

**Mécénat
permettant la publication
de la revue
en français et en anglais
Sponsorship
Allowing the Publication
of the Journal
in French and English**

ADAMAS
BRYAN CAVE LLP
CASTALDI PARTNERS
CLIFFORD CHANCE
FRESHFIELDS
GIDE LOYRETTE NOUEL
HERBERT SMITH
HIRSCH AVOCATS
HOGAN LOVELLS
LAZAREFF LE BARS
MAYER BROWN
NORTON ROSE FULBRIGHT LLP
PYTHON

N° 3-4 2023

international business law journal

Revue

**DE DROIT DES AFFAIRES
INTERNATIONALES**

**INTERNATIONAL
BUSINESS LAW**

Journal

Rédacteur en chef : HENRY LESGUILLONS

DROITS DE L'HOMME ET DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL TRADE LAW

By Filali OSMAN



www.carbonbalancedprint.com
CBP2250



* 43122533 *

Revue de DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

Juillet/July
2023

SWEET & MAXWELL

N° 3-4

REGARD CRITIQUE SUR LE CHAMP MATERIEL DU PROJET DE DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE DURABILITE

A CRITICAL LOOK AT THE MATERIAL SCOPE OF THE DRAFT EUROPEAN DIRECTIVE ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

Raphaël MAUREL*

 Corporate governance; Corporate social responsibility; Duty of care; Environmental protection; EU law; Human rights; Sustainability

INTRODUCTION ET DELIMITATION DE LA RECHERCHE

On peut considérer que l'idée de la nécessité d'une forme d'éthique européenne des affaires, dans un but de protection du consommateur, est apparue au milieu des années 1980 au sein des Communautés européennes, avec l'adoption en 1984 d'une première directive sur la publicité trompeuse.¹ Remplacé depuis lors des directives plus précises et complètes,² ce premier texte a rapidement été accompagné de nombreux dispositifs visant à renforcer certains aspects de l'éthique des affaires. On pense, par exemple et sans exhaustivité, à la résolution du Conseil des ministres de 2003 la responsabilité sociale des entreprises,³ à la résolution du Parlement du 13 mars 2007 sur le même thème,⁴ à la communication de la Commission intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011–2014 » adoptée le 25 octobre 2011,⁵ à la directive de 2013 puis son actualisation par la Directive 2014/95 sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes,⁶ ou encore, plus récemment, la directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) de fin 2022.⁷

L'éthique des affaires, en tant que préoccupation majeure en Europe, a surtout émergé à la suite des crises financières et

INTRODUCTION AND SCOPE OF THE RESEARCH

The idea of the need for a form of European business ethics, with the aim of protecting the consumer, can be considered to have emerged in the mid-1980s within the European Communities, with the adoption in 1984 of a first directive on misleading advertising. Since then, this first directive has been replaced by more precise and comprehensive directives, and was quickly accompanied by numerous measures aimed at strengthening certain aspects of business ethics. Examples include, but are not limited to, the 2003 Council of Ministers Resolution on Corporate Social Responsibility, the Parliament's Resolution of 13 March 2007 on the same subject, the Commission's Communication on "Corporate Social Responsibility: A new EU strategy for the period 2011–2014" adopted on 25 October 2011, the 2013 Directive and its subsequent update by Directive 2014/95 on the publication of non-financial and diversity-related information by certain large undertakings and certain groups, or, more recently, the CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) of late 2022 .

Business ethics, as a major concern in Europe, has emerged mainly as a result of the financial and moral

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne, CREDIMI.

crises that have shaken the continent in recent decades. The financial crisis of 2008 or the Panama Papers scandal, for example, underlined the need for better control of corporate and financial market activity through regulation. The tragedy of the Rana Plaza collapse in 2013 also deeply affected European consciences and contributed to the emergence of the business ethics approach in Europe. This tragic event exposed the dramatic working conditions of textile workers in Bangladesh—and elsewhere—but also put the spotlight on the practices of some international brands and their offshore subsidiaries. European consumers and global companies involved in the supply chain rose up in the wake of this event and generally demanded greater corporate social and environmental responsibility. This has led to the creation of new standards and initiatives to ensure respect for human rights and the environment, including through greater corporate social and economic responsibility.

France has been particularly pioneering, adopting a law on corporate duty of care in 2017. Other states, such as Germany, have used this model to adopt similar legislation, sometimes resolving some of the shortcomings of the French “prototype”. The idea of a binding international text, to deepen the Ruggie Principles of 2011 which remain of voluntary adoption, emerged in 2014 within the United Nations. However, the “draft legally binding instrument on the application of human rights to transnational corporations” has stagnated since then, unofficially awaiting a common European position. Despite the fact that it is impossible for Member States to take a stand at the UN on provisions that fall within the scope of competences rightly transferred to the Union, the Union has still not mandated a negotiator to take part in the UN debates, and the debates are at a standstill to date.

