

# LA PROPOSITION DE DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE DURABILITE

## THE PROPOSAL FOR A EUROPEAN DIRECTIVE ON THE DUTY OF CARE OF COMPANIES WITH REGARD TO SUSTAINABILITY

Gilles LHUILIER\*

**LT** Corporate social responsibility; Due diligence; Environment; EU law; Extraterritoriality; Foreign companies; Human rights; Supply chains; Sustainability

La Commission de l'Union européenne a dévoilé le 23 février 2022 son projet de directive sur la vigilance environnementale et les droits de l'homme.<sup>1</sup> Ce texte transforme la gouvernance mondiale en donnant aux entreprises le rôle nouveau d'acteurs privés extraterritoriaux de la politique publique en matière d'environnement et de droit de l'homme. Une telle transformation de la politique publique étatique et interétatique est justifiée par l'urgence de l'action nécessaire pour prévenir la crise climatique et sociale planétaire à venir.

L'entreprise a ainsi un nouveau rôle social et politique global dans la gouvernance mondiale. Elle est directement assujettie au droit international des droits de l'homme et de l'environnement qu'elle doit respecter. C'est une première nouveauté car jusqu'à ce jour seuls les devaient appliquer le droit international. L'entreprise est aussi — à côté des Etats — l'agent d'application de ce même droit international dans toute leur chaîne de valeur. C'est une seconde nouveauté. Cette délégation de service public extraterritoriale s'explique par le fait que seules les entreprises ont le pouvoir de veiller à l'application du droit par tous ses contractants et sous contractants, dans toute sa chaîne de valeur, c'est-à-dire sur tous les territoires nationaux de la planète.

The European Union Commission unveiled on 23 February 2022 its draft directive on environmental vigilance and human rights. This text transforms global governance by giving companies a new role as private extraterritorial actors of public policy in environmental and human rights matters. Such a transformation of state and inter-state public policy is justified by the urgency of the action needed to prevent the coming global climate and social crisis.

Business thus has a new global social and political role in global governance. It is directly subject to international human rights and environmental law, which it must respect. This is a first novelty, as until now only states have had to apply international law. The company is also—alongside the States—the agent of application of this same international law throughout their value chain. This is a second novelty. This extraterritorial delegation of public service is explained by the fact that only companies have the power to ensure that the law is applied by all their contractors and sub-contractors, throughout their value chain, i.e. on all the national territories of the planet.

---

\* Professeur de droit, ENS Rennes.

This change in the regulation of world trade is of great practical importance for companies: they will have to transform their governance, the design, assembly, marketing and end-of-life of their products and services, and to do this they will have to adapt their contractual and dispute resolution practices with their commercial partners as well as with third parties to the contracts, stakeholders or environmental or social victims of their activities, and this throughout their value chain.

The draft directive on the duty of care, which is the basis for this development, has been little studied.

First of all, an analysis of the preparatory work of the text is necessary (genetic analysis). The European Parliament's proposal for a directive on due diligence preceded—and prepared—the Commission's proposal. The European Parliament's JURIC (Legal) Committee published a draft report on the human rights of companies in global supply chains. The report contained a motion for a Parliament Resolution and—more surprisingly—a proposal for a directive that would require certain European and foreign companies operating in Europe to undertake human rights/environmental due diligence throughout the supply chain and sphere of influence. Proposals for amendments to the Rome I and Brussels 1bis regulations were annexed. Violations of these due diligence obligations are sanctioned by a right of victims to claim damages, in short, a civil liability of companies for personal fault, that of failure to exercise due diligence. However, the European Parliament's draft has largely been integrated into the Commission's draft, which means that few changes will be made at the end of the forthcoming debates. A certain political consensus therefore exists despite the criticism of certain business representatives or NGOs. The preparatory expert report on the draft directive, drafted on behalf of the Commission by a panel of experts employed by a consultancy firm on the basis of a call for tenders, a singular aspect of European legislative drafting, is also important. This post-modern "preparatory work" provides a good understanding of the spirit of the proposed directive: on the one hand, the report traces, through a comparative study, the positive law on vigilance in Europe and elsewhere, as well as the main concepts of diligence/vigilance/duty of care. It makes it possible to note, after much work by the UN, that a principle of vigilance on the part of companies is emerging, both in the continental European world and in the world of common law, and this in a certain disorder that is a source of legal insecurity. It also demonstrates (quantitative surveys) that companies, contrary to their claims, actually apply very few due diligence measures such as human rights clauses in supply contracts, codes of conduct and audits, monitoring mechanisms in the value chain, etc. On the other hand, it is indeed the French law on the duty of care of 2017 that is presented as the model to be followed for "option 4" retained, i.e. the drafting of a European text:

Cette mutation de la régulation du commerce mondial est d'une grande importance pratique pour les entreprises : elles vont devoir transformer leur gouvernance, la conception, l'assemblage, la commercialisation, la fin de vie de leurs produits et services, et pour cela adapter leurs pratiques contractuelles et de résolution des litiges tant avec leurs partenaires commerciaux que les tiers aux contrats, parties prenantes ou victimes environnementales ou sociales de leurs activités, et ce dans toute leur chaîne de valeur.

Le projet de directive sur le devoir de vigilance qui porte cette évolution a été peu étudié.<sup>2</sup>

En premier lieu une analyse de travaux préparatoires<sup>3</sup> du texte s'impose (analyse génétique). La proposition de directive sur le devoir de vigilance du Parlement européen a en effet précédé — et préparé — la proposition de la Commission.<sup>4</sup> La Commission JURIC (juridique) du Parlement européen a publié un projet de rapport sur les droits de l'homme des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Le rapport contenait une motion pour une Résolution du Parlement et — plus étonnant — une proposition de directive qui exigeait de certaines entreprises européennes et étrangères opérant en Europe de se soumettre à une obligation de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme/droit de l'environnement tout au long de la chaîne d'approvisionnement et de la sphère d'influence. Des propositions de modification des règlements de Rome I et de Bruxelles 1bis figuraient en annexe. Les violations de ces obligations de diligence étaient sanctionnées par un droit des victimes à réclamer des dommages et intérêts, bref une responsabilité civile des entreprises pour faute personnelle, celle de défaut de vigilance.<sup>5</sup> Or ce projet du Parlement européen a été en grande partie intégré dans le projet de la Commission, ce qui permet de pronostiquer que peu de modifications seront faites à l'issue des débats à venir. Un certain consensus politique existe donc en dépit des critiques de certains représentants d'entreprises ou de certaines ONG.<sup>6</sup> Le rapport d'expert préparatoire du projet de directive, rédigé pour le compte de la Commission par un panel d'experts employés par une société de conseil sur appel d'offre, aspect singulier de la légistique européenne, est aussi important.<sup>7</sup> Ces « travaux préparatoires » post modernes permettent de bien comprendre l'esprit de proposition de directive : D'une part le rapport retrace par un travail de comparatisme le droit positif de la vigilance en Europe et ailleurs ainsi que les principaux concepts de la diligence/vigilance/*duty of care*. Il permet de faire le constat, après bien des travaux onusiens,<sup>8</sup> qu'émerge un principe de vigilance à la charge des entreprises, tant dans le monde européen continental que le monde de *common law*, et ce dans un certain désordre source d'insécurité juridique. Il

démontre aussi (enquêtes quantitatives) que les entreprises, contrairement à leurs affirmations, appliquent en réalité bien peu de mesures de vigilance telles que les clauses relatives aux droits de l'homme insérées dans les contrats d'approvisionnement, les codes de conduite et les audits, les mécanismes de suivi dans la chaîne de valeur, etc. D'autre part, c'est bien la loi française sur le devoir de vigilance de 2017 qui est présentée comme le modèle à suivre pour « l'option 4 » retenue, c'est-à-dire la rédaction d'un projet de texte européen :

« Cette option impliquerait l'introduction, au niveau européen, d'un devoir de diligence qui imposerait aux entreprises de mettre en place des mesures de diligence raisonnable propres à identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des impacts négatifs, potentiels ou effectifs, sur les droits de l'homme et l'environnement résultant de leurs propres activités et de leurs chaînes d'approvisionnement ou de leurs chaînes de valeur. Une entreprise pourrait démontrer, en tant que défense, qu'elle a respecté cette norme en mettant en œuvre le niveau requis de diligence raisonnable en tenant compte des circonstances particulières. Il s'agirait d'une approche basée sur les risques et le contexte particulier au sein duquel l'entreprise opère ».<sup>9</sup>

"This option would involve the introduction, at European level, of a duty of care that would require companies to put in place appropriate due diligence measures to identify, prevent, mitigate and report on potential or actual negative impacts on human rights and the environment resulting from their own operations and supply or value chains. A company could demonstrate, as a defence, that it has met this standard by implementing the required level of due diligence in the particular circumstances. This would be an approach based on the risks and the particular context in which the company operates."

