

Directive sur le **devoir** quels impacts pour les

Le 1^{er} juin 2023, le Parlement européen a voté la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, également appelée Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D). Des négociations sont en cours entre le Parlement européen, la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne pour une adoption formelle du texte en 2024. La directive vise à instaurer une obligation de vigilance au niveau européen. Les entreprises devront identifier, prévenir et atténuer les risques liés aux droits humains, à l'environnement, à la santé et la sécurité au travail tout au long de leur chaîne de valeur. Quelles sont les règles posées par cette directive et les contraintes imposées aux entreprises ? Quelles sont les sanctions en cas de non-respect ? Comment les entreprises doivent-elles adapter leurs process internes afin de se mettre en conformité avec ces nouvelles obligations ? Et quelle articulation avec la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance, dite loi Potier ?

Dominique Bourrinet, directeur juridique groupe, Société Générale (présent en visio); Sabine Lochmann, CEO Ascend, présidente d'honneur de l'AFJE; Pierre-Emmanuel Fender, associé, Gibson Dunn; Stéphanie Smatt Pinelli, directrice juridique règlement des différends Groupe, Orano; Benoît Thirion, associé, Hoche Avocats; Alice Gaillard, counsel, De Pardieu Brocas Maffei; Laurence Vincent, associée, Herbert Smith Freehills. [o](#)



de vigilance : entreprises ?

Table ronde
animée par
Ondine Delaunay
et Anne Portmann

Reportage
photographique :
Claire Dem

La mise en place d'une **nouvelle** autorité de supervision

ALICE GAILLARD : Le devoir de vigilance issu de cette directive européenne vise à faire peser sur les entreprises la charge de déterminer l'impact social et environnemental qu'ont leurs activités, jusqu'au bout de leur chaîne de valeur, et de communiquer sur les

mesures qu'elles entendent mettre en œuvre pour réduire cet impact. Jusqu'ici, elles avaient peu d'obligations de communication sur ce terrain, les informations publiées portaient essentiellement sur les risques financiers qu'elles pouvaient subir, et l'information financière publiée était essentiellement rétrospective. Aujourd'hui, on leur demande d'identifier les risques qu'elles font subir au monde et de mettre en place des politiques pour les prévenir ou les réduire. Pour ce faire, elles doivent donner plus d'informations au public et prendre des engagements prospectifs. Elles devaient déjà le faire en France depuis la loi n° 2017-399, mais de façon moins précise que ce qui est prévu par la proposition de directive. Parmi les différences entre la loi française de 2017 et la proposition de directive européenne, on peut relever que la directive prévoit la régulation de toutes ces nouvelles obligations par des autorités de régulation dans chaque État membre. En France, pour le moment, aucun régulateur n'est compétent pour superviser la mise en œuvre du devoir de vigilance des entreprises. Elles

ne sont pas accompagnées pour mettre en place le travail d'inspection et de prise de conscience de l'impact de leurs activités sur l'environnement et la société dans lesquels elles exercent. Et en cas de conflit, elles sont mises en demeure ou assignées devant le tribunal judiciaire de Paris de manière très médiatisée, ce qui crée un risque réputationnel très fort.

Demain, la directive prévoit la création d'un régulateur national dans chacun des États pour réguler ce droit, accompagner les entreprises dans la compréhension de ces obligations, vérifier l'établissement des plans de vigilance et la mise en application des engagements des entreprises, et pour prononcer des sanctions en cas de manquement.

Il existe un débat sur l'opportunité d'avoir un régulateur. J'ai pour ma part exercé durant dix ans dans les filières répressives de deux régulateurs (AMF puis H3C – devenue la Haute autorité de l'audit) et j'ai pu percevoir l'efficacité de la mise en œuvre des obligations, en particulier quand elles sont nouvelles, lorsque le régulateur accompagne le texte de ses recommandations, donne des *guidelines* sur ses attentes, ses priorités et accompagne les acteurs dans leur mise en œuvre. Par ailleurs, les enquêtes administratives sont confidentielles



et un filtre est mis en place à l'issue des investigations : tous les dossiers ne sont pas transmis à la Commission des sanctions, dont l'audience représente en principe le premier stade de la procédure qui revêt une certaine publicité. Aujourd'hui, en France, lorsqu'un dossier est porté devant le tribunal judiciaire de Paris, tout est public. Même les mises en demeure sont publiées par les demandeurs. C'est presque un procès avant le procès. Ce type de publicité est beaucoup plus limité avec un régulateur qui est un interlocuteur du quotidien des entreprises et qui filtre les signalements qui lui parviennent.

