons qu'elle sera perçue comme telle par les acteurs économiques, et qu'en toute sérénité ces derniers sauront relever ces défis !

Nous présenterons tout d'abord les objectifs portés par cette directive (I), son champ d'application (II) et nous analyserons ensuite son contenu au regard du contexte normatif dans lequel elle s'inscrit (III). La force de cette directive est grande également au regard de l'effectivité qui lui est conférée par divers moyens tels qu'une large communication, des conseils contractuels ou encore des sanctions largement dissuasives (IV). Cette directive fait également preuve de mesure et de pragmatisme lors de la prise en compte des partenaires économiques susceptibles d'être vulnérables, tels que les filiales ou des PME (V).

¹ Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 13 juin 2024, 2024/1760, et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, publiée le 5 juill. 2024.

I. Les objectifs de la Directive CS3D relative au devoir de vigilance

Cette directive crée un devoir de vigilance européen en matière de droits de l'homme et d'environnement. Cette directive imposera des obligations aux grandes entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles de leurs propres activités, de celles de leurs filiales ainsi que de leurs partenaires commerciaux, si besoin de manière extraterritoriale.

Le texte est très ambitieux car l'objectif est de garantir la conformité des entreprises avec les standards juridiques en vigueur en matière de droits humains et de protection de l'environnement afin de promouvoir une économie mondiale plus équitable et plus durable ainsi qu'une gouvernance d'entreprise responsable. Ces objectifs sont énoncés au considérant n° 73 de la directive : « *La présente directive est un outil législatif important pour assurer la transition des entreprises vers une économie durable, notamment pour réduire les préjudices existentiels et les coûts du changement climatique, pour garantir l'alignement sur l'objectif «zéro net» au niveau mondial d'ici à 2050, pour éviter toute revendication trompeuse concernant cet alignement et pour mettre fin à l'écoblanchiment, à la désinformation et à l'expansion des combustibles fossiles à travers le monde, en vue de réaliser les objectifs climatiques internationaux et européens* ».

Le dernier considérant de la directive, n°99, est également intéressant car il met en exergue les atouts de l'Union européenne à exploiter. Il lie en effet la transformation du modèle économique, la « *transition vers une économie durable* » avec « *le potentiel du marché unique* ».

Nous pouvons d'ores et déjà relever que ce sont des *notions très vastes, aux contours incertains* qui sont utilisées dans ce texte. Mais dans le même temps ce texte est empreint d'efficacité et de pragmatisme comme nous allons l'étudier ensemble. Dans cette directive il est important de relever que sont énoncés, d'une part, des objectifs très généraux, des idéaux, des valeurs à respecter et à adopter, et, d'autre part, sont également suggérées des solutions très concrètes, qui sont proposées de manière à ce que les acteurs économiques soient en mesure d'atteindre ces objectifs. À noter que les dispositions pratiques¹ de la directive ne s'imposent pas stricto sensu aux entreprises, ce sont de simples propositions qu'ils sont libres d'adopter ou non. En un mot la trajectoire pour atteindre ces objectifs est laissée à la libre discrétion des acteurs économiques. Ce mode opératoire s'inscrit dans la tendance actuelle que l'on retrouve tant au niveau international², européen³ que national⁴.

¹ Telle que l'attitude contractuelle à adopter.

² Voy. par ex. l'Accord de Paris, 12 déc. 2015.

³ Voy. par ex. la décision de la CEDH du 9 avril 2024 fixant des objectifs à atteindre en matière climatique, CEDH 9 avr. 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/ Suisse*, n° 53600/20, « la Cour déduit de l'article 8 l'existence d'un droit pour les individus de bénéficier de la protection effective des autorités de l'État contre les effets négatifs graves sur leur vie, leur santé, leur bien-être et leur qualité de vie qui résultent des conséquences et risques néfastes liés au changement climatique ».

⁴ Voy. par ex. le devoir de vigilance à la française. G. Leray, « Contentieux climatique et devoir de vigilance », *Rev. sociétés*, 2023, p. 601.

II. Le champ d'application

Seuls les acteurs économiques les plus importants sont concernés (A), tandis que les établissements financiers sont soumis seulement en partie à ce devoir (B).

A. Les seuils

L'article 2 de la directive nous apprend que les entreprises établies dans l'Union employant plus de 1 000 salariés en moyenne et ayant réalisé un chiffre d'affaires net supérieur à 450 000 000 euros au niveau mondial sont concernées. Également, la réalité économique du groupe de sociétés est prise en compte par le Droit, puisque que ce même article ajoute que cette directive s'applique encore aux « *sociétés mères ultimes de groupes d'entreprises qui, prises ensemble, remplissent ces conditions* ». Là où la France prévoit un seuil d'application à 5 000 employés pour les entreprises françaises et 10 000 pour les sociétés étrangères opérant en France¹, la directive européenne abaisse ces seuils et l'élargit à d'autres hypothèses². Entrent en effet également dans le champ de la présente directive « *Les entreprises ayant conclu des accords de franchise ou de licence dans l'Union en échange de redevances avec des entreprises tierces indépendantes, lorsque ces accords garantissent une identité commune, un concept commercial commun et l'application de méthodes commerciales uniformes, et lorsque ces redevances s'élèvent à plus de 22 500 000 EUR au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été adoptés ou auraient dû l'être, et à condition que l'entreprise ait eu un chiffre d'affaires net de plus de 80 000 000 EUR* ». Le champ d'application est donc plus étendu.

B. Le cas particulier des établissements financiers

Il est important de noter que les établissements financiers sont bel et bien soumis à cette directive. Il y a trois points importants à retenir, le champ d'application limité (a), une éventuelle révision à venir de leurs obligations (b), et les attentes qui pèsent d'ores et déjà sur leurs épaules (c).

a. Un devoir limité aux chaînes en amont

Tout d'abord, de manière générale, ce devoir de vigilance s'applique aux chaînes d'activité. La chaîne d'activités couvre tant les activités en amont³ (*ses partenaires* pour exercer ses propres

¹ L. 225-102-4 du code de commerce.

² Th. Bonneau et L.-M. Pillebout, « Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », *Rev. des sociétés*, 2024 p. 223. « La future directive européenne, issue du trilogue du 14 décembre 2023, va bien au-delà de la loi du 27 mars 2017. Elle réalise un changement majeur qui va impacter le commerce international ».

³ Article 3 de la directive : « *les activités des partenaires commerciaux en amont d'une entreprise en lien avec la production de biens ou la prestation de services par cette entreprise, y compris la conception, l'extraction, l'approvisionnement, la fabrication, le transport, l'entreposage et la fourniture de matières premières, de produits ou de parties de produits et le développement du produit ou du service* ».

activités) que les activités en aval¹ (les partenaires commerciaux qui reçoivent leurs produits et leurs services) selon l'article 3 de la directive.

Les établissements financiers, pour le moment, sont soumis à cette directive mais seulement en ce qui concerne les chaînes en amont. Il en résulte que les entreprises financières réglementées tels que les établissements de crédit, ne sont pas astreintes au devoir de vigilance lors de la distribution de crédits par exemple. Autrement dit, pour le moment, au titre de cette directive, elles ne répondront pas des activités qu'elles financent et dans lesquelles elles investissent. Cela est précisé au considérant n° 26 de la directive : *« Pour les entreprises financières réglementées, la définition du terme « chaîne d'activités » ne devrait pas inclure les partenaires commerciaux en aval qui reçoivent leurs services et produits. Par conséquent, en ce qui concerne les entreprises financières réglementées, seule la partie en amont de leurs chaînes d'activités devrait être couverte par la présente directive, et non la partie en aval ».*

Il est donc important de noter que les établissements financiers sont d'ores et déjà concernés et seront peut-être encore plus concernés peut-être à l'avenir.

b. La possibilité d'une révision

Il est prévu que cette exclusion partielle des établissements financier soient réévaluée dans un délai maximum de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la directive. Cela est précisé au considérant n° 98 de la directive : *« Dans les meilleurs délais après la date d'entrée en vigueur de la présente directive, et au plus tard deux ans après cette date, la Commission devrait également présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport sur la nécessité de fixer des exigences supplémentaires relatives au devoir de vigilance en matière de durabilité qui soient adaptées aux entreprises financières réglementées en ce qui concerne la fourniture de services financiers et d'activités d'investissement, ainsi que les options de ces exigences relatives au devoir de vigilance et leurs incidences, conformément aux objectifs de la présente directive, tout en tenant compte d'autres actes législatifs de l'Union qui s'appliquent aux entreprises financières réglementées. Ce rapport devrait être accompagné, le cas échéant, d'une proposition législative ».*

Le délai est finalement relativement court, de 4 ans maximum. En effet, ce délai de 2 ans s'ajoute au délai de transposition de 2 ans à compter de l'entrée en vigueur de la directive (le 20^{ème} jour suivant la publication au JOUE, soit le 26 juillet 2026) selon l'article 37 de la directive. Il est donc important de se préparer dès à présent à une éventuelle extension de ce devoir de vigilance aux chaînes d'activités en aval. Et cette anticipation est nécessaire au regard du caractère très ambitieux des amendements qui avaient été proposées en 2023. Bien que ces derniers ne soient plus d'actualité, ils donnent un aperçu de la teneur des obligations qui

¹ Article 3 de la directive : *« les activités des partenaires commerciaux en aval d'une entreprise en lien avec la distribution, le transport et le stockage d'un produit de cette entreprise, lorsque les partenaires commerciaux exercent ces activités pour l'entreprise ou au nom de l'entreprise, et à l'exclusion de la distribution, du transport et du stockage d'un produit soumis au contrôle des exportations au titre du règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil ou au contrôle des exportations d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, une fois que l'exportation du produit est autorisée »*

pourraient s'imposer à l'avenir. Le parlement européen avait ainsi proposé un amendement 203¹ au terme duquel, il était prévu le pouvoir de contrôler, en cours d'exécution d'un contrat, les risques que ce dernier est susceptible de générer ainsi qu'en dernier ressort la possibilité de mettre un terme à un contrat de services financier : « Par dérogation au paragraphe 6, point b), lorsque les entreprises visées à l'article 3, point a) iv), fournissent des services financiers à des entités qui causent des incidences négatives réelles ou y contribuent au sens du paragraphe 1, (...) une décision de mettre un terme à un contrat de services financiers par dérogation au paragraphe 6, point b), ne peut être prise, en dernier ressort, que si les efforts déployés par les entreprises visées à l'article 3, paragraphe 1, point a) iv), pour exercer un effet de levier n'ont finalement pas permis d'influencer l'entité à laquelle ce service est fourni afin de faire cesser les incidences négatives réelles ou de réduire au minimum leur ampleur ».

