



HAL
open science

L'entreprise responsabilisée et le devoir de vigilance : le recours à la technique contractuelle

Gérard Jazottes, Marie-Pierre Blin-Franchomme, Isabelle Desbarats, Gérard Jazottes, Alexandra Mendoza-Caminade

► To cite this version:

Gérard Jazottes, Marie-Pierre Blin-Franchomme, Isabelle Desbarats, Gérard Jazottes, Alexandra Mendoza-Caminade. L'entreprise responsabilisée et le devoir de vigilance : le recours à la technique contractuelle. L'entreprise résiliente, LexisNexis, pp.371-380, 2023, 978 2 7110 3797 1. hal-04537460

HAL Id: hal-04537460

<https://hal.science/hal-04537460>

Submitted on 15 Apr 2024

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.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'entreprise responsabilisée et le devoir de vigilance : le recours à la technique contractuelle

Gérard Jazottes

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

L'ENTREPRISE RESPONSABILISÉE ET LE DEVOIR DE VIGILANCE : LE RECOURS À LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE

Sophie MAC CIONNAITH

et

Gérard JAZOTTES

293. – Si l'émergence d'un devoir de vigilance, issue de la responsabilité sociale de l'entreprise, est bien antérieure à la crise de la Covid-19⁽¹⁾, celle-ci a pu jouer le rôle de révélateur comme l'a relevé le Parlement européen dans sa résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises⁽²⁾. Selon l'un des considérants de cette résolution, « la crise de la Covid-19 a mis au jour certains inconvénients majeurs des chaînes de valeur mondiales et la facilité avec laquelle certaines entreprises peuvent déplacer, à la fois directement et indirectement, les incidences négatives de leurs activités commerciales vers d'autres territoires, en particulier hors de l'Union, sans avoir à en répondre ». Il ajoute qu'une étude de l'OCDE « a démontré que les entreprises qui ont pris, par anticipation, des mesures de gestion des risques liés à la crise de la Covid-19 en s'efforçant d'en atténuer les conséquences néfastes sur les travailleurs et les chaînes d'approvisionnement, développent davantage de valeur et de résilience à long terme... ».

Ce devoir de vigilance, qui peut se définir comme « une obligation de moyens enjoignant à l'entreprise d'identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs, sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent de ses décisions et activités »⁽³⁾, doit pleinement jouer son rôle dans un contexte où les crises, qu'elles soient sanitaires ou environnementales, ne sont pas des hypothèses d'école mais constituent désormais des risques potentiels ou réels. Promu par des textes

(1) Consacré, en droit français, par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Sur le contexte ayant conduit à l'adoption de cette loi : S. Brabant et Y. Queinnec, *De l'art et du devoir d'être vigilant* : RLDA 2013, n° 88, n° 4881, p. 48.

(2) 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]).

(3) S. Brabant et Y. Queinnec, *op. cit.*, p. 49.

de *soft law*⁽⁴⁾, consacré en droit français pour des entreprises de grande taille⁽⁵⁾, ce devoir de vigilance fait l'objet d'une proposition de directive de la Commission européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité⁽⁶⁾. Pour respecter ce devoir, les entreprises « doivent mettre en œuvre des processus complets visant à atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement dans leurs chaînes de valeur... » et « élaborer leurs décisions commerciales au regard des incidences sur les droits de l'homme, le climat et l'environnement, ainsi qu'au regard de la résilience de l'entreprise sur le long terme »⁽⁷⁾. Le devoir de vigilance constitue donc un instrument privilégié pour une action responsable sur le marché en prévenant, supprimant ou atténuant les incidences négatives des activités de l'entreprise.

Un des moyens de cette responsabilisation de l'entreprise par le traitement des incidences négatives de son action sur le marché, notamment en considération de sa chaîne de valeur, réside dans le recours à la technique contractuelle. Depuis plusieurs années, la pratique a déjà su se saisir de ce moyen en intégrant notamment des clauses RSE dans les contrats commerciaux⁽⁸⁾, au sein des conditions générales d'achat⁽⁹⁾ ou encore dans les pactes d'associés⁽¹⁰⁾. Le contrat présente l'intérêt d'associer la liberté contractuelle et la contrainte liée à l'engagement des parties, sorte de point de rencontre entre la *soft law* et la *hard law*, et devrait, en principe, permettre d'adapter la vigilance en fonction des spécificités de la relation contractuelle (Section 1). Ce recours à la technique contractuelle est également présent dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (Section 2)⁽¹¹⁾.