It is in this context of global expectation that the European Union proposed on 23 February 2022 a draft directive on “corporate sustainability due diligence”. While the UN discussions are not progressing, the European project, announced since March 2021 by an “exceptional” resolution of the Parliament, has been developed particularly quickly. Following the common orientation of the Council of the European Union, issued on 1 December 2022, the text should be adopted by the European Parliament in May 2023. Both the working timetable and the French political agenda, which will weigh on the debate, tend to favour an entry into force in 2026 or 2027 at the latest. The text aims to impose on companies a responsibility or, at the very least and as its name suggests, a “duty of care” regarding their negative environmental and social impacts, but also the impacts of their supply chain. At

morales qui ont secoué le continent ces dernières décennies. La crise financière de 2008 ou le scandale des *Panama Papers*, par exemple, ont souligné la nécessité de mieux contrôler, par une régulation, l’activité des entreprises et des marchés financiers. Le drame de l’effondrement du Rana Plaza, en 2013, a également profondément affecté les consciences européennes et contribué à l’émergence de l’approche de l’éthique des affaires en Europe. Ce tragique événement a exposé les dramatiques conditions de travail des ouvriers du secteur textile au Bangladesh — et ailleurs, — mais a également mis en lumière les pratiques de certaines marques internationales et leurs filiales offshore. Les consommateurs européens et les entreprises mondiales qui participent à la chaîne d’approvisionnement se sont soulevés à la suite de cet événement et ont, dans l’ensemble, exigé une plus grande responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Cela a abouti à la création de nouvelles normes et initiatives en vue d’assurer le respect des droits humains et de l’environnement, notamment par l’intermédiaire d’une plus grande responsabilité sociale et économique des entreprises.

La France a été particulièrement pionnière, en adoptant en 2017 une loi sur le devoir de vigilance des entreprises.⁸ D’autres Etats, comme l’Allemagne, se sont fondés sur ce modèle pour adopter des législations proches, résolvant parfois certaines lacunes du « prototype » français. L’idée d’un texte international contraignant, pour approfondir les *Principes de Ruggie* de 2011 qui demeurent d’adoption volontaire, a émergé en 2014 au sein des Nations Unies. Toutefois, le « projet d’instrument juridiquement contraignant relatif à l’application des droits de l’homme aux sociétés transnationales » stagne depuis lors, dans l’attente officieuse d’une position commune européenne. L’Union n’a toujours pas, malgré l’impossibilité pour les Etats membres de se prononcer à l’ONU sur des dispositions qui relèvent de compétences justement transférées à l’Union, mandaté de négociateur habilité à participer aux débats onusiens, les débats sont à ce jour au point mort.

C’est dans ce contexte d’attente mondiale que l’Union européenne a proposé le 23 février 2022 un projet de directive sur le « devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité ».⁹ Alors que les discussions onusiennes n’avancent pas, le projet européen, annoncé depuis mars 2021 par une résolution « exceptionnelle »¹⁰ du Parlement, a été élaboré particulièrement rapidement. A la suite de l’orientation commune du Conseil de l’Union européenne, diffusée le 1er décembre 2022,¹¹ le texte devrait être adopté au Parlement européen en mai 2023. Le calendrier de travail comme l’agenda politique français, qui pèsera dans le débat, tendent à privilégier une entrée en vigueur en 2026 ou 2027 au plus tard. Le texte vise à

imposer aux entreprises une responsabilité ou, à tout le moins et comme son nom l'indique, un « devoir de vigilance » relatif à leurs impacts négatifs en matière environnementale et sociale, mais également aux impacts de leur chaîne d'approvisionnement. A l'heure actuelle — ces lignes ont été écrites en janvier 2023 —, ce projet suscite un certain nombre de critiques contradictoires. Certaines entreprises considèrent parfois qu'il est trop ambitieux, qu'il pourrait entraîner des coûts élevés sinon disproportionnés pour elles, et, de manière plus générale, qu'il manque de clarté concernant un certain nombre de points.¹² A l'inverse, des organisations de la société civile et des syndicats indiquent volontiers — et de manière moins confidentielle¹³ — que le texte ne va pas assez loin.

Cette contribution a pour objectif de présenter un bref regard critique sur ce projet de directive, et de discuter des principales interrogations qu'il soulève, étant entendu qu'il s'agit d'un processus en cours et que ce qui est valable en janvier 2023 ne le sera pas nécessairement en mai 2023. Quatre aspects au moins méritent réflexion : son champ d'application matériel de la directive, son champ d'application *ratione personae* et notamment sa portée extraterritoriale, les mécanismes prévus en vue d'assurer son effectivité, ainsi que les modalités concrètes d'adaptation des entreprises à la directive. Le traitement exhaustif de ces quatre objets d'étude excédant largement le format de la présente analyse, seules des observations relatives au champ d'application matériel du projet de directive seront ici développées.

