

# DEVOIR DE VIGILANCE

Que pensent les ONG de la Loi française de 2017 ?

Est-elle adaptée ? Est-elle efficace ?

par Diane de Saint-Affrique

octobre 2023



# SKEMA PUBLIKA

SKEMA PUBLIKA est un think tank international indépendant qui a pour objectif d'anticiper et de penser les transformations sociétales et géopolitiques de demain. Il alimente le débat public et émet des recommandations pour les décideurs nationaux et internationaux.

Adossé à SKEMA Business School, le think tank aborde des sujets politiques et sociétaux ayant trait aux politiques publiques. Il les aborde sous l'angle des signes précurseurs, anticipe et formule des recommandations pour « l'après ». Il adopte une approche multidisciplinaire et hybride du traitement de l'information, associant intelligences humaine et numérique.

Retrouvez nos travaux sur : <https://publika.skema.edu/>

## AUTEURE

**Diane de Saint-Affrique**, Docteur en droit de l'Université Paris 2, Panthéon-Assas, est professeur à SKEMA Business School, où elle a notamment créé et dirigé les doubles Master en droit des affaires et droit des contrats d'affaires.

Elle intervient également à SKEMA Venture, l'incubateur de SKEMA où elle conseille des *startups* sur leur stratégie dans le cadre de leur développement entrepreneurial et juridique.

Elle forme des dirigeants à la gouvernance et la RSE.

Ses domaines de recherche sont le droit des sociétés, la gouvernance d'entreprise et la RSE. Ses recherches portent également sur la bioéthique, l'IA et l'éthique.

Diane de Saint-Affrique est administrateur d'AQUAVERA (organisation à but non lucratif). Elle est également administrateur de l'AFD&M (Association française droit et management).



# TABLE DES MATIÈRES

<b>Propos introductifs à l'enquête .....</b>	<b>4</b>
<b>Points clés .....</b>	<b>6</b>
<b>I. La loi de 2017 est-elle adaptée et suffisamment efficace ? .....</b>	<b>8</b>
Le périmètre de la loi n'est pas forcément adapté .....	8
Les ONG pointent du doigt la carence de l'État quant à la vérification de son application .....	9
Les ONG estiment que le régime de la preuve est insatisfaisant .....	10
Des sanctions très insuffisantes .....	11
Conclusions et recommandations des ONG .....	12
<b>II. Quel est le périmètre d'application ? .....</b>	<b>13</b>
Quels seuils sont imposés par la loi de 2017 et que propose le projet de directive ? .....	13
Quelles sont les positions des ONG face à ces évolutions ? .....	14
Conclusion .....	17
<b>III. Quelles sont les attentes minimales des ONG vis-à-vis des entreprises ? .....</b>	<b>18</b>
La transparence .....	18
Des indicateurs précis et mis à jour régulièrement .....	19
La participation des parties prenantes .....	20
L'évolution de la culture d'entreprise .....	20
<b>IV. Quelles actions pour qu'ONG et entreprises travaillent ensemble ? .....</b>	<b>21</b>
Difficulté à œuvrer ensemble du fait de la divergence des intérêts .....	21
Importance du rôle de l'État dans l'accompagnement et la surveillance .....	22

# PROPOS INTRODUCTIFS A L'ENQUETE

À l'heure où la Commission européenne s'empare de la question du devoir de vigilance et compte tenu de l'importance cruciale de l'impact d'une telle réforme pour les entreprises européennes, mais aussi pour la poursuite d'un certain nombre d'échanges commerciaux internationaux, il est apparu indispensable au think tank SKEMA PUBLIKA de mener une étude approfondie auprès des principales parties prenantes, à savoir les organisations non gouvernementales (ONG) et les sociétés concernées par la réglementation pour avoir leur retour sur l'application de la loi française sur le devoir de vigilance de 2017 et son impact dans le domaine économique et commercial ainsi que leur regard sur ce nouveau projet de directive européenne.

Le 23 février dernier, la Commission européenne a présenté sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (ou CSDD, *Corporate Sustainability Due Diligence*) visant à obliger les entreprises à gérer les impacts sociaux et environnementaux tout au long de leur chaîne d'approvisionnement, y compris lorsqu'ils sont issus de leurs propres opérations commerciales.

Cette proposition a pour objectif de favoriser le comportement durable et responsable des entreprises tout au long des chaînes de valeur mondiales, ces dernières jouant un rôle essentiel dans la mise en place d'une économie et d'une société durables. La directive prévoit que les sociétés concernées seront tenues de recenser et, s'il y a lieu, de prévenir, de faire cesser ou d'atténuer les incidences négatives de leurs activités sur les droits de l'homme et sur l'environnement.

Les entreprises et secteurs visés par la directive sont répartis en deux groupes :

- Groupe 1 : Toutes les entreprises de l'Union européenne à responsabilité limitée de grande taille et ayant un pouvoir économique important (employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros à l'échelle mondiale).
- Groupe 2 : D'autres sociétés à responsabilité limitée exerçant des activités dans des secteurs à fort impact définis, qui n'atteignent pas les deux seuils précédents, mais emploient plus de 250 personnes et réalisent un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros et plus à l'échelle mondiale.
- Les entreprises de pays tiers actives dans l'UE dont le seuil de chiffre d'affaires est aligné sur celui des sociétés précédemment visées (groupe 1 et 2) et dont le chiffre d'affaires est réalisé dans l'UE.

La directive précise enfin que les petites et moyennes entreprises (PME) ne relèvent pas directement du champ d'application de cette proposition. Cette rédaction pour le moins ambiguë pourrait induire qu'elles en relèvent indirectement.

Cette proposition s'applique aux opérations propres aux entreprises, à leurs filiales et à leurs chaînes de valeur (relations commerciales établies de manière directe et indirecte).

Afin de respecter le devoir de vigilance en matière de durabilité, les entreprises devront être en capacité d'intégrer le devoir de vigilance dans les politiques, de recenser les incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits humains et l'environnement, de prévenir ou d'atténuer les incidences potentielles, de mettre un terme aux incidences réelles ou les réduire au minimum, d'établir et maintenir une procédure de réclamation, de contrôler l'efficacité de la politique et des mesures de vigilance et enfin de communiquer publiquement sur le devoir de vigilance.

La directive prévoit qu'un contrôle émanant des autorités administratives nationales devra être effectué et des amendes infligées en cas d'irrespect de ces nouvelles règles. Des sanctions juridiques sont prévues en plus des sanctions réputationnelles actuelles, les victimes ayant la possibilité d'intenter une action en justice pour les dommages occasionnés qui auraient pu être évités grâce à des mesures de vigilance appropriées.

En outre, les entreprises du groupe 1 devront mettre en place un plan permettant de garantir que leur stratégie commerciale est compatible avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris.

Enfin est introduite l'obligation pour les administrateurs de mettre en place et de superviser l'intégration et le déploiement du devoir de vigilance dans la stratégie d'entreprise, et ce, en tenant compte des conséquences de leurs décisions sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement.

Cette directive est, à bien des égards, beaucoup plus exigeante que ne l'étaient les règles nationales adressant cette question qui dans la plupart des cas se limitaient à agir sur des violations spécifiques des droits humains, comme aux Pays-Bas, où elle visait le travail des enfants, ou encore au Royaume-Uni, où elle visait l'esclavage moderne.

Seule la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre avait une approche globale dont les exigences étaient très étendues. Ces dernières ont été, pour la plupart, reprises par la directive.

Si les PME (qui représentent avec les TPE [très petites entreprises] 98,8 % des entreprises françaises) ne relèvent pas directement du champ d'application de cette proposition européenne, elle risque de les impacter indirectement. C'est pourquoi la proposition comprend également des mesures d'accompagnement qui soutiendront toutes les entreprises, y compris les PME, susceptibles d'être indirectement touchées.

Face aux exigences légales croissantes imposées aux entreprises, il est apparu indispensable de se poser la question de la pertinence de ces règles en regard tant du fonctionnement interne des sociétés que de la compétition internationale. Sur cette question du devoir de vigilance, devenue centrale, une enquête devait être menée tant du côté des ONG que des sociétés visées directement et indirectement par les lois de 2017 et de directive européenne de février 2022 afin qu'une démarche soit initiée auprès des parties prenantes permettant l'ouverture d'un dialogue constructif visant à aboutir à la mise en place de bonnes pratiques fixées communément.