SECTION 1

Le recours à la technique contractuelle par la pratique : une vigilance sur mesure ?

294. – La *soft law* considère depuis longtemps le contrat comme étant un outil privilégié de vigilance⁽¹²⁾ au travers notamment de l'influence que les entreprises peuvent exercer sur leurs cocontractants. Les Principes directeurs de l'OCDE rappellent ainsi que « les entreprises peuvent aussi influencer leurs fournisseurs

(4) V. not. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011 (<http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>). Ces principes directeurs ont inspiré le contenu de la proposition.

(5) L. n° 2017-399, 27 mars 2017, préc.

(6) Prop. de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 : Doc. COM(2022), 71 final, 23 févr. 2022. Pour une présentation générale de la proposition et de son contexte : B. Lecourt, *Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés* : *Rev. sociétés* 2022, p. 310. – V. Magnier, *Le droit européen des sociétés se met au vert ! Bref commentaire de la proposition de directive sur le devoir de vigilance* : *D.* 2022, p. 1100.

(7) Exposé des motifs de la proposition de directive préc., p. 1.

(8) Y. Queindec et S. Mac Cionnaith, *La clause RSE, levier incontournable de vigilance* : *RLDA* 2018/139, n° 6499.

(9) Le groupe La Poste intègre une clause relative à la vigilance dans ses contrats fournisseurs, cette clause étant reprise dans ses conditions générales d'achat ; cf. *Application de la loi sur le devoir de vigilance*, EDH, déc. 2020.

(10) V. *infra*, n° 296.

(11) Prop. de directive préc.

(12) *Contrats et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance. Étude croisée le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, *Affectio Mutandi et ecoVadis*, avr. 2018.

par le biais d'accords contractuels tels que des contrats de gestion, des obligations de pré-qualification pour les fournisseurs potentiels, des conventions de vote ou encore des accords de licence ou de franchise »⁽¹³⁾, la norme ISO 26000 cite « l'établissement de dispositions contractuelles » comme méthode permettant d'exercer une influence⁽¹⁴⁾. Cette influence devrait idéalement s'exercer de manière vertueuse par une entreprise sur une autre afin que la relation contractuelle puisse refléter la prise en compte des enjeux de vigilance raisonnable par les cocontractants. Il ressort de l'étude de l'utilisation des clauses RSE dans les contrats commerciaux⁽¹⁵⁾ que l'adaptation de la vigilance reste à parfaire dans ces derniers (§ 1). Aux côtés des contrats commerciaux, on constate en pratique que des clauses RSE font leur apparition au sein des pactes d'associés, notamment dans le cadre d'opérations de capital investissement. On peut se questionner sur l'utilité des clauses RSE au sein des pactes d'associés comme réel outil de vigilance (§ 2).

§ 1. – L'adaptation imparfaite de la vigilance via les clauses RSE des contrats commerciaux

295. – On constate en pratique qu'une clause RSE comporte quatre éléments fondamentaux⁽¹⁶⁾. Ces clauses intègrent tout d'abord des référentiels normatifs dédiés aux enjeux ESG tels que les textes internationaux de *soft law* ou encore les chartes ou codes éthiques de l'entreprise, ce qui confère à ces référentiels la force normative du contrat. Les clauses RSE intègrent ensuite un mécanisme d'évaluation du respect des attentes ESG exprimées *via* des contrôles internes ou externes. Dans un troisième temps, ces clauses prévoient les conséquences en termes de responsabilité du cocontractant en cas de manquement au respect de la clause, même si elles se limitent souvent à permettre au donneur d'ordre de rompre le contrat pour inexécution. Enfin, les clauses RSE définissent leur périmètre d'application : en principe elles respectent l'effet relatif des conventions en ne créant des obligations qu'à l'égard du cocontractant, mais certaines sont plus audacieuses et créent des obligations à l'égard des partenaires du cocontractant.

