

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

NUMÉRO DE DÉCEMBRE 2023

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS ☎ 01 47 03 10 10
www.JSS.FR – I.S.S.N. : 2491-1897

LE DEVOIR DE VIGILANCE : UNE RÉVOLUTION JURIDIQUE



L'Europe renforce son contrôle sur les entreprises face à la déforestation importée

La question de la gouvernance dans les différentes politiques de durabilité des entreprises

Reste-t-il une obligation de *due diligence* en dehors de la CS3D ?



Confiez au JSS vos annonces et formalités légales

 WWW.JSS.FR

 01 47 03 10 10

 CONTACT@JSS.FR

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr
annonces@jss.fr

formalites@jss.fr
redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 1124 X 93537
I.S.S.N. : 2491-1897

Abonnement annuel : 36 € TTC

Copyright 2023 :

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.



SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| ► Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité dite « CS3D » : décryptage | 4 |
| ► Quel périmètre environnemental pour le devoir de vigilance ? | 10 |
| ► Le périmètre social du devoir de vigilance | 13 |
| ► La question de la gouvernance dans les différentes politiques de durabilité des entreprises | 18 |
| ► Les implications judiciaires du non-respect du devoir de vigilance | 22 |
| ► Reste-t-il une obligation de due diligence en dehors de la CS3D ? | 28 |
| ► Vigilance et compliance : origines et applications | 31 |
| ► La CSRD et la CS3D, deux législations sœurs | 36 |
| ► L'Europe renforce son contrôle sur les entreprises face à la déforestation importée | 38 |
| ► L'utilité des outils réglementaires étrangers dans la mise en œuvre du volet environnemental du devoir de vigilance : l'exemple du droit chinois | 41 |

Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité dite « CS3D » : décryptage



Pauline Maurus,
avocate à la Cour, Docteure en droit,
Huglo Lepage Avocats

La Commission européenne relève l'apparition, ces dernières années, de cadres juridiques sur le devoir de vigilance des entreprises dans les États membres, ce qui reflète le désir croissant de soutenir les entreprises dans leurs efforts d'exercer un tel devoir dans leurs chaînes de valeur et de favoriser une conduite des entreprises respectueuse des droits de l'homme, des droits de l'enfant et de l'environnement. D'un autre côté, ces cadres juridiques entraînent également une fragmentation et risquent de compromettre la sécurité juridique et l'égalité des conditions de concurrence pour les entreprises au sein du marché unique.

En droit français, le devoir de vigilance a en effet été institué par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (article L. 225-102-4 du Code de commerce). Toutefois, l'enjeu du devoir de vigilance se situe désormais à l'échelle européenne en vue d'une harmonisation des règles auxquelles les entreprises seront soumises.

Une législation de l'Union sur le devoir de vigilance des entreprises fera progresser le respect des



droits de l'homme et la protection de l'environnement, créera des conditions de concurrence équitables pour les entreprises au sein de l'Union et évitera la fragmentation résultant de l'action individuelle des États membres. Elle inclura également les entreprises de pays tiers opérant sur le marché de l'Union, sur la base d'un critère de chiffre d'affaires similaire.

À ce titre, le Parlement européen a invité la Commission européenne en 2021 à proposer une directive relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de protection des droits de l'homme et

de l'environnement. La Commission européenne a publié le 23 février 2022 sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (dite Corporate Sustainability Due Diligence Directive, ou « CS3D »). Cette proposition a fait l'objet d'une proposition d'amendements du Parlement européen le 1^{er} juin 2023. Le projet pourrait ainsi encore évoluer de façon substantielle. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne doivent encore négocier la version finale du texte dans le cadre du trilogue et de nombreux points sont encore

Quel périmètre environnemental pour le devoir de vigilance ?



Corinne Lepage,
avocate associée fondatrice,
Huglo Lepage Avocats



Éric Branquet,
expert judiciaire auprès de la
cour d'appel de Paris

La partie environnement du devoir de vigilance est probablement celle qui apparaît de la manière la plus évidente, même si, selon le classement ESG établi par Altares, les entreprises françaises ont un score environnemental inférieur au score monde alors qu'elles ont un score supérieur en prenant le score global. Ce résultat calculé sur 3 millions d'entreprises donne un score moyen de 2,53 pour la France pour une moyenne monde de 2,84. L'échelle de un à cinq partant du meilleur score au plus mauvais.

La France se situe donc dans la moyenne de la fourchette, le meilleur score étant celui de la Suède avec un score ESG moyen de 1,84. Le score le plus mauvais est celui de Hong Kong avec un score à 4,20.