Ces quelques lignes expriment l'esprit du texte de la proposition de directive.

These few lines express the spirit of the text of the proposed directive.

En second lieu, une analyse des finalités du texte doit être faite (analyse téléologique). Les textes récents de la Commission manifestent en effet une transformation de ses modes de régulation<sup>10</sup> dont le projet de directive sur la vigilance en est l'achèvement : En érigeant en obligations juridiques impératives la vigilance environnementale et droit de l'homme qui n'était auparavant que de la *soft law*, la Commission associe les entreprises à sa politique de lutte contre les changements climatiques et les infractions aux droits humains. La proposition de directive inscrit ainsi le droit européen des sociétés dans un nouveau tournant résumé simplement par le professeur Benoit Lecourt : « les sociétés ne sont plus, selon la conception européenne, uniquement observatrices de l'intérêt général ; elles sont désormais actrices de l'intérêt général ».<sup>11</sup> La régulation par les chaînes de contrats est donc un instrument d'adaptation de l'action des Etats qui permet d'associer les entreprises à la mise en œuvre des politiques publiques. L'insertion de clauses répliquant des obligations légales permet d'imposer ces obligations sur l'ensemble d'une chaîne de contrats et d'en démultiplier ainsi la portée. Ce ne sont plus les Etats mais les entreprises assujetties à ces obligations de vigilance sur un territoire (européen) qui vont obliger leurs sous-traitants à appliquer eux aussi les mêmes obligations,

Secondly, an analysis of the aims of the text must be made (teleological analysis). The Commission's recent texts show a transformation of its modes of regulation, of which the draft directive on vigilance is the culmination: by making environmental vigilance and human rights into imperative legal obligations, which was previously only soft law, the Commission is associating companies with its policy of combating climate change and human rights violations. The proposal for a directive thus places European company law at a new turning point, summed up simply by the professor Benoit Lecourt: "companies are no longer, according to the European conception, merely observers of the general interest; they are now actors of the general interest". Regulation through chains of contracts is therefore an instrument for adapting state action, which makes it possible to involve companies in the implementation of public policies. The insertion of clauses replicating legal obligations makes it possible to impose these obligations on the whole chain of contracts and thus multiply their scope. It is no longer the States but the companies subject to these obligations of vigilance on a (European) territory that will oblige their subcontractors to also apply the same obligations, regardless of the territory (United States, China, Bangladesh, etc.) in which they are located.

This new instrument of regulation is developing in all areas: the fight against corruption and money laundering, digital, environmental, human rights, etc. The company then takes over the action of the State, the European Union or international organisations and ensures an uninterrupted chain for public action, in the service of the general interest and international law. It was a practitioner, Paul Lignère, who best emphasised the technical singularity of this new instrument of regulation:

“Transfers of obligations by the public authorities to natural and legal persons—most often companies—via chains of contracts, i.e. the succession of contracts linked by their purpose.... (thanks to which) the State no longer has to control the last link in the value chain, which has a cross-sectional view of all its activities and is best placed to assess the risks.”

Professor Cafalgie has long since described what he calls the “emergence of new transnational private regulation” (TPR), which combines business law and “international public regimes”.

Let us note that the “intellectual matrix of regulators” is evolving along a path that is neither self-regulation nor the privatisation of regulation, but on the contrary, thanks to the action of companies, a re-regulation through the transnationalisation of the action of States.

The reason for this change is simple: if companies become agents of States and the European Commission, it is because their sphere of influence is extraterritorial, unlike States, whose influence is limited to their national territory. If Paul Lignères cites Bernard Teyssier and his thesis on groups of contracts, it is because the “thing” (goods or services) to which the contracts relate is now the new criterion for applying the law: international environmental and human rights law is now incorporated into the thing that is designed, produced, marketed, destroyed or causes damage.

Only the awareness of the will to give a deliberately extraterritorial—or even transnational—character to public policy makes it possible to understand the main provisions of these directives.

Thirdly, an analysis of the relationship of the draft directives on vigilance with other related draft European directives is also necessary (systematic

et ce quel que soit le territoire (Etats-Unis, Chine, Bangladesh, etc.) où ils se situent.

Cet instrument nouveau de régulation se développe dans tous les domaines : lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux, numérique, environnement, droits humains, etc. L’entreprise prend alors le relais de l’action de l’Etat ou de l’Union européenne ou des organisations internationales et permet d’assurer une chaîne ininterrompue pour l’action publique, au service de l’intérêt général et du droit international. C’est un praticien, l’avocat Paul Lignères, qui a le mieux souligné la singularité technique de cet instrument nouveau de régulation :

« Transferts d’obligations opérés par la puissance publique vers les personnes physiques et morales — le plus souvent des entreprises — via les chaînes de contrats, c’est-à-dire la succession de contrats unis par leur objet.... (grâce auxquelles) l’Etat ne doit plus contrôler que le dernier maillon de la chaîne de valeur, lequel dispose d’une vision transversale sur l’ensemble de ses activités et est le plus à même d’évaluer les risques ». <sup>12</sup>

Certes le Professeur Cafalgie avait depuis longtemps décrit ce qu’il nomme l’« *emergence of new transnational private regulation* » (TPR) qui mêlent droit des affaires et « *international public regimes* ». <sup>13</sup>

Constatons que la « matrice intellectuelle des régulateurs » évolue en suivant une voie qui n’est ni l’autorégulation ni la privatisation de la régulation, mais au contraire, grâce à l’action des entreprises, une re-régulation par transnationalisation de l’action des Etats.

La raison pour cette mutation est simple : si les entreprises deviennent les agents des Etats et de la Commission européenne c’est que leur sphère d’influence est extraterritoriale, contrairement aux Etats, dont l’influence se limite à leur territoire national. Si Paul Lignères cite Bernard Teyssier, et sa thèse sur les groupes de contrats, <sup>14</sup> c’est que la « chose » (biens ou service) sur laquelle porte les contrats est désormais le nouveau critère d’application du droit : le droit international de l’environnement et des droits de l’homme est désormais incorporé à la chose conçue, produite, commercialisée, détruite, ou causant un dommage.

Seule la prise de conscience de la volonté de donner un caractère volontairement extraterritorial — ou encore transnational — à la politique publique permet de comprendre les principales dispositions de ces directives.

En troisième lieu, une analyse des relations du projet de directive sur la vigilance avec les autres projets connexes de directives européennes s’impose aussi (analyse

systematique). Un véritable droit européen de la vigilance est en effet construit par une vingtaine de textes européens matérialisant le pacte vert européen (projets de directives ou règlements, plans, communication, etc.) Les termes utilisés par les praticiens ne doivent pas masquer les dénominations précises : La proposition sur le *reporting extra-financier* est dite « *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting* »<sup>15</sup> mais contient une obligation de vigilance concernant les risques, les impacts, les mesures (y compris la diligence raisonnable) et les politiques liés à l’environnement, à la société et aux droits de l’homme. La seconde proposition porte sur l’obligation de vigilance et est dite « *Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937* », porte sur la vigilance environnementale et droit de l’homme et crée une obligation de faire preuve de diligence raisonnable pour identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des dommages externes résultant d’impacts négatifs sur les droits de l’homme et l’environnement dans les propres activités de l’entreprise, ses filiales et dans la chaîne de valeur. La troisième proposition porte sur l’éco conception, et est dite « *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social committee of the Regionso on making sustainable products the norm* »,<sup>16</sup> et étend la vigilance à la conception du produit et service mais aussi à sa fin de vie. D’autres textes sont sectoriels, par exemple limités aux entreprises des secteurs financiers qui doivent publier une déclaration sur leurs politiques de diligence raisonnable en ce qui concerne les principaux effets négatifs de leurs décisions d’investissement sur les facteurs de durabilité,<sup>17</sup> aux « minéraux de guerre »,<sup>18</sup> aux forêts,<sup>19</sup> aux piles,<sup>20</sup> etc. Il faut lire ensemble ces propositions car elles constituent le socle d’une nouvelle responsabilité préventive des entreprises en matière climatique et environnementale.<sup>21</sup> La première — en définissant des obligations de reporting — peut permettre en effet de délimiter le champ d’application de la seconde — l’obligation de vigilance. La troisième organise l’extension des obligations de vigilance à la conception et fin de vie des produits. En effet, une politique environnementale et droits de l’homme d’entreprise est parfois réduite un peu rapidement à l’identification des risques que l’entreprise fait peser sur le climat ou les salariés des sous-traitants. En réalité, elle repose sur trois principes juridiques qui sont autant de techniques de management : D’abord, la prévention par l’analyse des risques Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance sur l’entreprise commerciale, ses relations d’affaires, mais aussi la société humaine et non humaine