**La première phase de l'étude a été l'identification des principales ONG travaillant sur cette question du devoir de vigilance qui ont été interviewées et ont répondu aux quatre questions suivantes :**

1. Selon vous la loi de 2017 est-elle adaptée (champs d'application, suivi de l'application, sanctions) et suffisamment efficace ?
2. L'application de la loi doit-elle ne concerner (ce qui est aujourd'hui le cas) que les très grosses sociétés ? Ne serait-il pas souhaitable qu'elle implique toutes les sociétés, quelles que soient leurs tailles (ETI<sup>1</sup>-PME-TPE) ?
3. Quelles sont les attentes minimales des ONG vis-à-vis des entreprises pour que ces dernières soient considérées comme « en bonne voie » ?
4. Quelles seraient les actions à mener pour que les sociétés et les ONG puissent travailler ensemble au « bien commun » ?

---

<sup>1</sup> Entreprises de taille intermédiaire.

# POINTS CLES

## 1. LA LOI DE 2017 EST-ELLE ADAPTEE ET SUFFISAMMENT EFFICACE ?

Sur le caractère adapté et efficace de la loi de 2017, un certain nombre de réflexions convergentes sont apparues de la part des ONG quant à la pertinence du texte de loi de 2017 et de son application. Malgré tout, les recommandations des ONG sont les suivantes :

- **Les seuils définis doivent être revus à la baisse**, car ils sont trop élevés et excluent des entreprises qui du fait de leurs activités devraient légitimement être visées par la loi.
- **Toutes les sociétés quelle que soit leur forme sociale doivent être concernées par la loi vigilance** dès lors qu'elles dépassent les seuils afin d'éviter les stratégies de contournement.
- **La notion de relation commerciale établie doit être redéfinie de façon plus claire** en prenant en compte toute la chaîne de valeur en incluant les fournisseurs indirects.
- **La mesure du devoir de vigilance doit évoluer** avec une prise en compte, outre la cartographie des risques, d'une cartographie du type d'activité, du risque inhérent aux opérations dépassant ainsi le seul critère de la taille de l'entreprise.
- **Les pouvoirs publics doivent mettre en place un organisme *ad hoc*** chargé d'établir, de publier et de mettre à jour annuellement la liste des entreprises soumises au devoir de vigilance, de rendre accessible l'ensemble des plans de vigilance sur une base de données publique, de renforcer les exigences de transparence afin de rendre plus accessibles les données financières et extrafinancières sur les entreprises.
- **Un renversement de la charge de la preuve doit être opéré** pour une véritable efficacité de la loi.
- **Une amende civile dissuasive doit être mise en place.**

## 2. QUEL PERIMETRE D'APPLICATION ?

Force est de constater que **sur la question du périmètre d'application de la loi sur le devoir de vigilance de 2017 (qui à l'heure actuelle ne s'applique qu'aux plus grosses entreprises) la vision des ONG interrogées est à géométrie variable.** Certaines souhaitent cantonner la loi aux seules multinationales, d'autres l'élargir à l'ensemble des entreprises. Certaines privilégient des critères différenciants liés au nombre de salariés, au chiffre d'affaires ou encore au niveau de risque des opérations. Pour d'autres, les termes de la loi et notamment la notion de « vigilance raisonnable » restent à clarifier.

**Cela soulève une question majeure concernant la norme.** Le législateur pourrait en effet être tenté, pour répondre aux attentes des associations, de multiplier de façon exponentielle les normes dont l'objet serait de répondre aux préoccupations et aux demandes relatives aux points techniques soulevés par ces dernières dans leur champ d'expertises divers et variés. Un point de vigilance essentiel en la matière est sans doute de résister à cette tentation pour éviter aux sociétés qui n'auront pas les moyens financiers suffisants pour adresser sérieusement ces sujets le risque de sombrer, quand les sociétés qui auront les moyens d'être bien conseillées opéreront des stratégies de contournement efficaces.

## 3. QUELLES SONT LES ATTENTES MINIMALES DES ONG VIS-A-VIS DES ENTREPRISES ?

Le constat des ONG est le suivant : **les entreprises considèrent souvent le plan de vigilance comme un plan de communication plutôt que comme un outil de développement stratégique**, qui viserait à cartographier, à prévenir les risques et mettre en place une stratégie adaptée aux enjeux RSE.

Les ONG attendent des sociétés qu'elles changent d'attitude et respectent réellement l'obligation de suivi tout au long de la chaîne de valeur ce qui implique notamment :

- la mobilisation de toutes les parties prenantes,
- une diffusion d'information de façon transparente,

- la mise en place d'indicateurs précis,
- une évolution significative de la culture d'entreprise.

#### **4. QUELLES ACTIONS POUR QU'ONG ET ENTREPRISES TRAVAILLENT ENSEMBLE ?**

Certaines ONG estiment que leur position de lanceurs d'alerte exclut la possibilité de travailler avec les entreprises pour les aider à atteindre les objectifs de la loi française de 2017 sur le devoir de vigilance, et ce afin de garantir leur indépendance. Le choix ayant été fait par le gouvernement de ne pas créer d'autorité administrative chargée de fixer et de surveiller le cadre d'application de la loi, le terrain légal semble le seul recours efficace pour faire bouger les lignes.

Les ONG estiment qu'il incombe à l'État d'accompagner davantage les entreprises en :

- proposant aux sociétés des formations adaptées,
- facilitant la création d'un certain nombre d'outils communs, à l'image du guide très détaillé produit par l'ONG Sherpa sur la façon dont devrait être interprétée la loi et sur ce que serait un plan de vigilance adéquat ;
- faisant preuve de plus de transparence, par la mise à disposition, dans un endroit unique et facilement accessible, des plans de vigilances des sociétés qui y sont assujetties.

# I. LA LOI DE 2017 EST-ELLE ADAPTEE ET SUFFISAMMENT EFFICACE ?

**À la première question sur le caractère adapté et efficace de la loi de 2017, un certain nombre de réflexions convergentes sont apparues de la part des ONG quant à la pertinence du texte de loi de 2017 et de son application**

L'ensemble des ONG saluent l'adoption de ce texte comme étant un outil fondamental et nécessaire pour la prise en compte du respect des libertés fondamentales, de la santé et la sécurité des personnes, les droits humains et l'environnement.

La loi de 2017 est le fruit d'une forte mobilisation, d'un long combat des ONG aidées de certains parlementaires ; William Bourdon, avocat et fondateur de Sherpa, très actif dans le cadre de la préparation des travaux préparatoires estime que la lutte contre l'impunité des grands acteurs économiques est l'un des grands défis du 21<sup>e</sup> siècle. La *soft law* ne suffit pas selon lui à la défense de l'intérêt général. Il faut combattre la logique purement financière et court-termiste qui guide les multinationales. De ce point de vue, l'adoption de la loi a été vécue par les ONG comme une première étape importante, mais qui, souligne-t-il, devra être consolidée et ajustée sur des points essentiels.

L'une des principales forces de la loi est le périmètre étendu des violations couvertes.

La définition posée est large. L'obligation de vigilance imposée aux entreprises dépassant les seuils précités doit permettre d'identifier les risques et de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant de leurs propres activités, de celles de leurs filiales et sociétés contrôlées, ainsi que de celles des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Comme le précise l'ONG Les Amis de la Terre, ces termes qui peuvent paraître flous à certains, permettent à la loi de couvrir : « *toutes les situations possibles et les violations qui peuvent évoluer dans le temps* ».

Néanmoins, un certain nombre de points restent insatisfaisants et sont dénoncés par les ONG qui s'intéressent à cette question.

## LE PERIMETRE DE LA LOI N'EST PAS FORCEMENT ADAPTE

La première faiblesse de la loi selon les ONG interrogées – Les Amis de la Terre, Collectif Ethique sur l'étiquette, CCFD-Terre Solidaire, Sherpa et Mighty Earth – est celle des seuils définis par la loi. Elle s'applique aux entreprises qui emploient plus de 5 000 salariés en France ou plus de 10 000 salariés à la fois en France et à l'étranger. Ces ONG estiment que la définition de ces seuils d'application et l'opacité des entreprises rendent difficile l'identification des sociétés concernées par ces obligations. Le texte s'applique aux sociétés anonymes (SA), aux sociétés européennes (SE), aux sociétés en commandite par actions (SCA), aux sociétés par actions simplifiées (SAS).