Il n'en demeure pas moins que les critères environnementaux étaient déjà au cœur de la RSE et de l'ESG en visant essentiellement la question du climat et celle de la biodiversité.

Le climat

La référence faite dans les principes directeurs de l'OCDE d'une part, dans le pacte mondial d'autre part, ont du reste servi de base à la mise en cause des entreprises certain nombre



de décisions juridictionnelles sur le fondement des droits humains pour n'avoir pas respecté leurs obligations climatiques.

Le raisonnement est assez simple. À partir du moment où la réduction des émissions de gaz à effet de serre devient un impératif vital, la méconnaissance revient à porter atteinte au droit à la vie et au droit à une vie familiale normale.

Ils concernent les matières, les émissions, les effluents et déchets et l'évaluation environnementale des fournisseurs. En outre, il existe trois GRI sectoriels comprenant des dispositions environnementales le cas échéant, à savoir le secteur du pétrole et du gaz, le secteur de charbon et enfin le secteur de l'agriculture de l'aquaculture et de la pêche qui date de 2022.

Les critères Global Reporting Initiative (GRI)

Par ailleurs, les standards de reporting du GRI concernant l'environnement sont déjà anciens puisqu'ils datent pour la plupart d'entre eux de 2016.

Les critères ESG

Quant aux critères retenus pour scorer l'ESG s'agissant de l'environnement, quatre thèmes sont retenus.

Le périmètre social du devoir de vigilance

On peut proposer la liste suivante comme aperçu du périmètre social du devoir de vigilance.

Le respect des droits humains :

- l'interdiction de toute immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée, la famille, le domicile ou la correspondance d'une personne et de toute atteinte à sa réputation, conformément à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ;
- l'interdiction de toute atteinte à la liberté de pensée, de conscience et de religion, conformément à l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ;
- ne pas pratiquer de discrimination envers les salariés en matière d'emploi ou de profession pour des motifs tels que la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.

Le respect des droits des travailleurs :

- le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables, notamment d'un salaire équitable, d'une existence décente, de la sécurité et l'hygiène du travail et de la limitation raisonnable de la durée du travail, conformément à l'article 7 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ;
- l'interdiction de restreindre l'accès des travailleurs à un logement suffisant, si la main-d'œuvre est hébergée dans un logement fourni par l'entreprise, et de restreindre l'accès des travailleurs à de la nourriture, à des vêtements, à de l'eau et à des installations sanitaires appropriés sur le lieu de travail, conformément à l'article 11 du

pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ;

- l'interdiction d'employer un enfant avant l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire et, en tout état de cause, avant l'âge de 15 ans, sauf si la législation du lieu de travail prévoit différemment, conformément à l'article 2, paragraphe 4, et aux articles 4 à 8 de la convention n° 138 de l'Organisation internationale du travail sur l'âge minimum (1973) ;
- le droit de leurs salariés d'être représentés par des syndicats et d'autres organisations légitimes de salariés et engager, soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'associations d'employeurs, des négociations constructives avec ces représentants, en vue d'aboutir à des accords sur les conditions d'emploi ;
- observer en matière d'emploi et de relations du travail des normes aussi favorables que celles qui sont observées par des employeurs comparables dans le pays d'accueil ;
- dans leurs activités, et dans la mesure du possible, employer du personnel local et assurer une formation en vue d'améliorer les niveaux de qualification, en coopération avec les représentants des salariés et, le cas échéant, avec les autorités publiques compétentes ;
- fournir aux salariés et à leurs représentants les informations leur permettant de se faire une idée exacte et correcte de l'activité et des résultats de l'entité ou, le cas échéant, de l'entreprise dans son ensemble ;
- lorsqu'elles envisagent d'apporter à leurs opérations des changements susceptibles d'avoir des effets importants sur les moyens d'existence de leurs salariés, notamment en cas de fermeture d'une entité entraînant

des licenciements collectifs, en avertir dans un délai raisonnable les représentants de leurs salariés et, le cas échéant, les autorités nationales compétentes et coopérer avec ces représentants et autorités de façon à atténuer au maximum tout effet défavorable ;

- permettre aux représentants habilités de leurs salariés de mener des négociations sur les questions relatives aux conventions collectives ou aux relations entre travailleurs et employeurs et autoriser les parties à entreprendre des consultations sur les sujets d'intérêt commun avec les représentants patronaux habilités à prendre des décisions sur ces questions ;
- l'interdiction de retenir un salaire décent conformément à l'article 7 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La santé et la sécurité au travail :