analysis). A real European law of vigilance is indeed built by about twenty European texts materializing the European green pact (draft directives or regulations, plans, communication, etc.). The proposal on extra-financial reporting is called “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting” but contains a duty of care regarding risks, impacts, measures (including due diligence) and policies relating to the environment, society and human rights. The second proposal is on due diligence and is called “Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937”, deals with environmental and human rights due diligence and creates a duty of due diligence to identify, prevent, mitigate and report on external harm resulting from negative impacts on human rights and the environment in the company’s own operations, its subsidiaries and in the value chain. The third proposal concerns eco-design, and is called “Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social committee of the Regionso on making sustainable products the norm”, and extends vigilance to the design of the product and service but also to its end of life. Other texts are sectoral, e.g. limited to companies in the financial sectors which must publish a statement on their due diligence policies with regard to the main negative effects of their investment decisions on sustainability factors, to “conflict minerals”, to forests, to batteries, etc. forests, batteries, etc. These proposals should be read together as they form the basis for a new preventive corporate responsibility for climate and environmental issues. The first—by defining reporting obligations—can indeed help to delimit the scope of the second—the obligation of vigilance. The third organises the extension of the duty of care to the design and end of life of products. Indeed, a company’s environmental and human rights policy is sometimes reduced rather quickly to the identification of the risks that the company poses to the climate or the employees of sub-contractors. In reality, it is based on three legal principles which are all management techniques: Firstly, prevention through the analysis of Environmental, Social and Governance risks on the commercial company, its business relations, but also human and non-human society in all its components—people, ecosystems, etc. (extra-financial reporting, vigilance plan). Secondly, prevention through action, i.e. a set of decisions to prevent these identified risks (prevention plan). Finally, remediation, and for example compensation for victims (ADR mechanisms in the value chain).

dans toutes ses composantes — populations, écosystèmes, etc. (reporting extra-financier, plan de vigilance). Ensuite, la prévention par l'action, c'est-à-dire par un ensemble de décisions de prévention de ces risques identifiés (plan de prévention). Enfin, la remédiation, et par exemple l'indemnisation des victimes (mécanismes de résolution des litiges ADR dans la chaîne de valeur).

Although the law governing the environmental and social policy of companies was drawn up by the companies themselves, this freedom will soon be partly governed by the three proposals for European directives which, for companies, will bring about the transition from soft law to hard law in terms of the environment and human rights.

Finally, least but not most - it is possible to analyse the text of the directive. How to read the proposed directive? As it was written! Article 1 is indeed entitled "subject" of the directive and presents it as relating on the one hand to extraterritorial obligations, and on the other hand to extraterritorial sanctions.

Or si le droit qui encadre la politique environnementale et sociale des entreprises était élaboré par les entreprises elles-mêmes, cette liberté sera bientôt en partie encadrée par les trois propositions de directives européennes qui réalisent pour les entreprises le passage de la *soft law* à la *hard law* en matière d'environnement et de droits humains.

En dernier lieu seulement une analyse du texte de la directive est possible. Comment lire la proposition de directive ? Comme elle a été écrite ! L'article 1 est en effet intitulé « sujet » de la directive et présente celui-ci comme relatif<sup>22</sup> d'une part à des obligations extraterritoriales, et d'autre part des sanctions extraterritoriales.

### DUE DILIGENCE OBLIGATIONS

#### Companies subject to the obligation of vigilance

Too quick a reading of the text has led to the belief that only 13,000 large European companies and 4,000 from third countries operating in the EU would be subject to the duty of vigilance because their turnover exceeds certain thresholds on EU territory. This assessment overlooks the large number of companies and SMEs which, although below the thresholds provided for by the directive, or operating 100% on a third territory, will be contractually subject to the obligations of vigilance by these same large companies when they have an established commercial relationship with them. Two different mechanisms of subjection must be distinguished: direct subjection and indirect subjection.

#### **First case: Direct liability for due diligence: Article 2**

The novelty is, however, in the subjection of companies incorporated on the territory of the Union, but also of foreign companies doing business on European territory.

#### *European companies: article 2 para.1*

The directive innovates for the first time in relation to French law by distinguishing between different thresholds. Firstly, a general threshold for the application of the directive to companies with more than 500 employees and a worldwide net turnover of more than 150 million euros. Then a special threshold for

### LES OBLIGATIONS DE VIGILANCE

#### Les entreprises assujetties à l'obligation de vigilance

Une lecture trop rapide du texte a laissé penser que seules 13.000 grandes entreprises européennes et 4.000 de pays tiers opérant dans l'UE seraient soumises au devoir de vigilance car elles réalisent un chiffre d'affaires dépassant certains seuils sur le territoire de l'Union. Cette évaluation oublie le grand nombre d'entreprises et de PME qui bien qu'en dessous de ces seuils prévus par la directive, ou opérant 100 % sur un territoire tiers, seront contractuellement assujetties aux obligations de vigilances par ces mêmes grandes entreprises des lors qu'elles seront dans une relation commerciale établie avec elles. Deux mécanismes différents d'assujettissement doivent être en effet distingués : un assujettissement direct et un assujettissement indirect.

#### **Premier cas : L'assujettissement direct à l'obligation de vigilance : article 2**

La nouveauté est dans l'assujettissement d'entreprises incorporées sur le territoire de l'Union, mais aussi d'entreprises étrangères qui font des affaires sur le territoire européen.

#### *Les entreprises européennes : article 2 al.1*

La directive innove une première fois par rapport à la loi française en distinguant des seuils différents.<sup>23</sup> D'abord, un seuil général d'application de la directive aux sociétés qui emploient plus de 500 salariés et dégagent un chiffre d'affaires mondial net supérieur à €150 millions. Ensuite

un seuil spécial pour les sociétés qui ont plus de 250 salariés et réalisent un chiffre d'affaires mondial net de plus de 40 millions, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires ait été réalisé dans des secteurs à risques. Le texte fournit une liste précise de ces secteurs ; ils ont trait principalement aux textiles et chaussures, à l'agriculture, l'agro-alimentaire et à l'industrie extractive (pétrole, gaz et charbon, le lignite, les métaux et les minerais métalliques, ainsi que tous les autres minéraux non métalliques et les produits de carrière).

*Les entreprises d'un pays tiers / étrangères : article 2 al.2*

L'assujettissement direct a très clairement une portée extraterritoriale et vise à faire appliquer le droit européen par des entreprises américaines ou chinoises. Et de lutter contre un dumping environnemental et social.

Les entreprises étrangères sont définies comme « les entreprises « constituées conformément à la législation d'un Etat tiers.

Elles sont assujetties aux mêmes seuils généraux et spéciaux que les entreprises européennes : D'abord, un seuil général d'application de la directive aux sociétés qui emploient plus de 500 salariés et dégagent un chiffre d'affaires mondial net supérieur à €150 millions. Ensuite un seuil spécial pour les sociétés qui ont plus de 250 salariés et réalisent un chiffre d'affaires mondial net de plus de 40 millions, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires soit réalisé dans des secteurs à risques. Le texte fournit la même liste que pour les entreprises européennes

Mais elles sont aussi parfois assujetties à la directive bien qu'étant en dessous de ces seuils, en raison de la nature de leurs activités, et quel que soit le lieu de cette activité : les entreprises des secteurs à risque sont assujetties même si leur activité est hors territoire de l'UE :

« art.2 al.2 : plus de 250 employés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de €40 millions au cours du dernier exercice pour lequel des comptes annuels ont été établis, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires net ait été réalisé dans un ou plusieurs des secteurs suivants :

- (i) La fabrication de textiles, de cuir et de produits connexes (y compris les chaussures), et le commerce de gros de textiles, de vêtements et de chaussures ;
- (ii) l'agriculture, la sylviculture, la pêche (y compris l'aquaculture), la fabrication de produits alimentaires et le commerce de gros de matières premières agricoles, d'animaux vivants, de bois, de produits alimentaires et de boissons ;

companies with more than 250 employees and a worldwide net turnover of more than 40 million, provided that at least 50% of this turnover was achieved in risk sectors. The text provides a precise list of these sectors; they relate mainly to textiles and footwear, agriculture, agri-food and the extractive industry (oil, gas and coal, lignite, metals and metal ores, as well as all other non-metallic minerals and quarry products).

*Third country/foreign companies: article 2 para.2*

Direct taxation clearly has an extraterritorial scope and aims to make American or Chinese companies apply European law. And to fight against environmental and social dumping.

Foreign companies are defined as "companies" constituted in accordance with the law of a third State.

They are subject to the same general and special thresholds as European companies: First, a general threshold for the application of the directive to companies with more than 500 employees and a worldwide net turnover of more than 150 million euros. Secondly, a special threshold for companies with more than 250 employees and a worldwide net turnover of more than 40 million, provided that at least 50% of this turnover is realised in risk sectors. The text provides the same list as for European companies

But they are also subject to the directive below these thresholds, due to the nature of their activities, and regardless of the location of this activity: companies in risk sectors are subject even if their activity is outside the territory of the EU:

"art 2 al 2 : more than 250 employees on average and has achieved a worldwide net turnover of more than 40 million euros during the last financial year for which annual accounts have been drawn up, provided that at least 50% of this net turnover was achieved in one or more of the following sectors:

- (i) manufacture of textiles, leather and related products (including footwear), and wholesale of textiles, clothing and footwear
- (ii) agriculture, forestry, fishing (including aquaculture), food manufacturing and wholesale of agricultural raw materials, live animals, wood, food products and beverages

(iii) extraction of mineral resources, wherever extracted...”