Le texte proposé par le Conseil le 1er décembre 2022 est le résultat d'un compromis entre la proposition initiale de la Commission et les différents points de vue exprimés par les Etats membres. Il inclut des modifications importantes à la demande des Etats soucieux d'avancer dans deux directions : d'une part, proposer un texte cohérent et clair aux entreprises, d'autre part, éviter d'induire des réformes majeures des systèmes juridiques des Etats membres. L'essentiel du texte demeure néanmoins inchangé sur le fond : le projet de directive dresse une liste de normes que les entreprises soumises devront respecter, selon des modalités spécifiques qui constituent la substance de la « vigilance ».

LES NORMES FAISANT L'OBJET D'UN « DEVOIR DE VIGILANCE »

Le premier point surprenant, à la lecture du projet de directive, concerne son titre même. Est ainsi prévu un devoir de « vigilance », conformément au modèle français qui a servi d'inspiration générale, mais en matière de « durabilité ». L'article 3, relatif aux définitions, tout comme l'art.4 évoquent sans ambiguïtés un « devoir de vigilance en

the moment—these lines were written in January 2023—this project is generating a number of contradictory criticisms. Some companies consider that it is too ambitious, that it could lead to high or even disproportionate costs for them, and more generally that it lacks clarity on a number of points. On the other hand, civil society organisations and trade unions readily indicate—in a less confidential manner—that the text does not go far enough.

The aim of this contribution is to present a brief critical look at this draft directive, and to discuss the main questions it raises, bearing in mind that this is an ongoing process and that what is valid in January 2023 will not necessarily be valid in May 2023. At least four aspects deserve reflection: the material scope of the directive, its scope *ratione personae* and in particular its extraterritorial scope, the mechanisms foreseen to ensure its effectiveness, as well as the concrete modalities of adaptation of companies to the directive. As the exhaustive treatment of these four subjects of study largely exceeds the format of the present analysis, only observations relating to the material scope of the draft directive will be developed here.

The text proposed by the Council on 1 December 2022 is the result of a compromise between the Commission's initial proposal and the different views expressed by the Member States. It includes significant changes at the request of the Member States, which were anxious to make progress in two directions: on the one hand, to propose a coherent and clear text to businesses, and on the other hand, to avoid inducing major reforms of the Member States' legal systems. The essence of the text nevertheless remains unchanged in substance: the draft directive draws up a list of standards that companies subject to it will have to respect, according to specific modalities that constitute the substance of "vigilance".

STANDARDS SUBJECT TO A "DUTY OF VIGILANCE"

The first surprising point, upon reading the draft directive, concerns its very title. It provides for a duty of "vigilance", in accordance with the French model, which served as a general inspiration, but in the area of "sustainability". Article 3, relating to definitions, as well as art.4 unambiguously refer to a "duty of care with regard to human rights and the environment". One

might therefore have expected the title to reflect the duality of vigilance as conceived by the Union, or, conversely, to simply refer to a “duty of care” without further detail. The mention of sustainability, which refers to environmental considerations—but little, at least in appearance, to human rights—is all the more surprising as the text is on the whole not very affable on the environmental issue. In all, a dozen international texts are partially covered by the environmental vigilance annex, including the obligation to avoid or mitigate adverse effects on biological diversity, prohibitions on pollution of the sea, obligations relating to the import or production of chemicals, prohibitions on the import of certain wastes and chemicals, particularly hazardous ones, prohibitions on the illegal treatment of certain wastes, such as those containing mercury, and the obligation to avoid or minimise negative impacts on wetlands. To this list should be added art.15 of the draft, which is specifically dedicated to the fight against global warming and which is *prima facie* a particularly ambitious provision. However, it appears from the analysis that this article merely repeats by reference the content of the 2022 directive on the publication of sustainability information by companies, “avoiding broadening the obligations of companies under this article”. In other words, the directive refrains from going further than existing environmental texts and the bulk of the annexes, quantitatively, refer to texts relating to human rights.

The international texts relating to the latter rights, which companies are required to respect, call for some observations. In the Commission’s version, states were expected to require companies to comply with treaty provisions, but also with the content of non-binding international texts, such as the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples or the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. These references in the section of Annex 1 relating to “Conventions on human rights and fundamental freedoms” were surprising and raised formidable legal issues. The directive could have obliged Member States to give a conventional scope to international declarations or, at the very least, to make their content obligatory and invocable against companies before their domestic courts. Moreover, as the interpretation of the declaratory provisions is not easy, a dense and at first sight unhelpful litigation would probably have emerged, before the domestic courts and then by preliminary reference to the Court of Justice. This incongruous situation has been rectified by the Council’s common orientation of December 2022, which no longer mentions these declarations except in the preamble and

