

## Proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité - Analyse et recommandations

Septembre 2022

La loi française sur le devoir de vigilance, promulguée le 27 mars 2017, a constitué un premier pas dans la lutte contre l'impunité des acteurs économiques. Depuis, le contexte politique et économique a fortement évolué. Plusieurs pays ont adopté, ou sont sur le point d'adopter, des législations en la matière. L'urgence climatique, la crise sanitaire et la guerre en Ukraine questionnent le cadre juridique des chaînes d'approvisionnement globales et leur viabilité.

La proposition de directive de la Commission européenne « sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », publiée le 23 février 2022, était attendue de longue date. Dans sa rédaction actuelle, cette proposition n'est cependant pas à la hauteur des enjeux.

Cette note présente notre analyse et nos recommandations sur six points clés : le champ d'application matériel, la notion de relations commerciales établies, la définition du devoir de vigilance, la responsabilité civile, le contrôle administratif, et la protection des personnes susceptibles d'agir sur le fondement du devoir de vigilance.

Nos craintes portent principalement sur la vision et sur l'équilibre général du texte, qui tend à transformer le devoir de vigilance en exercice de *compliance* visant à renforcer la sécurité juridique des entreprises, au détriment de la protection de l'environnement et des droits des personnes affectées.

### La nécessité de couvrir l'ensemble des atteintes aux droits humains, à l'environnement, à la santé et à la sécurité des personnes

Afin d'identifier les droits humains qui doivent faire l'objet de mesures de vigilance, la proposition de directive énumère les « *incidences négatives sur les droits de l'homme* », au moyen d'une approche en deux temps.

Tout d'abord, l'annexe prévoit une liste de violations des droits humains (I.1), puis y inclut également toute « *violation d'une interdiction ou d'un droit* » qui figure dans une liste de conventions internationales (I.2), à condition que ladite violation « *porte directement atteinte à un intérêt juridique protégé par ces accords, à condition que l'entreprise concernée ait pu raisonnablement établir le risque d'une telle atteinte et toute mesure appropriée à prendre pour se conformer aux obligations visées à l'article 4 [...] compte tenu de toutes les circonstances pertinentes de ses activités, telle que le secteur et le contexte opérationnel* ».

Cette délimitation du périmètre matériel de l'obligation soulève des questions méthodologiques : afin de savoir si un droit humain entre dans ce périmètre, il est nécessaire de s'interroger sur la capacité de l'entreprise à établir le risque d'atteintes à ce droit humain et à prendre des mesures pour se conformer à ses obligations.



Par ailleurs, procéder par énumération limitative semble incompatible avec le principe d'indivisibilité et d'interdépendance des droits humains. Certaines conventions sont ainsi absentes de la liste de l'annexe I.2 : la Convention 190 de l'OIT sur la violence et le harcèlement au travail, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, ou encore les instruments de l'OIT sur la santé et la sécurité au travail.

Comme le relève Anne Danis-Fâtome, cette énumération paraît également problématique au vu du droit de la responsabilité civile : « *La responsabilité civile tire notamment sa force de la malléabilité de la notion de faute. Il importe donc d'éviter de lister à l'avance la violation des droits susceptibles de permettre son engagement* »<sup>1</sup>.

Le périmètre des « *incidences négatives sur l'environnement* » est quant à lui défini seulement sur la base d'une liste de conventions internationales en matière environnementale (Annexe II). Cette approche est beaucoup plus restrictive que celle retenue par la loi française sur le devoir de vigilance, qui s'applique à toutes les atteintes graves à l'environnement, et qui est cohérente avec la notion de préjudice écologique définie à l'article 1247 du Code civil comme toute « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».

À l'inverse, définir les atteintes à l'environnement au moyen d'une liste de conventions internationales est problématique. Tout d'abord, le droit international de l'environnement est éminemment sectoriel et fragmenté : alors que l'on dénombre plus de 500 conventions internationales environnementales, de nombreuses atteintes à l'environnement (la pollution des sols, la déforestation, les dommages à la biodiversité marine en haute mer, etc.) ne font pas l'objet d'accords contraignants au niveau international. Des principes généraux du droit international de l'environnement (y compris le principe de précaution, le principe de prévention, le principe pollueur-payeur) ont progressivement émergé mais n'apparaissent pourtant pas dans la liste de l'Annexe II. L'approche consistant à renvoyer à une liste de conventions internationales pour définir son champ d'application risque donc de créer des angles morts dans la prévention et la réparation des atteintes à l'environnement perpétrées par les entreprises.

Ensuite, la plupart des conventions internationales en matière environnementale imposent des obligations exclusivement aux États et dépendent de l'adoption de règles nationales pour leur mise en œuvre. Beaucoup sont des conventions cadres, qui fixent des objectifs à atteindre aux États, tout en leur laissant une large marge de manœuvre sur les mesures à adopter. Par exemple, la Convention sur la biodiversité biologique oblige les États parties à développer des stratégies nationales et des plans d'actions relatifs à la biodiversité. Ces conventions ne peuvent pas aisément faire l'objet d'une application horizontale aux entreprises, contrairement aux conventions en matière de droits humains.