Si la forme sociale d'une entreprise est facilement accessible sur le Système national d'identification et du répertoire des entreprises et de leurs établissements (Sirene), la connaissance du nombre de salariés dans une entreprise et ses filiales est beaucoup plus complexe à déterminer. Elle requiert en effet d'identifier toutes les filiales directes et indirectes d'une entreprise française en France et à l'étranger, de connaître, pour chacune de ces entités, le nombre de personnes qui y sont employées. Ceci constitue, comme le souligne Les Amis de la Terre, un défi de taille compte tenu de l'opacité qui entoure l'activité des entreprises dans une économie mondialisée.

Par ailleurs, le texte n'inclut pas toutes les sociétés. L'article L 225-102-5 du Code de commerce est en effet inséré dans le chapitre V du Code de commerce, relatif aux sociétés anonymes. Aucun article de ce type n'étant



reproduit dans le chapitre III relatif aux sociétés à responsabilité limitée (SARL), on peut tout à fait en déduire, *a contrario*, que ces dernières n'y sont pas soumises. Cela peut amener certaines sociétés à opérer des stratégies pour échapper à la loi, souligne CCFD-Terre Solidaire. Les multinationales ZARA et H & M, régulièrement mises en cause par la société civile pour les conséquences environnementales et éthiques de leur modèle de production, n'ont ainsi, compte tenu de leur forme sociale (SARL) pas à se préoccuper de l'identification dans leur chaîne de production de quelque violation des normes sociales ou environnementales sur le fondement de la loi française.

Il faudrait donc que toutes les formes sociales puissent être concernées par la loi vigilance, afin que puissent être déjouées les stratégies de contournement.

Autre point faible du texte : pour pouvoir engager la responsabilité d'une société sur le fondement du devoir de vigilance, il faut qu'une relation commerciale établie soit avérée.

Pour les ONG, certaines sociétés vont passer à travers les mailles du filet législatif ce qui n'est pas forcément juste. En effet, les termes utilisés dans la loi sont très flous.

Comme le souligne l'ONG Mighty Earth, la notion de « relation commerciale établie » peut être interprétée de diverses façons. La plupart des entreprises estiment que cette dernière ne doit s'entendre que de façon très stricte se limitant au maillon N-1 de la chaîne, alors que l'ONG soutient elle, en utilisant l'exemple des conséquences des élevages de bœufs sur la déforestation pour laquelle une procédure contre le groupe CASINO a été introduite, que cette relation doit s'appliquer à l'ensemble de la chaîne, les plus gros impacts se situant souvent au niveau de la production, impliquant des fournisseurs indirects.

Pour l'ONG, le point crucial est celui de la responsabilité d'un acteur final par rapport aux pratiques qu'il a sur sa chaîne et il existe aujourd'hui trop peu d'éléments juridiques suffisamment robustes pour pouvoir quantifier les impacts et délimiter la proportion de responsabilités d'un acteur final sur l'ensemble d'une chaîne.

Il faudrait donc en complément de la cartographie des risques prévue dans le texte, établir une cartographie des impacts directs et indirects tout au long de la chaîne.

## **LES ONG POINTENT DU DOIGT LA CARENCE DE L'ÉTAT QUANT A LA VERIFICATION DE SON APPLICATION**

Danièle Auroi du Collectif Éthique sur l'étiquette, à l'époque députée et porteuse de la loi, estime tout comme d'autres ONG (CCFD-Terre Solidaire, Sherpa, Les Amis de la Terre) que l'État depuis l'adoption du texte n'a pas fait son travail de vérification de sa correcte mise en œuvre.

Les services de la direction de la concurrence, de la consommation ou encore de la répression des fraudes ne vérifient pas, ou trop peu, que les multinationales visées par la Loi en respectent bien les attendus, ce qui, de son point de vue n'est pas toujours le cas.

Par ailleurs, certaines sociétés qui devraient être soumises à cette loi y échappent notamment parce que le gouvernement français n'a pas mis les moyens nécessaires en place pour établir une liste des sociétés concernées ce qui devrait être son travail.

Les ONG regrettent qu'une commission d'évaluation de l'application de la loi n'ait pas été mise en place pour en garantir l'effectivité. Elles insistent pour que soit créée une structure dédiée pour vérifier que toute la chaîne de valeur y compris les filiales situées à l'autre bout du monde respectent bien les attendus légaux.

Cet état de fait les a d'ailleurs amenés à se regrouper pour créer le « Radar du devoir de vigilance », une sorte d'observatoire de l'application de la loi, afin notamment d'en relever les carences d'application se substituant ainsi à ce qui devrait être une mission de service public. Selon le Radar du devoir de vigilance, qui fait, à ce jour,

office de vigie citoyenne : « *certaines grandes entreprises échappent à leur analyse en raison de l'opacité dans laquelle les entreprises opèrent et du manque de cohérence dans les données publiques disponibles* »<sup>2</sup>.

Les ONG estiment que la mise en œuvre des lois est de la responsabilité de l'État et soulignent que la France devrait s'inspirer de l'exemple allemand dont la loi sur le devoir de vigilance du 16 juillet 2021 prévoit qu'une autorité la BAFA (*Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*, en français Office fédéral de l'économie et du contrôle des exportations) est chargée de vérifier que les entreprises concernées respectent bien leurs obligations.

Les ONG participant au Radar du devoir de vigilance demandent aux pouvoirs publics :

- D'établir, de publier et de mettre à jour annuellement la liste des entreprises soumises au devoir de vigilance.
- De rendre accessible l'ensemble des plans de vigilance sur une base de données publique.
- De renforcer les exigences de transparence afin de rendre plus accessibles les données financières et extrafinancières sur les entreprises
- De baisser et simplifier les seuils d'application de la loi, et étendre son champ d'application à l'ensemble des sociétés commerciales, et ce afin que le respect des droits humains et de l'environnement par les entreprises françaises, tout au long de leur chaîne de valeur, devienne une réalité.
- De faire évoluer la mesure du devoir de vigilance qui devrait dépendre du type d'activité, du risque inhérent aux opérations et non de la taille de l'entreprise.

## LES ONG ESTIMENT QUE LE REGIME DE LA PREUVE EST INSATISFAISANT

La loi relative au devoir de vigilance prévoit deux types de recours.

Un premier type de recours peut être formé en cas de manquement à l'obligation d'établir, de publier et de mettre en œuvre un plan de vigilance. Une procédure en deux temps est organisée à cet effet : la mise en demeure et l'injonction.

Tout d'abord, après avoir constaté le manquement, l'intéressé (un salarié, une organisation syndicale, une ONG...) peut adresser par écrit à l'entreprise une mise en demeure de respecter son obligation dans un délai de 3 mois. Si elle n'a pas encore élaboré ni mis en œuvre le plan de vigilance, l'entreprise est sommée de respecter cette obligation rapidement.

Ensuite, si elle n'y satisfait pas dans un délai de 3 mois, « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir* » peut alors saisir le juge pour lui demander d'enjoindre à l'entreprise de respecter ses obligations, le cas échéant sous astreinte, c'est-à-dire en la condamnant au paiement d'une somme d'argent par jour de retard.

Un second recours pourra être formé pour engager, cette fois-ci, la responsabilité civile délictuelle de l'entreprise fautive. Plus précisément, cette dernière pourra engager sa responsabilité lorsqu'un dommage causé par une filiale ou un sous-traitant a été constaté et qu'elle aurait raisonnablement pu éviter celui-ci avec un plan de vigilance effectif, c'est-à-dire comportant des mesures de vigilance raisonnables propres à identifier et prévenir les risques, et effectivement mises en œuvre. La responsabilité dont il s'agit ici est une responsabilité civile de droit commun pour faute, tel qu'elle résulte des articles 1240 et 1241 du Code civil.

La charge de la preuve incombe à la victime qui devra démontrer trois choses.