SABINE LOCHMANN : Pour le justiciable, cette nouvelle autorité chargée du contrôle et de la sanction risque de créer une surabondance en ajoutant une autorité administrative indépendante de plus. Il est préférable que les magistrats soient formés aux risques systémiques visés par la

CS3D et statuent en connaissance de cause. Je siège aujourd'hui au collège de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. S'il y a une confidentialité absolue de nos débats, il y a pour autant un certain nombre de sujets qui sont commentés, voire déformés par les médias ou des organisations y ayant intérêt. Quand la controverse existe sur un sujet sensible, elle va nourrir le débat public et les parties intéressées sauront faire entendre leurs voix, par essence en désaccord avec l'entreprise et sa politique de performance durable.

J'ai été directrice juridique pendant la première partie de ma carrière professionnelle ce qui m'a amenée à connaître, subir et accompagner plusieurs enquêtes d'autorités de la concurrence, française et européenne, voire des enquêtes financières. Il est arrivé que cela soit repris dans la presse, le principe de secret ne résistant pas face à celle ou celui considérant que cette information devrait être dévoilée. Au mépris des règles de secret de l'enquête.

Je n'ai pas encore d'idée tranchée sur le bénéfice de ce nouveau régulateur. Mais je suis favorable à ce que les juridictions soient très proactives et s'organisent avec énergie pour anticiper les évolutions des textes. C'est d'ailleurs ce qui est en train de se passer depuis près de deux ans au sein des différentes institutions juridiques et à l'ENM, ce qui en dit long sur la vitalité de notre système de justice et la qualité de ses magistrats.

STÉPHANIE SMATT PINELLI :

J'étais pour ma part assez partisane, sur le principe, de la création de cette autorité, qui pourrait constituer un filtre efficace à la saisine systématique du juge. L'exemple du BAFA allemand est assez révélateur puisque, l'année dernière, il y a eu 400 saisines de cette autorité de contrôle qui ont

significativement limité le nombre de contentieux. Mes réserves actuelles quant à son instauration en France tiennent au fait que nous n'en connaissons à ce stade, ni la composition, ni l'organisation ou le mode de fonctionnement. En tout état de cause, je serais favorable à toute forme d'instance qui permette d'encadrer un dialogue équilibré et constructif entre entreprises et parties prenantes, et si nécessaire une médiation plutôt qu'un combat judiciaire.

DOMINIQUE BOURRINET : Le modèle de cette autorité administrative indépendante sera sans doute décliné différemment dans chacun des États. Nous attendons la clarification de certains points, notamment sur le champ d'application, la nature et la portée des obligations de vigilance envers des entreprises assujetties. Je pense notamment à l'éventuelle dévolution, à cette autorité, d'un pouvoir de réparation du préjudice suite à l'édition d'une sanction.

LAURENCE VINCENT : L'autorité de régulation de chaque État pourrait en effet apporter quelques guidelines sur l'application des textes. Faudra-t-il également prévoir l'organisation d'une autorité à l'échelle européenne, de type ESMA, qui viendrait s'assurer d'une cohérence des pratiques entre États ? L'objectif est que les interprétations ne soient pas trop différentes entre pays européens pour éviter un impact négatif sur la compétitivité de nos entreprises.

PIERRE-EMMANUEL FENDER :

L'arrivée d'un régulateur va aussi répondre à une autre révolution de la loi sur le devoir de vigilance, c'est-à-dire l'ouverture très large de l'intérêt à agir, qui a fait arriver sur le terrain judiciaire quantité de procureurs privés, chacun guidés par son appréciation de la défense

Pierre-Emmanuel Fender

associé, Gibson
Dunn



de l'intérêt général et sa stratégie de plaider. Les entreprises qui s'étaient le plus avancées sur le sujet ont pu s'en trouver déstabilisées car elles ne savaient plus d'où venaient les coups, et elles pouvaient s'être préparées et avoir mobilisé les énergies en interne, ou avoir anticipé l'effort, mais se sont trouvées prises en otage d'une stratégie de communication judiciarisée. L'intervention d'un régulateur plus soucieux d'efficacité que de communication pourrait donc paradoxalement apporter une certaine sérénité dans le dialogue et plus de prévisibilité.

BENOÎT THIRION : Les clarifications que pourrait apporter un régulateur sont essentielles dans un moment où le devoir de vigilance soulève encore des incertitudes, notamment en France. Le décret d'application de la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance n'a pas été pris. Il n'y a pas eu non plus de lignes directrices publiées. Il est important qu'une autorité puisse définir et diffuser une doctrine, clarifier les règles applicables et expliquer jusqu'où l'entreprise doit aller dans les mesures d'atténuation des risques et de prévention des atteintes graves. Les grandes entreprises soumises à la loi l'attendent. C'est également nécessaire pour les PME qui, même si le projet de directive ne les vise pas expressément, sont concernées par les « effets en cascade » du devoir de vigilance en tant que filiales, sous-traitantes ou fournisseurs. Cette autorité devra aussi avoir pour rôle d'accompagner ces acteurs dans l'application du devoir de vigilance.

