



HAL
open science

Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité . À propos de la proposition ambitieuse du Parlement européen

Raphaël Maurel

► **To cite this version:**

Raphaël Maurel. Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité . À propos de la proposition ambitieuse du Parlement européen. La Semaine juridique. Édition générale, 2023, n° 27, act. 826, pp. 1304-1306. hal-04158287

HAL Id: hal-04158287

<https://hal.science/hal-04158287>

Submitted on 19 Jul 2023

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

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

Raphaël MAUREL, « Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité. À propos de la proposition ambitieuse du Parlement européen », *JCP-G*, n°27, juillet 2023

Raphaël Maurel, maître de conférences en droit public, université de Bourgogne, membre du CREDIMI (EA 7532) et membre associé du CMH (EA 4232)

La date du jeudi 1^{er} juin 2023 est à marquer d'une pierre blanche dans l'histoire de l'éthique des affaires : le Parlement européen a adopté, à 336 voix contre 225 et 38 abstentions, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Ce texte, annoncé depuis 2021 à l'initiative exceptionnelle du même Parlement (*B. Lecourt*, « *Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés* », *Revue des Sociétés*, 2021, p. 335), renforcera la protection de l'environnement et des droits humains dans l'Union européenne et au-delà, une fois l'étape décisive du trilogue franchie.

C'est à la suite de l'effondrement tragique du Rana Plaza au Bangladesh, en 2013, que l'idée d'un encadrement international de l'activité des entreprises multinationales a émergé. L'absence de contrôle des chaînes de valeurs des entreprises, qui a pu conduire à des violations massives des droits humains et environnementaux des travailleurs et des citoyens du monde, a alors été érigée en problématique majeure au sein même des Nations Unies. Les instruments préexistants, à l'instar des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* ou « *Principes de Ruggie* » du nom de leur artisan (*Conseil des droits de l'homme*, résolution 17/4 du 16 juin 2011, A/HRC/17/31) ou les *Principes directeurs de l'OCDE (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, 2011)* restent d'application volontaire par les entreprises, et leur portée est manifestement insuffisante. Ces instruments n'ont empêché ni le drame du Rana Plaza ni les autres scandales survenus depuis lors – par exemple, l'affaire Volkswagen en 2015, ou l'affaire Lafarge depuis 2016 –, de sorte qu'un instrument international s'impose.

Toutefois, l'ambitieux projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme n'a pour ainsi dire pas avancé depuis 2014, faute de volonté politique suffisante et unanime pour faire émerger un texte obligatoire pour les États. L'Union européenne, dont la présence à la table des négociations internationales s'est fait attendre – malgré les demandes du Parlement européen, elle ne dispose, d'ailleurs, toujours pas d'un mandat de négociation pour participer plus activement aux discussions onusiennes –, a finalement saisi l'occasion qui lui était donnée de se positionner en chef de file mondial de l'éthique des affaires. Pour faire émerger un modèle international, l'Union européenne pouvait s'appuyer sur l'expérience française : la loi de 2017 relative au devoir de vigilance, qui impose une diligence particulière en matière de droits humains et de l'environnement aux grandes entreprises françaises, est une première mondiale (*Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*), depuis lors dupliquée – moyennant ajustements et améliorations parfois – par d'autres États comme l'Allemagne (*Loi sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, 16 juillet 2021, BGBl. I, 2021, S. 2959*).

En mars 2021, une résolution du Parlement européen demandait la préparation d'un texte au niveau communautaire (*Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*). En l'absence de blocage politique majeur, la Commission a remis début 2022 une proposition ambitieuse (*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, 23 février 2022, COM(2022) 71*), qui a été adoptée par le Conseil des ministres fin novembre (*Orientation générale du Conseil concernant la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, 30 novembre 2022, 15024/1/22*). Sans qu'il soit possible ici d'aborder l'ensemble des apports du texte voté par les eurodéputés le 1^{er} juin 2023 – on laissera notamment de côté la question de la responsabilité concrète des sociétés et de leurs administrateurs –, il faut relever qu'il va beaucoup plus loin que celui adopté par le Conseil et la Commission, tant sur le volet institutionnel (1) que matériel (2), au point qu'il est fort douteux qu'il passe le filtre du trilogue en l'état. Les dispositions qui ne survivraient pas au processus européen pourraient cependant servir de base de discussion tant au stade de la transposition de la directive qu'au sein des Nations Unies (3).