En tout état de cause, la liste prévue à l'Annexe II est notoirement incomplète : y sont notamment absents des instruments essentiels tels que l'Accord de Paris sur le climat, la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats



des oiseaux d'eau, la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires MARPOL 73/78, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification ou encore la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus).

De façon tout aussi inquiétante, le changement climatique est exclu des « *incidences négatives sur l'environnement* », et donc des dispositions sur la vigilance et sur la responsabilité civile. Il fait l'objet d'une disposition spécifique (article 15), qui se contente d'exiger des entreprises l'adoption d'un plan en matière climatique – sans obligation de mettre en œuvre ce plan de manière effective, et sans que des manquements en la matière puissent engager la responsabilité civile de la société en vertu de l'article 22.

### **Recommandation n°1**

**Le champ d'application matériel de la future directive ne doit pas être plus restreint que celui de la loi française sur le devoir de vigilance. Notamment, toute énumération des droits humains concernés ne doit pas être limitative. Le champ d'application en matière environnementale doit pouvoir appréhender l'ensemble des atteintes aux écosystèmes et à leurs éléments, ainsi que leur interdépendance. En particulier, une atteinte à l'environnement ne doit pas être conditionnée à la violation d'une convention internationale environnementale.**

### **Les effets pervers de la notion de « relations commerciales établies » : le besoin d'étendre le devoir de vigilance tout au long de la chaîne de valeur de l'entreprise**

Pour définir le périmètre du devoir de vigilance, la proposition de directive s'appuie sur la notion de « *relations commerciales bien établies* », associée à la notion de « *chaîne de valeur* », les deux notions étant définies aux articles 3(f) et (g). Ainsi, les entreprises concernées doivent exercer leur devoir de vigilance concernant les atteintes qui découlent de leurs propres activités, des activités de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leur chaîne de valeur, des activités de leurs relations commerciales bien établies.

La notion de « *relations commerciales bien établies* » semble être en partie inspirée de la loi française sur le devoir de vigilance, qui utilise la notion de relations commerciales établies, sans pour autant la définir.

En droit français, la notion de « *relation commerciale établie* » est, à l'origine, un concept de droit commercial<sup>2</sup>. Cependant, il reste encore à déterminer quel sens lui sera donné en matière de devoir de vigilance. En effet, l'interprétation donnée par la jurisprudence commerciale ne semble pas transposable, tant les objectifs poursuivis par la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie diffèrent de ceux de la loi sur le devoir de vigilance : protection des attentes légitimes du partenaire commercial d'une part, protection des droits des personnes et de l'environnement d'autre part.



Certains y perçoivent de potentiels effets pervers, encourageant les sociétés à préférer des relations commerciales courtes et non-reconduites pour échapper aux exigences du devoir de vigilance<sup>3</sup>.

Par ailleurs, la doctrine semble aujourd'hui partagée sur la capacité de cette notion à couvrir toute la chaîne de valeur de l'entreprise. Si une majorité considère qu'une interprétation restrictive serait contraire aux objectifs poursuivis par la loi<sup>4</sup>, quelques auteurs retiennent que seuls les sous-traitants et fournisseurs directs sont concernés<sup>5</sup>. A ce sujet, les travaux parlementaires étaient pourtant clairs. Selon les termes du rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, Dominique Potier, « *il va de soi que l'obligation de vigilance ne s'arrête pas aux sous-traitants de rang un et couvre évidemment les sous-traitants en cascade. Je veux que ce point figure très clairement au compte rendu afin que les entreprises connaissent l'étendue exacte de leurs obligations et afin que le juge en tienne compte le jour où il devra faire appliquer la loi* »<sup>6</sup>.

Certaines entreprises ont cependant profité de cette incertitude pour définir le périmètre de leur plan de vigilance de façon restrictive, en le limitant expressément aux fournisseurs *directs* ou de « *premier rang* »<sup>7</sup>. C'est d'ailleurs la position officielle de l'AFEP<sup>8</sup>. La question doit désormais être tranchée par les tribunaux, mais une telle interprétation restrictive est un facteur d'insécurité juridique pour les victimes.

Dans la proposition de directive, la définition de la « *relation commerciale bien établie* » clarifie que cette relation peut être « *directe ou indirecte* », et ne s'arrête donc pas aux fournisseurs de premier rang. Cette précision est bienvenue.

Cependant, le critère de la durabilité de la relation (« *qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée* ») pourrait conduire à exclure du champ de la vigilance l'amont de la chaîne de valeur, où le secteur informel est plus répandu et où les liens commerciaux sont plus ponctuels et moins formalisés, alors même que les atteintes aux droits humains et à l'environnement y sont plus fréquentes. Il pourrait également exclure du champ de la vigilance des relations commerciales significatives d'un point de vue économique, mais ponctuelles. Ce critère risque donc d'engendrer les mêmes effets pervers que ceux soulignés ci-dessus au sujet des dispositions françaises.

De même, l'exclusion des relations commerciales qui constituent « *une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur* » est problématique. Certains composants ne représentent qu'une partie « *négligeable* » de la chaîne d'approvisionnement des entreprises qui y ont recours, tout en présentant des risques d'atteintes importants. De même, certains services, précisément parce qu'ils sont perçus comme « *accessoires* », donnent lieu à un recours massif à la sous-traitance (par exemple, le recours à des sociétés de sécurité ou d'entretien).