Et, un autre amendement, n° 153², prévoyait que l'évaluation des incidences négatives par les acteurs financiers ait toujours lieu classiquement avant la fourniture du service financier mais également avant chaque opération financière substantielle et, en cas d'alerte, *pendant* la fourniture du service financier : « Lorsque les entreprises visées à l'article 3, point a) iv), fournissent des services financiers, le recensement des incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et des incidences négatives sur l'environnement est effectué avant la fourniture de ce service et avant les opérations financières ultérieures et, en cas de notification d'éventuels risques au moyen des procédures visées à l'article 9, pendant la fourniture du service ».

Enfin, le troisième point à retenir de cette directive concernant les entreprises financières, consistent dans *les attentes* que formulent d'ores et déjà la directive à leur endroit.

c. Les attentes

La directive anticipe l'éventuelle extension du devoir de vigilance aux chaînes d'activité en aval. En effet, il est conseillé aux établissements financiers d'adopter un tel devoir de vigilance dès à présent sur l'ensemble de leur chaîne d'activités, et ce en considération de leur *position clé*, de *l'influence* qu'ils peuvent exercer.

Le considérant n° 51 de la directive fait en effet mention du fait qu'en dépit de l'exclusion de la chaîne aval de la directive, de fortes attentes pèsent sur les entreprises financières. Il est en premier lieu rappelé dans la directive qu'elles sont soumises notamment aux principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales³. Cette référence est importante, et il est nécessaire de saisir les risques juridiques qu'elle recèle. La mention de ces principes de soft law dans cette directive leur confère une autre force juridique. On sait que ces principes font d'ores et déjà l'objet d'un contrôle lors de leur mise en œuvre sous l'égide des Points de contact

¹ Amendement n° 203, Amendements du Parlement européen, adoptés le 1er juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (Doc. COM (2022) 0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051 (COD)).

² Amendement n° 153, *ibid.*

³ Dénommés ainsi depuis leur révision en 2023, anciennement dénommé *Principes OCDE*. OCDE (2023), Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, Éditions OCDE, Paris.

nationaux. Or dans le contexte actuel de procès environnementaux réalisés à l'encontre des entreprises sur le fondement notamment d'un devoir général de bon comportement (*duty of care*) en plein construction et aux multiples fondements, peut-être que l'insertion de ces principes de droit souple dans cet acte juridique de hard law pourrait être une nouvelle source de contentieux à l'encontre des acteurs financiers.

Le considérant n° 51 de la directive précise ainsi : « *Bien que les entreprises financières réglementées ne soient soumises à des obligations relatives au devoir de vigilance que pour la partie en amont de leurs chaînes d'activités, les spécificités des services financiers ainsi que les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales donnent des indications sur les types de mesures qu'il est approprié et efficace que les entreprises financières prennent dans le cadre des procédures de vigilance. Comme le soulignent également les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, les spécificités des services financiers doivent être prises en compte. Les entreprises financières réglementées sont censées tenir compte des incidences négatives et «user de leur influence» auprès des entreprises* ».

Nul doute que les entreprises financières feront preuve de prudence à l'occasion de l'exercice de leurs activités. Le parallèle avec le devoir de vigilance français est intéressant. Par exemple, dans le plan de vigilance de BNP de 2021 il est précisé : « *Les activités des clients de BNP Paribas sont susceptibles d'être porteuses de risques dans les domaines des droits humains et des libertés fondamentales, de la santé et la sécurité des personnes et de l'environnement. Fin 2018, le Groupe a publié sa Charte des Relations Commerciales Responsables à destination de ses clients, réaffirmant ainsi que BNP Paribas souhaite s'engager avec des clients dont les pratiques commerciales reflètent un niveau élevé de gouvernance et de responsabilité en ce qui concerne les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, et l'environnement(etc.)* »¹.

De plus, le contexte actuel incite très fortement les établissements financiers à se saisir de ces risques bien qu'ils n'y soient pas strictement contraints. De plus, ce *duty of care* n'est pas sans rappeler le devoir de vigilance européen porté par la présente directive. La prudence est donc de rigueur comme en témoigne par exemple la mise en demeure par l'ONG Milieudefensie de la banque ING le 19 janvier 2024². Il est en l'espèce attendu un bon comportement de la banque face aux grands défis contemporains, qui n'est pas satisfait selon les demandeurs, au regard notamment de sa politique climatique. Et les reproches formulés à l'encontre de cette banque sont de la même teneur que les obligations consacrées dans la directive. BNP Paribas avait également été mise en demeure fin octobre 2022 par trois ONG³ pour avoir manqué à son devoir de vigilance. Plus précisément, étaient ici dénoncés des contrats de financement qui seraient liés à la déforestation au Brésil⁴.

¹ BNP Paribas, *Document d'enregistrement universel et rapport financier annuel 2021*, déposé le 15 mars 2022 auprès de l'AMF, p. 644.

² B. Laniyan, « La mise en demeure de la banque ING par Milieudefensie, prémisse d'un nouveau contentieux climatique », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, Online since 02 April 2024.

³ Les Amis de la Terre, Oxfam et Notre affaire à tous.

⁴ BNP Paribas a fourni des services financiers à Marfrig, entreprise brésilienne de production de viande bovine, qui participerait à la déforestation de l'Amazonie, à l'accaparement des territoires autochtones et à des pratiques de travail forcé dans les élevages bovins.

À présent nous allons nous intéresser au contenu de ce devoir de vigilance européen.

III. Le contenu du devoir de vigilance

Le devoir de vigilance tel qu'il est conçu au niveau européen comprend tout d'abord le devoir de gérer les risques tout au long de la chaîne d'activité (A), puis d'établir un plan de transition climatique (B).

A. La gestion des risques tout au long de la chaîne d'activité

Les mesures de prévention prévues par le texte européen sont plus nombreuses et plus diverses que le devoir de vigilance français¹, celui-ci prévoit par exemple l'obligation de mettre en place des actions pour faire cesser les atteintes aux droits humains ou à l'environnement.

Cette gestion des risques doit présenter plusieurs caractéristiques. Le choix a été fait dans la directive de se saisir de ces risques à travers le concept d'incidences négatives (a) devant faire l'objet d'une intégration systémique par l'entreprise concernée (b). La manière dont ces risques peuvent être gérés est détaillée. Il s'agit d'adopter une attitude proactive, en étant attentif en cas de changement notoire dans son activité (c), en usant de leur influence (h), tout en étant ouvert à la communication avec les parties prenantes (d), d'avoir recours s'ils le souhaitent, à un tiers indépendant (f).

a. La prise en compte des incidences négatives

Les contours des incidences négatives sont tracés en se référant à des conventions internationales (1). L'attitude à adopter face à celles-ci est également décrite, il s'agit d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de réparer ces incidences (2).

1. Définition des incidences négatives en référence à d'autres textes juridiques

La gestion des risques est pensée autour du concept « d'incidences négatives ». Ce concept est défini à l'article 3 de la directive de manière générale tout d'abord : « une incidence négative *qui est particulièrement importante par sa nature, telle qu'une incidence qui nuirait à la vie, à la santé ou à la liberté des personnes, ou par son ampleur, sa portée ou son caractère irrémédiable, compte tenu de sa sévérité, y compris le nombre de personnes qui sont ou peuvent être affectées, la mesure dans laquelle l'environnement est ou peut être endommagé ou autrement affecté, son irréversibilité et les limites à la capacité de ramener les personnes affectées ou l'environnement à une situation équivalente à celle qui existait avant l'incidence dans un délai raisonnable* ».

¹ S. Brabant et E. Savourey, « Devoir de vigilance - Le champ de la loi - Les sociétés soumises aux obligations de vigilance », *Rev. int. Compliance* 2017, étude 92.

Puis la définition est précisée en faisant référence à des conventions internationales annexées à la directive. Ce sont différents textes aux objets divers, prenant en compte les incidences négatives sur l'environnement¹ ainsi que sur les droits de l'homme². Dans la partie 1 de l'annexe il est fait mention, entre autres, du respect du droit à la vie, du droit à la liberté et à la sécurité, du droit de jouir de conditions de travail justes et favorables, ainsi que du respect des droits spécifiques des peuples autochtones (...) tels qu'énoncés dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est également fait référence à la convention internationale relative aux droits de l'enfant, et est cité par exemple le droit de l'enfant à jouir du meilleur état de santé possible, ou encore la convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé. Dans la partie 2 de l'annexe il est ensuite fait référence aux obligations en matière environnementale. Pêle-mêle il est fait mention de la protection de la biodiversité assurée par la Convention de 1992 sur la diversité biologique, du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques, ou encore de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. Au-delà de la protection de la biodiversité, ce sont les produits chimiques qui sont visés au travers par exemple de la convention de Minamata relative à l'utilisation du mercure, ou encore la gestion des déchets par la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux.