1. L'élargissement du champ institutionnel de la directive

Le projet voté par les eurodéputés étend d'abord le champ d'application de la directive. La proposition de la Commission consistait à obliger – par l'intermédiaire des États membres – certaines entreprises européennes, selon une définition large, à se doter d'un plan de vigilance clair sur plusieurs points (v. *infra*). Deux catégories d'entreprises étaient visées par le projet soumis au Parlement, à commencer par celles qui ont leur siège dans un État membre. Dans cette première hypothèse – la principale –, les entreprises concernées étaient celles qui emploient plus de 500 salariés (à équivalent temps plein) et réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au niveau mondial. D'autres entreprises immatriculées dans l'Union, d'envergure moindre, étaient également concernées par la vigilance, dès lors qu'elles emploient 250 salariés et réalisent 40 millions de chiffre d'affaires au niveau mondial dont au moins 50% réalisé dans un certain nombre de secteurs jugés stratégiques : textiles, agriculture, sylviculture et pêche, alimentation, exploitation des ressources minérales, fabrication et commerce de produits métalliques. D'autre part, la proposition de la Commission disposait d'une portée extraterritoriale assumée, conformément à la théorie des effets, et concernait deux types d'entreprises de nationalités étrangères aux États membres : celles qui réalisent un chiffre d'affaires de plus de 150 millions d'euros dans l'Union, et celles qui réalisent entre 40 et 150 millions d'euros de chiffre d'affaires dans l'Union, mais dont 50% dans l'un des secteurs spécifiques mentionnés plus haut.

La plupart des TPE et PME étaient donc exclues du dispositif présenté au Parlement, ou, plutôt, n'étaient visées qu'à titre indirect, en cas d'intervention dans la chaîne de valeur d'une entreprise concernée. En effet, l'intéressant article 9 du texte introduit une obligation, pour les entreprises, de prévoir une procédure de plainte lorsque des personnes, syndicats ou ONG ont « *des préoccupations légitimes quant aux incidences négatives* » de leur activité en matière de droits de l'homme ou d'environnement, la particularité étant que la disposition concerne leur activité propre, mais également les activités des filiales et de leurs chaînes de valeur – sans que l'on sache, précisément, jusqu'à quelle extrémité de la chaîne de valeur il convient d'exercer la vigilance. Il était également regrettable que le secteur du numérique soit *de facto* exclu de ce champ. Un nombre très important de TPE du numérique, notamment dans le secteur des services, comprend en effet seulement quelques employés mais présente une chaîne de valeurs et un impact économique et écologique massif.

La version adoptée par le Parlement européen bouscule l'équilibre adopté par le Conseil des ministres. Elle s'adresse, d'abord, aux entreprises « concernant les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et sur l'environnement qu'elles ont causées, auxquelles elles ont contribué ou auxquelles elles sont directement liées, en ce qui concerne leurs propres activités et celles de leurs filiales, ainsi que les activités menées par les entités de leur chaîne de valeur avec lesquelles l'entreprise entretient des relations commerciales » (article 1, a). Surtout, elle divise par deux le seuil général d'applicabilité de la vigilance, en le fixant aux entreprises européennes employant plus de 250 salariés et réalisant 40 millions d'euros de chiffre d'affaires, quel que soit leur secteur d'activité. Elle élargit également le champ institutionnel du texte en prévoyant une applicabilité aux sociétés européennes n'atteignant pas ces seuils mais qui sont les sociétés mères de groupes ayant employé 500 personnes et réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros, sans mention de secteurs spécifiques. Les conditions de l'application extraterritoriales de la directive sont également renforcées : y seront soumises toutes les entreprises étrangères ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 150 millions d'euros donc 40 millions sur le sol européen, que ce soit par elle-même pour par l'intermédiaires de leurs filiales, ou bien, là encore, lorsque l'entreprise étrangère n'atteint pas ce seuil mais qu'elle est la société mère ultime d'un groupe qui employait 500 personnes et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros dont au moins 40 millions dans l'Union au cours du dernier exercice.