Toutefois, les clauses RSE figurant au sein des contrats commerciaux présentent un écueil majeur : celui de leur inadaptation⁽¹⁷⁾. En effet, ces clauses sont généralement inadaptées à la relation contractuelle et ne prennent pas en compte les spécificités de l'activité du cocontractant, ou encore sont beaucoup trop vastes et donnent au cocontractant la sensation de faire face à une clause « fourre-tout »⁽¹⁸⁾. Or, le principe même de la diligence raisonnable repose sur l'adaptation au contexte, puisque la première étape de la démarche de vigilance réside dans l'identification

(13) Principes directeurs de l'OCDE (2011), comm. 21.

(14) ISO 26000, 7.3.3.2.

(15) *Contrats et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance. Étude croisée le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, Affectio Mutandi et ecoVadis, avr. 2018.

(16) *Ibid.*

(17) Y. Queinnec et S. Mac Cionnaith : *La clause RSE, levier incontournable de vigilance* : RLDA 2018/139, n° 6499.

(18) *Ibid.*

des risques ou des incidences négatives⁽¹⁹⁾. Ce n'est qu'à partir de cette identification que l'ensemble des mesures de vigilance peuvent se mettre en place. Une inadaptation de la clause peut être révélateur d'un contrat d'adhésion⁽²⁰⁾ ou pire, une simple clause de style. De plus, les cocontractants sont soumis à des clauses RSE imposant différents standards en fonction du pays d'origine du donneur d'ordre, ce qui rend leur respect d'autant plus difficile⁽²¹⁾.

La proposition de directive sur le devoir de vigilance souligne d'ailleurs l'écueil résultant des divergences dans les législations nationales relatives au devoir de vigilance, lesquelles ont « des effets considérables sur les fournisseurs qui approvisionnent différentes entreprises relevant de différentes lois, étant donné que les obligations se traduisent en pratique par des clauses contractuelles »⁽²²⁾. L'article 12 de la proposition prévoit ainsi l'obligation pour la Commission de fournir des lignes directrices sur des clauses contractuelles types volontaires⁽²³⁾.

Si les clauses RSE dans les contrats commerciaux traduisent l'influence d'un cocontractant sur l'autre, la présence de clauses RSE au sein des pactes d'associés vient traduire l'influence de certains associés de la société sur la gestion même de l'entreprise.

§ 2. – Les clauses RSE dans les pactes d'associés : un réel outil de vigilance ?

296. – En pratique, on constate fréquemment dans les pactes conclus dans le cadre d'opérations de capital investissement la présence de clauses RSE, lesquelles côtoient les clauses de lutte contre le blanchiment des capitaux et anti-corrupcion, les clauses de déontologie ou encore les clauses relatives à la protection des données personnelles. L'ensemble de ces clauses figurent en général dans les stipulations générales ou les déclarations et garanties des parties, en fin de pacte.

Souvent, ces clauses sont nécessaires du fait des engagements pris par l'associé investisseur en matière de RSE et plus spécialement lorsqu'il est signataire des Principes de l'investissement responsable des Nations unies⁽²⁴⁾.

Les clauses RSE au sein des pactes d'associés comportent certaines similitudes avec leurs cousines des contrats commerciaux en ce qu'elles (i) intègrent des référentiels normatifs dédiés aux enjeux ESG⁽²⁵⁾ et (ii) ont un périmètre d'application étendu : elles visent la société, ses filiales et plus étonnamment ses partenaires, fournisseurs, sous-traitants et prestataires de services. Toutefois, la comparaison s'arrête

(19) Le triptyque : identifier, prévenir ou atténuer et rendre compte étant fondamental dans la démarche de vigilance, qu'elle résulte de la *soft law* (cf. 10^e principe général des Principes directeurs de l'OCDE), ou du droit dur (cf. première mesure du plan de vigilance français, C. com., art. L. 225-102-4, I, 1^{er}).

(20) C. civ., art. 1110, al. 2.

(21) *Contrats et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance. Étude croisée le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, Affectio Mutandi et ecoVadis, avr. 2018.

(22) Exposé des motifs de la proposition préc., p. 16.

(23) *V. infra*, n° 302.

(24) Cf. les six Principes de l'investissement responsable des Nations unies : www.unpri.org.