Companies in these three sectors (textiles, agriculture, minerals) are therefore only subject to the obligation because they have more than 250 employees and a turnover of more than 40 million euros, worldwide, i.e. abroad.

Article 16 introduces the obligation for companies incorporated under the law of a third/foreign country and falling within the scope of this Directive by virtue of article 2(2) to appoint an authorised representative with sufficient powers of attorney in the Union, to whom the competent authorities of the Member States may apply in all matters necessary for the receipt, observance and enforcement of legal acts issued in relation to the Directive.

These thresholds are criticised. The most serious criticism that could be made is that they are inconsistent, as they are lower than the thresholds of the draft directive on extra-financial reporting: The proposal for a directive—the last section of page 4—specifies that the scope is extended to all listed companies, including SMEs, but excluding micro-enterprises, and for non-listed companies, to large companies. The Parliament and the Commission take up the AMF’s proposal to apply the Accounting Directive to the consolidated scope (i.e. companies under exclusive control, under common control or under significant influence of the parent company). (section 3 of page 1 of the proposal). However, the directive on extra-financial reporting is also a directive on due diligence, as the extra-financial statement must, for example, contain information on the due diligence procedures implemented by the company, as well as, where relevant and proportionate, with regard to its supply chain and subcontracting, in order to identify, prevent and mitigate existing and potential negative impacts. In short, there are two draft directives with the same objectives, but with different thresholds for application.

The fact remains that the thresholds of the draft directive make it possible to impose due diligence obligations on a greater number of companies than the French law of 27 March 2017 on the duty of care of parent companies and ordering companies, which targets public limited companies that employ, at the close of two successive financial years, at least 5,000 employees within them and in their direct or indirect subsidiaries whose registered office is in France, or at least 10,000 employees within them and in their subsidiaries whose registered office is in France or in abroad. These thresholds, without mentioning the turnover, would only concern about 300 companies.

(iii) l’extraction de ressources minérales, quel que soit le lieu d’extraction... ».

Les entreprises de ces trois secteurs (textiles, agriculture, minerais) sont donc assujetties seulement parce qu’elles ont plus de 250 salariés et plus de €40 millions de chiffre d’affaires, mondial, c’est-à-dire à l’étranger.

L’article 16 introduit l’obligation, pour les sociétés constituées conformément à la législation d’un pays tiers/étranger et entrant dans le champ d’application de la présente directive en vertu de l’article 2, para.2, de désigner un représentant autorisé suffisamment mandaté dans l’Union, auquel les autorités compétentes des Etats membres peuvent s’adresser pour toutes les questions nécessaires à la réception, au respect et à l’exécution des actes juridiques émis en relation avec la directive.

Ces seuils sont critiqués.<sup>24</sup> La critique la plus sérieuse qui pourrait être faite est celle du manque de cohérence, car ils sont plus faibles que les seuils du projet de la directive sur le reporting extra-financier : La proposition de directive — la dernière section de la page 4 — précise que le champ d’application est étendu à toutes les sociétés cotées y compris les PME, mais à l’exception des microentreprises, et pour les sociétés non cotées, aux grandes sociétés. Le Parlement et la Commission reprennent la proposition de l’AMF d’appliquer la directive « *accounting* » au périmètre consolidé (soient les sociétés sous contrôle exclusif, sous contrôle commun ou sous influence notable de la société mère). (Section 3 de la page 1 de la proposition).<sup>25</sup> Or, la directive sur le reporting extra-financier est aussi une directive sur le devoir de vigilance, car la déclaration extra-financière doit par exemple contenir des informations sur les procédures de diligence raisonnées mises en œuvre par l’entreprise, ainsi que, lorsque cela s’avère pertinent et proportionné, en ce qui concerne sa chaîne d’approvisionnement et de sous-traitance, afin d’identifier, de prévenir et d’atténuer les incidences négatives existantes et potentielles. Bref, il y a deux projets de directives aux mêmes objets, avec des seuils d’application différents.

Il reste que les seuils du projet de directive permettent d’imposer des obligations de vigilance à un plus grand nombre d’entreprises que la loi française du 27 mars 2017<sup>26</sup> relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, qui vise les sociétés anonymes qui emploient, à la clôture de deux exercices successifs, au moins 5.000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est en France, ou au moins 10.000 salariés en leur sein et dans leurs filiales dont le siège social est en France ou à l’étranger. Ces seuils, sans mention du chiffre d’affaires, ne concerneraient que 300 sociétés environ.



**L'assujettissement indirect dit « contractuel » à l'obligation de vigilance : articles 5, 7 et 8**

Les entreprises assujetties au devoir de vigilance doivent s'assurer de l'application des mesures prévues par la directive par l'ensemble de leurs cocontractants. Voici pourquoi un nombre très important d'entreprises, non assujetties à la directive en raison de l'article 2, le seront en raison des articles 5, 7 et 8 qui visent toutes les entreprises qui sont dans la chaîne de valeur des premières, et ce quelle que soit leur localisation territoriale, c'est-à-dire leur incorporation ou le lieu de leurs activités réelles, qui peuvent n'avoir aucun lien avec le territoire européen.

Le dispositif d'assujettissement contractuel à la directive est présent dans la directive à l'article 5 qui prévoit que la diligence raisonnable doit être intégrée dans un code de conduite, dont l'application par les relations commerciales établies doit être obtenue et vérifiée.<sup>27</sup> Il est aussi présent à l'article 7 relatif à la prévention des impacts négatifs potentiels, qui oblige les entreprises assujetties « directement » à reporter sur les relations d'affaires les obligations de vigilance introduite dans le code de conduite ou un plan de prévention en les imposant par des clauses dans les contrats des « assurances contractuelles ».<sup>28</sup> Et l'article prévoit que ces assurances contractuelles permettent aussi d'imposer dans la chaîne de valeur des mesures pour remédier ou mettre fin aux « impacts négatifs ». Voici un exemple de clause par laquelle une telle obligation peut être réalisée :

« L'Acheteur et le Fournisseur s'engagent chacun à établir et à maintenir un processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de l'environnement adapté à sa taille et à sa situation afin d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de rendre compte de la manière dont chacun d'entre eux traite les impacts de ses activités sur les droits de l'homme et l'environnement des personnes et des biens directement ou indirectement affectés par leurs chaînes d'approvisionnement ».

Les plus petites entreprises — filiales des grandes entreprises, ou cocontractantes de leur chaîne de valeur — devront ainsi elles aussi mettre en œuvre, mais aussi répercuter sur leur propres cocontractants cette obligation de vigilance, avec des clauses identiques. L'obligation « légale » de vigilance sera ainsi incorporée aux contrats d'achats et de fournitures internationaux et impactera l'ensemble de la *supply chain*. Un simple fournisseur n'étant ni établi en Union européenne, ni réalisant une partie de son chiffre d'affaires sur son territoire, sera cependant soumis au devoir de vigilance européen par des mécanismes dits « d'assurances contractuelles » en

**Indirect "contractual" liability to the obligation of vigilance: articles 5, 7 and 8**

Companies subject to the duty of care must ensure that the measures provided for by the directive are applied by all their co-contractors. This is why a very large number of companies, not subject to the directive because of article 2, will be subject to it because of articles 5, 7 and 8, which cover all companies in the value chain of the former, regardless of their territorial location, i.e. their incorporation or the place of their real activities, which may have no link with European territory.

The mechanism of contractual subjection to the Directive is present in the Directive in article 5, which provides that due diligence must be integrated into a code of conduct, the application of which by established commercial relations must be obtained and verified. It is also present in article 7 on the prevention of potential negative impacts, which obliges the companies subject "directly" to transfer the due diligence obligations introduced in the code of conduct or a prevention plan to the business relations, imposing them through clauses in the contracts of "contractual assurances". And the article provides that these contractual assurances can also impose measures in the value chain to remedy or end "negative impacts". Here is an example of a clause by which such an obligation can be achieved:

"The Buyer and the Supplier each undertake to establish and maintain a human rights and environmental due diligence process appropriate to its size and circumstances to identify, prevent, mitigate and report on how each of them addresses the human rights and environmental impacts of its activities on people and goods directly or indirectly affected by their supply chains."

The smallest companies—subsidiaries of large companies, or co-contractors in their value chain—will thus also have to implement, but also pass on to their own co-contractors this duty of care, with identical clauses. The "legal" duty of care will thus be incorporated into international purchase and supply contracts and will impact the entire supply chain. A simple supplier that is neither established in the European Union nor making a part of its turnover on its territory will nevertheless be subject to the European duty of care through mechanisms known as "contractual assurances" in cascade. These "contractual assurances" are in fact clauses that contractual practice calls "flow-down" or "pass-through" clauses. These clauses aim to transfer obligations to all the companies in the same value chain.