SABINE LOCHMANN : Une approche systémique est essentielle pour assurer la sécurité juridique des acteurs économiques dans ce qui est pour eux une évolution à nulle autre pareille, en termes de

complexité, d'engagement, d'investissements, de changements, tout ceci en continuant à fournir emplois, produits et services à chacun de nous. L'autorité administrative indépendante doit comprendre quels sont les mécanismes mis en œuvre pour soutenir la gestion des précontentieux. C'est une révolution dans l'appréhension des litiges à la hauteur des enjeux pour tous les acteurs œuvrant en Europe, définitivement parties prenantes de la transition climatique, énergétique et de nos modèles d'affaire.

BENOÎT THIRION : Pour autant, le rôle du juge ne disparaîtra pas.

SABINE LOCHMANN : Pas du tout ! Son intervention ne sera qu'éloignée dans le calendrier du contentieux ou de la controverse. J'ajoute que ce nouveau modèle, ayant un impact sur le temps durant lequel les provisions pèseront dans les comptes, cela risque fort de ne pas plaire aux assureurs et aux banques. Il y a un coût caché qu'il faudra appréhender et ce sont les entreprises qui le subiront.

STÉPHANIE SMATT PINELLI : La publication du plan de vigilance dans le rapport d'activité de l'entreprise est un exercice annuel qui s'inscrit mal dans le temps judiciaire. En outre, je rappelle que l'obligation de vigilance est une obligation de moyens, dont l'amélioration continue est un critère important de la réalisation. Le plan a vocation à être ajusté chaque année, en fonction de la réévaluation régulière qu'en fait l'entreprise, ce qui a nécessairement un impact sur la mise en œuvre de l'action judiciaire. Le juge des référés a d'ailleurs rappelé, dans ses décisions rendues en juillet 2023, la nécessité d'une identité entre les griefs formulés dans la mise en demeure préalablement adressée à la défen-

deresse et les demandes adressées au juge. Il faudra veiller à ce que l'éventuelle intervention d'une autorité de contrôle s'articule avec ces paramètres.

SABINE LOCHMANN : C'est d'ailleurs une critique faite à l'AFA sur le décalage entre le moment où le litige est porté devant l'autorité et celui où la sanction tombe. Il faut deux, trois ou quatre ans entre les deux épisodes. Or, bien souvent, les entreprises ne sont plus du tout organisées de la même façon. Elles ont remédié à ce qui a pu être une défaillance. C'est donc un choc pour elles en matière de communication lorsque la décision est rendue publique et que la situation controversée a été gérée plusieurs années auparavant.

Il est important que l'ensemble de la famille juridique se mobilise pour s'approprier ce nouveau droit de la vigilance – qui est le droit de la responsabilité et pas de la conformité. Je rappelle que cette approche est systémique et appréhende les interdépendances profondes entre les acteurs, souvent au-delà de nos seules

Sabine Lochmann
CEO Ascend,
présidente
d'honneur de
l'AFJE



frontières européennes. Diriger une entreprise aujourd'hui est devenu particulièrement complexe et nos juges doivent l'appréhender avec rigueur et justesse

dans leurs appréciations. Sans doute, nombre d'échanges vont-ils nourrir par anticipation la relation entre le monde de l'entreprise et celui des juges : pour développer

une culture commune de la responsabilité et de la gestion des obligations de moyen prévus dans cette directive en fabrication.

Les implications pour le secteur financier

DOMINIQUE BOURRINET : Pour le secteur financier, il faudra également savoir comment interpréter les obligations de vigilance des activités bancaires vis-à-vis des clients et où placer le curseur entre ce devoir de vigilance et le principe de non-immixtion. La tendance sur la durée sera sans doute plutôt vers une affirmation du devoir de vigilance, mais il va falloir savoir où trouver le point d'équilibre. L'obligation de vigilance existe bien sûr déjà dans le secteur bancaire, ne serait-ce que dans la tenue des comptes. Mais une banque n'a pas non plus à se faire juge de la stratégie de l'entreprise. C'est un vrai sujet, en particulier dans le cadre des plans de vigilance consolidés puisque, comme c'est le cas en droit français, les groupes auront la possibilité de constituer un plan de vigilance qui engagera les filiales au niveau de la maison mère. *Quid* si une filiale n'est pas considérée comme conforme aux attentes ? La maison mère sera-t-elle responsable, ou bien la filiale ?

SABINE LOCHMANN : Cette appréciation entre ce que connaît la holding et les activités de la société fille me fait penser à l'affaire Lafarge...