## Recommandation n°2

**Le devoir de vigilance doit concerner l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, selon une approche fondée sur les risques. À défaut, les atteintes les plus fréquentes et les plus graves risquent de ne pas faire l'objet de mesures de vigilance, et les entreprises seront incitées à privilégier des relations ponctuelles et informelles, à rebours des objectifs poursuivis.**



## Les risques d'une approche formaliste de la vigilance : le devoir de vigilance est une obligation constante de comportement

La proposition de directive prévoit l'obligation d'adopter des mesures de recensement des incidences négatives « *potentielles* » et « *réelles* » (article 5). Puis, elle distingue les mesures de prévention ou, à défaut, d'atténuation, des incidences négatives *potentielles* (article 6), des mesures de suppression ou, à défaut, de minimisation, des incidences négatives *réelles* (article 7). L'article 10 porte sur le suivi périodique de l'efficacité des mesures.

La proposition définit par ailleurs les critères à prendre en compte pour évaluer le caractère approprié desdites mesures, une mesure étant « *appropriée* » lorsqu'elle est « *capable d'atteindre les objectifs liés au devoir de vigilance, proportionnelle au degré de gravité et à la probabilité de l'incidence négative, et raisonnablement à la disposition de l'entreprise, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, y compris des caractéristiques du secteur économique et de la relation commerciale spécifique, de l'influence de l'entreprise, ainsi que de la nécessité d'établir des priorités d'action* » (article 3). Cette précision semble exiger une appréciation concrète du caractère adapté et effectif des mesures de vigilance annoncées par les entreprises selon les circonstances de l'espèce.

Cependant, les mesures de prévention ou atténuation et de suppression ou minimisation sont ensuite énumérées de façon limitative. Elles s'articulent autour de l'adoption d'un code de conduite, de la mise en œuvre de plans préventifs ou correctifs, de la tentative d'obtention de garanties contractuelles (potentiellement selon des clauses types) auprès des relations commerciales établies, de la réalisation d'investissements, du soutien ciblé et proportionné aux PME, et du recours à des initiatives sectorielles ou à des mécanismes de vérifications par des tiers (audits). En cas d'insuffisance de ces mesures, la suspension ou la résiliation des relations commerciales s'imposerait dans certaines conditions.

En définissant ainsi l'obligation de vigilance, la proposition de directive prescrit certains processus de management des risques qui sont déjà utilisés par les entreprises et dont l'efficacité est largement contestée.

Ainsi, les audits sociaux sont dénoncés depuis de nombreuses années, et ne peuvent pas être considérés comme des mesures adaptées de vigilance. En particulier, le manque d'indépendance des cabinets privés d'audits sociaux<sup>10</sup>, le caractère superficiel des contrôles effectués lors de visites d'usines sommaires<sup>11</sup> et annoncées<sup>12</sup>, ou encore l'incompatibilité entre la méthodologie de l'audit social et les droits fondamentaux des travailleurs, ont fait l'objet de nombreuses études. La défaillance des audits sociaux est notamment due à l'absence d'association des salariés et des organisations syndicales au processus de contrôle. Ainsi, quand les salariés ne sont pas tout simplement exclus des entretiens lors des audits, ils peuvent être interrogés en présence du management, dans leur bureau, ou sélectionnés préalablement par la direction, voire « *préparés* » par celle-ci<sup>13</sup>.

De même, le simple recours à des clauses contractuelles types – si les partenaires commerciaux les acceptent – risque en réalité de reporter la responsabilité sur les acteurs en amont de la chaîne d'approvisionnement, dédouanant *in fine* les sociétés donneuses d'ordre.



Enfin, il a été démontré que, si elles pouvaient parfois créer un espace de dialogue ou de partage d'expérience, les initiatives sectorielles multipartites ne permettent pas la mise en place des standards de prévention adaptés à la protection des droits humains<sup>14</sup>. Cela est dû au rapport de force structurellement déséquilibré au sein de ces initiatives, où les intérêts des entreprises directement concernées prévalent.

Pour Sherpa, le devoir de vigilance ne peut être utile que s'il est défini comme l'obligation générale de prendre toutes mesures nécessaires, raisonnables, adaptées et effectives pour éviter que des atteintes ne surviennent dans la chaîne de valeur ou dans les filiales de l'entreprise. Toute prescription formelle quant aux types de mesures de vigilance exigées transforme cette obligation en exercice de *compliance* facilitant les stratégies d'« évitement de la responsabilité »<sup>15</sup>, sans s'attaquer aux causes réelles des atteintes.

En effet, beaucoup d'atteintes aux droits humains et à l'environnement ont des causes structurelles. Elles tiennent en réalité au modèle économique de l'entreprise (son choix de faire fabriquer ses produits à bas coût dans des pays où les droits des travailleurs ne sont pas respectés, d'avoir recours à la sous-traitance, ou de commercialiser certains produits nuisibles), à des décisions commerciales (choix d'un procédé ou d'un composant), ou à des pratiques commerciales (prix et délais accordés au fournisseur ou au sous-traitant). La définition du devoir de vigilance devrait permettre d'encadrer ces décisions et d'exclure certaines pratiques.