The justification for using this private contractual technique in relation to environmental or human rights is simple: disasters such as the collapse of the Rana Plaza garment factory building in a suburb of Dhaka, Bangladesh, on 24 April 2013, in which more than 1,100 people died, highlighted the safety failures in some factories in a country that is one of the world's leading suppliers of clothing. The only way to avoid such disasters is to shift the duty of care from the buyer in Europe to the manufacturer in the South, for example in Bangladesh. But this delegation of the duty of care is only "reasonable" and "fair", i.e. "feasible", if the cost of this safety is shared between the buyer located in the North, in Europe or in the United States, and the manufacturer located anywhere in the world, most often in the South.

#### A concrete example:

A working group of the American Bar Association (ABA) Section of Business Law has revised the "Standard Contract Clauses for International Supply Chains" and gives examples of such flow down clauses:

First example: the incorporation of due diligence obligations into a Code of Conduct which becomes a contractual "annex":

"1.2 Compliance with Annex P throughout the supply chain. The Supplier shall ensure that each of its Representatives acting under this Contract undertakes with the Supplier and any other Representative to exercise due diligence in accordance with Section 1.1. These relationships shall be formalised in written contracts that provide the parties with terms and conditions [consistent with] [equivalent to those imposed by] [at least as protective as those imposed by] Annex P. The Supplier shall keep records of such written contracts to demonstrate compliance with its obligations under this Contract and shall provide such records to the Purchaser upon reasonable request."

cascade. Ces « assurances contractuelles » sont en réalité des clauses que la pratique contractuelle nomme des clauses de « *flow-down* » ou « *pass-through* », en français clause tunnels ou clauses d'écoulement.<sup>29</sup> Ces clauses visent à transférer des obligations sur toutes les entreprises d'une même chaîne de valeur.

La justification de l'utilisation de cette technique contractuelle privée en matière de droits de l'environnement ou de droits de l'homme est simple : des catastrophes comme l'effondrement le 24 avril 2013 de l'immeuble d'ateliers de confection Rana Plaza dans une banlieue de Dacca, au Bangladesh, au cours duquel plus de 1.100 personnes sont mortes, a mis en lumière les manquements à la sécurité dans certains ateliers d'un pays qui est l'un des principaux fournisseurs de vêtements de la planète. Faire porter l'obligation de vigilance qui s'impose à l'acheteur sur le territoire européen sur le fabricant localisé sur un territoire du sud, par exemple au Bangladesh, est la seule mesure de nature à éviter de telles catastrophes. Mais cette délégation de l'obligation de vigilance n'est « raisonnable » et « équitable » c'est-à-dire « réalisable », qu'en faisant partager le coût de cette sécurité entre l'acheteur localisé dans le nord, en Europe ou aux Etats-Unis, et le fabricant localisé partout dans le monde, le plus souvent dans le sud.

#### Un exemple concret :

Un groupe de travail de la section du droit des affaires de l'American Bar Association (ABA) a révisé les « clauses contractuelles types pour les chaînes d'approvisionnement internationales »<sup>30</sup> et donne des exemples de ces clauses de flow-down :

Premier exemple : l'intégration des obligations de vigilance dans un code de bonne conduite qui devient une « annexe » contractuelle :

« 1.2 Conformité à l'annexe P tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Le Fournisseur veillera à ce que chacun de ses Représentants agissant dans le cadre du présent Contrat s'engage avec le Fournisseur et tout autre Représentant à faire preuve de diligence raisonnable conformément à la section 1.1. Ces relations seront formalisées dans des contrats écrits qui garantissent aux parties des conditions [conformes à] [équivalentes à celles imposées par] [au moins aussi protectrices que celles imposées par] l'Annexe P. Le Fournisseur conservera des traces de ces contrats écrits pour démontrer le respect de ses obligations en vertu du présent Contrat et fournira ces traces à l'Acheteur sur demande raisonnable. »

Second exemple : l'incorporation dans la chaîne de contrat d'une obligation de vigilance :

« Obligation mutuelle en matière de lutte contre les pratiques abusives dans la chaîne d'approvisionnement

1.1 Diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme

(a) L'Acheteur et le Fournisseur s'engagent chacun à établir et à maintenir un processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme adapté à sa taille et à sa situation afin d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de rendre compte de la manière dont chacun d'entre eux traite les impacts de ses activités sur les droits de l'homme des individus directement ou indirectement affectés par leurs chaînes d'approvisionnement, conformément aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011. Cette diligence raisonnable en matière de droits de l'homme doit être conforme aux orientations de l'Organisation de coopération et de développement économiques pour le secteur de la partie concernée (ou, si aucune orientation sectorielle n'existe, doit être conforme aux Lignes directrices de l'OCDE en matière de diligence raisonnable pour un comportement responsable des entreprises de 2018 (les « Lignes directrices de l'OCDE en matière de diligence raisonnable »).

(b) [L'Acheteur et le Fournisseur chacun] [Le Fournisseur] doit et doit faire en sorte que chacun de ses [actionnaires/partenaires, dirigeants, administrateurs, employés,] agents et tous les sous-traitants, consultants et toute autre personne fournissant du personnel pour les biens ou services requis par le présent contrat (collectivement, les "Représentants" de cette partie) divulguent des informations sur toutes les questions relatives au processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme en temps opportun et de manière précise à [l'autre partie] [L'Acheteur]. ».

### Les obligations des entreprises assujetties

Des mesures positives de vigilance : doivent être prises dans le domaine des droits de l'homme (1) et de l'environnement (2) et dans un champ d'application sans limites territoriales (3).

### Les actions « positives » de vigilance

La « Diligence raisonnable », cœur de la proposition de directive est définie à l'article 8 en six obligations différentes (a+b+c+d+e+f).<sup>31</sup> Il est possible de donner une « forme » concrète à celles-ci à travers les divers plans qui devront

Second example: incorporating a duty of care into the contractual chain

"Mutual obligation to combat abusive practices in the supply chain

1.1 Human rights due diligence

(a) The Buyer and the Supplier each commit to establishing and maintaining a human rights due diligence process appropriate to its size and circumstances to identify, prevent, mitigate and report on how they each address the human rights impacts of their activities on individuals directly or indirectly affected by their supply chains, in accordance with the 2011 UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Such human rights due diligence shall be in accordance with the Organisation for Economic Co-operation and Development's guidance for the relevant party's sector (or, if no sectoral guidance exists, shall be in accordance with the 2018 OECD Due Diligence Guidelines for Responsible Business Conduct (the OECD Due Diligence Guidelines).

(b) [Buyer and Supplier each] [Supplier] shall and shall cause each of its [shareholders/partners, officers, directors, employees,] agents and all subcontractors, consultants and any other persons providing personnel for the goods or services required by this Contract (collectively, that party's 'Representatives') to disclose information on all matters relating to the human rights due diligence process in a timely and accurate manner to [the other party] [Buyer]."

### Obligations of regulated companies

Positive measures of vigilance must be taken in the field of human rights (1) and the environment (2) and in a scope without territorial limits (3).

### "Positive" due diligence actions

"Due diligence", the heart of the proposed directive, is defined in article 8 in six different obligations (a+b+c+d+e+f). It is possible to give a concrete "shape" to these through the various plans that will

have to be established to achieve—and prove—the due diligence obligation.

*First: A “code of conduct” to integrate due diligence into company policy*

The due diligence policy should contain a description of the company’s approach to due diligence, including in the long term. To this end, a “code of conduct” describing the rules and principles to be followed by employees and subsidiaries, the procedures put in place to implement the duty of care, including the measures taken to verify compliance with the code of conduct and its application to established business relationships, will have to be put in place, even if this form of “Code” is not mandatory.

*Second: a “due diligence plan” to identify risks*

Companies will have to take appropriate measures to identify potential negative impacts on human rights and the environment, both in relation to their own activities and those of their subsidiaries and, where they are linked to their value chain, their business relationships. For companies in risk sectors, they should only identify actual and potential “serious adverse impacts” of their activities i.e.

“an adverse environmental or human rights impact that is particularly significant in nature, or that affects a large number of people or a large part of the environment, or that is irreversible or that is particularly difficult to remedy because of the measures required to restore the previous situation”.

Companies will be able to carry out “where appropriate” consultations with potentially affected groups, including workers and other stakeholders to gather information on the actual and potential impacts of their activities,

This is reminiscent of the French law, which requires a “vigilance plan” containing “reasonable vigilance measures” to identify risks arising from activities and to carry out “mapping”, with the law specifying what measures must be taken, such as a mechanism for monitoring the measures and a report on their implementation which is published and included in the management report to enable shareholders to be informed.