2. Un devoir d'action face aux incidences négatives : identifier, prévenir et atténuer et réparer

Le devoir de vigilance étant axé sur les risques, il est nécessaire d'identifier, d'agir pour empêcher ou réduire les incidences négatives, et, le cas échéant, réparer selon l'article 5 de la directive³ et cela en prenant des mesures appropriées. La définition d'une mesure appropriée est donnée au considérant n° 40 de la directive. Il s'agit de « *mesures qui permettent d'atteindre les objectifs liés au devoir de vigilance, en remédiant efficacement aux incidences négatives d'une manière proportionnée au degré de gravité et à la probabilité de l'incidence négative, et*

¹b) «*incidence négative sur l'environnement*»: une incidence négative sur l'environnement résultant de la violation de l'une des interdictions et obligations énumérées à l'annexe, partie I, section 1, points 15 et 16, et à la partie II de l'annexe de la présente directive compte tenu de la législation nationale liée aux dispositions des instruments qui y sont énumérés;

² c) «*incidence négative sur les droits de l'homme*»: une incidence sur les personnes résultant i) d'une violation de l'un des droits de l'homme énumérés dans la partie I, section 1, de l'annexe de la présente directive, étant donné que ces droits de l'homme sont consacrés dans les instruments internationaux énumérés dans la partie I, section 2, de l'annexe de la présente directive; ii) d'une violation d'un droit de l'homme non énuméré dans la partie I, section 1, de l'annexe de la présente directive, mais consacré par les instruments relatifs aux droits de l'homme énumérés dans la partie I, section 2, de l'annexe de la présente directive, à condition que: - le droit de l'homme soit susceptible de faire l'objet d'une violation par une entreprise ou une entité juridique; d) - la violation du droit de l'homme porte directement atteinte à un intérêt juridique protégé par les instruments relatifs aux droits de l'homme énumérés dans la partie I, section 2, de l'annexe de la présente directive; et l'entreprise ait pu raisonnablement anticiper le risque que ce droit de l'homme puisse être affecté, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, y compris la nature et l'étendue des activités commerciales de l'entreprise et de sa chaîne d'activités, les caractéristiques du secteur économique et le contexte géographique et opérationnel;

³ « *recenser et évaluer les incidences négatives réelles ou potentielles conformément à l'article 8 et, si nécessaire, hiérarchiser les incidences négatives réelles et potentielles conformément à l'article 9; c) prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur conformément aux articles 10 et 11; d) réparer les incidences négatives réelles conformément à l'article 12.*

qui soient raisonnablement à la portée de l'entreprise, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, y compris de la nature et de l'étendue de l'incidence négative et des facteurs de risque correspondants ». Et le considérant n° 54 de la directive ajoute qu'il peut être nécessaire « *d'élaborer et mettre en œuvre un plan de mesures correctives* ». Il s'agit donc d'une obligation de faire – mettre un terme aux incidences négatives- devant être relativement organisée.

Et c'est un esprit de collaboration qui est mis à l'honneur par la directive. Il est attendu des entreprises concernées qu'elles adoptent une attitude active, qu'elle fasse preuve « *d'initiatives* » auprès de leurs partenaires économiques. Au considérant n° 52 de la directive il est indiqué : *En ce qui concerne les partenaires commerciaux directs et indirects, les initiatives sectorielles et multipartites peuvent contribuer à créer un effet de levier supplémentaire pour recenser, atténuer et prévenir des incidences négatives. Dès lors, les entreprises devraient pouvoir participer à de telles initiatives pour soutenir la mise en œuvre des obligations énoncées aux articles 7 à 16 de la présente directive, dans la mesure où de telles initiatives sont appropriées pour contribuer au respect de ces obligations.*

C'est enfin un devoir particulièrement méticuleux qui est mis à la charge des acteurs économiques, puisqu'au considérant n° 53 de la directive il est indiqué que si une entreprise recense des incidences négatives réelles sur les droits de l'homme ou l'environnement, après avoir pris les mesures appropriées pour y mettre un terme, l'entreprise devra contrôler sur un temps long l'effectivité de ces mesures : « *L'entreprise devrait par conséquent réévaluer périodiquement les circonstances qui l'ont empêchée de mettre un terme à l'incidence négative et déterminer s'il lui est désormais possible d'y parvenir* ».

La récente décision La Poste¹, la première au fond sur le devoir de vigilance français, délivre à cet égard un éclairage intéressant. En l'espèce La Poste a été condamnée à modifier son plan de vigilance de manière à prévenir le travail illégal. Le juge constate à cette occasion que « *la cartographie ne fait nullement ressortir l'existence de risques liés au travail illégal* », ce pourquoi a été accueillie la demande des syndicats « *tendant à enjoindre à La Poste d'établir des procédures d'évaluation des sous-traitants, en fonctions des risques précis identifiés par la cartographie des risques* ». Cette violation des droits humains n'est pas un cas isolé, comme le relève notamment un procès en cours en Italie. Pour information, la justice italienne accuse actuellement Giorgio Armani d'avoir eu recours à des travailleurs chinois clandestins exploités dans des conditions dégradantes pour fabriquer des sacs et des accessoires. Les normes les plus élémentaires en matière de santé et de sécurité ne sont pas respectées selon les demandeurs, en raison notamment de la modification de certaines machines pour augmenter la vitesse de production. Les droits sociaux étaient complètement ignorés avec des salaires horaires de 2 euros, des journées de travail pouvant aller jusqu'à 14 heures.²

À noter que de telles incidences négatives peuvent être appréciées très largement selon les circonstances. Le considérant n° 7 de la directive donne en effet le ton en matière de droits humains tout d'abord : « *Toutes les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme, qui sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables* ». Puis en matière

¹ TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, La Poste. A. Lecourt, « Devoir de vigilance : première condamnation, première décision au fond », *RTD Com.* 2024 p.104.

² Journal Les Echos, avril 2024.

de protection de l'environnement l'ambition affichée est grande également. Le considérant n° 8 de la directive énonce que « *Les objectifs de développement durable des Nations unies, adoptés en 2015 par l'ensemble des États membres des Nations unies, englobent les objectifs visant à promouvoir une croissance économique soutenue, inclusive et durable. L'Union s'est fixé pour objectif de mettre en œuvre ses engagements concernant les objectifs de développement durable des Nations unies. Le secteur privé contribue à la réalisation de ces objectifs* ».

L'avenir jurisprudentiel nous donnera à ce propos d'utiles précisions sur les contours de cette notion, ce standard juridique ayant vocation à être précisé par le juge. Nous ne savons pas encore quelle politique juridique sera adoptée par le juge en la matière, mais il est certain que de subtils équilibres vont peu à peu se dessiner dans un contexte marqué de la nécessité de sécuriser l'approvisionnement en énergie par exemple.

b. Une intégration systémique : la gouvernance d'entreprise

Cette intégration doit être systémique. Il est prévu à l'article 7 de la directive une intégration dans les politiques et les systèmes de gestion des risques de l'entreprise. C'est donc une gouvernance d'entreprise durable qui doit être mise en place¹. L'affaire BNP Paribas est éclairante à cet égard. Cette banque avait été mise en demeure² fin octobre 2022 par trois ONG³ pour avoir, selon ces tiers intéressés, manqué à son devoir de vigilance. Plus précisément, étaient ici dénoncés des contrats de financement qui seraient liés à la déforestation au Brésil⁴. Tel est le cas en l'espèce. Est dénoncé à l'appui de l'action de ces tiers le financement par la banque de nouveaux projets dans les énergies fossiles : selon ces ONG, cette banque française serait le premier financeur européen et cinquième mondial pour le développement des énergies fossiles⁵. Le but de cette action est clair : contraindre BNP Paribas à se doter d'une réelle stratégie climatique, et, plus précisément, la conduire à adopter un plan de sortie du pétrole et du gaz. En l'espèce, le tiers au contrat ne dénonce pas un manquement à une inexécution contractuelle dont il serait victime, mais plutôt *l'existence même* d'une activité (orientée vers l'exploitation d'énergie fossile) et donc des contrats l'organisant. Si l'on porte un regard contractualiste sur cette affaire et si l'on comprend bien la teneur des reproches formulés par ces ONG à l'encontre de cette banque, en application du devoir de vigilance, il y a des contrats qui, en raison même de leur objet (exploitation d'énergie fossile etc.), ne devraient pas exister,

¹ « *Les États membres veillent à ce que les entreprises intègrent le devoir de vigilance dans toutes leurs politiques et tous leurs systèmes de gestion des risques pertinents et mettent en place une politique en matière de devoir de vigilance qui garantit un devoir de vigilance fondé sur les risques* ».

² Le respect de ce dispositif est garanti dans un premier temps par un mécanisme de mise en demeure de mettre en application ces obligations, puis dans un second temps d'injonction en cas d'abstention par l'entreprise d'avoir pris les mesures nécessaires (C. com., art. L. 225-102-4, II).

³ Les Amis de la Terre, Oxfam et Notre affaire à tous.

⁴ BNP Paribas a fourni des services financiers à Marfrig, entreprise brésilienne de production de viande bovine, qui participerait à la déforestation de l'Amazonie, à l'accaparement des territoires autochtones et à des pratiques de travail forcé dans les élevages bovins.

⁵ S. Mandart, "BNP Paribas mise en demeure de cesser de financer les énergies fossiles et le « chaos climatique », *Le Monde*, publié le 26 oct. 2022. Elle aurait accordé 55 milliards de dollars de financement au développement des énergies fossiles entre 2016 et 2021.

être conclus car ils sont la source de risques trop importants¹. Cela touche ainsi à la stratégie adoptée à l'entreprise se traduisant notamment dans ces relations d'affaires et donc dans les contrats qu'elles concluent. Le 24 janvier 2023, à deux jours de l'échéance de la mise en demeure, la banque a publié de nouveaux engagements sur son site internet² et répondu aux associations par courrier³. Non satisfaites par cette réponse à ce risque climatique⁴, les ONG ont assigné la Banque en justice le 23 février 2023. Dans sa réponse, la banque refuse en effet de supporter la charge de risques générés par les entreprises qu'elle finance : « *les activités propres d'un établissement bancaire et sa chaîne d'approvisionnement ne causent directement que peu de risques environnementaux ou sociaux ; la majorité des enjeux environnementaux et sociaux n'apparaît que de façon indirecte, au travers des activités des acteurs économiques qui bénéficient de financements* »⁵. Pourtant, les attentes formulées à l'endroit des établissements financiers par la directive, ci-dessus évoquées, et la possible extension de leurs obligations à la chaîne d'activités en aval (ci-dessus évoquée) pourrait être très contraignante à l'avenir.