Se contenter d'imposer de simples processus de vérification formelle des fournisseurs ou sous-traitants, tout en exemptant de responsabilité les entreprises qui les mettent en place, revient à conforter, plutôt qu'à remettre en question, les modèles économiques à l'origine des atteintes aux droits humains et à l'environnement dans les chaînes de valeur.

### Recommandation n°3

**Il est nécessaire de définir le devoir de vigilance comme l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires, raisonnables, adaptées et effectives pour éviter que des atteintes ne surviennent dans la chaîne de valeur ou dans les filiales de l'entreprise. Toute prescription de mesures de *compliance* dont l'inefficacité est largement reconnue (audits, garanties contractuelles, initiatives multi-parties prenantes) risque de conforter les pratiques à l'origine des violations, tout en dédouanant les entreprises.**

### La nécessité de consacrer un régime de responsabilité civile effectif

La proposition de directive prévoit qu'un manquement à l'article 7 (prévention ou atténuation) ou à l'article 8 (suppression ou minimisation) peut engager la responsabilité civile de l'entreprise et l'obliger à réparer les dommages en résultant (article 22).

Si la responsabilité civile est indispensable pour permettre aux personnes affectées d'avoir accès à la réparation, le régime prévu est en l'état inadapté.



**Premièrement, la proposition prévoit un mécanisme d'exonération pour l'entreprise lorsque les dommages résultent des activités d'un de ses partenaires indirects.** Dans ces situations, l'entreprise ne pourra pas être tenue responsable si elle s'est efforcée d'obtenir des garanties contractuelles auprès de ses partenaires directs et d'y assortir des mesures appropriées permettant d'en vérifier le respect, et ce « à moins qu'il n'ait été déraisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire ou minimum l'incidence négative. »

En prévoyant une telle cause d'exonération, le régime de responsabilité civile prescrit par la directive s'appuie fortement sur les démarches de *compliance* des entreprises, alors même que leur pertinence et leur efficacité sont contestées (voire la recommandation n°3), et facilite les stratégies d'évitement de la responsabilité.

**Deuxièmement, le régime de responsabilité envisagé par la proposition de directive apparaît inadapté à garantir l'accès à la justice, notamment au vu des asymétries d'information entre les entreprises et les personnes affectées par leurs activités.**

Ce régime se rapproche en effet de celui prévu par la loi sur le devoir de vigilance, qui renvoie à la responsabilité pour faute ou négligence prévue aux articles 1240 et 1241 du Code civil. La responsabilité ne peut donc être retenue que si une faute, un dommage, et un lien de causalité entre les deux sont établis. Si la proposition de directive permet en partie aux États membres d'aménager la charge de la preuve s'agissant du caractère « adéquat » des mesures de vigilance, la charge de la preuve repose du reste sur les victimes<sup>16</sup>.

Or, certaines difficultés dans la mise en œuvre de la loi française sur le devoir de vigilance s'expliquent précisément par les difficultés d'accès à des informations détenues par l'entreprise et qui sont essentielles à caractériser la faute de vigilance ou le lien de causalité (noms des fournisseurs, mesures de prévention mises en œuvre, études d'impact des projets à l'étranger, cahier des charges et résultats des audits invoqués, contenus des contrats etc.). Ni la publication de déclarations de performance extra-financière, ni la publication de plans de vigilance ne permettent aujourd'hui de remédier à cette asymétrie d'informations. Les mesures d'instruction *in futurum* prévues par l'article 145 du Code de procédure civile sont également insuffisantes, comme le démontre le refus par la société Perenco SA, spécialisée dans l'exploitation pétrolière, d'exécuter une ordonnance rendue par le Tribunal de Paris qui visait des documents relatifs aux activités du groupe en République Démocratique du Congo<sup>17</sup>.

Plusieurs universitaires recommandent ainsi la création de mécanismes d'accès par les tiers à l'information détenue par les entreprises qui, comme en matière d'accès aux documents administratifs, pourraient en cas de refus donner lieu à un recours juridictionnel<sup>18</sup>. Cette recommandation, promue depuis longtemps par Sherpa, était également envisagée au niveau européen sous la forme d'un *right to know*<sup>19</sup>. Elle n'apparaît malheureusement pas dans la proposition de directive.



Par ailleurs, il est nécessaire d'aménager le régime de responsabilité civile, et notamment d'envisager un régime de responsabilité objective de la société-mère en cas d'atteintes à l'environnement ou aux droits humains qui résulte de l'activités des sociétés contrôlées. Il apparaît en effet peu souhaitable qu'une société-mère puisse exciper de mesures de vigilance et ainsi priver les victimes de réparation, alors même que le dommage résulte des activités d'une entreprise sous son contrôle. L'instauration d'une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales, plus protectrice des droits des victimes et plus cohérente avec les objectifs de la responsabilité civile, est recommandée par plusieurs universitaires, notamment Benoit Grimonprez ou Julien Lagoutte<sup>20</sup>.

En tout état de cause, il semble indispensable de renverser la charge de la preuve qui aujourd'hui pèse sur les victimes et les organisations de la société civile. La société en question est en effet la mieux placée pour rapporter la preuve des mesures qu'elle a mises en place, et de leur caractère adapté et effectif pour prévenir les atteintes. Un tel renversement de la charge de la preuve apparaissait, s'agissant des sociétés contrôlées, dans la Résolution du Parlement européen adoptée en mars 2021<sup>22</sup>.