être établies pour réaliser — et prouver — l’obligation de vigilance.

*Premièrement : Un « code de conduite » pour intégrer la diligence raisonnable dans la politique de l’entreprise*

La politique de mise en œuvre du devoir de vigilance devra contenir une description de l’approche de la société en ce domaine, y compris à long terme. Pour ce faire, un « code de conduite » décrivant les règles et les principes à suivre par les salariés et les filiales, les procédures mises en place pour mettre en œuvre le devoir de vigilance, notamment les mesures prises pour vérifier le respect du code de conduite et son application aux relations d’affaires établies, devra être mis en place, même si cette forme de « Code » n’est pas obligatoire.

*Deuxièmement : un « plan de vigilance » pour identifier les risques*

Les sociétés devront prendre des mesures appropriées pour identifier les impacts négatifs potentiels sur les droits de l’homme et l’environnement, s’agissant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu’elles sont liées à leur chaîne de valeur, de leurs relations d’affaires. Pour les sociétés des secteurs à risques, elles ne devraient identifier que « les incidences négatives graves » réelles et potentielles de leurs activités c’est-à-dire

« une incidence négative sur l’environnement ou une incidence négative sur les droits de l’homme qui est particulièrement importante par sa nature, ou qui touche un grand nombre de personnes ou une grande partie de l’environnement, ou qui est irréversible ou à laquelle il est particulièrement difficile de remédier en raison des mesures nécessaires pour rétablir la situation antérieure ».<sup>32</sup>

Les sociétés pourront procéder « le cas échéant » à des consultations avec les groupes potentiellement affectés, y compris les travailleurs et les autres parties prenantes afin de recueillir des informations sur les impacts réels et potentiels de leurs activités.

Voici qui évoque la loi française, qui exige un « plan de vigilance » contenant les « mesures de vigilance raisonnable » propres à identifier les risques résultant des activités et opérer une « cartographie », la loi précisant quelles sont les mesures qui doivent être prises, tel un dispositif de suivi des mesures et un compte rendu de leur mise en œuvre qui est publié et inclus dans le rapport de gestion afin de permettre aux actionnaires d’en avoir connaissance.

*Troisièmement : Un « plan de prévention » pour réduire des dommages potentiels*

Un plan de prévention pourra être élaboré lorsque des mesures complexes et particulières s'avèrent nécessaires en vue de prévenir ou de réduire des incidences négatives potentielles. Ce plan devra prévoir des délais d'action clairement définis, des indicateurs qualitatifs et quantitatifs pour mesurer l'amélioration. Si un tel plan n'est pas élaboré, les sociétés devront obligatoirement avoir un « code de conduite » contenant des recommandations. On imagine cependant mal qu'une entreprise se dispense de plan en raison du nombre et de la complexité des mesures de prévention/réduction des incidences qui en pratique seront des clauses tunnels, des mécanismes de vérification des obligations. Prenons l'exemple des clauses de prévention des risques dites de « prix équitable » : La proposition prévoit que cette « délégation » de l'obligation de vigilance de la société assujettie aux entreprises de leur chaîne de valeur doit être « raisonnable » et « équitable ». Le coût de la vigilance — et pour reprendre l'exemple du *Rana Plaza*, le coût de la sécurité des travailleurs, mais aussi le coût du respect de l'environnement — doit donc être réparti entre toutes les entreprises assujetties (grandes entreprises « acheteuses » et moins grandes entreprises de la chaîne de valeur (« fournisseur »), les sous contractants (« fabricants » locaux), etc. Des clauses de prix « juste » doivent être imaginées telle que celle préconisée par l'ABA :

« L'Acheteur collaborera avec le Fournisseur pour convenir d'un prix contractuel qui tienne compte des coûts associés à une conduite commerciale responsable, y compris, pour le salaire minimum et les coûts de santé et de sécurité, et les coûts de la protection de l'environnement, à un niveau au moins aussi élevé que celui requis par le droit international applicable ».

Les sociétés pourront aussi recourir à des tiers indépendants pour évaluer l'application de ces clauses, devront effectuer les investissements nécessaires visant à prévenir les incidences négatives, et fournir un soutien ciblé et proportionné aux PME de leur chaîne de valeur. Un contrat pourra être conclu avec un partenaire avec lequel elles entretiennent une relation indirecte en vue du respect du code de conduite ou du plan de prévention lorsque les impacts négatifs potentiels n'ont pu être évités ou atténués. A défaut elles peuvent cesser les relations d'affaires avec ces sociétés.

*Quatrièmement : un « plan de mesures correctives » pour réduire les dommages réalisés*

Les sociétés doivent mettre fin aux impacts négatifs réels, ou si cela est impossible minimiser leur ampleur et indemniser

*Third: A "prevention plan" to reduce potential damage*

A prevention plan may be drawn up when complex and specific measures are necessary to prevent or reduce potential negative impacts. This plan should include clearly defined timeframes for action, qualitative and quantitative indicators to measure improvement. If such a plan is not developed companies will be required to have a "code of conduct" containing recommendations. However, it is hard to imagine a company dispensing with a plan because of the number and complexity of impact prevention/mitigation measures which in practice will be tunnel clauses, mechanisms for verifying obligations. Take the example of the so-called "fair price" risk prevention clauses: The proposal states that this "delegation" of the duty of care from the reporting company to the companies in their value chain must be "reasonable" and "fair". The cost of due diligence—and to take the *Rana Plaza* example, the cost of worker safety, but also the cost of respecting the environment—must therefore be shared between all the companies subject to it (large "purchasing" companies and smaller companies in the value chain ("supplier"), sub-contractors ("local" manufacturers), etc.). "Fair" pricing clauses should be devised such as the one advocated by the ABA:

"The Buyer shall work with the Supplier to agree a contract price that takes into account the costs associated with responsible business conduct, including minimum wage and health and safety costs, and the costs of environmental protection, at a level at least as high as required by applicable international law."

Companies will also be able to use independent third parties to assess the application of these clauses, will have to make the necessary investments aimed at preventing negative impacts, and provide targeted and proportionate support to SMEs in their value chain. A contract may be concluded with a partner with which they have an indirect relationship for compliance with the code of conduct or prevention plan when potential negative impacts could not be avoided or mitigated. Failing this, they may cease doing business with these companies.

*Fourth: a "Remedial Action Plan" to reduce the damage done*

Companies must stop the actual negative impacts, or if this is not possible minimise their extent and

compensate the victims. They must also develop a corrective action plan specifying timeframes for action and qualitative and quantitative indicators to measure improvement. This plan should be developed with stakeholders and following the same procedures: contract to verify that direct business partners ensure compliance with the code of conduct or corrective action plan, independent third parties to verify compliance, making the necessary investments, providing financial support to SMEs, concluding a contract with a partner in an indirect relationship, not establishing a new relationship with a partner, temporarily suspending business relations with a partner, terminating the business relationship with regard to the activities concerned in case of serious negative impact.

*Fifth: a “Climate Plan” to combat climate change*

Companies established in the European Union with a global net turnover of more than EUR 150 million and more than 500 employees, as well as companies from third countries meeting this turnover threshold, will have to draw up a plan to ensure that their business strategy is compatible with limiting global warming to 1.5°C in accordance with the Paris Agreement. Incidentally, here is a measure that makes the Paris Agreement applicable to companies. Targeted companies will have to set emission reduction targets where their activities could have an impact on climate change.

*Sixth: a “mechanism” for resolving disputes in the value chain*

This complaints procedure is as much about a settlement mechanism as it is about mediation, but it is very open-ended as to the methods of resolution to be used.

**The material “domains” of vigilance: Human and environmental law (= HR + Environment)**

The potential or actual damage to be taken into account in these “plans” and more broadly in the duty of vigilance are listed in an appendix that refers to violations in international agreements on human rights (Part 1) and violations in international conventions on the environment (Part 2). The list of human rights conventions is apparently much broader than the list of environmental conventions. Again, a misreading is possible, as, for example, in “Part 1” there are references to the environment, including article 3 of the Universal Declaration of Human Rights, article 5 of the International Covenant on Civil and Political Rights and article 12 of the International Covenant on Economic Rights,

les victimes. Elles doivent aussi élaborer un plan de mesures correctives précisant des délais d’action et des indicateurs qualitatifs et quantitatifs pour mesurer l’amélioration de celle-ci. Ce plan doit être élaboré avec les parties prenantes et suivant les mêmes procédures : contrat afin de vérifier que les partenaires de relations d’affaires directes veillent au respect du code de conduite ou du plan de mesures correctives, tiers indépendants pour vérifier la conformité, réalisation des investissements nécessaires, fourniture d’un soutien financier aux PME, conclusion d’un contrat avec un partenaire d’une relation indirecte, non-établissement de nouvelles relations avec un partenaire, suspension temporaire des relations commerciales avec un partenaire, rupture de la relation d’affaires en ce qui concerne les activités concernées en cas d’impact négatif grave.