Il convient donc de porter une attention toute particulière à la communication en matière de gestion de risques qui est faite. Les exigences portées par la directive sont en effet grandes, les entreprises concernées devront donc veiller à ne pas être accusées de greenwashing si leur gouvernance d'entreprise n'est pas assez ambitieuse. Et ce d'autant plus que la lutte contre le greenwashing⁶ ne cesse de s'intensifier⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2023, il n'est plus possible pour les annonceurs de mettre en avant la neutralité carbone d'un produit ou d'un service sans prouver que la démarche est bien sincère par exemple⁸.

La gouvernance d'entreprise guide la manière dont une entreprise est dirigée et ses relations avec ses actionnaires et parties prenantes. La question se pose à présent de savoir qui va mettre en œuvre ce nouveau devoir de vigilance ? La proposition de directive du 23 décembre 2022 prévoyait, dans sa version initiale, que la mise en place et la supervision du devoir de vigilance reposent sur les administrateurs de ces entreprises et que ceux-ci étaient tenus d'un devoir de sollicitude. Ces dispositions n'ont finalement pas été retenues par la proposition définitive. Mais bien sûr, en vertu des règles de droit commun du droit des sociétés, les administrateurs sont tenus de mettre en œuvre le devoir de vigilance s'imposant aux entreprises qu'ils dirigent.

À noter que la directive européenne va plus loin dans les obligations en termes de mesures prises. La directive exige une intégration des principes de vigilance dans les politiques internes de l'entreprise ainsi que dans ses pratiques de management. Elle prévoit également une action de la part de l'entreprise dès qu'il y a risque, réel ou supposé, là où la France exige des

¹ Voy. S. Dupouy, « L'exercice des libertés économiques face à la Nature » in *Protéger le système-terre dans et par la Constitution*, dir. O. Le Bot et L. Gay, à paraître.

² BNP Paribas, leader affirmé du financement de la transition énergétique, engage une nouvelle étape de forte accélération, Communiqué de presse, 24 janv. 2023, disponible en ligne <https://group.bnpparibas/communique-de-presse/bnp-paribas-leader-affirme-du-financement-de-la-transition-energetique-engage-une-nouvelle-etape-de-forte-acceleration>.

³ BNP Paribas, Réponse à la mise en demeure, 24 janv. 2023, disponible en ligne <https://group.bnpparibas/publications>.

⁴ L'Affaire BNP : Menacée d'une action en justice, BNP Paribas communique mais ne répond pas aux demandes des ONG, Les Amis de la Terre, Communiqué de presse, 25 janv. 2023.

⁵ BNP Paribas, Réponse à la mise en demeure, préc., spéc. p. 2.

⁶ Article L.121-2 code de la consommation.

⁷ Directive n°2024/825 du 28 février 2024.

⁸ Article L. 229-68 du code de l'environnement et décret D. 229-106 du code de l'environnement, pour plus de précisions consulter le blog d'Arnaud Gossement, blog.gossement-avocats.com

entreprises de mettre en place des mesures de prévention pour les atteintes graves uniquement. Il est fait référence à de nombreuses reprises à la notion de « gouvernance d'entreprise durable ». Le considérant n° 51 de la directive : « *L'exercice des droits des actionnaires peut être un moyen d'exercer un effet de levier* ». À l'heure où il est attendu des entreprises qu'elles engagent un virage particulièrement ambitieux assurant leur soutenabilité, la pratique régulière du « Say on climate », qu'elle soit rendue obligatoire par une loi ou non, semble désormais incontournable.

Le droit porte donc à présent une attention toute particulière à la stratégie environnementale adoptée par l'entreprise. L'arrêt rendu le 12 mai 2023 par la High Court of Justice of England and Wales dans l'affaire *ClientEarth v Shell*¹ est ainsi riche d'enseignements. Il s'agit de la première décision à se prononcer sur la responsabilité climatique des administrateurs de sociétés. En l'espèce, les juges ont rejeté la responsabilité des membres du conseil d'administration de Shell pour ne pas avoir préparé adéquatement leur entreprise aux changements climatiques et à la transition énergétique. Bien que les juges anglais aient refusé en l'espèce d'accueillir une telle action, faute pour le demandeur d'avoir rapporté la preuve d'une telle faute de gestion de Shell, cet arrêt nous apprend qu'il n'est pas exclu qu'un jour une responsabilité de cette nature soit engagée. En filigrane cela signifie que les organes de la société ont un rôle important à jouer face aux préoccupations sociétales actuelles.

c. En étant attentif en cas de changement notoire dans son activité

Il est également nécessaire d'être vigilant lors de l'exercice dans une nouvelle zone ou dans un nouveau secteur économique. Au considérant n° 41 de la directive il est précisé que « *Des exemples de changement important pourraient être des cas où l'entreprise commence à exercer ses activités dans un nouveau secteur économique ou une nouvelle zone géographique, commence à produire de nouveaux produits ou modifie le mode de fabrication des produits existants en recourant à une technologie susceptible d'avoir des incidences négatives plus importantes, ou modifie sa structure d'entreprise par des restructurations, des fusions ou des acquisitions* ».

Les affaires en justice en cours donnent un éclairage tout particulier à cette disposition de la directive. Tel est le cas lorsque des entreprises vont directement ou indirectement exploiter leurs activités dans des zones à risques tout autour de la planète, à titre d'illustration en Afrique ou en Amérique du sud. On pense tout d'abord au projet d'exploration pétrolière et construction d'oléoduc des filiales de *TotalEnergies* en Ouganda et Tanzanie, à l'occasion duquel lui a été reproché son manquement au devoir de vigilance². En témoigne également la mise en demeure le 25 mai 2023, par une ONG, colombienne cette fois-ci, Tierra Digna, de trois banques françaises - la BNP Paribas, le Crédit Agricole et le Groupe BPCE - sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. Elle leur reproche d'avoir financé les activités de Glencore - dont la filiale exploite des mines en Colombie - qui auraient causé de graves dommages à

¹ High Court of Justice of England and Wales, 12 mai 2023, n° BL-2023-000215.

² CA Paris 18 juin 2024, n° 23/14348, A. Stevignon et B. Laniyan, « Devoir de vigilance : les contours de la recevabilité des actions en injonction sont (enfin) fixés », Dalloz Actualité.

l'environnement et aux droits humains¹. Notamment, la BNP Paribas a fourni en 2022 un financement de l'ordre de 46,41 millions de dollars à l'entreprise Glencore International AG, le Crédit Agricole est « l'un des investisseurs principaux de la société Glencore » avec : 3,5 millions de dollars d'obligations détenues et 89,9 millions de dollars en actionnariat, soit un total de 92,4 millions de dollars de participation, et enfin le Groupe BPCE demeure l'un des investisseurs principaux de Glencore avec : 182,1 millions de dollars d'obligations détenues, 820,6 millions de dollars en actionnariat, soit un total de 1,002 milliards de dollars de participation au sein de la société².

d. En consultant les parties prenantes

À l'article 3 de la directive est défini le terme de « parties prenantes ». Il s'agit des salariés de l'entreprise, des salariés de ses filiales, des syndicats et les représentants des travailleurs, les consommateurs et d'autres individus, groupements, communautés ou entités dont les droits ou intérêts sont ou pourraient être affectés par les produits, services et activités de cette entreprise, de ses filiales et de ses partenaires commerciaux, y compris les salariés des partenaires commerciaux et les syndicats et les représentants des travailleurs des partenaires commerciaux de l'entreprise, les institutions nationales des droits de l'homme et de l'environnement, les organisations de la société civile dont l'objectif inclut la protection de l'environnement, et les représentants légitimes de ces individus, groupements, communautés ou entités.

La directive nous indique que c'est une obligation de dialogue avec les parties prenantes qui est recommandée par la directive. Au considérant n° 65 de la directive il est en effet précisé : « *Afin d'exercer un devoir de vigilance significatif en matière de droits de l'homme et d'environnement, les entreprises devraient prendre des mesures appropriées pour mettre en place des échanges efficaces avec les parties prenantes, aux fins du processus de mise en œuvre des mesures de vigilance* ». Que faut-il comprendre par le terme « échanges efficaces » ? Le jugement La Poste³ rendu le 5 décembre 2023 dans le cadre du devoir de vigilance à la française nous fournit d'utiles renseignements. Durant la phase non contentieuse tout d'abord, l'article L. 225-102-4 du code de commerce dispose notamment que « *Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* ». Ce texte prévoit également au 4) que le « mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, est établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société. Au sujet de *cette obligation de concertation* le juge français nous éclaire dans cette affaire La Poste, selon lui cela « *s'entend comme la volonté d'élaborer une mesure ou une décision de concert et ne peut se limiter au simple recueil d'un avis sur un dispositif d'ores et déjà finalisé* ».

¹ Glencore, a porté atteinte aux droits humains et à l'environnement sur le terrain et a violé les droits des mineurs et des communautés autochtones.

² Données disponibles en ligne sur <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/devoir-de-vigilance>.

³ TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827, La Poste.

Cela signifie que nous sommes bel et bien face à une co-construction du plan de vigilance, et ce au-delà des obligations d'information classiques¹. La preuve pourra résulter ainsi de lettre de convocation, de comptes-rendu de réunion etc... La notion « d'échanges efficaces » portée par la directive sera très certainement interprétée de la même manière.