**Troisièmement, la proposition de directive se contente de prévoir un mécanisme de responsabilité en cas de dommage, sans prévoir de mécanisme judiciaire préventif.** En l'absence de dommage, les personnes intéressées (associations, salariés, syndicats) ne pourraient donc que soumettre un « rapport étayé » à l'autorité de contrôle quant au risque d'atteintes<sup>23</sup>, ou bien saisir le juge mais seulement si les conditions des procédures de référés en matière civile se trouvent remplies.

Au contraire, les dispositions issues de la loi sur le devoir de vigilance permettent à toute personne intéressée de demander au juge d'enjoindre à la société défaillante de se mettre en conformité avec ses obligations légales (article L. 225-102-4 II du Code de commerce), sans nécessairement avoir à établir que les conditions du référé sont satisfaites. Un tel mécanisme existe aussi en matière de prévention des dommages environnementaux (article 1252 du Code civil) et permet au juge de prononcer des mesures en amont de la réalisation d'un dommage, conformément au principe de prévention, et alors que les dommages à l'environnement, une fois réalisés, sont difficilement réparables. L'absence de mécanisme judiciaire préventif dans la proposition de directive est d'autant plus inquiétante que tous les contentieux engagés en France sur le fondement du devoir de vigilance comportent un volet préventif et, pour la plupart, ont un objet exclusivement préventif<sup>24</sup>.

**Enfin, le périmètre du contrôle mené par l'autorité administrative et par le juge saisi d'une action en responsabilité se superposent en partie, ce qui pourrait venir affaiblir le contrôle du juge saisi d'une demande de dommages et intérêts.**

S'agissant de l'articulation entre les deux mécanismes, l'article 18.4 prévoit que l'adoption de mesures correctives « ne s'oppose pas [...] à l'engagement de la responsabilité civile en cas de dommage » et l'article 22.2 prévoit que « lors de l'évaluation de l'existence et de l'étendue de la responsabilité [...], il est dûment tenu compte des efforts déployés par l'entreprise, dans la mesure où ils sont directement liés au dommage en question, pour se conformer à toute mesure corrective qui lui est imposée par une autorité de contrôle. »



Il résulte que le contrôle mené par l'autorité administrative pourra entraver l'accès à la réparation pour les victimes. En l'état, une décision de l'autorité de contrôle favorable à l'entreprise (considérant, par exemple, qu'il n'y a pas eu de violations de l'article 7 ou de l'article 8), rendra difficile – voire illusoire – l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise au titre de l'article 22.

Plus généralement, l'interprétation que fera l'autorité de contrôle des dispositions issues des articles 7 et 8 sera probablement invoquée devant le juge judiciaire, alors même qu'une telle interprétation n'aura pas fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties.

#### **Recommandation n°4**

**Il est nécessaire de consacrer un régime de responsabilité civile adapté en matière d'atteintes aux droits humains et à l'environnement résultant des activités des entreprises. Une société doit être civilement responsable lorsque des atteintes aux droits humains et à l'environnement résultent des activités de sa chaîne de valeur, à moins qu'elle n'établisse avoir mis en œuvre toutes les mesures de vigilance nécessaires, raisonnables, adaptées et effectives pour éviter que ces atteintes ne surviennent dans sa chaîne de valeur. La société ne devrait cependant pas pouvoir invoquer cette défense lorsqu'elle contrôle l'entité en question.**

**Ce régime de responsabilité civile doit être associé à des règles effectives en matière de droit applicable, de recours collectif et d'accès à la preuve.**

#### **Les écueils d'un contrôle administratif du devoir de vigilance**

Selon la proposition de directive, chaque État devra désigner une ou plusieurs autorités de contrôle chargées de surveiller le respect des articles 6 à 11, et des premier et deuxième alinéas de l'article 15 (article 17). L'autorité pourra ouvrir des enquêtes « lorsqu'elle considère qu'elle dispose d'informations suffisantes indiquant un éventuel manquement d'une entreprise aux obligations prévues par les dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive » (article 18). Elle pourra ordonner la cessation des infractions, l'interdiction de réitérer le comportement en cause ou la prise de mesures « proportionnées à l'infraction commises et nécessaires pour y mettre un terme », imposer des sanctions pécuniaires (article 20) ou adopter des mesures provisoires. Elle pourra agir de sa propre initiative ou après avoir reçu des « rapports étayés faisant état de préoccupations » (article 19).

Il est crucial de préciser que l'autorité de contrôle ne sera pas chargée d'enquêter ou de se prononcer sur les atteintes aux droits humains ou à l'environnement causées par les activités de l'entreprise en question mais seulement de contrôler le respect, par cette entreprise, des différentes obligations de vigilance décrites dans la directive. En d'autres termes, une entreprise ne sera jamais sanctionnée pour avoir eu recours à un sous-traitant responsable de travail forcé ou pour avoir causé des dommages environnementaux via ses filiales mais seulement, le cas échéant, pour n'avoir pas pris les mesures de recensement, prévention ou atténuation, suppression ou minimisation, suivi ou communication requises par la directive.