En premier lieu, l'existence d'une faute. Selon la loi de 2017, le fait générateur du préjudice correspond au manquement aux obligations d'élaborer, de publier, de mettre en œuvre de manière effective le plan de vigilance. Par conséquent, il s'agira de prouver que l'absence de plan, sa défaillance ou son défaut de mise en œuvre constituent l'origine du dommage subi.

---

<sup>2</sup> CCFD-Terre solidaire, Sherpa, « *Le radar du devoir de vigilance : identifier les entreprises soumises à la loi* », juin 2019 : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2019-06-26-Radar-DDV-16-pages-Web.pdf>

En second lieu, la victime devra se prévaloir d'un préjudice. La loi vise les dommages graves ainsi que certaines atteintes spécifiques. Ainsi, le dommage doit-il correspondre à une atteinte grave envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ou l'environnement.

En dernier lieu, la victime devra établir qu'existe un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. Le manquement aux obligations de vigilance pesant sur les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre doit avoir entraîné la production du dommage. À cet égard, le Conseil constitutionnel a précisé la nécessité d'établir un lien de causalité direct entre les manquements et le dommage (Cons.const.23.03.17, décision n° 2017-750 DC, §27).

Seule la faute de la société mère ou donneuse d'ordre peut engager sa responsabilité.

L'action en responsabilité peut être introduite par « toute personne justifiant d'un intérêt à agir ».

Le renversement de la charge de la preuve est pour les Amis de la Terre, Notre affaire à tous, FIDH et CCFD-Terre Solidaire, un des éléments clés perdus dans la bataille face aux lobbies pendant le processus d'adoption de la loi sur le devoir de vigilance. Il aurait permis de faire peser sur les entreprises la charge de démontrer qu'elles ne sont pas responsables des faits dont elles sont accusées, rétablissant ainsi une forme d'égalité des armes entre les personnes affectées et les multinationales.

Les Amis de la Terre estiment que : « *Sans ce renversement de la charge de la preuve, l'accès à la justice continue à être un vrai parcours du combattant, car il est très difficile pour les personnes affectées et la société civile de réunir les preuves nécessaires pour engager la responsabilité juridique d'une multinationale, de nombreuses informations clés étant détenues par l'entreprise elle-même, a fortiori lorsqu'elles sont situées à l'étranger. À cela s'ajoutent les dangers et difficultés de collecter des preuves et témoignages sur le terrain dans des pays comme l'Ouganda.* »

Les ONG souhaitent pour plus d'efficacité que la charge de la preuve soit inversée.

## DES SANCTIONS TRES INSUFFISANTES

Si certaines ONG, dont Les Amis de la Terre estiment qu'un des points forts de la loi est la possibilité offerte à toute personne justifiant d'un intérêt à agir de saisir la justice avant tout dommage pour enjoindre à la société de respecter ses obligations, le cas échéant sous astreinte, elles sont beaucoup plus réservées quant aux sanctions prévues.

Le texte de 2017 a, du point de vue des ONG, retenu des sanctions *a minima* prévoyant uniquement, si la responsabilité civile de la société mère ou donneuse d'ordre est engagée, une possibilité pour le juge de la condamner au paiement de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi et d'ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

Le projet de loi initial prévoyait des sanctions beaucoup plus impactantes que celles adoptées dans le texte final. En effet cas de manquement aux obligations, la loi prévoyait un triple mécanisme. D'abord, une mise en demeure de respecter ces obligations devait être adressée à l'entreprise visée. Ensuite, le juge, saisi par l'auteur de la mise en demeure, pouvait prononcer une injonction et infliger une amende civile à la société de 10 millions d'euros « *en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur* ». Enfin, l'amende passait à 30 millions si les dommages causés étaient considérés comme très importants.

La mesure concernant l'amende a été censurée par le Conseil constitutionnel, qui a indiqué que « *l'imprécision des termes employés par le législateur pour définir les obligations qu'il créait* » ne permettait pas d'instituer une sanction aussi importante. Compte tenu de ces imprécisions, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de la loi prévoyant des amendes. Il a en effet estimé que les termes employés par le législateur pour la rédaction du texte, tel que « *mesures de vigilance raisonnable* » et « *actions adaptées d'atténuation des risques* » étaient trop généraux. La mention liée aux « *droits humains* » et aux « *libertés* »

*fondamentales* » était, quant à elle, large et indéterminée et, pour finir, le périmètre des sociétés entrant dans le champ de l'infraction était très étendu.

Les ONG interrogées dont Sherpa et le Collectif Éthique sur l'étiquette soutiennent que les amendes « auraient créé une incitation plus forte pour les entreprises à respecter cette loi ».

À cet égard, ils considèrent cette position comme décevante, car c'était une incitation forte pour les entreprises.

Les ONG et le député initiateur et rapporteur de la loi, Dominique Potier qui regrettent la censure de l'amende civile appellent de leurs vœux une réforme de ce point dans la prochaine mandature.

## CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS DES ONG

En conclusion pour ce qui est de la question du caractère adapté et efficace de la loi de 2017, les recommandations des ONG sont les suivantes :

- **Les seuils définis doivent être revus à la baisse**, car ils sont trop élevés et excluent des entreprises qui du fait de leurs activités devraient légitimement être visées par la loi.
- **Toutes les sociétés quelle que soit leur forme sociale doivent être concernées par la loi vigilance** dès lors qu'elles dépassent les seuils afin d'éviter les stratégies de contournement.
- **La notion de relation commerciale établie doit être redéfinie de façon plus claire** en prenant en compte toute la chaîne de valeur en incluant les fournisseurs indirects.
- **La mesure du devoir de vigilance doit évoluer** avec une prise en compte, outre la cartographie des risques, d'une cartographie du type d'activité, du risque inhérent aux opérations dépassant ainsi le seul critère de la taille de l'entreprise.
- **Les pouvoirs publics doivent mettre en place un organisme *ad hoc*** chargé d'établir, de publier et de mettre à jour annuellement la liste des entreprises soumises au devoir de vigilance, de rendre accessible l'ensemble des plans de vigilance sur une base de données publique, de renforcer les exigences de transparence afin de rendre plus accessibles les données financières et extrafinancières sur les entreprises.
- **Un renversement de la charge de la preuve doit être opéré** pour une véritable efficacité de la loi.
- **Une amende civile dissuasive doit être mise en place.**

## II. QUEL EST LE PERIMETRE D'APPLICATION ?

L'application de la loi doit-elle ne concerner (ce qui est aujourd'hui le cas) que les très grosses sociétés ? Ne serait-il pas souhaitable qu'elle implique toutes les sociétés, quelles que soient leurs tailles ? (ETI-PME-TPE)

A la question du périmètre d'application de la Loi devoir de Vigilance, sensiblement élargi par la directive sur le devoir de vigilance en matière de durabilité adopté par le parlement européen le 1 juin 2023 et actuellement en attente de la décision du trilogue, la position des ONG n'est pas unanime.

Les ONG consultées sur le point de savoir si l'application de la loi ne devrait concerner, ce qui est le cas à ce jour, que les très grosses sociétés ou devrait impliquer toutes les sociétés quelles que soient leurs tailles, ont des avis divergents. Pour mieux comprendre la nature du débat et y apporter un éclairage précis, il convient de rappeler la nature des textes régissant la question.

### **QUELS SEUILS SONT IMPOSES PAR LA LOI DE 2017 ET QUE PROPOSE LE PROJET DE DIRECTIVE ?**

Dans le texte de 2017 ne sont visées que les sociétés de très grande envergure, l'article L. 225-102-4.-I. précisant que : « *Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. [...] Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.* »

Le projet de directive abaisse sensiblement ces seuils en ciblant :

- les sociétés de l'UE comptant plus de 500 employés et réalisant un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros ;
- les entreprises de l'UE employant plus de 250 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net mondial de plus de 40 millions d'euros, si plus de la moitié de leur chiffre d'affaires net est réalisé dans un secteur à haut risque (les secteurs à haut risque étant la fabrication de textiles, de cuir et de produits connexes, l'agriculture, la sylviculture et la pêche, l'extraction et la fabrication de produits minéraux) ;
- les entreprises de pays tiers (c'est-à-dire hors UE) qui réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros dans l'UE ;
- les entreprises de pays tiers dont le chiffre d'affaires net dépasse les 40 millions d'euros dans l'UE et dont au moins la moitié du chiffre d'affaires mondial est généré dans l'un des secteurs à haut risque identifiés ci-dessus.