Le juge français, toujours dans la même affaire La Poste, nous délivre une autre clé de lecture que l'on peut utiliser pour comprendre la directive cette fois-ci durant la phase contentieuse. Au sujet du dialogue avec les parties prenantes au moment de la mise en demeure et donc de la modification/ amélioration du plan de vigilance, la cour nous apprend que le dialogue n'est pas un préalable à une action en justice, contrairement à ce que pouvait laisser à penser l'ordonnance du juge des référés du 28 février 2023². Ainsi, lors de la mise en demeure, la modification du plan peut être faite avec les parties prenantes ou pas, car parfois le dialogue n'est plus possible.

f. En ayant recours à un tiers indépendant

La directive encourage les entreprises à recourir à une vérification par un tiers indépendant. Au considérant n° 52 de la directive il est indiqué : *Les entreprises pourraient également recourir à une vérification par un tiers indépendant concernant des entreprises ou émanant d'entreprises dans leurs chaînes d'activités afin de soutenir la mise en œuvre des obligations relatives au devoir de vigilance dans la mesure où une telle vérification est appropriée pour favoriser le respect des obligations pertinentes. La vérification par un tiers indépendant pourrait être effectuée par d'autres entreprises ou dans le cadre d'une initiative sectorielle ou multipartite. Les vérificateurs tiers indépendants devraient agir en toute objectivité et en toute indépendance par rapport à l'entreprise, être exempts de tout conflit d'intérêts et de toute influence extérieure, directe ou indirecte, et s'abstenir de tout acte incompatible avec leur indépendance.*

La directive descend dans le détail des qualités que ce tiers devrait présenter. Il est fait mention au même considérant n° 52 en effet d'une « *expérience et des compétences en matière d'environnement ou de droits de l'homme et être responsables de la qualité et de la fiabilité de la vérification* ».

À noter que pour plus de transparence, afin de légitimer au mieux le contrôle de ces pratiques par des tiers, la Commission prévoit de publier des « *orientations définissant des critères d'aptitude et une méthodologie qui permettent aux entreprises d'évaluer l'aptitude des vérificateurs tiers, ainsi que des orientations permettant de contrôler l'exactitude, l'efficacité et l'intégrité de la vérification par un tiers* ».

De telles lignes directrices seront particulièrement utiles pour participer à l'harmonisation de ce devoir de vigilance entre les états concernés. En outre, l'adoption d'une méthode modèle unique participera à assurer la crédibilité des actions publiées dans le plan de vigilance.

¹ Entretien par S. Scemla, Ch. Michon, B. Parance, P. Moreau-Avila et L. Meziani, « Devoir de vigilance - Devoir de vigilance à la française, retour d'expériences et enseignements des contentieux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, Mars-Avril 2024, entretien 2.

² M. Hautereau-Boutonnet et B. Parance, « Libres propos ss TJ Paris, réf., 28 févr. 2023, n°22/53942 et 22/53943 », *JCP G*, 2023, act. 373.

Un contrôle par un tiers qui sera donc particulièrement utile, et qui d'un autre côté, ne pourra pas être instrumentalisé pour se dédire de ses obligations. Autrement dit, un manquement au devoir de vigilance pourra toujours être dénoncé par une victime, et ce quand bien même le tiers vérificateur n'en aurait relevé aucun : *« Les entreprises participant à des initiatives sectorielles ou multipartites ou recourant à la vérification par des tiers ou à des dispositions contractuelles à l'appui de la mise en œuvre des obligations relatives au devoir de vigilance devraient toujours pouvoir être pénalisées ou tenues pour responsables en cas d'infraction à la présente directive et de dommages subis en conséquence par les victimes »*.

h. En usant de son influence

Lors de la gestion de ces risques, la directive encourage les entreprises à user de leur influence auprès de leur partenaire commercial. L'article 3 de la directive définit le partenaire commercial comme *« une entité avec lequel l'entreprise a conclu un accord commercial en rapport avec les activités, produits ou services de l'entreprise ou auquel elle fournit des services conformément au point g) («partenaire commercial direct»); ou qui n'est pas un partenaire commercial direct, mais qui exerce des activités commerciales liées aux activités, produits ou services de l'entreprise («partenaire commercial indirect») »*.

La notion d'influence est ici intéressante, car ce sont les ressorts classiques de la vie des affaires qui sont ici mobilisés au service de la protection de l'environnement et des droits humains.

Au considérant n° 45 de la directive il est ainsi préconisé de *« persuader ledit partenaire commercial de mettre un terme aux incidences négatives ou d'en réduire l'ampleur au minimum (par exemple en se servant de son pouvoir de marché, en recourant à des conditions de préqualification ou en liant ses incitations commerciales à des résultats en matière de droits de l'homme et d'environnement) »* et d'autre part, *le degré d'influence ou l'effet de levier que l'entreprise pourrait raisonnablement exercer, par exemple au moyen d'une coopération avec le partenaire commercial en question ou d'un engagement avec une autre entreprise qui est le partenaire commercial direct du partenaire commercial associé à une incidence négative »*.

B. Le plan de transition

Les entreprises concernées devront également mettre en œuvre « un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique », prévu à l'article 22 de la directive. Cet article annonce une ambition très forte, l'on pourrait presque penser à une économie de guerre au regard du vocabulaire utilisé. Il s'intitule en effet « Lutte contre le changement climatique ». Dans un souci de cohérence normative, il est fait référence aux objectifs portés par différents ordres juridiques. À l'Accord international de Paris tout d'abord, fixant la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C, ainsi qu'au règlement européen fixant un autre objectif très ambitieux, la neutralité climatique¹. Il est également précisé que les entreprises, pour ce faire, doivent le cas échéant agir face à *« l'exposition de l'entreprise à des activités liées au charbon, au pétrole et au gaz »*. La référence dans le corps de la directive à la sortie des énergies fossiles n'est pas sans rappeler les différentes actions en justice. À titre d'illustration, dans un

¹ Règlement (UE) 2021/1119 du parlement européen et du conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) no° 401/2009 et (UE) 2018/1999 («loi européenne sur le climat»).

communiqué de presse en date du 5 décembre 2023, deux ONG, ClientEarth et Notre Affaire à Tous ont écrit une lettre de « mise en garde » à des banques françaises¹ finançant et bénéficiant des nouveaux projets pétro-gaziers de Saudi Aramco. Cette interpellation s'appuie sur le courrier publié le 26 août 2023 par des experts de l'ONU dans lequel a été interpellé le géant pétrolier saoudien Aramco au sujet des conséquences de son activité sur le réchauffement climatique². De manière plus optimiste, un autre rapport intitulé « Banking on Climate Chaos » publié par huit organisations non gouvernementales (ONG) le 13 mai 2024, témoigne de la baisse des financements des banques françaises aux principales entreprises pétrolières et gazières du monde entier³. La teneur de ce plan de vigilance s'inscrit ainsi dans un plus vaste mouvement et ne fera qu'accentuer cette tendance.

Par ailleurs, ce plan n'est pas simplement une obligation de rendre compte des efforts fournis, la construction et l'exécution de ce plan sont empreints d'efficacité. Il est en effet indiqué au considérant n° 73 de la directive que ce plan est un véhicule juridique permettant de contrôler si les entreprises concernées « *contribue effectivement à lutter contre le changement climatique* ». Néanmoins, le même considérant précise qu'il s'agit là d'une obligation de moyen : « *Ces exigences devraient s'entendre comme une obligation de moyen et non comme une obligation de résultat* ». La qualification d'obligation de moyen est fort logique au regard de l'esprit général dans lequel s'inscrit la transition écologique. Dans tous les ordres juridiques la tendance est la même : pas à pas, les acteurs économiques sont accompagnés sur le chemin de la transition. La volonté n'est pas de contraindre, l'idéal économique de demain n'est pas une économie punitive. Tout au contraire, l'idée est de transformer en profondeur les comportements des acteurs économiques, de manière à ce qu'ils s'approprient ces objectifs, et que, plus en avant, se rencontrent les intérêts économiques, environnementaux et sociaux⁴. L'entreprise doit ainsi fournir les meilleurs efforts pour atteindre ces objectifs, et sera donc tenu de rendre compte de manière encourageante des « *progrès accomplis par les entreprises* », au regard notamment « *de la complexité et du caractère évolutif de la transition climatique* ». Le considérant n° 73 précise en ce sens que l'on ne peut demander l'impossible à une entreprise, on ne peut attendre d'elle qu'elle adopte une stratégie économique non « raisonnable » selon les termes de la directive : « *Bien que les entreprises doivent s'efforcer d'atteindre les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre figurant dans leurs plans, certaines circonstances particulières peuvent les conduire à ne pas pouvoir atteindre ces objectifs, car cela ne serait plus raisonnable* ».

¹ Sont visées dans cette lettre BNP Paribas, Crédit Agricole et Société Générale. Voy. <https://notreaffaireatous.org/bombes-climatiques-clientearth-et-notre-affaire-a-tous-mettent-en-garde-les-banques-francaises-financant-les-projets-petro-gaziers-de-saudi-aramco/>

² AFP, « Des experts de l'ONU interpellent Saudi Aramco sur les conséquences de son activité sur l'environnement », *Le monde*, 27 août 2023.

³ *Banking on Climate Chaos. Fossil fuel finance report 2024*, publié le 13 mai 2024, disponible en ligne, www.bankingonclimatechaos.org. Selon ce rapport les financements de BNP Paribas à ces gros producteurs d'énergies fossiles ont diminué de 78 % en 2023 par rapport à 2021, ceux du Crédit agricole de 63 %, ceux de la Société générale de 82 %, ceux du groupe BPCE (Banque populaire et Caisse d'épargne) de 52 %, selon le rapport. Des chiffres à rapporter à une baisse globale de 67,8 % en deux ans des financements mondiaux aux douze principales compagnies pétrolières et gazières.

⁴ J. Mestre, « Cap sur le concours d'intérêts », *RLDC*, n° 153, 1^{er} nov. 2017.