Cet abaissement significatif rendrait, s'il était validé à l'issue du trilogue, la directive applicable à un nombre pour l'instant difficilement chiffrable de sociétés. Aussi, les questions de l'applicabilité concrète de la directive et du coût financier que constituera l'adaptation au droit européen par les entreprises les moins importantes – on pense par exemple à l'institution, par les entreprises, d'une procédure interne permettant à n'importe quelle victime de se plaindre de la violation de ses droits par la société mère, les filiales ou les sous-traitants – devraient continuer à se poser jusqu'à l'adoption définitive d'un texte.

Le contenu concret du devoir de vigilance, qui consiste à appliquer et faire appliquer à sa chaîne de valeur des dispositions relatives aux droits de la personne humaine et environnementaux, a lui aussi été considérablement modifié par le Parlement.

2. L'extension du champ matériel de la vigilance

Dans la version de la Commission, il était attendu des États qu'ils imposent aux entreprises le respect de dispositions conventionnelles communément admises en droit international, mais pas directement applicables aux entreprises jusqu'alors. Le droit international s'adressant à ses sujets, c'est-à-dire les États, seuls ces derniers disposent en effet de la personnalité juridique nécessaire à la signature et à la ratification des traités par lesquels ils s'auto-contraignent à respecter les droits de l'homme ou les droits environnementaux. Par l'effet de la directive, les dispositions conventionnelles deviendront directement applicables – après transposition en droit interne – aux sociétés transnationales, ce qui, dans la mesure où les scandales fréquents démontrent une certaine impuissance des États à les faire prévaloir à l'heure actuelle, peut être considéré comme hautement souhaitable. Cependant, la Commission avait également intégré dans sa proposition le contenu de textes internationaux non contraignants, à l'instar de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Ces mentions parmi la section de l'annexe 1 relative aux « Conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales » avaient de quoi surprendre et soulevaient de redoutables problématiques juridiques, tous les États membres n'ayant même

pas exprimé leur consentement à être lié par ces déclarations. Il était dès lors attendu que l'orientation commune du Conseil opère une sérieuse purge. Le texte soumis au Parlement ne faisait ainsi plus mention de ces déclarations qu'en préambule, et mentionnait seulement une vingtaine de libertés fondamentales résultant de textes internationaux à valeur moins discutable. Ce faisant, le Conseil des ministres avait certainement fait muter la proposition de la Commission, atténuant fortement son ambition : directive n'aurait alors conduit qu'à contraindre les États membres à imposer aux entreprises agissant sur leur sol le respect d'obligations que les États avaient déjà contractées par ailleurs. Ceux-ci étant déjà censés faire appliquer ces obligations à leurs entreprises *a minima* au nom du principe de *due diligence* en droit international – principe de droit coutumier selon lequel les États ont l'obligation de ne pas laisser utiliser leur territoire aux fins d'actes contraires au droit international ou aux droits des autres États –, la plus-value du projet européen résidait moins dans le fond matériel des normes dont le respect était requis que dans l'idée de vigilance, l'institution d'une responsabilité concrète, et l'application extraterritoriale de la directive. À la lecture du texte du Conseil, un double sentiment pouvait prévaloir : la satisfaction juridique résultant d'un texte cohérent du point de vue du droit international et des rapports de systèmes juridiques, et une certaine déception que l'Union ne parvienne pas à dépasser cet obstacle formel et se contente d'un renvoi à des dispositions existantes, au détriment de la création de dispositions nouvelles visant à augmenter le niveau des standards en matière de droits de la personne humaine et de durabilité.