Si les petites et moyennes entreprises ne tombent pas directement dans le champ d'application de la directive, elles sont toutefois indirectement concernées puisqu'elles devront, en tant que fournisseur, apporter des garanties aux grandes entreprises qui y seront soumises et qui ne prendront pas de risque de travailler sans garanties du respect des règles légales.

La directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité annonce de nouvelles obligations pour les sociétés qui opèrent dans l'Union européenne (UE), notamment en élargissant notablement le champ des structures visées. Elle inclut, outre les sociétés par actions et en commandite par actions déjà ciblées en droit interne, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés financières réglementées et les compagnies d'assurance.

Elle prévoit également que les professionnels de la conformité seront responsables de la gestion des impacts sociaux et environnementaux tout au long de la chaîne de valeur, y compris de ceux des fournisseurs, directs et indirects, en plus des impacts de leurs propres opérations, produits et services.

## QUELLES SONT LES POSITIONS DES ONG FACE A CES EVOLUTIONS ?

Pour certaines, l'application de la loi ne devrait concerner, ce qui est aujourd'hui le cas, que les très grosses sociétés. Pour d'autres il serait souhaitable qu'elle étende son champ d'application à toutes les sociétés, quelle que soit leur taille.

Pourquoi une telle divergence de points de vue ?

### 1. Cantonner la loi aux seules multinationales

Certaines ONG comme Notre Affaire à Tous, qui s'intéresse plus particulièrement aux questions climatiques, estiment que seule la mise en cause des multinationales est efficace en termes d'action. Les grands groupes ont en effet les moyens d'avoir une maîtrise de leurs émissions sur toute leur chaîne de valeur et de réduire de manière directe ces dernières, à la différence des États par exemple qui ne peuvent agir que de manière très indirecte à l'aide de la seule réglementation. Il est donc bien plus efficace d'agir en justice contre les multinationales que contre les États, ce qui explique l'intensification des mises en demeure et procédure menées à leur encontre depuis l'adoption de la loi.

Pour Notre Affaire à Tous, le fait que les PME et ETI puissent être introduites dans le périmètre de la loi vigilance ou de la future directive n'est pas un progrès en tant que tel. En effet, si la directive intègre plus d'entreprises, mais restreint ses ambitions sur le fond, l'intérêt sera nul en termes d'impact. Par ailleurs, poursuit l'ONG, lorsqu'on demande à une société d'intégrer des normes RSE pour appliquer ladite loi, le coût généré est extrêmement lourd et vient un moment où cela n'est pas pertinent, voir même contreproductif à l'échelle d'une entreprise qui est trop petite ou génère un chiffre d'affaires peu important.

Au surplus, dès lors que les multinationales évolueront vers une application systématique de la loi vigilance, les entreprises avec lesquelles elles seront amenées à avoir une relation sur le plan commercial seront naturellement incitées à intégrer d'elles-mêmes les mesures souhaitées, sous peine de disqualification. En effet, les multinationales étant désormais responsables jusqu'au bout de la chaîne, elles sont enclines à travailler avec des entreprises qui respectent les règles RSE.

### 2. Abaisser le seuil du nombre de salariés

D'autres ONG comme Les Amis de la Terre considèrent que le seuil devrait être beaucoup plus faible et abaissé *a minima* à 250 salariés en leur sein et au sein de leurs filiales.

Cette position est plus stricte que celles proposées par la France et par la directive européenne, le seuil européen n'étant défini que par société, ce qui n'inclut pas les filiales.

Le fait que certaines organisations ne partagent pas la même vision du périmètre de la loi et soutiennent que toutes les sociétés doivent être impliquées et impactées n'est pas, pour l'ONG Notre Affaire à Tous nécessairement contradictoire. Cette position peut s'expliquer par le fait que ces organisations travaillent sur des problématiques différentes.

Quand on se penche sur la chaîne de valeur de l'industrie textile, qui est radicalement différente de celle du climat, il peut effectivement être pertinent et cohérent, comme le souligne l'ONG Mighty Earth, d'envisager l'intégration d'autres entreprises que les multinationales.

Pour contrer l'argument de la mise en danger des petites sociétés qui n'ont pas les moyens de s'assurer du respect de toutes ces nouvelles normes de vigilance, un accompagnement pourrait utilement être mis en place, que ce soit par chacun des États membres, ou par l'UE, via la Commission ou via une autre institution, par le biais

d'un organe de soutien, proposant des services, des guidelines pour aider les entreprises qui n'arrivent pas à décrypter la loi. Encore faudrait-il que les États et en premier lieu l'État français soient en mesure de recenser les entreprises concernées par cette loi pour s'assurer de son respect, ce qui est, au dire de CCFD-Terre solidaire loin d'être le cas aujourd'hui. Les ONG dénoncent le manque de traçabilité quant au nombre de sociétés concernées, mais aussi un défaut d'audit rigoureux du contenu des plans de vigilance et de la cartographie des risques élaborés par les sociétés soumises à la loi qui sont, à leurs yeux, bien souvent insuffisants.

### **3. Le chiffre d'affaires comme critère différenciant**

Certaines ONG comme CCFD-Terre solidaire et Sherpa soulignent encore qu'au-delà du nombre de salariés, c'est plutôt le chiffre d'affaires des sociétés qui devrait être pris en compte pour une juste application de la loi. Cet indicateur est, selon eux, beaucoup plus pertinent en ce qu'il reflète mieux l'importance de la société que le nombre de salariés, très difficile à appréhender réellement suivant la construction juridique de l'entreprise.

Elles estiment également que, pour plus de cohérence, devraient être concernées par la loi toutes les sociétés travaillant dans des secteurs à risque (énergie extractive, minerais, textile, agroalimentaire), quelles que soient leur taille et leur forme sociale.

En effet, ces organisations pointent du doigt le fait que la loi devoir de vigilance insérée dans le livre 2 titre 2 chapitre 5 du Code de commerce qui ne concerne que les sociétés anonymes, exclut de facto de son périmètre d'application d'autres formes sociales comme les SARL ou les sociétés coopératives par exemple. Dès lors, des entreprises qui du fait de leur objet social, de leur chiffre d'affaires et de leur réseau de sous-traitance peuvent avoir un impact négatif en matière sociale, sociétale ou environnementale échappent à son application. C'est notamment le cas de ZARA France, société de prêt-à-porter au chiffre d'affaires de 1,3 milliard d'euros, employant 6 443 salariés qui a stratégiquement choisi la forme SARL ce qui lui permet d'échapper à l'application de la loi vigilance.

Face à ce constat, les ONG souhaitent que les sociétés, quelle que soit leur forme sociale, puissent être soumises à la loi dès lors qu'elles atteignent les seuils légaux (qui devraient être révisés à la baisse après l'adoption de la directive). Elles appellent également de leurs vœux l'introduction d'un critère alternatif qui serait celui de la prise en compte d'un chiffre d'affaires plancher, ce qui permettrait de couper court aux stratégies d'évitement de sociétés juridiquement bien conseillées, qui jouent sur les failles pour échapper à la régulation.

### **4. Elargir la loi à l'ensemble des sociétés**

D'autres ONG comme CCFD-Terre solidaire estiment enfin que toutes les sociétés devraient être concernées par le devoir de vigilance, car la visée du texte est systémique. En effet, à travers le devoir de vigilance on cherche à promouvoir le respect des droits humains et de l'environnement, et ce sur l'ensemble de la chaîne de valeur. Cela concerne tous types d'acteurs, tant privés que publics dès lors qu'ils opèrent dans le champ économique. Ils doivent pouvoir respecter les droits humains et l'environnement, et ce quel que soit le caractère durable ou non de la relation commerciale et non pas seulement dans le cadre d'une relation commerciale établie comme précisé dans la loi de 2017.