ALICE GAILLARD : On a bien vu, lors de l'application de la loi française sur le devoir de vigi-

lance, combien il était complexe pour les sociétés du secteur financier de gérer le devoir de non-immixtion, inhérent à leurs activités, avec l'objectif du devoir de vigilance. Par exemple, il est difficile de demander aux établissements bancaires de superviser ce que font leurs clients avec les fonds qui leur sont prêtés. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, après de nombreuses discussions entre le Parlement, la Commission et le Conseil européen, il a été décidé que les entreprises du secteur financier seraient soumises à l'établissement d'un plan de vigilance sur leur chaîne de valeur, mais uniquement pour la partie de leurs partenaires en amont et non en aval, qui reçoit leurs services et leurs produits. C'est-à-dire pour leurs activités courantes (fournisseurs de bureaux, de matériel informatique, etc.), mais pas pour vérifier la bonne utilisation par les clients des fonds qui sont investis.

DOMINIQUE BOURRINET : Il y a tout de même une clause de revoyure.

ALICE GAILLARD : Selon mes informations, le temps que la directive soit adoptée puis transposée et enfin révisée, après que la clause de revoyure ait été étudiée et mise en œuvre, les entreprises financières ne devraient pas y être soumises avant six ans. Il est nécessaire de bien appréhender les spécificités de chacune des activités financières de

ces acteurs et de déterminer comment ce devoir de vigilance peut s'appliquer à elles.

PIERRE-EMMANUEL FENDER : En attendant, quelques groupes bancaires sont tout de même en train d'essuyer les plâtres sur le terrain judiciaire. Je pense par exemple à BNP Paribas assigné au sujet du financement du secteur pétrolier dans une logique qui fait pleinement entrer la totalité du secteur aval dans le champ du devoir de vigilance. Ces actions seront directement impactées par l'évolution du texte et l'extension ou non de tous les services et de tous les clients dans la nouvelle notion de chaîne de valeur. Je crois donc que même le secteur financier a intérêt à voir avancer la norme sur le sujet pour avoir davantage de prévisibilité.

BENOÎT THIRION : La question de l'équilibre entre vigilance et indépendance se pose aussi pour les groupes constitués sous forme de franchises. Les franchisés ne sont pas dans le champ d'application stricto sensu de la loi sur le devoir de vigilance, ni de la directive. Pour autant, en termes organisationnels et réputationnels, les groupes ne peuvent pas se désintéresser de ce que font leurs franchisés sur le plan de l'environnement, de la santé, des droits humains...

SABINE LOCHMANN : Si la vigilance existe historiquement dans

Alice Gaillard
counsel, De
Pardieu Brocas
Maffei



les secteurs de la banque et de l'assurance, le drame du Rana Plaza a véritablement accéléré la mobilisation de la société civile et du législateur en France. On peut faire confiance à des ONG activistes, maîtrisant les outils de communication et de droit, pour utiliser tout ce qui est possible pour sauvegarder les droits humains. L'enjeu de réputation est fondamental, à la fois vis-à-vis de l'entreprise et de ses dirigeants, même si aujourd'hui le régime de responsabilité qui leur est applicable n'est pas encore encapsulé par les règles en matière de vigilance. La question des administrateurs va également être posée ; du fait de leurs missions et responsabilité les parties intéressées ne vont pas comprendre que la responsabilité ne soit pas assumée par ceux qui dirigent, au-delà de leur rôle, exécutif ou non-exécutif. J'ajoute que nous vivons dans un monde interdépendant et ce qui ne se fera pas sur le territoire français se fera ailleurs. En particulier lorsque les fleurons de notre industrie ou de nos services agissent en dehors de l'Europe. C'est une porte d'entrée de plus pour se faire attaquer sur le terrain des enjeux de décarbonation, de réduction des gaz à effet de serre ou encore sur ceux relatifs à la santé, la sécurité et aux droits humains. C'est pour cela qu'il est indispensable d'appréhender cette interdépendance et cette approche globale du système. J'ajouterai enfin, des cultures existantes dans les différentes régions du monde. À nouveau, diriger dans un monde complexe nécessite une autre façon de décider, d'une stratégie et de son opérationnalisation.

DOMINIQUE BOURRINET : Les textes posent des questions de divergences d'approche entre États. Aux États-Unis, il est par exemple reproché, dans certains États fédérés, aux établissements financiers d'être trop rigoureux ou restrictifs

sur les financements apportés aux énergies fossiles. L'application stricte des obligations en la matière peut donc mettre les acteurs européens en porte-à-faux par rapport à d'autres États, sans parler des distorsions de concurrence qui peuvent également en résulter. Les évolutions ne sont néanmoins pas figées : à titre d'exemple, certains textes de loi, ont été édictés, il y a quelques années aux États-Unis, tels que la loi Cercla, dans le sens d'une plus grande responsabilité environnementale des acteurs financiers, en avance par rapport à la réglementation européenne en la matière. Mais depuis, l'Europe a fait plus que rattraper son retard. Il faut donc savoir comment gérer ces injonctions parfois contradictoires entre l'Europe et les États-Unis.