- la mise en place d'un système de gestion de santé et de sécurité au travail (identifier les dangers liés au travail et évaluer les risques de façon régulière et ponctuelle, s'assurer de la compétence des personnels assurant cette procédure) ;
- une procédure de déclaration des incidents liés au travail et à des situations dangereuses, et une explication des modalités de protection des travailleurs contre les représailles ;
- la mise en place de procédures permettant aux travailleurs de se retirer des situations de travail qu'ils estiment susceptibles d'entraîner un accident du travail ou une maladie professionnelle, et des modalités de protection des travailleurs contre les représailles ;
- la mise en place de procédures utilisées pour enquêter sur les événements indésirables liés au

Les implications judiciaires du non-respect du devoir de vigilance



Guillaume Cornu,
avocat à la Cour

Au cours de la dernière décennie, un mouvement de responsabilisation des sociétés s'est enclenché, tout d'abord par la révision en mai 2011 des principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), afin d'y introduire notamment un nouveau chapitre sur le respect des droits de l'homme par les entreprises ainsi que le devoir de diligence des sociétés ; puis, le mois suivant, avec l'adoption par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies des principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

En 2013, le drame du Rana Plaza survenu au Bangladesh et ayant entraîné la mort de milliers de travailleurs a confirmé cette nécessité d'encadrer plus rigoureusement l'activité des multinationales dans le but d'éviter les violations des droits de l'homme et les dommages environnementaux résultant de l'exploitation de leur activité, tout au long de leur chaîne d'approvisionnement.

C'est ainsi qu'en France, le 27 mars 2017, a été adoptée la loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Par cette loi,



la France, pionnière en la matière, offrait une nouvelle dimension à ce mouvement de responsabilisation des sociétés quant aux atteintes que leurs activités sont susceptibles de porter aux droits humains et à l'environnement, une dimension contraignante.

Les sanctions prévues par la loi du 27 mars 2017

À l'origine, le manquement au devoir de vigilance en France devait faire encourir à son auteur la condamnation au paiement d'une amende civile pouvant atteindre 10

millions d'euros. En cas de préjudice, le montant de l'amende pouvait même être majoré jusqu'à trois fois, au regard de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage.

Toutefois, par sa décision du 23 mars 2017, le Conseil constitutionnel a censuré cette amende civile aux motifs qu'elle méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines et que la définition des manquements pour lesquels elle pouvait être prononcée était insuffisamment précise au regard de l'étendue du périmètre des sociétés concernées. En définitive, la loi du 27 mars 2017 prévoit un dispositif

a appelé le législateur à légiférer. C'est par le biais de l'article 34 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 créant un nouvel article L. 211-21 au sein du Code de l'organisation judiciaire que le débat fut refermé. Selon ce texte, « *le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce* ».

Ainsi la loi fait d'une pierre deux coups, en écartant définitivement la compétence des juridictions consulaires et en érigeant le tribunal judiciaire de Paris en juridiction spécialisée, seul compétent en matière d'actions relatives au devoir de vigilance.

Un régime de responsabilité inadapté et une réparation incertaine du préjudice

À titre liminaire, il est intéressant de revenir sur la phase « pré-contentieuse » et plus précisément sur les jugements en état de référé rendus dans le cadre de l'affaire TotalEnergies, par le tribunal judiciaire de Paris.

Dans cette affaire, le tribunal a considéré que les griefs et demandes exposées dans la mise en demeure étaient substantiellement différents que ceux évoqués au jour de l'audience et a par conséquent déclaré irrecevable les demandes des requérantes. La raison tient au fait que la mise en demeure des associations portait sur le plan de vigilance de la société TotalEnergies pour l'année 2018. Or, la société



défenderesse a rappelé que ce plan avait disparu dès lors qu'au jour de l'audience, celui en vigueur était le plan pour l'année 2021.

En effet, le plan de vigilance doit être inclus dans le rapport de gestion de l'entreprise présenté à l'assemblée générale annuelle, ce qui implique qu'il doit être modifié chaque année. Or, si l'on considère qu'il s'agit de plans distincts qui se succèdent, l'action judiciaire en cas de manquement au devoir de vigilance sera difficile à mettre en œuvre compte tenu du temps nécessaire à analyser le contenu du plan, à préparer la mise en demeure, au regard du délai de trois mois avant d'intenter une action et bien évidemment, au regard du temps des procédures. Le risque que les requérants se voient systématiquement opposer une fin de non-recevoir dès lors que le plan contesté n'est plus celui en vigueur semble important et remet en cause le dispositif.