matière de droits de l’homme et d’environnement ». On aurait dès lors pu s’attendre à ce que le titre reflète la dualité de la vigilance telle qu’elle est conçue par l’Union, ou, à l’inverse, qu’il se contente d’évoquer un « devoir de vigilance » sans plus de détails. La mention de la durabilité, qui renvoie aux considérations environnementales — mais peu, au moins en apparence, aux droits de l’homme — est d’autant plus surprenante que le texte est dans l’ensemble peu affable sur la question environnementale. En tout, une douzaine de textes internationaux est partiellement visée en annexe par la vigilance environnementale, comprenant notamment l’obligation d’éviter ou atténuer les effets défavorables sur la diversité biologique, des interdictions de pollution de la mer, des obligations relatives à l’importation ou à la production de produits chimiques, des interdictions d’importer certains déchets et certaines substances chimiques notamment dangereux, des interdictions de traiter de manière illicite certains déchets comme ceux contenant du mercure, ou encore l’obligation d’éviter ou de réduire au minimum les incidences négatives sur les zones humides. Il faut ajouter à cette liste l’art.15 du projet, spécifiquement dédié à la lutte contre le réchauffement climatique et qui constitue *prima facie* une disposition particulièrement ambitieuse. Cependant, il ressort de l’analyse que cet article ne fait que reprendre par renvoi le contenu de la directive de 2022 sur la publication d’informations en matière de durabilité par les entreprises¹⁴ en « évitant d’élargir les obligations des entreprises au titre de cet article ». ¹⁵ Autrement dit, la directive s’abstient d’aller plus loin que les textes existants en matière environnementale et l’essentiel des annexes, quantitativement, renvoie à des textes relatifs aux droits de la personne humaine.

Les textes internationaux relatifs à ces derniers droits, dont le respect est prescrit aux entreprises, appellent quelques observations. Dans la version de la Commission, il était attendu des Etats qu’ils imposent aux entreprises le respect de dispositions conventionnelles, mais également le contenu de textes internationaux non contraignants, à l’instar de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ou celle sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.¹⁶ 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. La directive aurait ainsi pu contraindre les Etats membres à accorder une portée conventionnelle à des déclarations internationales ou, à tout le moins, à rendre leur contenu obligatoire et invocable à l’encontre des entreprises devant leurs

tribunaux internes. Par ailleurs, l'interprétation des dispositions déclaratives n'étant pas aisée, un contentieux dense et à première vue peu utile aurait probablement émergé, devant les tribunaux internes puis par renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Cette situation incongrue a été rectifiée par l'orientation commune du Conseil de décembre 2022, qui ne fait plus mention de ces déclarations qu'en préambule¹⁷ et mentionne une vingtaine de libertés fondamentales¹⁸ résultant de textes internationaux à valeur moins discutable.¹⁹

Cette purge, certes satisfaisante sur le plan juridique, conduit cependant à interroger la portée concrète du texte. Si son objectif général reste parfaitement louable, il n'en demeure pas moins que la directive ne conduit qu'à contraindre les Etats membres à imposer aux entreprises agissant sur leur sol le respect d'obligations que les Etats ont déjà contractées. Dès lors, ces Etats sont 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 Etats ont l'obligation de ne pas laisser utiliser leur territoire aux fins d'actes contraires au droit international ou aux droits des autres Etats.²⁰ On aurait dès lors pu attendre que l'Union européenne aille plus loin encore et ne se contente pas d'un renvoi à des dispositions existantes, au profit de dispositions nouvelles visant à augmenter le niveau des standards en matière de droits de la personne humaine et de durabilité au sein de l'Union. Un tel objectif paraît cependant bien trop ambitieux et le respect effectif des obligations actuellement applicables aux Etats par les entreprises agissant sur le sol de l'Union demeure, en soi, un enjeu majeur. La plus-value du projet européen réside donc moins dans le fond matériel des normes dont le respect est requis, que dans l'idée de « vigilance » et l'application extraterritoriale de la directive.

LE CONTENU CONCRET DU « DEVOIR DE VIGILANCE »

La notion de « devoir de vigilance » est définie par l'art.4 du projet :

« Les Etats membres veillent à ce que les entreprises fassent preuve d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement tel que défini aux articles 5 à 11 (« devoir de vigilance ») en prenant les mesures suivantes :

- intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques et leurs systèmes de gestion des risques conformément à l'article 5 ;
- recenser les incidences négatives réelles ou potentielles conformément à l'article 6 ;

mentions some twenty fundamental freedoms resulting from international texts of less questionable value.