(25) Plus particulièrement les Principes de l'Investissement Responsable des Nations unies (UNPRI), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et les prescriptions et recommandations du Bureau international du travail.

ici puisqu'il n'est en général pas prévu de mécanisme d'évaluation du respect de la clause, ni de conséquences en cas d'inexécution.

En effet, ces clauses font peser des engagements de meilleurs efforts sur la gouvernance de la société ou la société elle-même, sous réserve d'avoir prévu que celle-ci soit partie au pacte. En effet, il est difficile d'admettre « que des actionnaires puissent par un accord entre eux créer à la charge de la société des obligations auxquelles cette dernière n'aurait pas souscrit, voire dont elle n'aurait même pas eu connaissance »⁽²⁶⁾. Toutefois, ces clauses ont une force contraignante limitée, puisque si l'associé investisseur pourrait toujours demander des dommages et intérêts en cas de manquement de la part de la gouvernance ou de la société au respect de cette clause lui ayant causé un préjudice, il est rare que les pactes prévoient un droit de retrait de la société au profit de l'investisseur en cas de manquement à ladite clause. Pourtant, ce droit de retrait est parfois présent au titre du manquement à la clause de lutte contre le blanchiment de capitaux et de corruption. Preuve peut-être que les pactes d'associés ne sont pas encore un réel outil de vigilance raisonnable.

SECTION 2

Les mesures de nature contractuelle dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance

297. – Il ressort de la proposition de directive que le recours à la technique contractuelle, après le recensement des incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et sur l'environnement de l'activité de l'entreprise, constitue un instrument privilégié de la mise en œuvre du devoir de vigilance au titre des « mesures appropriées » pour prévenir, atténuer, ou mettre un terme à ces incidences négatives au sein de la chaîne de valeur. Deux articles de la proposition de directive, l'un consacré à la prévention des incidences négatives potentielles⁽²⁷⁾, l'autre à la suppression des incidences négatives réelles⁽²⁸⁾, mentionnent l'utilisation du contrat parmi les mesures à prendre par l'entreprise, « selon les besoins ». L'objectif est de proposer un arsenal de mesures, les mesures adéquates à prendre par l'entreprise étant celles « dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles aboutissent à la prévention ou à la réduction au minimum des incidences négatives dans les circonstances de l'espèce »⁽²⁹⁾.

Qu'il s'agisse de prévenir les incidences négatives potentielles ou de supprimer les incidences négatives réelles, le recours à ces mesures ne se justifie que s'il est efficace, ce qui suppose que l'entreprise soit en mesure d'exercer une influence sur ses partenaires. La condition d'une relation commerciale bien établie répond à cette

(26) L. Nurit-Pontier, *Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ?* : D. 2010, p. 2081.

(27) Art. 7.

(28) Art. 8.

(29) Prop. de directive préc., consid. 15.

exigence (§ 1). Dans ce contexte, que les incidences négatives soient potentielles ou réelles, le contenu des mesures proposées est similaire avec une progression prenant en considération l'échec des mesures initialement retenues pour la prévention ou la suppression des incidences négatives (§ 2). Les entreprises, même ne relevant pas du champ d'application de ces dispositions en raison de leur taille⁽³⁰⁾, disposent ainsi d'un arsenal de mesures à prendre pour une action responsable.

§ 1. – La condition préalable d'une relation commerciale bien établie

298. – Si le devoir de vigilance doit s'exercer au regard des activités propres de l'entreprise ainsi que celles de ces filiales, il s'étend également à ses relations commerciales en raison de l'influence qu'elle peut exercer sur celles-ci. La référence à la relation commerciale est un des critères de délimitation de la « sphère d'influence » de l'entreprise⁽³¹⁾ et a été choisie par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 instaurant le devoir de vigilance⁽³²⁾. C'est dans ce contexte que vont devoir être adoptées des « mesures appropriées » de nature contractuelle.