LAURENCE VINCENT : Ce phénomène américain prend également toute sa mesure dans la nouvelle stratégie de certains grands investisseurs institutionnels, comme BlackRock qui a changé sa politique de vote pour durcir cet aspect des investissements. Ce revirement, et plus généralement cette tendance, qui va à l'opposé de la pression réglementaire européenne pour l'établissement et l'application d'un plan de transition climat, peut non seulement impacter la compétitivité des entreprises européennes mais constitue surtout une source d'insécurité juridique pour ces entreprises européennes qui exercent une large part de leur activité outre-Atlantique ou qui ont une double cotation en France et aux États-Unis.

STÉPHANIE SMATT PINELLI : Les États-Unis sont un enjeu pour l'entreprise, mais il faut considérer la compétitivité de manière totalement globale aujourd'hui et l'Asie, par exemple, ne peut être mise de côté. L'absence d'harmonisation est un facteur d'entrave à

la concurrence, auquel il est urgent d'apporter des réponses.

LAURENCE VINCENT : En parallèle, il ne faut pas négliger la pression réglementaire s'agissant de l'articulation des textes. La CS3D est encore en construction et un accord politique pourrait aboutir, même s'il y a encore un certain nombre de dissensions sur le texte. On est déjà en train de travailler sur l'application de la directive CSRD et les normes ESRS qui sont des textes supposés cohabiter, se compléter et s'articuler avec les autres textes européens tels que le Règlement Taxonomie et la CS3D. Ainsi le plan de transition climatique, prévu à la fois par la CSRD, les normes ESRS et la CS3D, devrait s'imposer aux établissements financiers même s'ils sont considérés, pendant un temps, hors champ de la CS3D. Devront aussi s'articuler les deux concepts phares de la CS3D que sont la chaîne de valeur – notion supprimée et remplacée par la chaîne d'activités par l'accord politique –, et les parties prenantes – qui sont traduites par l'expression « parties intéressées » dans les normes ESRS. À ce titre, la recherche d'un nécessaire dialogue entre la CSRD et la CS3D était au centre des discussions et négociations au niveau européen. En matière de gouvernance, je crois que ces concepts entraîneront des conséquences sur la motivation de créer un comité des parties pre-

Laurence Vincent
associée,
Herbert Smith
Freehills



nantes pour pouvoir démontrer que l'exercice est réalisé. La définition des parties prenantes par les entreprises sera un exercice complexe et réalisé au cas par cas.

STÉPHANIE SMATT PINELLI : L'extra-territorialité que porte la directive CS3D est très vertueuse. Il était essentiel que son champ d'application soit ouvert aux entre-

prises qui ne seraient pas européennes mais qui exerceraient une activité sur le continent. C'est une avancée majeure par rapport à la loi française de 2017.

La place des juristes dans les dispositifs de vigilance

STÉPHANIE SMATT PINELLI : La gouvernance de la vigilance est un enjeu majeur pour les entreprises, qui doivent s'organiser pour permettre une gestion optimale des risques, et une rationalisation utile des informations et mesures prises sur l'ensemble de leurs zones d'implantation. Certaines, et notamment la miennne, ont mis en place un comité dédié pour y réunir les représentants de l'ensemble des directions de l'entreprise qui sont concernées par le sujet. Le juriste a vocation à y jouer un rôle majeur de pilotage et de coordination. Il retrouve en outre un de ses rôles premiers qui est de qualifier juridiquement les actions pour pro-

BENOÎT THIRION : Il y a une évolution vers une implication de plus en plus forte des juristes dans l'application du devoir de vigilance. Ce n'est néanmoins pas le cas partout : quelques groupes associent encore peu leurs juristes au plan de vigilance, à mon avis à tort, car ils n'ont pas encore connu de mise en demeure ou d'action devant le juge. Mais personne n'est à l'abri ! Il est aujourd'hui indispensable de piloter ce sujet à un niveau de responsabilité élevé dans l'entreprise et d'impliquer la direction juridique, car les risques sont importants (juridiques, contentieux, réputationnels) et exigent une vision transversale.

préparation et la construction d'un futur plus durable et soutenable, comment il a appréhendé la chaîne de valeur et les parties intéressées aux sujets environnementaux et de droits humains. Aujourd'hui, les scientifiques et toutes les communautés professionnelles se mobilisent sur ces besoins en innovation et transformation pour accompagner la construction de notre monde de demain. L'enjeu est de mettre en œuvre progressivement un nouvel équilibre social ainsi qu'en matière de gouvernance : là aussi des thèmes sur lesquels juristes et dirigeants – entre autres – doivent plancher dès maintenant. La transition va prendre du temps quand tous les indicateurs sont au rouge. Je vous renvoie au *Global Risk Report 2024* du World Economic Forum, la mobilisation est indispensable.

téger l'entreprise contre une éventuelle mise en cause de sa responsabilité, et s'assurer qu'elle est alignée avec les contraintes normatives qui s'imposent à elle. Le juriste doit aller plus loin en participant à l'acculturation de l'ensemble des salariés de l'entreprise, de ses dirigeants, à ses acteurs opérationnels, à la vigilance et en prodiguant des formations et actions de sensibilisation.