La directive prévoit ensuite la construction du plan en lui-même, qui devra être détaillé, et fondé sur des preuves scientifiques concluantes (le GIEC)¹ : vérité juridique et vérité scientifique ont vocation à ne faire qu'une dans ce plan. L'action de l'entreprise doit tout d'abord être organisée sur un temps long, assorti d'échéances, à l'horizon 2030, puis *par étapes quinquennales jusqu'en 2050*². À noter qu'un contrôle de la formation et de l'exécution de ce plan est prévu, la directive prévoit la création d'autorités de contrôle dédiées³. Notamment il est prévu un bilan et une révision de ce plan tous les douze mois⁴.

¹ Est visé directement le *Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)*, ainsi que les *recommandations du conseil scientifique consultatif européen sur le changement climatique*.

² *Le plan devrait prévoir des objectifs assortis d'échéances en ce qui concerne les changements climatiques pour 2030, et par étapes quinquennales jusqu'en 2050, sur la base de preuves scientifiques concluantes et, le cas échéant, des objectifs absolus de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour les catégories 1, 2 et 3 d'émissions de gaz à effet de serre.*

³ *Les autorités de contrôle devraient être tenues au moins de surveiller l'adoption et la conception du plan et ses mises à jour, conformément aux exigences énoncées dans la présente directive. Étant donné que le contenu du plan de transition pour l'atténuation du changement climatique devrait être conforme aux exigences d'information prévues par la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication par les entreprises d'informations en matière de durabilité, les entreprises qui déclarent un tel plan au titre de la directive 2013/34/UE devraient être réputées avoir respecté l'obligation spécifique d'adopter un plan au titre de la présente directive.*

⁴ *Tandis que l'obligation d'adoption sera considérée comme remplie, les entreprises devraient encore se conformer à leur obligation de mettre en œuvre ce plan de transition en faveur de l'atténuation du changement climatique et de le mettre à jour tous les douze mois afin d'évaluer les progrès accomplis dans la réalisation de ses objectifs.*

À l'issue de la présentation des deux pans du devoir de vigilance européen - la gestion des risques environnementaux ainsi que l'élaboration d'un plan de transition - nous réalisons qu'il est doté de contours flous, de notions volontairement très larges, qu'il sera nécessaire d'apprécier, d'interpréter à l'aide d'autres outils d'ores et déjà présents dans le paysage juridique français.

C. Textes sur lesquels s'appuyer selon la lettre de la directive pour mettre en œuvre ce devoir de vigilance

Afin de soutenir et interpréter ce nouveau devoir de vigilance européenne, il est fait référence à de nombreuses reprises dans le texte de la directive à des textes de soft law (a), et de hard law (b), qui partagent ce même esprit de vigilance. La reconnaissance et l'utilisation dans le corps même de la directive de cette filiation juridique représente un atout pour demain inspirer l'office du juge, pour guider les rédacteurs de contrats ou encore pour soutenir l'élaboration de la stratégie de l'entreprise.

a. Des instruments de soft law : les principes directeurs

Cette directive vise directement des principes de soft law : il est intéressant de relever les liens évidents qui sont mis en avant dès les premiers considérants (n°5 et n°6 de la directive). Il s'agit d'une part des principes directeurs des Nations unies (1), et d'autre part de ceux de l'OCDE (2).

1. Les principes relatifs aux entreprises et aux droits humains adoptés en 2011 dans le cadre des Nations unies

À côté des obligations qui incombent aux États, ces principes¹ expliquent le rôle dévolu aux entreprises. Ces principes énoncent une norme de conduite générale qui s'imposent à toutes les entreprises consistant dans le respect des droits de l'homme². Dans ces principes, parmi de très nombreuses occurrences, nous remarquons que la notion « *d'incidences négatives* » est mobilisée de manière à responsabiliser les entreprises³ ainsi que la notion de « *diligence raisonnable* »⁴, très proche de celle de vigilance portée par la présente directive. L'idée de la prise en compte de la chaîne d'activités se retrouve également dans ces principes. Il est en effet attendu des entreprises qu'elles se saisissent de ces incidences négatives au-delà de leur propre personnalité juridique⁵. Au-delà de ces quelques exemples illustrant l'évidente parenté de ces principes et de ce nouveau devoir de vigilance européen, quelles sont les conséquences à retirer

¹ Nations Unies, *Les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, 2011.

² *Ibid.*, p. 15.

³ *Ibid.*, p. 16 : « La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises: a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent ».

⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵ *Ibid.*, p. 17 : « Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences ».

de leur mention dans cette directive ? Nul doute que l'interprétation et les recommandations faites par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCNDH) seront éclairantes, serviront de guide d'interprétation au juge mais également aux praticiens du droit ou encore aux entreprises elles-mêmes. Bien que ces principes ne soient pas contraignants, la France a en effet adopté un Plan national d'action pour leur mise en œuvre en 2017, confié à la CNCNDH. En novembre 2023, la CNCNDH a publié le Rapport « Entreprises et droits de l'Homme. Protéger, respecter, réparer »¹, dans lequel elle analyse les développements normatifs et les politiques menées par la France sur la thématique Entreprises et droits de l'Homme depuis l'adoption de son plan national d'action, aux niveaux international, régional et national. Et la CNCNDH a formulé 145 recommandations, dont 20 prioritaires, afin d'encourager la France à redoubler d'ambition pour le respect et la protection des droits de l'Homme dans le contexte des activités des entreprises².

2. Les principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises en matière de droits humains et de protection de l'environnement³, ont été révisés en juin 2023⁴. À cette occasion les devoirs des sociétés ont été affermis, et sont notamment pris en compte, de manière encore plus complète, les différents impacts environnementaux que peuvent avoir les entreprises, avec une insistance toute particulière sur le changement climatique, la perte de biodiversité, la dégradation des écosystèmes terrestres ou marins, la déforestation, la pollution ou encore, la production de déchets, tout en rappelant le caractère non-exhaustif de cette liste. Et chaque État adhérent aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales a l'obligation de créer un Point de contact national (PCN) dont la mission est de veiller à l'effectivité des normes internationales de la conduite responsable des entreprises découlant des Principes directeurs.

Cette fois-ci ce sont les « décisions » rendues par le PCN, dénommées *communiqués*, qui fourniront d'utiles renseignements sur la manière dont il faut interpréter la directive, ainsi que sur les décisions judiciaires à venir. En effet, la directive sur le devoir de vigilance européen est également très fortement inspirée des principes directeurs de l'OCDE.

Plus précisément, le Point de contact national français pour la Conduite Responsable des Entreprises est une instance tripartite de règlement non-juridictionnel des différends liés à la mise en œuvre des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales. Il a pour mission de veiller à l'effectivité des Principes directeurs en assurant leur promotion et en contribuant à la résolution des questions qui lui sont posées dans le cadre de la procédure de circonstance spécifique à travers ses bons offices, la médiation et la conciliation. Il s'efforce de

¹ CNCNDH, *Rapport "Entreprises et droits de l'Homme. Protéger, respecter, réparer"*, nov. 2023.

² *Ibid.*

³ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE*, p. 5, Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises sont des recommandations que les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales en vue d'améliorer leur contribution au développement durable et de remédier aux répercussions négatives associées à leurs activités sur les individus, la planète et la société.

⁴ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises*, révisés le 8 juin 2023.

procéder à l'examen des questions soulevées dans les meilleurs délais,. Il publie ses décisions sur son site internet. Et lorsque le PCN rend des décisions relatives à ces principes, il formule par la même occasion des recommandations.

Par exemple, le dernier communiqué de suivi du PCN français date du 27 février 2024 et concerne l'affaire Perenco en Tunisie¹. Le PCN français a été saisi en 2018 par deux organisations non gouvernementales, Avocats Sans Frontières et I Watch au sujet des activités d'exploration et de production d'hydrocarbures conduites en Kébili en Tunisie. La saisine a été transmise au PCN le 14 août 2018. Suite à cela, il a adressé en 2021 huit recommandations à l'entreprise. Par exemple la deuxième recommandation du PCN conseille à l'entreprise d'élargir au niveau du groupe, et ce de manière effective sa communication avec les parties prenantes². Et suite à cette recommandation, l'entreprise a créé des comités communautaires de gestion locale. Voilà une indication précieuse de ce qu'il faudrait entendre concrètement par l'obligation de consulter les parties prenantes portée par la directive. Nous pouvons y déceler une nouvelle expression de dialogue des juges à venir : nul doute que les juges nationaux, lors de l'application de cette directive, seront attentifs au sens donné à ces différentes notions par le PCN.

b. Des instruments de hard law : les conventions internationales

De manière plus classique, la directive fait également référence à un certain nombre de conventions internationales. A la différence des principes précédemment évoqués, ces références sont réalisées dans un souci de complétude. La directive est claire sur ce point, car dès le considérant n° 32 elle nous apprend que « *La présente directive vise à couvrir de manière exhaustive les droits de l'homme* ». Pour ce faire elle renvoie en annexe aux nombreuses conventions en la matière évoquées plus haut, telles que la convention internationale relative aux droits de l'enfant, le pacte international relatif aux droits civils et politiques ou encore la convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé. Le contenu des droits humains devra donc être compris à la lumière du droit international relatif aux droits de l'homme. Dans le même esprit, les atteintes à l'environnement seront lues à la lumière des textes existants de droit international ainsi qu'aux principes généraux du droit de l'Union en matière d'environnement énoncés à l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Afin d'apprécier une atteinte à l'environnement, décrite très largement par la

¹ Décision consultable en ligne, <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/6fd97010-d270-4108-8a4c-7620a05f57b0/files/49541282-3249-4c59-b83c-6a53193e1674>.

² RECOMMANDATION 2 : Conformément aux recommandations II.A.10 et II.A.14 sur le devoir de diligence, le PCN recommande à Perenco de revoir sa communication envers ses parties prenantes « afin de rendre compte de la manière dont il répond à de telles incidences négatives » et de « s'engager auprès des parties prenantes concernées en leur donnant de réelles possibilités de faire valoir leurs points de vue lorsqu'il s'agit de planifier et de prendre des décisions relatives à des projets ou d'autres activités susceptibles d'avoir un impact significatif sur les populations locales ». Ces mesures devraient être adaptées et transposées au niveau du Groupe pour élaborer une stratégie de diligence raisonnable telle que prévue par l'OCDE.

directive¹, il sera donc nécessaire de s'appuyer sur le corpus juridique existant, tel que le protocole de Nagoya, la convention de Minamata relative à l'utilisation du mercure, ou encore la gestion des déchets par la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux.