Comme nous le relevions dans une note de recherche publiée en avril 2021, un tel contrôle administratif de la vigilance semble en réalité être « *une fausse bonne idée* »<sup>25</sup>.

D'une part, un contrôle administratif procède d'une logique différente de celle du devoir de vigilance. En droit français, le devoir de vigilance est un concept de droit civil, développé par la jurisprudence en matière de responsabilité civile extracontractuelle<sup>26</sup>. La caractérisation d'un devoir de vigilance, qui est une norme de conduite générale, et d'un manquement à ce devoir permet d'établir une faute, et d'obliger l'auteur à réparer les dommages en résultant.

**Un contrôle administratif risque donc de dénaturer le devoir de vigilance, le transformant en un exercice formel d'adoption et de publication de processus internes de management des risques.** En particulier, en l'absence de contradictoire et sans capacité d'enquête sur le terrain, une autorité de contrôle ne sera pas en mesure d'apprécier l'effectivité et le caractère adapté des mesures de l'entreprise en pratique et ne pourra que s'en tenir aux déclarations de l'entreprise. On passerait d'une logique de vigilance à une logique de *compliance*<sup>27</sup>.

L'expérience de l'Agence Anti-Corruption (AFA) en France témoigne de la logique d'« *évitement de la responsabilité* » promue par ces mécanismes, à rebours du besoin de responsabilisation accrue des acteurs économiques<sup>28</sup>.

Deuxièmement, un contrôle administratif des plans de vigilance risque **d'entraver l'accès à la justice pour les victimes**, en ce qu'il limiterait la possibilité de contester le caractère adapté et effectif des mesures de vigilance invoquées par l'entreprise via une action en responsabilité.

Troisièmement, **confier à une autorité administrative le suivi de la loi ne mènera pas nécessairement vers plus de transparence.** L'expérience des règlements européens sur le bois et sur les minerais de conflit, qui prévoient la désignation d'autorités nationales chargées de leur application, témoigne de l'opacité du suivi mené par ces administrations. La Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature, en charge de l'application du Règlement « Minerais », a ainsi refusé de transmettre à Sherpa la liste des sociétés soumises à ce règlement, au nom du secret des douanes et du secret des affaires<sup>29</sup>. Également, les administrations chargées de l'application du Règlement « Bois » de 2010 (les Directions régionales de l'agriculture, de l'alimentation et de la forêt et le Ministère de la transition écologique) ne publient aucune information sur les entreprises concernées ou les contrôles menés.

## Recommandation n°5

**Au lieu d'instituer un contrôle administratif de la vigilance, nous recommandons de faciliter l'accès aux informations détenues par les entreprises, de renforcer le régime de responsabilité civile et de renforcer les poursuites contre les entreprises qui bénéficient d'atteintes à l'environnement et aux droits humains, notamment en permettant d'engager leur responsabilité pénale.**



## La nécessité d'assurer la protection de toutes les personnes susceptibles d'agir sur le fondement du devoir de vigilance

Les dispositions de la proposition de directive sur le devoir de vigilance et celles de la directive relative à la protection des lanceurs d'alerte<sup>30</sup> se recoupent à de nombreux égards, sans que l'articulation entre ces textes soit suffisamment claire et précise. Outre le manque de sécurité juridique, ces imprécisions risquent de créer des systèmes d'alerte à deux vitesses et d'exclure des personnes du régime de protection.

Tout d'abord, **le champ matériel des différents textes se recoupe largement, sans pour autant correspondre tout à fait.** En effet, ces deux textes traitent de la violation par des sociétés d'obligations ayant trait à la protection de l'environnement ou des droits fondamentaux. Pour rappel, la directive lanceurs d'alerte prévoit un régime d'alerte et de protection des personnes ayant signalé ou divulgué des informations sur des violations de certains actes de l'Union, relevant de domaines tels que la sécurité et la conformité des produits, la protection de l'environnement, la santé publique ou encore la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et cités en annexe de la directive (article 2). La proposition de directive sur le devoir de vigilance prévoit d'ailleurs d'ajouter la directive qui sera adoptée à cette liste (article 27).

Par ailleurs, et même si leur désignation diffère, la proposition de directive devoir de vigilance exige, comme la directive lanceurs d'alerte, la mise en place de canaux de signalement internes au sein de sociétés, ainsi que la mise en place de canaux de signalement externes, par le biais d'autorités administratives, pour permettre à des personnes de signaler des violations. En effet, la proposition de directive devoir de vigilance impose aux États membres de veiller à ce que les sociétés concernées établissent et maintiennent « *une procédure relative aux plaintes* » (article 4) et de désigner des autorités de contrôle pouvant recevoir des « *rapports étayés* » (article 19).

**Les modalités de mise en place et de fonctionnement de ces mécanismes sont cependant distinctes.** En particulier, la directive lanceurs d'alerte est plus prolixue quant aux exigences et garanties procédurales relatives au traitement des signalements via les canaux internes ou via les canaux administratifs. L'article 8 de la directive lanceurs d'alerte dispose par exemple que les canaux internes de signalement et de suivi sont établis « *après consultation des partenaires sociaux et en accord avec ceux-ci lorsque le droit national le prévoit*. ». Par ailleurs, il est précisé que les canaux de signalement « *sont conçus, établis et gérés d'une manière sécurisée qui garantit la confidentialité de l'identité de l'auteur de signalement et de tout tiers mentionné dans le signalement* ». Le texte prévoit également certains délais pour le traitement des signalements (article 9).