SABINE LOCHMANN : Il y a une place pour les juristes dans ce dispositif qui se structure à condition qu'il y ait un dialogue régulier entre le directeur juridique et le dirigeant. Je dirais également entre toutes les fonctions dites « supports » ou « transverses », et les dirigeants en charge des opérations. L'objectif est, non seulement de développer une acculturation et une compréhension de toutes ces nouvelles dynamiques et risques, mais aussi d'appréhender les opportunités.

Enfin, j'ai la conviction que s'il y a un premier comité des parties prenantes à mettre en place, c'est au sein de la grande famille des juristes, ceux qui connaissent l'entreprise et ses dirigeants mais avec des focales différentes. Ils doivent travailler autrement et de façon transverse pour aller plus vite et faire mieux. D'abord au bénéfice de l'appréhension des risques et de la mise en œuvre de la double matérialité, ou encore, pour accompagner l'engagement avec les parties prenantes de la chaîne de valeur de l'entreprise. Au-delà des risques, c'est de la valorisation de l'entreprise dont il s'agit.

Benoît Thirion
associé, Hoche
Avocats



ALICE GAILLARD : Lorsque l'on échange avec les entreprises, elles ont bien souvent une idée sur ce qu'est le devoir de vigilance, ou bien qu'elles doivent mettre en place un rapport de durabilité en vertu de CSRD, mais peu d'entre elles ont vraiment lu les directives CS3D et CSRD dans ses détails. Le matériel applicatif n'est pas toujours bien connu et maîtrisé, ce qui peut constituer un risque. Le travail de qualification et d'accompagnement du juriste dans l'appréhension de la règle et des obligations qu'elle pose est alors indispensable. C'est lui qui

va aider l'entreprise à définir ce qu'elle est véritablement tenue de faire et de divulguer dans son rapport. C'est également lui qui va, une fois les stratégies et engagements déterminés par la gouvernance, les accompagner pour qu'elles communiquent dans leurs plans et rapports en limitant au maximum le risque de manquement et d'action en responsabilité civile, ou devant un régulateur.

BENOÎT THIRION : Le juriste joue un rôle essentiel à trois stades. D'abord, au niveau de l'élaboration du plan de vigilance, qui doit

être simple et efficace. Dans le plan de vigilance, la cartographie des risques est fondamentale : il faut identifier les risques les plus importants, les hiérarchiser et les décrire de façon simple et efficace. Le juriste intervient également au stade de la mise en œuvre du devoir de vigilance dans la rédaction des contrats, notamment avec les fournisseurs et les sous-traitants, mais aussi en interne dans les relations avec les filiales. Et enfin, il est naturellement en première ligne dans la gestion des éventuels contentieux.

L'impact sur la gouvernance de l'entreprise

PIERRE-EMMANUEL FENDER : Le projet de directive a considérablement évolué à ce sujet au cours du temps. Il avait l'ambition de véritablement traiter du statut des administrateurs en affectant leurs rémunérations variables autant que leur responsabilité individuelle. Pour les plus grosses entreprises (plus de 1000 salariés) le texte issu de la première lecture au Parlement européen énonçait en effet le principe de rémunérations variables nécessairement liées au plan de transition climatique. La version de compromis actuelle de l'article 15 (3) (encore susceptible de changer d'ici l'adoption finale du texte) se contente d'évoquer la possibilité d'incitations financières de la totalité du management liées à la promotion du plan en question. Le texte prévoyait également un article 25 faisant directement entrer le devoir de vigilance dans l'appréciation de la responsabilité des administrateurs. Dans cette optique le conseil d'administration ne pouvait évidemment plus

déléguer ces questions au management opérationnel. L'article a été purement et simplement supprimé dans la version de compromis actuelle.