Si elle tranche en faveur d'un contenu particulièrement ambitieux du devoir de vigilance, la version adoptée par le Parlement européen ne clarifie pas, loin de là, les choses. Le nombre de textes internationaux concernés par la vigilance se trouve considérablement augmenté au terme du vote, incluant des renvois problématiques à deux titres. D'une part, sont visées des traités internationaux qui n'ont pas été ratifiés par l'ensemble des États. Par exemple, l'annexe 1 rendra obligatoire, dans le projet voté en juin 2023, le respect par les entreprises – par l'intermédiaire des États membres – le respect de la *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'Organisation internationale du travail. Or, celle-ci n'a été ratifiée que par vingt-quatre États dans le monde, dont seulement cinq États membres (Allemagne, Danemark, Espagne, Luxembourg, Pays-Bas). Est-ce à dire que les vingt-deux autres États qui n'ont pas consenti souverainement à cette convention seront contraints de la faire appliquer aux entreprises agissant sur leur sol, et que leur responsabilité, en cas d'absence d'intégration dans la législation nationale de ses dispositions, pourra être engagée devant la Cour de justice de l'Union dans le cadre d'un recours en manquement ? Il y aurait là une forme de schizophrénie juridique difficilement acceptable pour certains États membres – et leurs juridictions. Quand bien même toutes les conventions visées auraient été ratifiées par tous les États, la question de leur interprétation se posera nécessairement : les juges de l'Union et les juges nationaux mobiliseront-ils les instruments d'interprétation du droit international – à savoir les articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités – ou des règles différentes ? Les entreprises, dans la gestion des plaintes qui leurs seront adressées en internes, devront-elles interpréter ces instruments en appliquant le droit international – auquel cas, sur quel fondement ? – ou seront-elles libres de développer leur propre jurisprudence, sous le contrôle du juge interne puis du juge européen, au risque d'une cacophonie juridique peu souhaitable ? Ces réponses hautement délicates ne trouvent, à l'heure actuelle, aucune réponse dans le projet de directive.

D'autre part, le projet du Parlement européen réintroduit des déclarations qui n'ont pour l'instant pas de valeur juridique contraignante en droit international. On pense ici particulièrement à la *Déclaration des Nations unies sur les droits des personnes appartenant*

à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, que la France refuse d'ailleurs, pour des motifs de constitutionnalité, de reconnaître. Ainsi formulée, la directive pourrait contraindre les États membres à accorder une portée conventionnelle à ce type de déclarations internationales ou, à tout le moins, à rendre leur contenu obligatoire et invocable à l'encontre des entreprises devant leurs tribunaux internes, ce qui paraît là encore juridiquement très complexe – quand bien même cette solution serait politiquement envisageable. Par ailleurs, l'interprétation des dispositions déclaratives n'étant pas aisée même en droit international, un contentieux dense et à première vue peu utile pourrait émerger, devant les tribunaux internes puis par renvoi préjudiciel à la Cour de justice, générant une situation parfaitement incongrue.

3. Un effet « boule de neige » attendu

Au regard du contenu du texte, dont seuls certains aspects ont été soulignés plus haut, tout porte à penser que le texte du Parlement sera largement discuté d'ici son adoption et, *a fortiori*, sa transposition. Une troisième voie était pourtant possible : plutôt que d'opérer par renvois, la directive aurait pu formuler des normes claires, quitte à les « emprunter » à des textes internationaux contraignants ou non, en vue de les imposer aux sociétés transnationales. Cette option n'ayant pas été retenue, le texte devrait voir sa portée considérablement amoindrie dans les mois qui viennent. Deux étapes ultérieures pourraient toutefois permettre de réintroduire les dispositions *a priori* condamnées à l'éviction, dans la mesure où il est admis que leur adoption est souhaitable.

D'une part, la transposition des nouvelles obligations en droit interne pourrait être l'occasion d'une « surtransposition ». À l'occasion de la transformation de la directive en « loi vigilance 2 », le législateur français pourrait, par exemple, utilement renforcer les contraintes environnementales pesant sur les entreprises, lesquelles restent peu ambitieuses – malgré l'ajout satisfaisant par les eurodéputés des enjeux climatiques, de l'Accord de Paris ou encore de la Convention d'Aarhus dans le champ de la directive.

D'autre part, la directive, quel que soit son contenu final, donnera matière à réflexion et à négociations au niveau international. Il est attendu qu'elle fasse office de levier à l'ONU, où les discussions stagnent en attendant une prise de position européenne. Or, une convention universelle sur l'application des droits de l'homme et des droits environnementaux aux entreprises multinationales est une nécessité que la France, forte de sa puissance diplomatique et de sa position pionnière en matière de vigilance, peut porter sur la scène mondiale (sur ce sujet v. F. Coulée, « Participation de la France au groupe de travail sur l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Solidarité européenne et valorisation de la loi sur le devoir de vigilance de 2017 », *AFDI*, 2018, vol. 64, pp. 749-761). Il y a donc tout lieu de penser, et c'est heureux, que la directive européenne ne constituera pas le point final des discussions sur le devoir de vigilance des entreprises.