This purge, which is certainly satisfactory from a legal point of view, nevertheless leads to questions about the concrete scope of the text. While its general objective remains perfectly commendable, the fact remains that the directive only leads to the Member States being forced to impose on companies acting on their soil the respect of obligations that the States have already contracted. Consequently, these States are already supposed to apply these obligations to their companies, at least in the name of the principle of due diligence in international law—a principle of customary law according to which States have the obligation not to allow their territory to be used for acts contrary to international law or the rights of other States. One might therefore have expected the European Union to go even further and not just refer to existing provisions, but to introduce new provisions aimed at raising the level of human rights and sustainability standards within the Union. Such an objective seems far too ambitious, however, and effective compliance with the obligations currently applicable to States by companies operating in the EU remains a major challenge in itself. The added value of the European project therefore lies less in the material substance of the standards with which compliance is required, than in the idea of “vigilance” and the extraterritorial application of the directive.

THE CONCRETE CONTENT OF THE “DUTY OF VIGILANCE”

The notion of “duty of care” is defined by art.4 of the draft:

“Member States shall ensure that companies demonstrate a duty of care with regard to human rights and the environment as defined in Articles 5 to 11 (‘duty of care’) by taking the following measures:

- integrating the duty of care into their policies and risk management systems in accordance with Article 5;
- Identifying actual or potential negative impacts in accordance with Article 6;

- Prevent and mitigate potential negative impacts, and stop and mitigate actual negative impacts in accordance with Articles 7 and 8;
- establish and maintain a complaints procedure in accordance with Article 9;
- monitor the effectiveness of their due diligence policy and measures in accordance with Article 10;
- communicate publicly on due diligence in accordance with Article 11.”

From these elements, it can be deduced that the “European-style” duty of care includes obligations to integrate the texts in question into the internal standards of the companies concerned, to assess the risks of violation and infringement of these texts, to publish information on the preventive measures adopted in this regard, but also to react promptly to eliminate the risks of violations or even violations, and to create complaint mechanisms. The last two provisions are particularly interesting. In the event that the activity of the company—or one of its subsidiaries—is found to have “negative impacts” according to a detailed “inventory” (art.6), a prevention mechanism (art.7) is thus added to a remarkable mechanism for “eliminating” these impacts. Article 8 of the text provides that companies are required to take a number of steps, ranging from a corrective action plan with reasonable timetables for action, to temporary or even permanent suspension “if the negative impact is considered serious and it has not been possible to eliminate or minimise it, of the business relationship, and to make reparation to the persons and communities affected. This is a particularly far-reaching provision which we believe is to be welcomed, as the inclusion of an obligation to cease trading with a subcontractor whose negative impacts on the environment or on human rights are likely to disrupt the economic strategies of some companies with little regard for their value chain.

The inclusion of an internal company complaint mechanism in art.9 is also noteworthy: “Member States shall ensure that companies provide for the possibility for the persons and organisations listed in paragraph 2 to lodge complaints with them where they have legitimate concerns about actual or potential negative impacts in relation to their own activities, the activities of their subsidiaries and the activities of their business partners in their chains of activity”. The particularly broad scope of those who can make a complaint to the company suggests that there will be many complaints, particularly from trade unions and civil organisations for the protection of human rights and

- prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l’ampleur conformément aux articles 7 et 8 ;
- établir et maintenir une procédure relative aux plaintes conformément à l’article 9 ;
- contrôler l’efficacité de leur politique et de leurs mesures de vigilance conformément à l’article 10 ;
- communiquer publiquement sur le devoir de vigilance conformément à l’article 11 ».

On peut déduire de ces éléments que le devoir de vigilance « à l’européenne » comprend des obligations d’intégrer les textes visés dans les normes internes des entreprises concernées, d’évaluer les risques de violation et d’atteinte à ces textes, de publier des informations quant aux mesures de prévention adoptées à cet égard, mais également de réagir promptement pour éliminer les risques de violations voire les violations, et de créer des mécanismes de plaintes. Ces deux dernières dispositions sont particulièrement intéressantes. En cas de constat d’« incidences négatives » de l’activité de l’entreprise — ou de l’une de ses filiales — selon un « recensement » détaillé (art.6), à un dispositif de prévention (art.7) s’ajoute ainsi un dispositif remarquable de « suppression » desdites incidences. L’article 8 du texte prévoit que les entreprises sont tenues de prendre un certain nombre de dispositions, selon une gradation allant du plan de mesures correctives assorti de calendriers d’actions raisonnables à la suspension temporaire, voire définitive « si l’incidence négative est considérée comme grave et qu’il n’a pas été possible de supprimer ou de réduire au minimum », de la relation commerciale, en passant par la réparation aux personnes et aux communautés touchées. Cette disposition va particulièrement loin et doit, à notre sens, être saluée, l’inclusion d’une obligation de cesser toute relation commerciale avec un sous-traitant dont les incidences négatives sur l’environnement ou sur les droits des personnes²¹ étant susceptible de bouleverser les stratégies économiques de certaines sociétés peu regardantes quant à leur chaîne de valeur.