Il demeure que la loi de 2017 et plus encore la loi Pacte en 2019 ont fait entrer les droits de l'homme dans les conseils d'administration et c'est déjà un pas important. Et quoi qu'il en soit les administrateurs vont avoir davantage tendance à se tourner vers la direction juridique. Dans une logique qui devrait les rapprocher des general counsels à l'américaine, les juristes sont appelés à jouer un rôle central sur ce sujet alors que dans nombre d'entreprises, cette problématique de vigilance a d'abord été traitée comme une question de communication. La directive revient et insiste aussi sur ce qui était initialement prévu par les textes français et qui n'a pas eu de suite jusqu'à présent : à savoir les précisions attendues d'initiatives multipartites au sein des filiales et l'implication

du pouvoir réglementaire pour préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre des plans de vigilance. Demain, le niveau de sophistication sera tel qu'il viendra renforcer et crédibiliser le rôle du juriste et lui conférer davantage de levier face aux opérationnels.

DOMINIQUE BOURRINET : Cette étrange notion de « devoir de sollicitude » me paraît être une traduction approximative du duty of care anglo-saxon. Ce n'est donc pas en soi forcément un concept juridique nouveau. Il y aura toujours matière à interprétation des tribunaux, mais ira-t-on vraiment au-delà de ce qui existe déjà dans le cadre de la loi Pacte, à savoir une obligation de prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux dans les décisions stratégiques prises par le conseil d'administration ? Ce sera un point d'attention pour les années à venir.

Stéphanie Smatt Pinelli
directrice juridique
règlement des différends
Groupe, Orano





STÉPHANIE SMATT PINELLI:

Les articles 25 et 26 de la directive sur la responsabilité des administrateurs ont été écartés durant les débats. On sent une forte résistance de certains pays qui se sont déjà prononcés sur ce devoir de sollicitude. Je ne suis pas sûre que la directive va emporter une révolution. Ce qui est intéressant pour le juriste est d'analyser les passerelles entre le droit commun et le droit spécial, car *in fine* on en reviendra au droit commun sur la responsabilité des administrateurs sur la faute de gestion et sur l'information trompeuse. Les administrateurs seront attendus sur la CSRD, surtout en matière d'information trompeuse. Je pense que, sur la vigilance, la donne ne sera pas révolutionnée.

SABINE LOCHMANN: En partant des ESRS, en intégrant les préambules de la CSRD et du texte en l'état de la CS3D, on aboutit à une véritable carte mentale d'éléments structurants par ailleurs indispensables aux juristes et aux dirigeants afin d'appréhender la complexité de la chaîne de valeur de l'entreprise aujourd'hui. Et à partir de là, il s'agira, par exemple pour le comité vigilance piloté par la direction juridique avec les parties intéressées concernées, de matérialiser les actions à proposer à la direction

générale en vue de construire une entreprise dont la performance durable sera mise en valeur au travers de ce nouveau rapport de durabilité. En outre, ce rapport de durabilité sera indispensable pour les auditeurs (experts-comptables, avocats, OIT) lesquels sont désormais tenus de réaliser un audit de durabilité, au même titre que l'audit financier pour les experts-comptables.

À ce titre, il est essentiel d'intégrer la notion d'impact à toutes les étapes de la chaîne de valeur, de l'amont à l'aval. Je fais partie de comex et de boards depuis longtemps et cette approche est très différente de ce que nous avons vécu jusqu'à présent. Les dirigeants sont placés dans une phase de recherche d'une nouvelle excellence stratégique et opérationnelle. Ma conviction est qu'ils peuvent fort utilement, et de façon plus sécurisée, intégrer dans le process de fabrication de leur stratégie et de son opérationnalisation cette cartographie mentale, structurant la lecture des ESRS à faire ressortir dans leur communication et la mise en œuvre de leur démarche.

Ainsi, les dirigeants s'appuient sur des mécanismes, dans une approche systémique, leur permettant de consulter et réfléchir aux impacts de leurs décisions avec les parties intéressées; ce que d'un

côté le conseil d'administration, de l'autre le juge, seront amenés à regarder de près.

Je ne sais pas si les directeurs juridiques ont déjà pris conscience de leur rôle véritablement stratégique dans cette démarche. Je les appelle à se mobiliser, car cela nécessite d'apprendre et de comprendre des parties de savoir non encore maîtrisées.

ALICE GAILLARD: C'est tout l'enjeu de la directive sur le devoir de vigilance de faire prendre conscience aux entreprises de l'impact qu'elles ont, et de communiquer dessus. On voit là le basculement de faire peser sur le secteur privé cette conscience de la gestion de leur impact, alors que jusqu'ici c'était plutôt le rôle de l'État de le prendre en charge. Les annexes de la directive ne sont d'ailleurs que des accords internationaux avec des obligations d'États. Mais on demande, de façon inédite, aux entreprises d'en prendre conscience et d'en porter la responsabilité.