D. Textes sur lesquels s'appuyer selon l'esprit de la directive pour mettre en œuvre ce devoir de vigilance

C'est un ensemble de textes très hétéroclite qu'il convient de garder à l'esprit, du droit pénal en passant par le droit civil et le droit des sociétés, mais qui participent à la construction d'un devoir général, de *due diligence*, de *bon comportement de l'entreprise*².

Plus généralement, un tel standard de bon comportement se dégage au fil des textes et des décisions de justices : il est demandé aux sociétés de prendre en compte dans leur manière de gouverner ces attentes contemporaines. Il est d'ailleurs fait référence au considérant n° 4 de la directive à l'importance du comportement des entreprises dans tous les secteurs de l'économie afin d'atteindre les objectifs fixés par l'Union.

Dans un souci de cohérence normative, nous constatons que c'est une nouvelle pierre qui est apportée par la directive à un tel devoir, qui se dégage à petit pas. En témoigne par exemple en matière pénale, la plainte déposée le 21 mai 2024 contre le Conseil d'administration et certains actionnaires de TotalEnergies pour mise en danger de la vie d'autrui, homicide involontaire, abstention de combattre un sinistre et atteinte à la biodiversité³. En l'espèce, les personnes physiques et morales visées par la plainte ont été choisies en raison de leur vote en faveur des stratégies climatiques de l'entreprise, jugées insuffisantes par les plaignants et incompatibles avec les objectifs de l'accord de Paris. L'arrêt rendu le 12 mai 2023 par la High Court of Justice of England and Wales dans l'affaire *ClientEarth v Shell*⁴ en témoigne également. L'ONG ClientEarth, actionnaire de la société Shell, a tenté, via une action *ut singuli*, d'engager la responsabilité des membres du *Board of Directors* au motif que la stratégie climatique menée par ces derniers ne respectait pas les objectifs fixés par l'accord de Paris. Bien que les juges anglais aient refusé en l'espèce d'accueillir une telle action faite pour le demandeur d'avoir rapporté la preuve d'une telle faute de gestion de Shell, cet arrêt nous apprend qu'il n'est pas exclu qu'un jour une responsabilité de cette nature soit engagée. En filigrane cela signifie que les organes de la société ont un rôle important à jouer face aux préoccupations environnementales actuelles.

¹ Ces interdictions comprennent l'interdiction de provoquer une 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, une dégradation des terres ou toute autre incidence sur les ressources naturelles, telles que la déforestation, qui portent fortement atteinte aux bases naturelles de la conservation et de la production de denrées alimentaires, ou qui refusent à une personne l'accès à une eau potable sûre et propre, ou qui rendent difficile l'accès d'une personne aux installations sanitaires ou détruisent ces dernières, ou qui portent atteinte à la santé ou à la sécurité d'une personne, à l'utilisation normale de biens ou de terres légalement acquis d'une personne, ou qui nuisent fortement aux services écosystémiques par lesquels un écosystème contribue directement ou indirectement au bien-être humain.

² M. Hautereau-Boutonnet, *Le code civil, un code pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 107 et s.

³ P. Mouterde et S. Mandard, « Des victimes du dérèglement climatique portent plainte contre TotalEnergies et ses actionnaires pour « homicide involontaire » et « mise en danger d'autrui », *Le Monde*, 21 mai 2024.

⁴ High Court of Justice of England and Wales, 12 mai 2023, n° BL-2023-000215.

Dans le même esprit, la toute récente directive adoptée le 11 avril 2024¹ relative à l'intensification de la protection de l'environnement par le droit pénal a notamment consacré de manière large le crime d'écocide comme « tout acte causant des dommages graves et étendus, ou graves et durables, ou graves et irréversibles à l'environnement ». La sanction dont est assorti ce crime est également très symbolique. Ce sont des sanctions particulièrement fortes à l'encontre du dirigeant personne physique, ainsi qu'à l'encontre de la personne morale qui sont organisées.

IV. La force de la directive

La force de la directive est grande, en dépit de la qualification d'obligations de moyen (A), au regard du soin accordée par le législateur pour lui conférer la plus grande efficacité possible. De manière pragmatique il est en effet prévu que des lignes directrices seront publiées de manière à guider les entreprises (B). Sont d'ores et déjà prodigués des conseils relatifs au contenu contractuel (C), à l'attitude contractuelle à adopter selon les circonstances (D). Est également organisée une large communication de ce devoir de vigilance, et l'on sait combien les entreprises sont aujourd'hui soucieuses de leur image en matière de droits humains et de protection de l'environnement (E).

A. La nature des obligations prévues dans cette directive

Il est indiqué de manière très claire au considérant n°19 de la directive que « *les principales obligations figurant dans la présente directive devraient être des obligations de moyens* ». Le législateur européen précise ensuite que l'entreprise doit prendre les « mesures appropriées », les « mesures adéquates » pour faire cesser ou prévenir les incidences négatives, mais également, faisant preuve de pragmatisme il est ajouté que l'entreprise peut ne pas être en mesure de parvenir à de tels résultats en raison des circonstances. Cette clause de *best efforts* est louable au regard du contexte international dans lequel s'inscrit ce devoir de vigilance. Seront ainsi pris en compte d'un certain nombre d'éléments factuels, tels que « *la nature et de l'étendue de l'incidence négative* », « *des particularités des activités commerciales de l'entreprise et de sa chaîne d'activités* » ou encore *du secteur ou de la zone géographique servant de cadre aux activités de ses partenaires commerciaux* » et enfin, autre exemple très pragmatique « de la capacité de l'entreprise à influencer ».

B. Recommandations

De manière générale, l'article 21 de la Directive prévoit la mise en place par la Commission d'un guichet unique d'assistance, où trouver des informations, des orientations et un soutien lors de la mise en œuvre de cette directive. Le législateur européen, conscient de la difficulté d'identifier ou encore de suivre de manière efficace la gestion de ces incidences négatives, conseille au considérant n° 68 de la directive d'utiliser pour ce faire les outils et technologies numériques, tels que ceux utilisés pour le suivi, la surveillance ou le traçage des matières premières, des biens et des produits tout au long des chaînes de valeur – par exemple les

¹ Dir. (UE) n° 2024/1203, 11 avr. 2024, JOUE L, 30 avr. 2024.

satellites, les drones, les radars ou les solutions de plateforme de manière à soutenir et réduire le coût de la collecte de données pour la gestion de la chaîne de valeur.

C. Conseils contractuels

La publication de lignes directrices par la Commission, en consultation avec les États membres et les parties prenantes, est prévue. L'article 19 de la directive précise le contenu à venir de ces lignes directrices qui porteront notamment sur des orientations et des bonnes pratiques sur la manière d'exercer le devoir de vigilance, des orientations pratiques sur le plan de transition, ou encore des orientations sectorielles.

Il est précisé au considérant n° 66 que ces recommandations proposeront également des clauses contractuelles types, que les entreprises peuvent utiliser volontairement comme un outil les aidant à remplir les obligations qui leur incombent en vertu des articles 10 et 11 de la directive, c'est-à-dire la prévention et la suppression des incidences négatives. Il sera ainsi fait appel de manière classique à l'ingénierie contractuelle et à toute l'imagination des praticiens à cette occasion. À titre d'illustration, la banque ING a mis en place un prêt à taux variable, indexés sur les performances des entreprises en matière de développement durable. Elle a été la première banque en France à mettre en place un *Sustainability-Improvement Loan* avec EDF¹. Une telle clause participerait assurément à la gestion des risques pensée par cette directive !

Les clauses organisant des garanties contractuelles pourraient également, à titre d'illustration, être mise au service de ce devoir de vigilance. Au considérant n° 46 de la directive cette hypothèse est d'ailleurs directement évoquée : *« possibilité pour l'entreprise de rechercher des garanties contractuelles auprès du partenaire commercial indirect, afin qu'il se conforme au code de conduite de l'entreprise ou à son plan d'action en matière de prévention, et de prendre des mesures appropriées pour s'assurer que le partenaire commercial indirect respecte les garanties contractuelles »*.

D. Attitude contractuelle à adopter

La directive donne également des indications quant à l'attitude contractuelle à adopter. C'est une posture forte et à nouveau au plus près des besoins des entreprises qu'elle plébiscite. En effet, pour remédier à des incidences négatives, il est recommandé au considérant n° 50 de la directive de ne faire cesser, temporairement ou définitivement, la relation commerciale, en dernier ressort seulement, lorsque les mesures mises en place n'ont eu aucun effet². C'est là l'expression classique de la force obligatoire du contrat telle quelle existe dans la plupart des ordres juridiques. Au-delà de la sortie de la relation contractuelle, ce même considérant recommande de faire preuve de vigilance dans le choix de ses relations d'affaires : *« l'obligation pour les entreprises, en dernier ressort, de s'abstenir de nouer de nouvelles relations ou d'étendre les relations existantes avec le partenaire en question (auteur d'incidences négatives) »*. Il est également conseillé au considérant n° 49 de la directive, si besoin, de nouer des relations d'affaires permettant de prévenir ou remédier à ces incidences :

¹ <https://www.ingwb.com/fr/network/emea/france>.

² Il est recommandé de *« donner la priorité à leur engagement avec des partenaires commerciaux dans leurs chaînes d'activités plutôt qu'à la cessation d'une relation commerciale »*.

« Il est possible que la prévention d'incidences négatives potentielles nécessiterait une collaboration avec une autre entreprise, par exemple au niveau d'un partenaire commercial indirect d'une entreprise qui a une relation contractuelle directe avec le partenaire commercial indirect en question ».