L’inclusion d’un mécanisme de plainte interne à l’entreprise, prévue par l’art.9, est tout aussi remarquable : « Les Etats membres veillent à ce que les entreprises prévoient la possibilité pour les personnes et les organisations énumérées au paragraphe 2 de déposer des plaintes auprès d’elles lorsqu’elles ont des préoccupations légitimes quant aux incidences négatives réelles ou potentielles en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les activités de leurs partenaires commerciaux dans leurs chaînes d’activités ». Le champ

particulièrement large des personnes susceptibles de saisir l'entreprise²² laisse présager de nombreuses saisines, notamment de la part des syndicats et des organisations civiles de protection des droits de l'homme et de l'environnement. La question de la nature exacte de cette procédure contentieuse privée demeure en revanche ouverte. Si l'art.9 prévoit que « les entreprises établissent une procédure équitable, accessible et transparente pour le traitement des plaintes »²³ et que « lorsque la plainte est fondée, [...] l'entreprise prend les mesures appropriées conformément aux articles 7 et 8, y compris en apportant réparation le cas échéant », la question de la contestation comme de la valeur de la décision de l'entreprise peut soulever des difficultés. Si le mécanisme paraît à première vue incitatif et positif, il peut également revenir à contourner le droit pénal des affaires national pour « privatiser » le règlement du différend, ou provoquer, en cas de décision manifestement entachée d'erreur, un retardement de la réparation. L'une des questions qui se posera au stade de la transposition sera ainsi de déterminer le caractère obligatoire, ou non, de la saisine préalable de l'entreprise par cette nouvelle voie avant de porter l'affaire devant les tribunaux nationaux, les règles de recevabilité n'étant par ailleurs pas nécessairement identiques.

Enfin, il faut relever que le devoir de vigilance est — partiellement — sanctionné. Aux termes de l'art.22 « Responsabilité civile des entreprises et droit à une réparation intégrale » :

« Les Etats membres veillent à ce qu'une entreprise puisse être tenue pour responsable d'un dommage causé à une personne physique ou morale, à condition que :

- a) l'entreprise ait manqué, intentionnellement ou par négligence, aux obligations énoncées aux articles 7 et 8, lorsque le droit, l'interdiction ou l'obligation énumérés à l'annexe I vise à protéger la personne physique ou morale ; et
- b) que, à la suite du manquement visé au point a), elle ait causé un dommage à l'intérêt juridique protégé par le droit national de la personne physique ou morale ».

Cette disposition, et celles qui la suivent, appellent de nombreuses remarques qui ne seront qu'effleurées ici. D'une part, l'association stricte de la responsabilité au seul dommage causé à une personne physique ou morale²⁴ semble écarter toute responsabilité pour dommage environnemental de manière générale. L'article 15, relatif à la lutte contre le changement climatique, n'est d'ailleurs pas concerné par la responsabilité civile des entreprises, ce qui grève son ambition « durable » et renforce les

the environment. However, the exact nature of this private litigation procedure remains an open question. While art.9 provides that “companies shall establish a fair, accessible and transparent procedure for dealing with complaints” and that “where the complaint is well-founded, [...] the company shall take appropriate measures in accordance with Articles 7 and 8, including providing redress where necessary”, the question of both the challenge and the value of the company's decision may raise difficulties. While the mechanism appears at first sight to be a positive incentive, it may also amount to a circumvention of national criminal law to “privatise” the resolution of the dispute, or, in the case of a manifestly flawed decision, to a delay in redress. One of the questions that will arise at the transposition stage will be to determine whether or not it is compulsory for the company to be referred to this new procedure before bringing the case before the national courts, since the rules of admissibility are not necessarily identical.

Finally, it should be noted that the duty of vigilance is—partially—sanctioned. According to art.22 “Corporate liability and the right to full compensation”,

“Member States shall ensure that an undertaking may be held liable for damage caused to a natural or legal person, provided that:

- (a) the undertaking intentionally or negligently failed to comply with the obligations set out in Articles 7 and 8, where the right, prohibition or obligation listed in Annex I is intended to protect the natural or legal person; and
- (b) as a result of the breach referred to in point (a), it has caused damage to the legal interest protected by the national law of the natural or legal person.”

This provision, and those that follow it, call for numerous remarks which will only be touched upon here. On the one hand, the strict association of liability to damage caused to a natural or legal person alone seems to rule out any liability for environmental damage in general. Article 15, relating to the fight against climate change, is not concerned with the civil liability of companies, which undermines its “sustainable” ambition and reinforces the questions, raised above, about the addition of the expression “with regard to sustainability” in the title of the directive. On the other hand, it appears from the text resulting from

the Council of the Union that “[a] company cannot be held liable if the damage was caused only by its commercial partners in its chain of activities”. This provision, which was not so clearly expressed in the Commission’s initial text, leads to a drastic limitation of the capacity to sanction—on the basis of the directive, with the Member States remaining free, subject to compliance with competition rules, to go further—large groups for the activities of their subcontractors, unless they can demonstrate shared and therefore joint and several liability.