*Cinquièmement : un « plan climat » pour lutter contre le changement climatique*

Les sociétés établies dans l’Union européenne réalisant un chiffre d’affaires mondial net de plus de €150 millions et employant plus de 500 salariés, ainsi que les sociétés de pays tiers atteignant ce seuil quant au chiffre d’affaires, devront élaborer 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. Voici incidemment une mesure qui rend applicable les accords de Paris aux entreprises. Les sociétés visées devront fixer des objectifs de réduction de leurs émissions de s lors que leurs activités risqueraient d’avoir un impact sur le changement climatique.

*Sixièmement : un « mécanisme » de résolution des litiges dans la chaîne de valeur*

Cette procédure de réclamation évoque autant un mécanisme de transaction que de médiation, mais reste très ouverte sur les modes de résolution à mettre en œuvre.

**Les « domaines » matériels de la vigilance : Le droit de l’homme et de l’environnement (= HR + Environnement)**

Les dommages potentiels ou réels à prendre en compte dans ces « plans » et plus largement dans l’obligation de vigilance sont énumérés en une annexe qui renvoie aux violations figurant dans les accords internationaux relatifs aux droits de l’homme (partie 1) ainsi qu’aux violations figurant dans les conventions internationales en matière environnementale (partie 2). La liste de conventions droit de l’homme est en apparence bien plus large que celle relative au droit de l’environnement. Là encore, une erreur de lecture est possible, car, par exemple, dans la « partie 1 » figurent des références à l’environnement, et notamment à travers l’article 3 de la Déclaration universelle des droits de l’homme, à l’article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l’article 12 du Pacte

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui prévoient l'interdiction de

« Violation de l'interdiction de causer toute dégradation mesurable de l'environnement, telle qu'une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, des émissions nocives ou une consommation excessive d'eau ou tout autre impact sur les ressources naturelles, qui

- (a) porte atteinte aux bases naturelles de la conservation et de la production des aliments ou
- (b) refuse à une personne l'accès à l'eau potable propre et de l'accès à l'énergie ou
- (c) rend difficile l'accès d'une personne à des installations sanitaires ou les détruit ou
- (d) porte atteinte à la santé, à la sécurité, à l'utilisation normale d'un bien ou d'un terrain ou au déroulement normal d'une activité économique d'une personne ou
- (e) affecte l'intégrité écologique, comme la déforestation »

Bref, c'est l'ensemble des atteintes à l'environnement qui doivent faire l'objet de mesures de vigilance, et ce sur le fondement des droits de l'homme.

**Le « champ » extraterritorial de l'obligation (Ent ass + filiales + relations d'affaires établies dans la chaîne de valeur)**

Le texte de la proposition de directive en son article 1 complété par les motifs 18 sont d'une grande importance car il donne une définition juridique précise au champ d'application extraterritoriale des obligations de vigilance alors que celui-ci (filiales, chaîne de valeur, relations d'affaires, sphère d'influence) était laissé à l'appréciation des entreprises qui le plus souvent ne donnaient pas les définitions qu'elles utilisaient.

Reprenons : article 1 dispositif + 18 motifs :

« La chaîne de valeur doit couvrir les activités liées à la production d'un bien ou à la fourniture de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales établies de l'entreprise. Elle devrait englober les relations commerciales établies, directes et indirectes, situées en amont, qui conçoivent, extraient, fabriquent, transportent, stockent et fournissent à l'entreprise des matières premières, des produits, des parties de produits ou des services nécessaires à la réalisation des activités de

“Violation of the prohibition against causing any measurable degradation of the environment, such as harmful alteration of soil, water or air pollution, harmful emissions or excessive consumption of water or any other impact on natural resources, which

- (a) undermines the natural basis for food preservation and production; or
- (b) denies a person access to clean drinking water and access to energy or
- (c) makes it difficult for a person to access sanitation facilities or destroys them, or
- (d) adversely affects the health, safety or normal use of property or land or the normal conduct of an economic activity of a person where
- (e) affects ecological integrity such as deforestation.”

In short, it is all environmental damage that must be the subject of vigilance measures, and this on the basis of human rights.

**The extraterritorial “scope” of the obligation (Ent ass + subsidiaries + business relations established in the value chain)**

The text of the proposal for a directive in its article 1, supplemented by the grounds 18, is of great importance because it gives a precise legal definition of the extraterritorial scope of application of the obligations of vigilance, whereas this (subsidiaries, value chain, business relations, sphere of influence) was left to the discretion of companies, which more often than not did not give the definitions they used.

Let us repeat: article 1 device + 18 grounds:

“The value chain should cover the activities related to the production of a good or the provision of services by an enterprise, including the development of the product or service and the use and disposal of the product, as well as the related activities of the enterprise's established business relationships. It should include established direct and indirect upstream business relationships that design, extract, manufacture, transport, store and supply to the enterprise raw materials, products, parts of products or services necessary for the performance of the enterprise's activities, as well as downstream relationships, including established direct and indirect business relationships, which use or receive products, parts of

products or services from the enterprise until the end of life of the product, including, inter alia, the distribution of the product to retailers, the transport and storage of the product, the dismantling of the product, its recycling, composting or landfilling.”

The value chain seems as much economic as legal, the “group of contracts concerning a thing”, and seems to come straight from Bernard Teissier’s thesis. The attempt to legalise the concept is obvious: the scope of application must be specified and “evaluated” at least every 12 months.

### SANCTIONS OF THE OBLIGATION OF VIGILANCE

The fault of vigilance is a personal fault of the parent company which has failed to be vigilant in the application of international human rights and environmental law throughout its value chain, which has the consequence of giving a new judge (1) but also a new law (2) to the action for liability due to environmental or human rights damage.

#### A new competent judge

The draft directive has a double effect: on the one hand, it locates the dispute before a state judge on the territory of the European Union, and on the other hand, it obliges the companies to create alternative dispute resolution methods throughout the value chain.

#### **The national judge: localisation of value chain disputes on European territory**

*The first effect of the future directive: is the jurisdiction of European Union judges in disputes against the European or foreign parent company*

This new legal basis “localises” the dispute on the territory of the State of incorporation of the transnational company. Its basis is in fact the personal fault committed on its national territory of not having designed and established a sufficient risk prevention plan on the territory of the Union—risk and damage which can occur abroad—for example in Bangladesh. The duty of care, by creating a new legal basis for victims to take action against the parent company, thus gives victims a procedural option whether against companies incorporated in the EU or foreign companies.

As for companies incorporated in the European territory, it is simply common law, and the principle of *actor*

l’entreprise, ainsi que les relations en aval, y compris les relations commerciales établies, directes et indirectes, qui utilisent ou reçoivent des produits, des parties de produits ou des services de l’entreprise jusqu’à la fin de vie du produit, y compris, entre autres, la distribution du produit aux détaillants, le transport et le stockage du produit, le démantèlement du produit, son recyclage, son compostage ou sa mise en décharge. »

La chaîne de valeur semble autant économique que juridique, le « groupe de contrat portant sur une chose », et semble venir tout droit de la thèse de Bernard Teissier. La tentative de juridification de la notion est évidente : le champ d’application doit être précisé et « évalué » au moins tous les 12 mois.

### LES SANCTIONS DE L’OBLIGATION DE VIGILANCE

La faute de vigilance est une faute personnelle de la société mère qui a manqué de vigilance dans l’application du droit international des droits de l’homme et de l’environnement dans toute sa chaîne de valeur, ce qui a pour conséquence de donner un nouveau juge (1) mais aussi une loi nouvelle (2) à l’action en responsabilité en raison d’un dommage environnemental ou droits de l’homme.

#### Un nouveau juge compétent

Le projet de directive a un double effet : d’une part il localise le litige devant un juge étatique sur le territoire de l’Union européenne, et d’autre part il oblige les entreprises à créer des modes alternatifs de résolution des litiges dans toute la chaîne de valeur.

#### **Le juge national : la localisation des litiges de la chaîne de valeur sur le territoire européen**

*Premier effet de la future directive : la compétence des juges de l’Union européenne des litiges contre la société mère européenne ou étrangère*

Cette nouvelle base légale « localise » le litige sur le territoire de l’Etat d’incorporation de l’entreprise transnationale. Son fondement est en effet la faute personnelle commise sur son territoire national de ne pas avoir conçu et établi un plan de prévention des risques suffisant sur le territoire de l’Union — risque et dommages qui eux peuvent survenir à l’étranger — par exemple au Bangladesh. Le devoir de vigilance en créant une nouvelle base légale à l’action des victimes contre la société mère, donne ainsi une option procédurale aux victimes que ce soit contre les sociétés incorporées dans l’UE ou des sociétés étrangères.