E. Communication

La force de la directive est enfin assurée par l'obligation pour les entreprises de communiquer de manière annuelle un rapport sur ce devoir de vigilance. L'article 16 de la directive prévoit ainsi la publication d'un tel rapport au plus tard 12 mois après la date de clôture du bilan de l'exercice pour lequel la déclaration est établie ou, pour les sociétés qui présentent volontairement des informations conformément à la directive 2013/34/UE, au plus tard à la date de publication des états financiers annuels. Par le pouvoir de dire, de porter sur la place publique la conformité ou plutôt l'absence de conformité aux règles de la compliance, le législateur européen utilise un autre moyen afin d'orienter les comportements. L'image, la réputation d'une entreprise est en effet très importante aujourd'hui.

V. Le contrôle

Des voies de recours efficaces sont mises en œuvre, tant au regard des plaintes elles-mêmes (A) que de la diversité des sanctions prévues (B).

A. Les plaintes

Le recueil (a) et le suivi (b) des plaintes sont organisés.

a. Organisation du recueil des plaintes

La procédure pour déposer une plainte devra tout d'abord être la plus accessible possible. Pour ce faire, à l'article 14 de la directive il est recommandé de permettre un dépôt de plainte auprès de l'entreprise directement. Les personnes susceptibles de déposer une telle plainte sont également appréhendées très largement. Ce même article détaille toutes les personnes concernées. Il s'agit des personnes qui sont touchées ou ont des motifs raisonnables de croire qu'elles pourraient être touchées, des représentants légitimes de ces personnes agissant en leur nom, tels que les organisations de la société civile et les défenseurs des droits de l'homme, des syndicats et d'autres représentants des travailleurs représentant les personnes travaillant dans la chaîne d'activités concernée et enfin des organisations de la société civile actives et ayant de l'expérience dans les domaines concernés par l'incidence négative sur l'environnement qui fait l'objet de la plainte.

Les entreprises devraient ensuite mettre en place une procédure équitable, mise à la disposition du public, accessible, prévisible et transparente en vue de traiter ces plaintes et d'informer les travailleurs, syndicats et autres représentants des travailleurs concernés de l'existence de telles procédures. Également, afin de recevoir et traiter au mieux ces plaintes, il est prévu que les entreprises mettent en place un mécanisme accessible pour que les personnes et les

organisations puissent soumettre des notifications lorsqu'elles ont des informations ou des préoccupations légitimes quant aux incidences négatives réelles ou potentielles. De cette façon, l'entreprise sera à même de prendre connaissance de l'incidence négative, d'être « notifiée » le plus tôt, de manière à agir de la manière la plus adéquate possible.

À noter également qu'au considérant n° 93 une attention toute particulière est portée sur les lanceurs d'alerte travaillant dans l'entreprise en question. Leur protection doit être assurée car les informations qu'ils sont en mesure de délivrer, au regard du poste qu'ils occupent, sont précieuses.

b. Le suivi des plaintes

L'article 14 de la directive prévoit également un suivi des plaintes. Les personnes ayant porté plainte sont directement intégrées à l'instruction de cette plainte et aux remèdes apportés aux incidences négatives dénoncées. Elles peuvent par exemple rencontrer les représentants de l'entreprise ou encore recevoir des informations sur les mesures prises ou à prendre. Un tel dispositif très participatif apparaît relativement inédit. Enfin, les plaignants peuvent être informés par l'entreprise des motifs pour lesquels une plainte a été considérée comme fondée ou non fondée et, lorsqu'elle est considérée comme fondée, le considérant n° 59 de la directive met l'accent sur la manière de traiter cette plainte. Celle-ci doit « *donner rapidement une suite appropriée* » selon les termes même de la directive. Le traitement des plaintes est donc empreint de transparence, ce qui risque d'être relativement difficile à mettre en œuvre.

B. Les sanctions

L'article 27 de la directive nous apprend tout d'abord que différents éléments sont pris en compte pour retenir ou non une sanction, tels que la nature et la gravité de l'incidence négative ou encore l'attitude de l'entreprise pour y remédier. Toujours selon l'article 27 de la directive deux sanctions doivent au minima être organisées par les États membres. Il s'agit de la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'entreprise (a) ce qui fait écho à notre devoir de vigilance à la française, mais également une sanction réputationnelle prenant la forme d'une large publication des manquements constatés (b). Il est encore possible de mettre en œuvre une autre sanction évoquée par la directive, de nature économique cette fois-ci, consistant en la possible exclusion de passation de marché et concession, ou encore à l'interdiction d'accéder à certains marchés (c).

a. La responsabilité civile

La responsabilité civile de l'entreprise n'ayant pas respecté ce devoir de vigilance est en premier visée. Au considérant n° 79 il est prévu que les États membres doivent organiser une telle responsabilité, pour les dommages causés à une personne physique ou morale, dans le cas où l'entreprise a manqué, intentionnellement ou par négligence, de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives potentielles ou de mettre un terme aux incidences réelles ou d'en réduire l'ampleur au minimum et, qu'à la suite d'un tel manquement, un dommage ait été causé à la personne physique ou morale. Au considérant n° 90 de la directive il est par ailleurs précisé que

cette responsabilité devra être dotée d'un caractère impératif au cas où cela survienne dans un pays tiers. L'article 27 précise ensuite que la sanction pécuniaire doit être fondée sur le chiffre d'affaires net au niveau mondial de l'entreprise. Le plafond maximal des sanctions pécuniaires est de 5 % au moins du chiffre d'affaires net mondial réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédant la décision d'infliger une amende. Le considérant n° 76 ouvre toutefois la voie à des exceptions, car il prévoit que cela ne devrait pas obliger les États membres à fonder la sanction pécuniaire uniquement sur le chiffre d'affaires net de l'entreprise « dans tous les cas ».

b. Une sanction réputationnelle

Une sanction réputationnelle est ensuite prévue ; l'article 27 de la directive prévoit ainsi le cas où l'entreprise ne se conforme pas à la décision imposant une sanction pécuniaire dans le délai imparti. Ce mauvais comportement sera alors en quelque sorte sanctionné par une déclaration publique indiquant la responsabilité de l'entreprise à l'égard de l'infraction et la nature de cette dernière.

c. Une sanction économique

Une sanction économique ensuite : l'accès même à certains marchés pourrait être empêché. Au considérant n° 76 de la directive il est évoqué la possibilité de retirer des produits du marché et d'en interdire la mise sur le marché. Une autre forme de sanction est envisagée au considérant n° 92 de la directive, il s'agit de la possible exclusion d'un opérateur économique de la passation de marché et concession. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ainsi exclure un opérateur économique s'ils peuvent démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur a manqué à ses obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, y compris celles découlant de certains accords internationaux ratifiés par tous les États membres et énumérés dans ces directives, ou que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité.

VI. La prise en compte de la vulnérabilité

La vulnérabilité des acteurs économiques qui pourraient subir la mise en œuvre de ce devoir de vigilance, à savoir les filiales (A) ainsi que les PME (B), est également appréhendée.

A. La situation des filiales

De manière générale, le considérant n°24 de la directive nous apprend que les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement peuvent survenir dans les activités propres des entreprises, mais également dans celles de leurs filiales.

L'article 1^{er} de la directive vise très directement la prise en compte par l'entreprise débitrice de ce devoir de vigilance des incidences négatives en ce qui concerne leurs propres activités mais encore celles de leurs filiales. Toutefois l'article 2 de la directive nous apprend que dans certains

cas la société mère ultime peut être exemptée de l'exécution des obligations prévues par la présente directive, lorsque celle-ci a pour activité principale la détention d'actions dans des filiales opérationnelles et ne prend pas part à la prise de décisions de gestion, opérationnelles ou financières qui touchent le groupe ou une ou plusieurs de ses filiales.

À noter tout de même que le dernier paragraphe de cet article 2 précise que la société mère ultime demeure conjointement responsable avec la filiale désignée du non-respect, par cette dernière, des obligations qui lui incombent en vertu du premier alinéa du présent paragraphe.

Bien que dans cette hypothèse, la filiale dispose de tous les moyens et pouvoirs juridiques nécessaires pour s'acquitter efficacement de ces obligations, ce pouvoir de faire qui repose entre les mains de la filiale n'a aucune incidence sur la responsabilité finale de la société mère. Et cette disposition se comprend aisément, car le pouvoir financier de la société mère (au regard des seuils qu'elle remplit pour pouvoir être soumise à cette directive) est bien supérieur à celui de la filiale. Néanmoins il est vrai qu'une telle disposition encourage à la prudence. C'est une responsabilité solidaire de principe, sans exception qui est posée. Et les nuances que l'on pourrait rencontrer en pratique sont sans incidence sur la responsabilité de la société mère. Quid en effet de la filiale de mauvaise foi ou encore négligente ?

B. L'Impact sur les PME

Bien que les PME ne relèvent pas du champ d'application de la directive, elles pourraient subir les effets de ses dispositions en leur qualité de contractants ou de sous- traitants des entreprises débitrices d'un tel devoir. Afin d'atténuer le poids financier de sa mise en œuvre, le considérant n° 46 prévoit un éventuel soutien aux PME en difficulté, en raison d'une charge financière ou administrative trop importante. Ce soutien pourrait prendre diverses formes : en lui donnant accès à des possibilités de renforcement des capacités, de formation ou de mise à niveau des systèmes de gestion. Le soutien pourrait encore être financier lorsque le respect du code de conduite ou du plan d'action en matière de prévention compromettrait la viabilité de la PME. Cela pourrait prendre par exemple la forme d'un financement direct, de prêts à taux d'intérêt réduit, de garanties quant au maintien de l'approvisionnement ou encore une aide à l'obtention d'un financement. Également, le considérant n° 69 de la directive recommande aux États membres, avec l'appui de la Commission, de créer et exploiter, des sites web, portails ou plateformes spécialisés conviviaux, pour fournir des informations et un soutien aux entreprises, et pourraient aussi apporter un soutien financier aux PME et les soutenir dans le renforcement de leurs capacités.