### **5. Introduire un nouveau critère : le risque des opérations**

La mesure du devoir de vigilance devrait, précise encore l'ONG FIDH, dépendre du risque inhérent aux opérations. Ces risques peuvent être liés aux lieux où l'on source, au type de produit qui rentre dans la chaîne de valeur, aux cocontractants qui interviennent tout au long de ladite chaîne de valeur, au type d'opérations menées ainsi qu'aux méthodes appliquées. L'ONG considère qu'une PME peut parfaitement avoir la capacité, en termes de ressources financières et de ressources humaines, de se poser la question de l'évaluation de ces risques sur sa chaîne de valeur et suivant, de mettre en œuvre son devoir de vigilance. Celui-ci doit finalement être proportionné au type d'activité, lié fondamentalement aux risques et aux dommages et non à la taille de l'entreprise.

La FIDH, prenant l'exemple de PME qui vendent des logiciels de surveillance à des régimes répressifs de type libyen ou syrien à l'origine de violations graves des droits humains, estime qu'une société agissant ainsi ne peut pas être complètement déchargée de sa responsabilité, sous prétexte de la taille de l'entreprise.

CCFD-Terre solidaire soutient que l'argument du coût administratif et humain de l'application d'une telle loi à des PME, avancé par certains, n'est pas recevable. Si ce coût peut vraisemblablement être constaté dans un premier temps, dès lors qu'un accompagnement adapté sera mis en place, ces nouvelles pratiques rentreront dans la logique et constitueront un axe de progression propre à attirer les jeunes générations qui souhaitent travailler dans un environnement porteur de sens, aligné à des valeurs de respect des hommes et de l'environnement. Cela attirera également le consommateur, de plus en plus exigeant vis-à-vis des conditions dans lesquelles son produit ou son service a été réalisé. Certaines PME sont d'ailleurs sur la bonne voie et opèrent des transformations majeures pour être plus respectueuses et tendre vers une transition écologique, sociale et sociétale juste.

## **6. Mettre en place une jurisprudence forte**

L'ONG Mighty Earth, si elle est en accord total avec les autres ONG sur les points précédemment abordés, souligne toutefois que l'urgence est ailleurs.

La priorité, selon cette organisation est la mise en place d'une jurisprudence forte pour faire en sorte que la loi se déploie auprès d'autres acteurs potentiellement dangereux en termes d'impacts que ceux expressément visés par les textes et qui, de ce fait, passent sous les radars. Le rôle du juge sera majeur pour interpréter et définir le périmètre d'application des textes.

Le point fondamental, pour une juste application de la loi vigilance est de pouvoir, quand on regarde l'analyse du cycle de vie d'un bien, mesurer l'impact qu'il a produit sur l'ensemble de sa chaîne de production. Or le plus gros de l'impact se situe en général au niveau de la production.

Selon Mighty Earth, si on prend l'exemple du bœuf et de la déforestation, ce n'est pas tant le transport du bœuf d'un point A à un point B qui pose problème, ni les machines qui vont le transformer, mais plutôt ce qu'a entraîné comme conséquences la production de ce bœuf dans un territoire et notamment la déforestation ou encore les problématiques sociales qui peuvent se faire jour au niveau de la production. L'ONG s'appuie, pour construire son argumentaire, sur plusieurs études qui montrent que la proportion de l'impact lié à la zone de production s'élève de 60 à 90 %, tous impacts confondus. La racine du mal est donc liée selon elle, dans une proportion élevée, à la production.

Or la loi sur le devoir de vigilance, si elle fait porter la responsabilité aux acteurs finaux, qui ont l'obligation de faire preuve, face aux consommateurs, d'une certaine rigueur dans le respect des règles définies par le législateur, ne vise pas de façon explicite les acteurs intermédiaires qui sont pourtant ceux qui entretiennent une relation commerciale établie et directe avec les acteurs qui participent à la déforestation et aux impacts sociaux et environnementaux divers sur la zone de production. Dès lors, le point clé pour les ONG qui adressent ce sujet, est de montrer qu'une relation commerciale établie ne s'arrête pas qu'au maillon N-1 de l'entreprise, ce que veulent défendre les entreprises mises en cause devant la justice, mais qu'elle s'étend à l'ensemble de la chaîne.

Si on reprend l'exemple du bœuf, en l'occurrence on constate que les plus gros impacts se situent au niveau de la production, des fournisseurs indirects. La chaîne du bœuf est complexe. Avant l'abattoir il y a une phase d'engraissement du bœuf qui, en général, est légalement bien encadrée et plutôt assez respectueuse. En revanche les phases qui précèdent, dites intermédiaires, lorsque le bœuf est un veau et qu'il grandit dans différentes fermes, sont celles qui posent la plupart des problématiques en matière RSE. Pourtant elles ne sont pas prises en compte par les textes.

Si on fait une bonne cartographie des impacts, on est censé voir que l'élevage de bœuf est la principale cause de déforestation, et quand on est le principal revendeur de bœuf dans un pays comme le Brésil, pays où ce problème est extrêmement critique, la question du fournisseur indirect est essentielle. Or à date, selon l'ONG, rien n'est mis en place sur ce sujet.



La question centrale de la cartographie des impacts et des risques n'est à ce jour pas, ou incorrectement traitée. La loi vigilance ne peut permettre d'avoir une lecture large de la loi ce que regrettent les activistes qui estiment que les risques doivent être considérés à tous les échelons de la chaîne, induisant ainsi une responsabilité globale des sociétés donneuses d'ordre.

Telle qu'elle est conçue, la loi permet aux acteurs qui n'ont pas envie de faire tous les efforts financiers et structurels nécessaires à la mise en place d'une véritable politique RSE efficace d'argumenter, en soutenant que le texte ne vise que les acteurs commerciaux avec lesquels ils ont une relation commerciale établie ce qui signifie pour eux juste le niveau N-1 et pas au-delà.

## 7. Clarifier les termes de la loi

Enfin la loi utilise l'expression « *vigilance raisonnable* » qui pose des difficultés d'interprétation.

Les ONG considèrent que le terme « raisonnable » doit être compris comme : raisonnable par rapport au niveau des enjeux globaux. Étant donné que, du fait de la déforestation, l'Amazonie va peut-être atteindre un point de bascule et risque de faire perdre le combat sur le changement climatique dans les prochaines années, il semblerait raisonnable aux ONG que les leaders de la grande distribution et principaux revendeurs de viande du Brésil, prennent ce sujet à bras le corps en mettant en place suffisamment d'outils et de personnes pour pouvoir correctement adresser cette question et non uniquement une ou deux comme c'est trop souvent le cas aujourd'hui. De véritables départements compliance proactifs doivent être créés pour influencer la politique et faire de ce sujet la boussole du pilotage de l'entreprise et pas une question traitée à la marge.

La façon dont la loi est rédigée permet différents niveaux d'interprétation ce qui brouille les cartes. Une réelle clarification est essentielle et ne pourra venir que grâce à la jurisprudence.

C'est ainsi que les ONG justifient les actions contentieuses qu'elles mènent. En 2022, 23 procédures (17 mises en demeure et 6 assignations) ont ainsi été initiées sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance en France, soit 2 fois plus par rapport à mars 2021.

## CONCLUSION

**Force est de constater que sur la question du périmètre d'application de la loi de 2017, la vision des ONG interrogées est à géométrie variable. Cela soulève une question majeure concernant la norme.** Le législateur pourrait en effet être tenté, pour répondre aux attentes des associations, de multiplier de façon exponentielle les normes dont l'objet serait de répondre aux préoccupations et aux demandes relatives aux points techniques soulevés par ces dernières dans leurs champs d'expertise divers et variés. Un point de vigilance essentiel en la matière est sans doute de résister à cette tentation pour éviter aux sociétés qui n'auront pas les moyens financiers suffisants pour adresser sérieusement ces sujets le risque de sombrer, quand les sociétés qui auront les moyens d'être bien conseillées opéreront des stratégies de contournement efficaces.

### III. QUELLES SONT LES ATTENTES MINIMALES DES ONG VIS-A-VIS DES ENTREPRISES ?

**Quelles sont les attentes minimales des ONG vis-à-vis des entreprises pour que ces dernières soient considérées comme « en bonne voie » ?**

La loi de 2017 contraint les entreprises visées par le texte à apporter la preuve qu'elles ont établi un plan de vigilance en nommant tous les risques et qu'elles ont averti leurs filiales, leurs sous-traitants et leurs fournisseurs de l'obligation qu'ils ont de respecter toute une série de consignes d'ordre social, environnementale et sociétale.