Finally, it is in our view very unfortunate that the Council has deleted arts 25 and 26 of the Commission’s draft. These articles provided, in substance, for the liability of directors of companies subject to the duty of care. Article 25 provided that “when discharging their duty to act in the best interests of the company, directors of companies shall take into account the consequences of their decisions on sustainability issues, including, where appropriate, human rights, climate change and the environment, including in the short, medium and long term” and indicated that breaches of this provision should be sanctioned under national law. Article 26 charged the directors with “implementing and supervising due diligence measures”. However, as the preamble to the Council’s version states, “[b]ecause of the strong concerns expressed by Member States that Article 25 constituted an inappropriate interference with national provisions on directors’ duties of care and risked undermining the duty of directors to act in the best interests of the company, these provisions have been deleted from the text”. Article 26 has also been deleted but its “main elements have been moved to the provision on the integration of the duty of care into the company’s risk management policies and systems (art.5(3)), taking into account the diversity of corporate governance systems and the freedom of companies to regulate their internal issues”. However, it must be noted that art.5(3) no longer mentions any liability of directors. This is regrettable.

interrogations, soulevées supra, sur l’adjonction de l’expression « en matière de durabilité » dans le titre de la directive. D’autre part, il ressort du texte issu du Conseil de l’Union qu’« [u]ne entreprise ne saurait être tenue pour responsable si le dommage n’a été causé que par ses partenaires commerciaux dans sa chaîne d’activités ». Cette disposition, qui n’était pas aussi clairement exprimée dans le texte initial de la Commission, conduit à limiter drastiquement les capacités de sanctionner — sur le fondement de la directive, les Etats demeurant libres, sous réserve du respect des règles de concurrence, d’aller plus loin — les grands groupes du fait de l’activité de leurs sous-traitants, à moins de démontrer une responsabilité partagée et donc solidaire.

Enfin, il est à notre sens très fâcheux que le Conseil ait supprimé les arts 25 et 26 du projet de la Commission. Ces derniers prévoyaient, en substance, une responsabilité des administrateurs des entreprises soumises au devoir de vigilance. L’article 25 disposait que « lorsqu’ils s’acquittent de leur obligation d’agir dans le meilleur intérêt de l’entreprise, les administrateurs des entreprises [...] tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l’homme, le changement climatique et l’environnement, y compris à court, moyen et long terme » et indiquait que les manquements à cette disposition devaient être sanctionnés en droit interne. L’article 26 chargeait pour sa part les administrateurs « de mettre en place et de superviser les mesures de vigilance ». Cependant, comme l’indique le préambule de la version du Conseil, « [e]n raison des vives préoccupations exprimées par les Etats membres qui considéraient que l’article 25 constituait une ingérence inappropriée dans les dispositions nationales relatives au devoir de sollicitude des administrateurs et risquait de porter atteinte au devoir des administrateurs d’agir dans le meilleur intérêt de l’entreprise, ces dispositions ont été supprimées du texte ».²⁵ L’article 26 a également été supprimé mais ses « principaux éléments ont été déplacés vers la disposition relative à l’intégration du devoir de vigilance dans les politiques et les systèmes de gestion des risques de l’entreprise (art.5, para.3), compte tenu de la diversité des systèmes de gouvernance d’entreprise et de la liberté des entreprises de régler leurs questions internes ».²⁶ Force est cependant de constater que l’art.5 para.3 ne fait plus mention d’une quelconque responsabilité des administrateurs.²⁷ Cette disparition est regrettable.