Mais, dans la mesure où la pertinence et l'efficacité de ces mesures sont conditionnées par « la capacité de l'entreprise à influencer ses relations commerciales directes et indirectes »⁽³³⁾, il est nécessaire de préciser les éléments de cette relation commerciale. Tout d'abord, l'autre partie de cette relation est « un contractant, un sous-traitant ou toute autre entité juridique », qualifié de « partenaire »⁽³⁴⁾. S'agissant de l'objet de la relation, il est indiqué que ce partenaire doit avoir conclu avec l'entreprise « un accord commercial » ou avoir reçu d'elle « un financement, une assurance ou une réassurance », ou encore exercer « des activités commerciales liées aux produits ou services de l'entreprise ou au nom de cette dernière »⁽³⁵⁾. Si ces deux éléments de la relation commerciale sont définis de manière plutôt large, étant relevé que les entreprises financières réglementées sont tenues du devoir de vigilance⁽³⁶⁾, un troisième élément vient restreindre cette définition.

La relation commerciale doit, en outre, être « bien établie ». Selon la définition donnée dans la proposition de directive, est « bien établie » la relation commerciale, « directe ou indirecte, qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur »⁽³⁷⁾. Cette dernière condition, le lien avec la chaîne de valeur, détermine la portée de l'influence que l'entreprise peut exercer et, par voie

(30) Dans son article 2, la proposition de directive retient des seuils en nombre de salariés (500) et en chiffre d'affaires net (150 millions d'euros), avec des seuils propres (250 salariés et 40 millions de chiffre d'affaires) à certaines activités à risques élevés quant aux atteintes aux droits de l'homme ou à l'environnement.

(31) Sur cette délimitation, V. : S. Mac Cionnaith, G. Jazottes et S. Sabathier, *Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de soft law et de hard law* : RLDA mars 2017, n° 6168. V. égal. S. Mac Cionnaith, *Le concept de sphère d'influence : de nouvelles obligations pour l'entreprise*, éd. Universitaires européennes, 2017.

(32) C. com., art. L. 225-102-4.

(33) Prop. de directive préc., consid. 15.

(34) Art. 3, f).

(35) Art. 3, f).

(36) Art. 3, a), iv).

(37) Art. 3, g).

de conséquence, l'efficacité des mesures mises en œuvre⁽³⁸⁾. Elle est à nouveau formulée lorsque la proposition de directive énonce les mesures de nature contractuelle qui doivent être prises⁽³⁹⁾. La chaîne de valeur est conçue de manière extensive puisqu'elle désigne « les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise », du développement du produit à son élimination, mais aussi « les activités connexes des relations commerciales de l'entreprise établies en amont et en aval »⁽⁴⁰⁾. S'agissant des entreprises financières réglementées, la chaîne de valeur « ne comprend que les activités des clients bénéficiant de tels services de crédit et de prêt ainsi que d'autres services financiers, et des autres entreprises appartenant au même groupe dont les activités sont liées au contrat en cause », à l'exception des PME⁽⁴¹⁾.

§ 2. – La gradation des mesures de nature contractuelle

299. – Si les mesures de nature contractuelle sont analogues qu'il s'agisse de prévenir des incidences négatives potentielles ou de supprimer des incidences négatives réelles, l'objectif poursuivi diffère : dans le premier cas, l'objectif est de prévenir ou « atténuer de manière adéquate les incidences négatives potentielles » lorsque la prévention n'est pas possible⁽⁴²⁾ ; dans le second cas, de mettre un terme aux incidences négatives réelles ou, en cas d'impossibilité, de réduire « au minimum l'ampleur de cette incidence »⁽⁴³⁾. En outre, elles ne sont pas les seuls instruments pour prévenir, supprimer ou réduire les incidences négatives. La directive mentionne en premier lieu, mais sans ordre hiérarchique puisque les mesures appropriées doivent être prises « selon les besoins », l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan d'action, de prévention pour des incidences négatives potentielles ou de mesures correctives pour des incidences négatives réelles. Dans cette dernière hypothèse, il faut ajouter les mesures de neutralisation et de réparation.

Ces mesures de nature contractuelle sont de trois ordres : garanties contractuelles des partenaires commerciaux, contrat avec un partenaire indirect, action sur le sort de la relation commerciale. Elles sont ordonnées en fonction des difficultés rencontrées pour prévenir, réduire ou mettre un terme aux incidences négatives.

A. – Les garanties contractuelles

300. – En premier lieu, selon les besoins, l'entreprise doit « s'efforcer d'obtenir des garanties contractuelles des partenaires commerciaux » avec lesquels l'entreprise entretient une relation commerciale qui doit être, d'une part, « directe » et,

(38) Il faut « permettre aux entreprises de répertorier correctement les incidences négatives dans leur chaîne de valeur et de leur donner la possibilité d'exercer une pression appropriée », consid. 20.