**Enfin, les personnes pouvant actionner ces différents canaux de signalement au titre de la directive lanceurs d'alerte et au titre de la proposition de directive devoir de vigilance ne sont pas les mêmes.** En particulier, la proposition de directive devoir de vigilance permet à toutes les personnes affectées par l'activité des sociétés visées, ainsi qu'aux associations et aux syndicats de saisir ces mécanismes (article 9), tandis que la définition du lanceur d'alerte dans la directive concerne en priorité les personnes physiques ayant obtenu des informations dans un contexte professionnel (article 4).



Seule la directive lanceurs d'alerte prévoit un régime de protection contre les représailles visant ces personnes.

L'articulation de ces différentes obligations manque de clarté, s'agissant à la fois de ce qui est attendu des sociétés, mais également de l'identification des personnes pouvant actionner les différents dispositifs d'alerte ou de signalement et des conditions leur permettant de bénéficier ou non de protections contre de potentielles représailles.

En effet, l'article 23 de la proposition de directive devoir de vigilance dispose que « *Le signalement de toutes les violations de la présente directive et la protection des personnes signalant ces violations sont régis par la directive (UE) 2019/1937.* », tandis que l'article 3 de la directive lanceurs d'alerte dispose que : « *Lorsque des règles spécifiques concernant le signalement de violations sont prévues dans les actes sectoriels de l'Union énumérés dans la partie II de l'annexe, ces règles s'appliquent. Les dispositions de la présente directive sont applicables dans la mesure où une question n'est pas obligatoirement réglementée par ces actes sectoriels de l'Union.* »

Ces dispositions ne permettent pas de répondre parfaitement aux interrogations qui pourraient être soulevées par l'articulation des obligations issues des deux textes : les sociétés concernées par le devoir de vigilance devront-elles mettre en place des canaux de plainte conformes aux prévisions de la directive lanceurs d'alerte en matière de vigilance ? Toutes les personnes susceptibles de saisir les mécanismes de plainte prévus au titre du devoir de vigilance pourront-elle se prévaloir des protections prévues par la directive lanceurs d'alerte ? Ou est-ce que seules les personnes satisfaisant aux critères de la directive lanceurs d'alerte pourront bénéficier de cette protection ? **Le cas échant, de nombreuses personnes pourtant susceptibles de saisir les mécanismes prévus au titre de la proposition de directive devoir de vigilance (internes, administratifs ou judiciaires) pourraient se trouver exclues du régime de protection de la directive lanceurs d'alerte.**

La clarification de cette articulation s'impose. Celle-ci doit se faire dans le sens d'une protection efficace de tous les lanceurs d'alerte, définis le plus largement possible. Il faut en effet que puissent être reconnus comme lanceurs d'alerte et bénéficiaire du régime de protection correspondant, non seulement les personnes satisfaisant aux critères imposés par la directive lanceurs d'alerte, mais également toutes les personnes physiques et morales qui saisissent les mécanismes prévus par la proposition de directive devoir de vigilance.

## **Recommandation n°6**

**Il est nécessaire d'étendre le régime de protection de la directive lanceurs d'alerte à toutes les personnes procédant à des signalements internes ou externes, à des divulgations publiques ou à des actions en responsabilité en vertu de la directive devoir de vigilance. Ces personnes doivent pouvoir divulguer publiquement des manquements au devoir de vigilance sans condition.**



## **À propos de Sherpa**

### **Combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges**

Afin de renforcer la responsabilité des acteurs économiques et participer à la construction d'un droit plus protecteur de l'environnement, des communautés et des travailleurs et travailleuses, l'association Sherpa mène des activités de plaidoyer, de contentieux stratégique, de recherche juridique et de renforcement des capacités.

Pour mettre en œuvre ces activités, Sherpa réunit avocat-e-s, juristes, universitaires, ainsi que de nombreux expert-e-s qui appuient son action, en proposant une approche innovante du droit.

[contact@asso-sherpa.org](mailto:contact@asso-sherpa.org) | [www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)