Le constat des ONG est le suivant : **les entreprises subissent plutôt que ne se servent du plan de vigilance comme outil de développement stratégique.** Ce document tient plus souvent du plan d'affichage, de communication que d'un réel outil de gestion qui viserait à cartographier, prévenir les risques et mettre en place une stratégie adaptée aux enjeux RSE. Il est vécu comme une contrainte. Souvent totalement illisible, il devient impropre à permettre l'aide au pilotage d'une entreprise.

Lorsqu'il est considéré comme une obligation, les entreprises essaient d'en minimiser l'impact en l'isolant pour éviter le risque d'une mise en jeu de leur responsabilité. On observe, ainsi, dans nombre de sociétés, une volonté de traiter le plan de vigilance comme un document à part, ce qui permet de restreindre le risque de poursuite judiciaire de l'entreprise.

Il n'est que de citer l'exemple d'une célèbre compagnie pétrolière qui dans la partie dédiée à la déclaration extrafinancière de son document d'enregistrement universel introduit le scope 3, mais dans le plan de vigilance, se limite à intégrer les scopes 1 et 2<sup>3</sup>. Elle sous-entend par-là que sa responsabilité juridique, si elle devait être engagée sur le fondement de la loi de 2017, devrait être limitée aux deux premiers scopes. Cette démarche montre une volonté, du fait de l'incertitude liée à la nature juridique du plan de vigilance qui reste à préciser par le juge, de s'engager de façon beaucoup plus prudente dans le cadre du plan de vigilance que dans d'autres parties du document d'enregistrement.

Les ONG attendent des sociétés qu'elles changent d'attitude et respectent réellement l'obligation de suivi tout au long de la chaîne de valeur ce qui implique notamment la mobilisation de toutes les parties prenantes, une diffusion d'information de façon transparente, la mise en place d'indicateurs précis ainsi qu'une évolution significative de la culture d'entreprise.

#### LA TRANSPARENCE

Le premier pas pour qu'une société soit considérée comme en bonne voie est qu'elle fasse preuve de transparence notamment en rendant publiques, via le plan de vigilance, des informations qui ne sont toujours pas accessibles aujourd'hui.

On constate qu'un certain nombre de plans ne répondent pas aux demandes de la loi, c'est-à-dire n'ont pas établi et intégré de réelle cartographie des risques obéissant à des méthodologies rigoureuses. Les risques sont souvent définis de façon assez générique et pour la plupart des entreprises, l'information délivrée dans le document n'est pas précise.

La loi prévoit que les entreprises ont la possibilité de s'associer dans un projet d'initiative sectoriel pour produire un tel document, comme c'est le cas par exemple, des grandes banques françaises qui, dans leur tout premier plan de vigilance, avaient indiqué qu'elles s'étaient concertées pour établir celui-ci compte tenu des risques communs inhérents à leur secteur d'activité. Mais cela leur permet surtout, d'après les ONG, de rester très génériques ce qui n'est pas satisfaisant. En effet, le plan de vigilance comme défini par la loi de 2017 n'est pas

---

<sup>3</sup> Le périmètre ou scope 1 correspond aux émissions directes de l'entreprise, le scope 2 aux émissions liées à la consommation énergétique et le scope 3 aux émissions indirectes, émanant de l'ensemble de la chaîne logistique, amont et aval.

celui d'un secteur d'activité (ex. : secteur bancaire ou extractif). Il doit être celui de l'entreprise concernée, faisant ressortir des informations sur ses activités concrètes (risques pays, activités à risque, projets à risque), ce qui est loin d'être toujours le cas.

De même, concernant la description des actions mises en œuvre pour faire face aux risques et la mise en place des procédures de suivi, on devrait avoir un certain nombre d'indicateurs, et de résultats liés à ceux-ci, ce qui là encore fait souvent défaut.

**La première avancée significative serait donc une plus grande transparence dans le respect des attendus de la loi, à savoir une cartographie des risques incluse dans le plan de vigilance contenant des informations précises sur l'entreprise qui les produit, une description des actions mises en place pour déjouer les risques identifiés et enfin la production chiffrée des mesures de suivi.** La transparence implique bien entendu que l'information soit sincère.

## DES INDICATEURS PRECIS ET MIS A JOUR REGULIEREMENT

**Une définition précise de ce que sont les indicateurs devrait être produite par les entreprises dans leur document** et non une simple confirmation de la présence de ceux-ci, afin que les ONG puissent juger de leur pertinence et soient en capacité de mesurer les résultats relatifs à l'atteinte des objectifs fixés. Aujourd'hui, estime notamment l'ONG Les Amis de la Terre, les d'informations livrées sont très insuffisantes et le plan de vigilance, dont l'une des visées exprimées lors des débats parlementaires, était de contrebalancer l'absence de renversement de la charge de la preuve en donnant un certain nombre d'informations aux parties prenantes (entre autres en vue des contentieux) ne joue pas son rôle.

Pour suppléer les insuffisances des entreprises, certaines ONG dont Notre Affaire à Tous qui s'intéressent aux questions climatiques ont mis en place des outils de mesure dans le but de faire un benchmark de la vigilance climatique.

Une note de 0 à 100 est attribuée aux sociétés. Une entreprise qui aurait 100, par exemple, serait totalement respectueuse des règles relatives aux questions climatiques, sous réserve d'une interprétation du juge à venir. L'ONG a ainsi réussi à faire des questions climatiques, qui n'étaient pas introduites dans les plans de vigilance, la loi ne l'ayant pas explicitement prévu, un point essentiel desdits plans. Désormais, si toutes les entreprises intègrent les questions climatiques de manière relativement détaillée, la mise en œuvre du plan de vigilance reste très insatisfaisante. Cela pousse les organisations à multiplier mises en demeure et procédures pour contrer le sentiment d'impunité des sociétés. Il est donc très important que le juge se prononce et prenne des décisions contraignantes afin que les entreprises cessent de privilégier une unique logique de profit et adoptent un comportement socialement responsable.

Pour Mighty Earth, passer par l'aspect légal à savoir le procès, permet d'avoir un véritable impact sur les différentes parties prenantes. Pour l'ONG, c'est une phase nécessaire pour que les sociétés prennent véritablement conscience de leur responsabilité, des risques financiers et d'image qu'une condamnation entraînerait inévitablement.

L'assignation en justice comme la mise en demeure, au-delà du fait qu'elles font peur aux entreprises qui craignent notamment de subir un préjudice réputationnel, portent un aspect véritablement positif.

En effet aujourd'hui lorsqu'une société est mise en cause de la sorte, elle s'applique à apporter une réponse extrêmement détaillée sur les points litigieux. Pour Notre Affaire à Tous, cela démontre une prise de conscience des enjeux et des risques ; le fait que les sociétés poursuivies répondent sur le fond sans se dérober alors que sur la question climatique (non incluse dans la loi de 2017) elles pourraient le faire est une avancée véritablement significative.

Enfin, il apparaît qu'à l'heure actuelle, les plans de vigilance avec les indicateurs qui y sont intégrés ne sont publiés qu'une fois par an à côté de la déclaration de performance extrafinancière et du rapport de gestion. Or les ONG estiment que logiquement, les indicateurs étant censés évoluer avec les processus et avec les risques

identifiés par l'entreprise, il serait souhaitable qu'à chaque fois qu'une entreprise identifie un nouveau risque, elle fasse évoluer et amende le plan en conséquence dans une démarche d'amélioration continue. Force est de constater que cela n'est pas le cas.

## LA PARTICIPATION DES PARTIES PRENANTES

L'ONG Terre Solidaire observe que, dans la plupart des cas, les plans de vigilance ne sont pas élaborés en concertation avec les personnes potentiellement affectées, avec les stakeholders, les syndicats, parce que ce n'est pas une obligation légale. Une nécessaire consultation des parties prenantes pour élaborer le plan de vigilance constituerait une amélioration notable de la Loi. Cela permettrait l'élaboration de plans plus pertinents, mieux construits, en cohérence avec les attentes des différentes parties. Par exemple, il y a très peu de plans de vigilance qui viennent détailler pays par pays, les relations établies qu'une société a avec ses sous-traitants. Or, normalement, ce devrait être le cas. De même, la consultation d'organisations de la société civile locale, d'associations ou encore d'organisation de peuples autochtones, de communautés locales serait légitime pour construire un plan efficace et cohérent.