(39) « dans la mesure où leurs activités font partie de la chaîne de valeur de l'entreprise (cascade contractuelle) » : Prop. de directive, art. 7 et 8.

(40) Art. 3, h). Selon le considérant 17, l'effet réel du devoir de vigilance doit porter sur les incidences négatives « tout au long du cycle de production, d'utilisation et d'élimination des produits ou de la prestation de services, au niveau des activités propres aux entreprises et à leurs filiales et de leurs chaînes de valeur ».

(41) *Ibid.*

(42) Art. 7.

(43) Art. 8.

d'autre part, « bien établie ». Il est à noter que cette dernière condition n'est pas mentionnée dans le paragraphe 2 de l'article 7 de la proposition alors qu'elle l'est dans l'article 8⁽⁴⁴⁾. En outre, cette obligation de moyen ne s'impose que dans la mesure où les activités de ces partenaires font partie de la chaîne de valeur de l'entreprise. L'objet possible de ces garanties est précisé. Tout d'abord, par ces « garanties contractuelles », les partenaires s'engagent à respecter le code de conduite de l'entreprise. Ce code de conduite, qui énonce « les règles et principes à suivre par les salariés et les filiales de l'entreprise », doit exister, l'entreprise ayant l'obligation de mettre en place une politique en matière de devoir de vigilance, ce code étant un élément de cette politique⁽⁴⁵⁾. Ces garanties peuvent également porter, « en tant que de besoin », sur le respect d'un « plan d'action en matière de prévention »⁽⁴⁶⁾, pour des incidences négatives potentielles, ou « de mesures correctives » pour des incidences négatives réelles⁽⁴⁷⁾.

Mais cette obligation de moyen ne se limite pas à faire souscrire des garanties contractuelles par le partenaire lorsque celui-ci est une PME. La proposition de directive prend en considération les conséquences de tels engagements sur la situation de ce partenaire. C'est pourquoi, lorsque « le respect du code de conduite ou du plan d'action en matière de prévention » ou « de mesures correctives » pourrait compromettre « la viabilité de la PME », l'entreprise doit lui « fournir un soutien ciblé et proportionné »⁽⁴⁸⁾.

B. – Le contrat avec un partenaire indirect

301. – La proposition de directive envisage ensuite l'hypothèse où de telles garanties peuvent être inefficaces relativement à la suppression ou à l'atténuation de certaines des incidences négatives. Pour y remédier, l'entreprise a la possibilité de « chercher à conclure un contrat avec un partenaire avec lequel elle a une relation indirecte ». Il faut comprendre que cette voie doit être choisie lorsque l'échec des garanties contractuelles est constaté au niveau d'un partenaire en relation avec le partenaire tenu par ces garanties. En effet, ce contrat conclu avec le partenaire indirect a pour objectif de « garantir le respect du code de conduite de l'entreprise ou d'un plan d'action en matière de prévention » ou « d'un plan de mesures correctives »⁽⁴⁹⁾. S'agissant de la condition préalable d'une relation commerciale bien établie, l'un des considérants de la proposition de directive précise que « si la relation commerciale directe d'une entreprise est bien établie, alors toutes les relations commerciales indirectes liées devraient aussi être considérées comme bien établies au regard de cette entreprise »⁽⁵⁰⁾.

(44) Art. 7, § 2 et art. 8, § 3. Au regard de l'importance de ce caractère pour les raisons déjà évoquées et confirmées par le considérant 20, cette absence pourrait être une erreur de plume.

(45) Art. 5. Selon le considérant 28, ce code doit « s'appliquer à l'ensemble des fonctions et opérations de l'entreprise, notamment aux décisions d'acquisition et d'achat ».

(46) Art. 7, § 2.

(47) Art. 8, § 3.

(48) Art. 7, § 2, *d*) et art. 8, § 3, *e*).

(49) Art. 7, § 3 et art. 8, § 4.

(50) Consid. 20.