Notes

1. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, *JOUE* L 250 du 19.9.1984, pp. 17–20.
2. Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOUE* L 376 du 27.12.2006, pp. 21–27.
3. Résolution du Conseil du 6 février 2003 sur la responsabilité sociale des entreprises, *JOUE* C 39 du 18.2.2003, p. 3.
4. Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat (2006/2133(INI)).
5. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25.10.2011, COM(2011) 681.
6. Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la Directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* L 330, 15.11.2014, pp. 1–9.
7. Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le Règlement (UE) n° 537/2014 et les Directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *JOUE* L 322, 16.12.2022, pp. 15–80.
8. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.
9. Le projet initial, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=EN>.
10. B. Lecourt, « Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés », *Rev. sociétés* 2021, p. 335 : « Une telle initiative des députés européens est exceptionnelle car en vertu de l'article 17, § 2, du traité sur l'Union européenne, le monopole des initiatives législatives appartient à la Commission européenne. Les députés européens ne peuvent donc pas déposer de propositions de directive ou de règlement ; ils peuvent uniquement adopter une résolution invitant la Commission à proposer un texte sur le fondement de l'article 225 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Même si les députés européens ont pris le soin d'indiquer que la proposition rédigée est annexée sous forme de recommandations, une telle démarche révèle qu'ils estiment que le sujet est d'une grande importance et qu'il est particulièrement urgent d'adopter un texte ».
11. V. <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/>.
12. V. par exemple « Devoir de vigilance européen : les entreprises exigent des clarifications », Editions législatives, 26.07.2022, en ligne : <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/devoir-de-vigilance-europeen-les-entreprises-exigent-des-clarifications/>.
13. V. par exemple la réaction de la Confédération européenne des syndicats (CES) : CES, *Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises pour des entreprises durables (CSDD) - Feuille de route mise à jour pour une mobilisation avant le trilogue européen*, discutée lors du Comité exécutif des 27 et 28 octobre 2022, <https://www.etuc.org/fr/document/proposition-de-directive-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-pour-des-entreprises>.
14. Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le Règlement (UE) n° 537/2014 et les Directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *JOUE* L 322, 16.12.2022.
15. Préambule de la version du Conseil du 1er décembre 2022, point (26).
16. La deuxième section de l'annexe 1 intégrait, au titre des « conventions », la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, la déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail ou encore la déclaration de principes tripartite de l'Organisation internationale du travail sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Ces mentions n'étaient pas anecdotiques puisque la première section de la même annexe renvoyait au respect de dispositions précises de ces textes ; v. ainsi le point 20 identifiant parmi les impacts négatifs soumis à la vigilance la « Violation du droit des peuples autochtones aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis, conformément à l'article 25, à l'article 26, paragraphes 1 et 2, à l'article 27 et à l'article 29, paragraphe 2, de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ».
17. Voir notamment le point (26) : « Les groupes ou communautés lésés pourraient être, par exemple, les peuples autochtones protégés par la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ».
18. Y figurent les grandes libertés telles que le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit à la liberté et à la sécurité ou la liberté d'expression, des droits sociaux tels que l'interdiction du travail forcé ou obligatoire ou l'interdiction de l'inégalité de traitement en matière d'emploi, et quelques droits environnementaux comme l'interdiction de provoquer une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, des émissions nocives, une consommation excessive d'eau ou d'autres incidences sur les ressources naturelles, telles que la déforestation.
19. La liste, épurée de tous les textes déclaratifs, ne comprend plus que 10 conventions internationales : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les conventions 87, 98, 29, 105, 138, 182, 100 et 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT).
20. V. CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, *Recueil CIJ* 1949, p. 22. Sur ce thème, v. S. Besson, « La due diligence en droit international », *RCADI*, vol. 409, 2021, pp. 167 et ss.
21. A noter que l'al.8 de ce même article prévoit deux types d'exceptions à l'obligation de cesser la relation commerciale en cas d'impossibilité de réduire substantiellement ou de supprimer l'incidence négative grave, lorsque « a) on peut raisonnablement s'attendre à ce que le terme mis à la

relation commerciale entraîne une incidence négative plus grave que l'incidence négative réelle qui ne pourrait pas être supprimée ou réduite au minimum ; ou b) il n'existe pas d'autre solution que cette relation commerciale, qui fournit une matière première, un produit ou un service essentiel à la production de biens ou à la prestation de services par l'entreprise, et le terme qui serait mis à cette relation causerait un préjudice important à l'entreprise ». Il y a donc lieu à s'attendre à l'invocation régulière, devant les autorités de contrôle, de l'exception de l'art.8 (8) b), les entreprises pouvant être tentées d'argumenter sur le caractère essentiel et irremplaçable de la relation commerciale problématique.

22. V. l'article 9 (2) : « a)

les personnes qui sont touchées ou qui ont des motifs raisonnables de croire qu'elles pourraient être touchées par une incidence négative ; b) les syndicats et d'autres représentants des travailleurs représentant les personnes travaillant dans la chaîne d'activités concernées ; et c) les organisations de la société civile actives dans les domaines concernés par l'incidence négative sur les droits de l'homme ou l'environnement qui fait l'objet de la plainte ».

23. Article 9 (3).

24. Comme le précise l'art.27 du préambule du texte du 1er décembre 2022, « L'article 22 a été modifié de manière significative afin d'assurer la clarté juridique et la sécurité des entreprises et d'éviter toute interférence déraisonnable avec les systèmes de droit de la responsabilité civile des Etats membres. Les quatre conditions à remplir pour qu'une entreprise soit tenue pour responsable — un dommage causé à une personne physique ou morale, un manquement à l'obligation, le lien de causalité entre le dommage et le manquement à l'obligation et une faute (intention ou négligence) — ont été clarifiées dans le texte et l'élément de la faute a été inclus ».

25. Préambule de la version du Conseil du 1er décembre 2022, point (31).

26. Préambule de la version du Conseil du 1er décembre 2022, point (32).

27. Il dispose *in integrum*, dans sa version du 1er décembre 2022, que « Les Etats membres veillent à ce que les entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, mettent en place et supervisent les mesures énumérées à l'article 4, paragraphe 1 ».