Ensuite, en matière contentieuse, la preuve du manquement au devoir de vigilance semble difficile à démontrer. Tout d'abord, comme cela a d'ores

et déjà été évoqué, le dispositif issu de la loi du 27 mars 2017 ne vise pas à créer une responsabilité du fait d'autrui comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 mars 2017. Ainsi, seule la preuve d'une faute personnelle de la part de la société soumise au devoir de vigilance est susceptible de caractériser un manquement pouvant engager sa responsabilité.

De même, la difficulté à prouver la matérialité d'un préjudice en cas de manquement au devoir de vigilance est évidente puisque conformément à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, il s'agit du préjudice « *que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* ». Il est de toute évidence difficilement évaluable.

La preuve du préjudice sera d'autant plus difficile à rapporter que l'accès aux éléments relatifs aux divers manquements ne pourra pas être obtenu par une action *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

C'est ce qu'il ressort d'une ordonnance rendue par la cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 1, ch. 2, 17 septembre 2020, n° 19/20669).

La CSRD et la CS3D, deux législations sœurs



Sylvain Hamanaka,
avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), nouvelle législation modifiant la précédente directive sur la publication d'informations non financières (NFRD), a été initialement mise en place afin de permettre aux investisseurs d'être « *pleinement informés de la durabilité de leurs investissements*¹ ».

Elle découle en effet d'un engagement du *Green New Deal* de la Commission européenne en 2019. Au contraire, la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CS3D) est née d'une résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 appelant la Commission européenne à proposer, dans les meilleurs délais, une proposition législative relative aux obligations de vigilance dans la chaîne d'approvisionnement. Le Parlement européen, n'ayant pas de pouvoir d'initiative législative, doit émettre une résolution, généralement reprise par la Commission européenne qui formule alors une proposition.

Des obligations complémentaires

Prenant acte du manque de précision des exigences actuelles, de la difficulté pour les entreprises de savoir exactement quelles informations communiquer et d'un décalage



croissant entre les informations sur la durabilité publiées par les entreprises et les besoins des utilisateurs auxquels elles sont destinées, la CSRD vise à refonder le modèle du reporting de durabilité. Il s'agit donc de soumettre les entreprises concernées à une obligation de dire les incidences négatives de leurs activités sur l'environnement et le social.

La CS3D va au-delà, puisqu'il est question d'établir un véritable plan de vigilance afin de prévenir les incidences négatives de leurs activités sur l'environnement et le social. Il s'agit donc d'une véritable obligation de faire, fondée sur la *due diligence* habituellement exercée afin de prévenir des risques matériels ou financiers propres à

l'entreprise.

Ainsi, le travail d'analyse et de divulgation des incidences négatives dans le cadre de la CSRD servira ensuite pour la réalisation de la cartographie des risques et l'établissement du plan de vigilance. Plus en amont, la collecte d'informations appropriée à des fins de publication dans le cadre de la proposition de CSRD nécessite la mise en place de processus de recensement qui s'inscrivent dans le devoir de vigilance de la CS3D. Enfin, la CSRD couvrira la dernière étape du devoir de vigilance, à savoir l'étape de publication, pour les entreprises qui sont également couvertes par elle.

Plus encore, il y a lieu de mentionner

L'utilité des outils réglementaires étrangers dans la mise en œuvre du volet environnemental du devoir de vigilance : l'exemple du droit chinois



Raphaëlle Jeannel,
avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



François Piazza,
juriste,
Huglo Lepage Avocats

En 2022, la Chine était le 7^e client de la France¹ et son 2^e fournisseur². La présence française en Chine est ancienne et concerne tous les secteurs : agroalimentaire, industrie, transports, développement urbain, grande distribution, services financiers, traitement des déchets. Ainsi, plus de 2 000 entreprises françaises sont présentes en Chine et représentent près de 480 000 emplois³.

Le constat est encore plus frappant en ce qui concerne l'Union européenne dans sa globalité. La Chine est le premier fournisseur de l'Union européenne, avec 473 milliards d'euros importés en 2021. C'est plus du double de la valeur des exportations européennes vers le pays (224 milliards d'euros en 2021), qui se font pour près de la moitié via l'Allemagne⁴.

Force est donc de constater que la Chine, bien que qualifiée de « concurrent et rival stratégique » par la Commission européenne en 2019, reste également, et en réalité avant tout, un « partenaire » essentiel.



Quel lien ce bilan entretient-il avec le devoir de vigilance ?