C. – Des conditions communes

302. – Ces deux modalités de nature contractuelle obéissent à des conditions communes. D'une part, les garanties contractuelles ou le contrat doivent être accompagnés de mesures appropriées permettant d'en vérifier le respect. D'autre part, lorsque le cocontractant est une PME, « les conditions utilisées doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires » et l'entreprise doit prendre en charge les coûts de la vérification par un tiers indépendant⁽⁵¹⁾.

Enfin, afin de faciliter le respect de ces obligations, plus précisément « le respect par les entreprises de leurs obligations de vigilance dans l'ensemble de leur chaîne de valeur tout en limitant le transfert de la charge dudit respect aux PME partenaires commerciales »⁽⁵²⁾, la Commission doit adopter des « orientations sur les clauses contractuelles types volontaires »⁽⁵³⁾.

D. – L'action sur le devenir de la relation commerciale

303. – En cas d'échec des mesures précédentes, une obligation d'abstention s'impose à l'entreprise : elle ne peut pas nouer de nouvelles relations ou étendre celles existantes avec le partenaire « avec lequel l'incidence a eu lieu »⁽⁵⁴⁾. Cette obligation d'abstention s'étend à la chaîne de valeur au sein de laquelle l'incidence négative qui n'a pu être ni supprimée, ni atténuée s'est produite⁽⁵⁵⁾.

Outre cette obligation d'abstention, mais sous réserve que le droit national applicable à la relation le permette, l'entreprise est tenue de suspendre la relation commerciale avec le partenaire concerné ou d'y mettre fin. Mais cette suspension ou cette rupture est entourée de conditions. En effet, l'efficacité des mesures de suppression ou de réduction suppose des relations durables, caractère que l'entreprise doit privilégier avant de recourir à l'interruption de la relation commerciale qui ne doit intervenir qu'en dernier ressort⁽⁵⁶⁾. C'est pourquoi la suspension temporaire de la relation commerciale avec le partenaire concerné doit s'accompagner de la poursuite des efforts « de prévention et de réduction au minimum, si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que ces efforts aboutissent à court terme » pour des incidences négatives potentielles⁽⁵⁷⁾ ou visant « à mettre un terme à l'incidence négative ou à réduire son ampleur au minimum » pour des incidences négatives réelles⁽⁵⁸⁾.

Cependant, si l'incidence potentielle ou réelle est grave, il doit être mis fin à la relation commerciale mais seulement pour les activités concernées⁽⁵⁹⁾. La proposition de directive fait obligation aux États membres de prévoir la possibilité de mettre un terme à la relation commerciale dans les contrats régis par leur législation. En droit français, si la persistance d'une incidence négative grave trouve son origine

(51) Art. 7, § 4 et art. 8, § 5.

(52) Consid. 45.

(53) Art. 12.

(54) Art. 7, § 5 et art. 8, § 6.

(55) *Ibid.*

(56) Consid 36 et 41.

(57) Art. 7, § 5.

(58) Art. 8, § 6.

(59) CPL, art. 7, § 5 et art. 8, § 6.

dans le non-respect d'une garantie contractuelle ou d'un contrat, le Code civil offre les instruments de cette rupture⁽⁶⁰⁾. Dans le cas contraire, si cette incidence négative persiste en dépit du respect des mesures contractuelles mises en œuvre, la rupture sera privée de fondement à défaut d'aménagement du droit français.

* *

*

304. – Au terme de ces quelques remarques, il apparaît que la technique contractuelle peut constituer une modalité d'exercice du devoir de vigilance. Néanmoins, elle ne saurait constituer la panacée. Le recours à la technique contractuelle doit être guidé par le souci de la cohérence, de l'équilibre et de la durabilité. En effet, « la durabilité renforce la coopération, accroît l'influence du donneur d'ordres et facilite la démarche d'amélioration continue »⁽⁶¹⁾.

(60) La résolution des articles 1224 et 1225 du Code civil, la résolution par voie de notification de l'article 1226 du même code ou, enfin, la résolution judiciaire (C. civ., art. 1227). Cette rupture devrait échapper au reproche de la brutalité, l'article L. 442-1, II du Code de commerce réservant la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations.

(61) Rapport du PCN sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, Recomm. n° 5, 2013 (www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/8507_rapport-du-pcn-sur-la-mise-en-oeuvre-des-principes-directeurs-de-l-ocde-dans-la-filiere-textile-habillement).