## **Références**

1. Anne Danis-Fâtome, « La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance », Recueil Dalloz, 2022, n°22, p. 1107.
2. D'après la jurisprudence, le caractère établi de la relation intervient lorsque celle-ci s'inscrit dans la durée, lorsqu'elle présente une certaine intensité et laisse présager qu'elle va se poursuivre. Elle n'a pas nécessairement à être formalisée par un contrat.
3. Emmanuel Daoud, Solène Sfoggia, « Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », Revue des juristes de Sciences Po, n°16, janvier 2019.
4. Voir notamment, Charley Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit social 2017*, p. 806. ; Tatania Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation » *RDT 2017*, p. 380 ; Béatrice Parance, Elise Groulx, « Devoir de vigilance - Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2018 ; Dorothee Gallois-Cochet, « Le périmètre du devoir de vigilance », *Le devoir de vigilance*, pp. 45-55, 2019 ; Yann Queindec et Félix Feunteun, « La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 137, Mai 2018, p. 23 ; G. Jazottes, Sous-traitance et « relation commerciale établie » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ?, *Revue Lamy droit des affaires*, 1er juillet 2018, n° 139.
5. Arnaud Reygrobelle, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? » *Revue Lamy Droit des Affaires*, Wolters Kluwer France - Les Éditions Lamy, 2017, pp.35-42 ; Sophie Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre » *La Semaine juridique - Entreprise et affaires*, LexisNexis, 2017, 2017 (15).
6. Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, discussion des articles, 2014-2015, AN, séance du 30 mars 2015.
7. Voir par exemple le [plan de vigilance d'Yves Rocher](#) publié en 2021, p. 5 : « Dans le présent document, le terme « Fournisseur » désigne les Fournisseurs et sous-traitants de premier rang avec lesquels le groupe entretient des relations commerciales établies. »
8. Assemblée nationale, Rapport d'information n° 5124, Les enseignements de la loi sur le devoir de vigilance des entreprises en vue d'une réglementation européenne, Mars 2022, citée p. 38.
9. Notons d'ailleurs que la distinction entre incidences « réelles » et « potentielles » n'apparaît qu'en matière de droits humains et non pas en matière environnementale, ce qui semble résulter d'une erreur d'anglais dans la proposition, reproduite dans la version française.



10. Barraud Pauline, « Faut-il sonner le glas de l'audit social - Essor et critique d'un dispositif privé de régulation des conditions de travail », *Revue de l'Office Universitaire de Recherche Socialiste*, n°72-73, Juillet-Décembre 2015, p. 49.
11. Barraud Pauline, « L'audit social : vers une privatisation de l'inspection du travail ? », dans *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* (dir. Daugareilh), Collection Paradigme, Bruylant, 2017, p. 266.
12. Terwindt Carolijn et Miriam Saage-Maas, « Liability of Social Auditors in the Textile Industry », International Policy Analysis department of the Friedrich Ebert Stiftung, Décembre 2016, p. 5 (original et traduction libre). Les auteurs observent ainsi les directeurs d'usines peuvent alors aisément « *manipuler l'apparence des conditions de travail* ».
13. Delalieux Guillaume, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi “ Devoir de vigilance des firmes multinationales ” », (dir. Schiller), *Le devoir de vigilance*, Centre de recherche droit Dauphine et LexisNexis, 2019, p. 32.
14. MSI Integrity, *Not Fit For Purpose: The Grand Experiment of Multi-Stakeholder Initiatives in Corporate Accountability, Global Governance and Human Rights*, 2020.
15. Juliette Tricot, Tatiana Sachs, « *La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises* », *Droit et Société*, n° 106/2020.
16. Voir notamment le considérant n°58 : « Le régime de responsabilité ne précise pas qui devrait prouver que la mesure prise par l'entreprise était raisonnablement adéquate, eu égard aux circonstances de l'espèce, et il appartient donc au droit national de trancher cette question. »
17. Le Monde, « Perenco, boîte noire pétrolière et toxique en RDC », 9 octobre 2019 ; S. Cossart, L. Bourgeois, « L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux », *Semaine sociale Lamy*, 5 octobre 2020, p. 10.
18. Aude Solveig-Epstein, « La comptabilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, vol. 45, pp. 137-149
19. Parlement européen, Directorate General for External Policies, “Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU”, Juin 2020.
20. Benoît Grimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés* 2009, p. 715 ; Julien Lagoutte, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Responsabilité civile et assurances* n° 12, Décembre 2015, étude 11.
21. « Vers une législation européenne sur la responsabilité des multinationales - Recommandations d'organisations ayant défendu la loi française relative au devoir de vigilance », Décembre 2020.
22. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 19 : « 2. *Les États membres veillent à disposer d'un régime de responsabilité dans le cadre duquel les entreprises, conformément au droit national, peuvent voir leur responsabilité engagée et être appelées à réparer tout préjudice résultant d'incidences négatives potentielles ou réelles sur les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance qu'elles, ou des entités qu'elles contrôlent, ont causées ou auxquelles elles ont contribué par leurs actions ou par leurs omissions. 3. Les États membres veillent à ce que leur régime de responsabilité visé au paragraphe 2 soit tel que les entreprises qui prouvent qu'elles ont pris toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question, ou que le préjudice se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises, ne soient pas tenues pour responsables de ce préjudice* ».
23. Article 19 de la proposition de directive : « *Rapports étayés faisant état de préoccupations* ».
24. Voir le résumé des affaires en cours sur le site [www.plan-vigilance.org](http://www.plan-vigilance.org).
25. Sherpa, « *Création d'une autorité de contrôle en matière de vigilance, une fausse bonne idée ?* »  
Voir notamment la jurisprudence Distilbène : Civ. 1re, 19 juin 2019, FS-P+B, n° 18-10.380.



27. Beau De Loménie Tiphaine, Cossart Sandra et Lubrani Antoine, « Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *Revue des juristes de Science Po* n° 16, Janvier 2019.
28. Juliette Tricot et Tatiana Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *Droit et Société*, n° 106/2020.
29. Sherpa, « Le secret des affaires invoqué par le Ministère de la transition écologique : Sherpa saisit le juge administratif », Communiqué de presse, 14 octobre 2020.
30. Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union