SABINE LOCHMANN: L'action de groupe lancée contre Danone, depuis le 10 janvier, par des plaignants lui reprochant son allégation de « neutralité carbone » des bouteilles d'eau Evian, est à cet égard très intéressante. En effet, le groupe a été parmi les premiers à lancer une impulsion profonde d'actions en lien avec les objectifs de réduction de l'empreinte carbone grâce à leur plan *One Planet, One Health*. Pourtant, il est aujourd'hui rattrapé par des consommateurs activistes considérant qu'ils n'auraient jamais acheté les bouteilles d'eau s'ils avaient su que le groupe utilisait en fait un système de compensation des émissions carbone, *via* la plantation d'arbres ou la production d'énergie renouvelable. Les dirigeants vont devoir faire plus

qu'attention aux promesses et aux labels mis en avant dans leur tra-

jectoire de décarbonation. Sans compter tous les enjeux relatifs

aux atteintes à la biodiversité et aux droits humains.

La création de la chambre 5.12

PIERRE-EMMANUEL FENDER:

La cour d'appel de Paris a clairement identifié l'importance et la complexité du sujet. Elle anticipe l'émergence d'un contentieux spécifique et la nécessité de mobiliser les compétences pour être à la hauteur des enjeux. C'est pourquoi elle a annoncé la création de la chambre 5-12. Cette chambre n'a pas de greffe dédié pour l'instant et la présidente désignée dans l'ordonnance de roulement préside également la 5-8, chambre qui traite des procédures collectives. Les formations de cinq ou sept magistrats pourront être complétées en fonction des besoins par tous magistrats de la cour. Ils seront probablement souvent issus de la 5-5 qui est l'une des chambres économiques les plus « couteaux-suisse ». Ce sont des magistrats déjà chevronnés, habitués aux contraintes du monde des entreprises et capable de les traiter sous l'angle contentieux comme d'inciter à la médiation.

Dès mars prochain plusieurs dossiers d'importance (TotalEnergies, EDF ou encore Suez) vont donner lieu aux premières audiences devant cette chambre sur des sujets procéduraux.

STÉPHANIE SMATT PINELLI:

La clé de cette chambre est la formation des magistrats qui y siègeront. Pour cela, il est essentiel de travailler ensemble et de poursuivre les initiatives visant à sensibiliser les juges à la réalité pratique de la vigilance en entreprise.

DOMINIQUE BOURRINET:

S'est récemment constituée une association des magistrats pour la justice climatique, qui illustre un inté-

rêt croissant de ceux-ci pour ces sujets. J'appelle de mes vœux, en tant que directeur juridique, à un dialogue poussé entre les entreprises et la magistrature sur ces nouveaux sujets pour nous permettre d'avoir une approche la plus adéquate possible dans nos prises de décisions et trouver les points d'équilibre idoines.

LAURENCE VINCENT:

La technicité et la transversalité de ces sujets supposent de s'interroger sur le niveau de formation idoine. Faut-il une formation juridique, technique ou scientifique? Au début, le juge ne s'est pas immiscé dans l'appréciation des plans de vigilance et s'est cantonné au traitement de sujets de procédure. Aujourd'hui, la magistrature s'équipe pour aller dans le fond du droit. Les intentions sont louables, mais attendons de voir la mise en œuvre pratique.

ALICE GAILLARD:

Tous les contentieux qui portent sur le devoir de vigilance relèvent désormais du ressort du tribunal judiciaire de Paris. Le corps judiciaire a compris que, pour pouvoir juger ces dossiers, il faut être très compétent, sur des sujets particulièrement techniques, d'où la création de cette nouvelle chambre de la cour d'appel de Paris. Comme les avocats, les magistrats ont besoin d'être spécialisés pour pouvoir appréhender l'entière du litige. On l'a vu au cours des audiences l'année dernière, où le tribunal judiciaire de Paris a eu besoin d'entendre plusieurs professeurs de droit et experts pour pouvoir se prononcer sur les dossiers portant sur le devoir de vigilance. Une

formation des magistrats en amont me semble donc très intéressante.

LAURENCE VINCENT:

Savoir qu'il existe un couperet formé et structuré sur ces sujets pourrait aussi remettre un peu d'équilibre dans les actions intentées.

BENOÎT THIRION:

Cette matière exige des compétences techniques mais aussi des compétences juridiques transversales. Car le devoir de vigilance relève à la fois du droit constitutionnel (la charte de l'environnement), du droit des sociétés, du droit des contrats, du droit de l'environnement, du droit du travail. Enfin, en demandant aux entreprises d'internaliser des objectifs d'intérêt général, et en étant à terme soumis à un régulateur, il entretient également certains liens avec le droit public. Ces caractéristiques techniques et juridiques justifient pleinement qu'il y ait une chambre et des juges spécialisés.

Dominique Bourrinet
directeur
juridique
groupe, Société
Générale



© DAVID LEBRUN/IMAGEASTE