Par ailleurs toujours dans cette démarche d'inclusion des parties prenantes, il serait logique que le plan de vigilance soit publié dans toutes les langues des pays dans lequel l'entreprise est présente. En effet, ce plan est surtout censé protéger les populations dans les territoires où la législation n'est pas forcément à niveau sur les problématiques RSE. C'est un enjeu d'accessibilité majeur pour les populations autochtones autant que pour les associations locales qui travaillent à protéger leurs droits en ayant la possibilité notamment de vérifier si l'entreprise a correctement cartographié sa chaîne de valeur, a identifié les risques dans leur intégralité sur la zone concernée.

## L'EVOLUTION DE LA CULTURE D'ENTREPRISE

Les ONG soulignent que, trop souvent, la façon dont est adressée la question de la RSE dans les grands groupes n'est pas à la hauteur des enjeux. Les équipes mobilisées sur ces questions sont en général très insuffisantes et les moyens financiers dédiés aux projets de terrain sont souvent dérisoires en comparaison des revenus de ces sociétés.

Par ailleurs, comme le souligne l'ONG FIDH, l'une des difficultés dans l'élaboration d'un plan de vigilance véritablement sérieux tient au fait que les équipes qui les conçoivent ont souvent un statut particulier dans la société. Elles ne font en général pas partie des organes de direction, n'ont pas de pouvoir quant à l'établissement des priorités du *board* et des moyens limités pour convaincre en interne. Au surplus, elles sont souvent soumises à des injonctions contradictoires.

La question fondamentale qui se pose alors est celle du changement de la culture d'entreprise. La loi de 2017 ou encore la directive actuellement en discussion visent à faire évoluer le comportement des entreprises dans les domaines sociaux, sociétaux et environnementaux. Pour cela un certain nombre d'ONG préconisent l'adoption de mesures permettant une véritable mise en cause de la responsabilité des organes de direction en cas de défaillance du plan de vigilance dans l'établissement. Elles estiment qu'un travail de fond de la gouvernance ne sera amorcé que si des mesures contraignantes sont prévues. La responsabilisation doit exister sur l'ensemble de la chaîne interne de l'entreprise.

## IV. QUELLES ACTIONS POUR QU'ONG ET ENTREPRISES TRAVAILLENT ENSEMBLE ?

**Quelles seraient les actions à mener pour que les ONG et les entreprises puissent travailler ensemble au bien commun ?**

Serait-il envisageable que les ONG et les entreprises qui sont véritablement convaincues et adoptent une démarche d'amélioration continue afin d'atteindre les objectifs de la loi se réunissent pour travailler ensemble au bien commun ? Cette démarche pragmatique ne serait-elle pas plus efficace que d'attendre que de nouvelles normes soient imposées qui ne seront pas nécessairement adaptées aux questions adressées ou au périmètre considéré entretenant un flou qui ne pourra être dissipé que par une décision de justice ?

### DIFFICULTE A ŒUVRER ENSEMBLE DU FAIT DE LA DIVERGENCE DES INTERETS

Certaines organisations, dont Les Amis de la Terre, estiment que leur rôle n'est pas de se mettre autour de la table avec des multinationales pour les *coacher*. Ces dernières savent ce qui est attendu pour atteindre les résultats escomptés et ont amplement les moyens nécessaires pour établir une cartographie des risques correcte. Or, selon les ONG, elles sont loin du compte, non du fait d'une incompréhension des textes, mais plutôt par stratégie, car elles veulent éviter de produire et de publier un document trop précis et par là même trop engageant.

Les mêmes ONG estiment également qu'il ne leur incombe pas de prendre en compte le fait que des ETI ou grosses PME, qui seront touchées de façon directe par la probable diminution des seuils ou indirecte du fait de la pression de leurs clients, ne sont pas armées au niveau humain pour faire face à la réglementation croissante. Il leur revient de s'organiser pour s'adapter à ces nouvelles obligations.

Pour Notre Affaire à Tous, les réunions de travail entre sociétés concernées par la loi de 2017 et ONG sont souvent plus motivées par une visée d'affichage que par une réelle volonté de faire évoluer substantiellement leur stratégie ou leur plan de vigilance en prenant en compte les remarques desdites organisations. Cela s'explique par l'opposition de principe qui existe entre ces deux mondes. La préoccupation principale d'une entreprise à but lucratif est de répondre aux attentes de ses actionnaires. À cet égard les ONG ne sont pas les acteurs essentiels à prendre en compte pour établir leur stratégie.

Le dernier point qui explique la difficulté à travailler ensemble est la divergence des parties quant à l'interprétation de la loi. La lecture de la loi peut être soit restrictive, comme l'entendent les sociétés visées, soit extensive comme le souhaitent les ONG. **Dans la mesure où le gouvernement ne s'est pas saisi de la possibilité que lui offrait le législateur de créer une autorité administrative chargée de fixer et de surveiller son cadre d'application, l'acteur censé les départager est le juge.**

La première décision de justice sur le devoir de vigilance concernant l'affaire Total Energie/Eacorp Tilanga très attendue, a été, à cet égard une déception pour les 6 ONG parties au procès, le juge des référés déclarant la plainte irrecevable à plusieurs titres et déclinant sa compétence sur ce dossier.

La complexité de la loi de 2017 tient notamment au fait qu'à peu près tous les paragraphes de ce texte donnent lieu à discussions et interprétation. Le juge dans l'affaire Total souligne avec force : « *la difficulté de faire appliquer la loi sur le devoir de vigilance* ». Il explique notamment que : « *cette législation assigne des buts monumentaux de protection des droits humains et de l'environnement à certaines catégories d'entreprises précisant a minima les moyens qui doivent être mis en œuvre pour les atteindre* » et d'ajouter que : « *la loi ne vise directement aucun principe directeur ni aucune autre norme internationale préétablie ni ne comporte de nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance s'imposant aux entreprises* ».

## IMPORTANTANCE DU ROLE DE L'ÉTAT DANS L'ACCOMPAGNEMENT ET LA SURVEILLANCE

Les ONG soutiennent que l'État devrait jouer un rôle d'accompagnement, **par la mise en place de services qui non seulement proposeraient aux entreprises des formations adaptées, mais aussi faciliteraient la création d'un certain nombre d'outils communs.** Or force est de le constater, il n'y a pas de proactivité du secteur public à l'heure actuelle sur le suivi de la mise en œuvre de la loi. Il revient pourtant à l'État de faire œuvre pédagogique. À ce titre, les travaux d'associations comme Sherpa qui a **produit un guide très détaillé sur la façon dont devrait être interprétée la loi et ce que serait un plan de vigilance adéquat pourrait être source d'inspiration.**

Il faudrait également qu'une **certaine transparence soit recherchée par l'État à travers la centralisation, dans un endroit facilement accessible via un moteur de recherche, des plans de vigilances des sociétés qui y sont assujetties, afin que chaque partie prenante puisse prendre connaissance de leur contenu.** Un tel travail devrait être une mission d'État et non celle des ONG.

Enfin les ONG estiment que leur mission, pour travailler au bien commun, plus que de dialoguer avec les sociétés est plutôt un rôle d'alerte et de vigilance. Dès lors leur position de lanceurs d'alerte exclut selon certaines d'entre elles la possibilité de s'asseoir à la table des sociétés concernées, leur indépendance devant être totalement garantie. Pour elles, il faut aller beaucoup plus loin et mettre la question de la protection de l'environnement et les questions sociales et sociétales de RSE au cœur de la stratégie des entreprises, ce qui est loin d'être le cas. **La transparence, l'empreinte, l'impact, mesurés avec des indicateurs fiables doivent être au centre du processus de décision de la gouvernance.**

La loi sur le devoir de vigilance est aujourd'hui utilisée comme un outil ce qui n'est pas satisfaisant. Le dialogue avec les entreprises est constructif et nécessaire, mais insuffisamment efficace. Pour avoir un réel impact, faire évoluer les structures et les acteurs, il faut donc utiliser le terrain légal, car seule la pression extérieure fait bouger les lignes.

...

Retrouvez l'ensemble de nos publications sur [publika.skema.edu](https://publika.skema.edu)

Contact : [publika@skema.edu](mailto:publika@skema.edu)