Les très grandes entreprises françaises doivent, en application de l'article L.125-102-4 du Code de commerce, mettre en place un plan de vigilance destiné à identifier les risques et à prévenir les atteintes

graves à l'environnement, notamment, qui seraient susceptibles de se produire en lien avec les activités de leurs filiales et sous-traitants implantés à l'étranger. L'étendue de cette obligation aux activités des sociétés de droit étranger est fonction de leur relation commerciale et/ou capitalistique avec la société française soumise au devoir de vigilance.

1) La part de marché française en Chine est de 1,5 %.

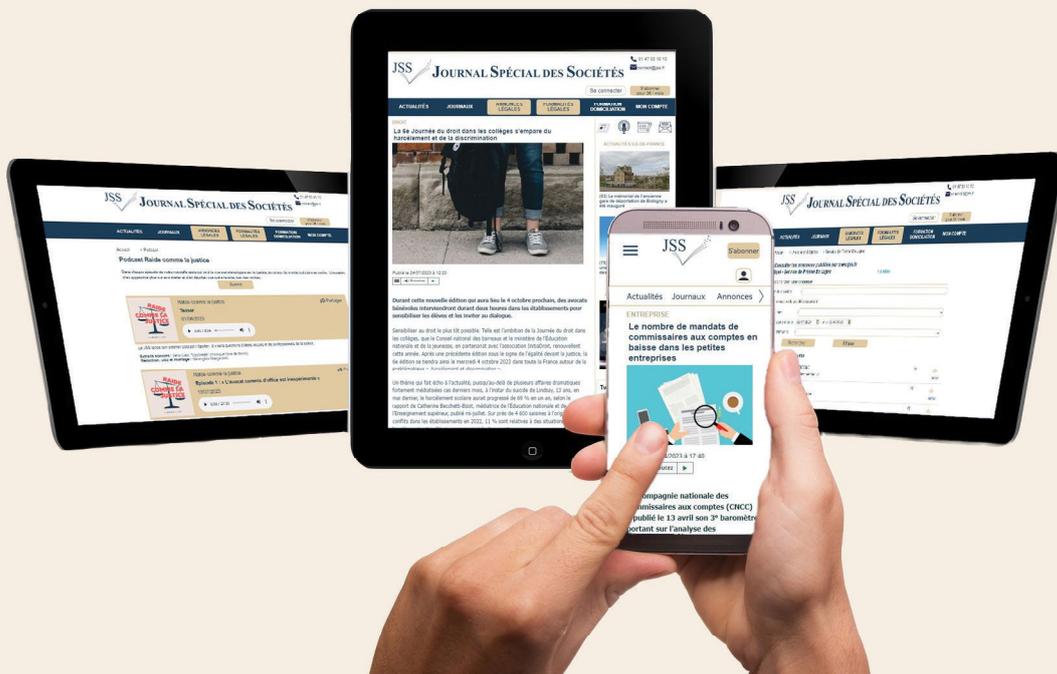
2) La part de marché chinoise en France est de 9 %.

3) Les données précédemment citées proviennent du site « France Diplomatie ».

4) Les données précédemment citées proviennent du site « France Diplomatie ».

ABONNEZ-VOUS
à notre formule 100% numérique,
pour seulement
36€/an

- ✓ UN ACCÈS PREMIUM À LA TOTALITÉ DES ARTICLES EN LIGNE
- ✓ UNE NEWSLETTER HEBDOMADAIRE AVEC LE CONDENSÉ DE L'ACTUALITÉ PARUE SUR WWW.JSS.FR
- ✓ DES NUMÉROS THÉMATIQUES EN COLLABORATION AVEC DES PROFESSIONNELS



JE M'ABONNE
À LA FORMULE DIGITALE
1 AN D'ABONNEMENT AU JSS POUR **36€ TTC**

- INTERNET** WWW.JSS.FR
- E-MAIL** ABO@JSS.FR
- TÉLÉPHONE** 01 47 03 10 10
- COURRIER** Bulletin à renvoyer au
8, rue Saint Augustin
75080 Paris Cedex 02

RENSEIGNEMENTS :

NOM ET PRÉNOM : M. MME MAÎTRE

SOCIÉTÉ :

ADRESSE :

VILLE : CODE POSTAL :

E-MAIL : TÉL. :

JE RÈGLE PAR :
 Chèque bancaire ou postal à l'ordre du SPPS
 Par Carte Bleue (sur le site www.jss.fr)

N° ABONNÉ :

Date et signature :