Quant aux sociétés incorporées dans le territoire européen, c’est simplement le droit commun, et le principe *actor*



*sequitur forum rei* inscrit à l'article 4 s.1 du Règlement 1215/2012 dit Bruxelles 1 bis selon lequel *les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant (ou d'un Etat membre) sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat*. Les demandeurs pourront donc :

- soit saisir les juridictions de l'Etat du lieu du dommage causé par la filiale ou le sous contractant — par exemple l'équateur ou le Bangladesh ou vit la victime du sous contractant ;
- soit saisir les juridictions du lieu d'incorporation de la société à caractère transnational, par exemple la France, lieu d'incorporation de la transnationale.

Quant aux sociétés étrangères, c'est le caractère d'ordre public du projet de directive qui va permettre d'écarter des règles de conflits étrangères qui donneraient au litige un for étranger, et une loi étrangère, au profit des juridictions européennes. Dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 10 mai 2006, l'exception d'ordre public international a été ainsi utilisée pour justifier à la fois de la compétence des juridictions françaises et de l'application de la loi française.<sup>33</sup>

Cette localisation emporte application des droits nationaux de procédure, mais aussi du nouveau droit européen qui vise à protéger les parties prenantes face aux entreprises transnationales telles les règles nouvelles prévues par la directive, complétées par plusieurs projets de directives, tel le projet de directive sur les procédures baillons dans les litiges transfrontaliers (*Proposal for a Directive on strategic lawsuits against public participation, SLAPP*).<sup>34</sup>

*Second effet : La compétence des juges de l'UE pour juger des litiges contre les sociétés étrangères de la chaîne de valeur d'entreprises européennes*

Le demandeur peut aussi attirer l'ensemble des codéfendeurs devant le tribunal de l'Etat membre du domicile de l'un d'eux. Le juge du domicile de la société mère débitrice d'une obligation de vigilance serait ainsi compétent pour juger les sous contractants étrangers auteurs de dommages à l'étranger, à la condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. Il suffit qu'il y ait une connexité même si les demandes ont des objets juridiques différents. Or la connexité est évidente entre le dommage direct causé à l'étranger par une filiale ou un sous-traitant, et le dommage causé par le manque de vigilance de la société mère qui a contribué à causer ce dommage. Insérée dans l'article 6.1 lors de l'élaboration du règlement, la condition de l'existence d'un lien sérieux entre

*sequitur forum rei* enshrined in article 4 section 1 of Regulation 1215/2012 known as Brussels 1a according to which *persons domiciled in the territory of a Contracting State (or a Member State) are sued, regardless of their nationality, before the courts of that State*. Claimants may therefore:

- either bring the claim in the courts of the State where the damage was caused by the subsidiary or subcontractor—for example Ecuador or Bangladesh where the victim of the subcontractor lives;
- or bring the case before the courts of the place of incorporation of the transnational company, e.g. France, the place of incorporation of the transnational.

As for foreign companies, it is the public policy nature of the draft directive which will make it possible to set aside foreign conflict rules which would give the dispute a foreign forum, and a foreign law, in favour of the European courts. In the Court of Cassation judgment of 10 May 2006, the international public policy exception was used to justify both the jurisdiction of the French courts and the application of French law.

This location entails the application of national procedural laws, but also of new European law which aims to protect stakeholders from transnational companies, such as the new rules provided for by the Directive, supplemented by several draft directives, such as the draft directive on strategic lawsuits against public participation (SLAPP).

*Second effect: The competence of EU judges to judge disputes against foreign companies in the value chain of European companies*

The plaintiff may also bring all co-defendants before the court of the Member State of the domicile of one of them. The court of the domicile of the parent company that owes a duty of care would thus have jurisdiction to try the foreign subcontractors who have caused damage abroad, provided that the claims are so closely related that it is in the interest of the court to hear and determine them at the same time in order to avoid solutions that might be irreconcilable if the cases were tried separately. It is sufficient that there is a connexity even if the claims have different legal objects. Now the connexity is obvious between the direct damage caused abroad by a subsidiary or a subcontractor, and the damage caused by the lack of vigilance of the parent company which contributed to cause this damage. Inserted in article 6.1 when the Regulation was drafted, the condition of a serious link between the claims stems from the *Kalfelis* case law (ECJ 27 September 1988).

*Third effect: The support of the administration of the State of the competent judge to establish evidence and request urgent and/or precautionary measures/sanctions*

Articles 17 and 19 provide for the obligation for Member States to designate one or more “national supervisory authorities” responsible for ensuring that companies comply with their due diligence obligations and “exercise powers of enforcement” at the request of any “natural or legal person” who has reason to believe, on the basis of objective circumstances, that a company is not complying with the due diligence provisions. Article 18 sets out the powers of the supervisory authorities, including “the power to request information and conduct investigations”, to request “corrective measures” or to impose administrative “sanctions”.

*Fourth effect: The Directive will allow for simplified enforcement of the court decision*

One: the duty of care, by locating the trial in the territory of incorporation of the transnational company, will exempt the enforcement of the court decision from the exequatur formality reserved for “foreign” court decisions. When one knows the difficulties of enforcing a foreign court decision condemning a transnational company on the territory of its place of incorporation, one understands the importance of this localisation.

Two: the integration of the duty of care in an European regulation will limit the power of a national judge to refuse an exequatur. Indeed, these provisions will become “international policy laws” for the national judge. And if various treaties on the effect of foreign judgments as well as national laws allow the non-recognition of a judgment in case of non-conformity with international public policy, this will no longer be possible.

***The alternative dispute resolution procedure in the value chain***

Article 9 of the draft directive will oblige companies to create new forms of “complaints”, negotiation, settlement, mediation and so-called “environmental” arbitration to manage these disputes. A complaints procedure must in fact be instituted:

“Member States shall ensure that companies give the possibility to the persons and organisations listed in paragraph 2 to address complaints to them when they have legitimate concerns about actual or potential negative

les demandes est issue de la jurisprudence *Kalfelis* (CJCE 27 septembre 1988).

***Troisième effet : L'appui de l'administration de l'Etat du juge compétent pour établir les preuves et demander des mesures urgentes et/ou conservatoires/sanctions***

Les articles 17 et 19 prévoient l'obligation pour les Etats membres de désigner une ou plusieurs « *autorités de surveillance nationales* » chargées de veiller au respect par les sociétés de leurs obligations de diligence raisonnable et « *d'exercer les pouvoirs d'exécution de ces obligations* » à la demande de toutes « *personnes physiques ou morales* » qui ont des raisons de croire, sur la base de circonstances objectives, qu'une société ne respecte pas les dispositions sur la vigilance. L'article 18 définit les pouvoirs des autorités de contrôle, notamment « *le pouvoir de demander des informations et de mener des enquêtes* », de demander des « *mesures correctives* » ou de prononcer des « *sanctions* » administratives.

***Quatrième effet : La directive permettra une exécution simplifiée de la décision de justice***

Un : le devoir de vigilance, en localisant le procès sur le territoire d'incorporation de la société transnationale dispensera l'exécution de la décision de justice de la formalité d'exequatur réservée aux décisions de justice « *étrangères* ». Quand on connaît les difficultés d'exécuter une décision de justice étrangère condamnant une entreprise transnationale sur le territoire de son lieu d'incorporation, on comprend l'importance de cette localisation.

Deux : l'intégration de l'obligation de vigilance dans une directive limitera le pouvoir d'un juge national de refuser un exequatur. En effet ces dispositions deviendront, selon le texte du projet, « *d'ordre public* » international pour le juge national. Et si divers traités sur l'effet des décisions de justice étrangères ainsi que les législations nationales permettent la non-reconnaissance d'une décision de justice au cas de non-conformité à l'ordre public international, cela ne sera plus possible en ce cas.<sup>35</sup>

***La procédure de résolution des litiges alternative dans la chaîne de valeur***

L'article 9 du projet de directive va obliger les entreprises à créer de nouvelles formes de recueil de « *plaintes* », de négociation, de transaction, de médiation et d'arbitrage dits « *environnementaux* » pour gérer ces litiges. Une procédure de plainte doit en effet être instituée :

« *Les Etats membres veillent à ce que les entreprises donnent la possibilité aux personnes et aux organisations énumérées au paragraphe 2 de leur adresser des plaintes lorsqu'elles ont des*

préoccupations légitimes concernant des incidences négatives, réelles ou potentielles, sur les droits de l'homme et sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, celles de leurs filiales et leurs chaînes de valeur ».

Ce sont donc à la fois des défauts dans la politique de vigilance aussi bien que les dommages réalisés dans la chaîne de valeur qui sont l'objet de la demande. Et l'article 9 précise qui sont ces demandeurs que sont :

- « (a) les personnes qui sont touchées ou qui ont des motifs raisonnables de croire qu'elles pourraient être touchées par un impact négatif,
- (b) les syndicats et autres représentants des travailleurs qui représentent les personnes travaillant dans la chaîne de valeur concernée,
- (c) les organisations de la société civile actives dans les domaines liés à la chaîne de valeur concernée ».

Certes, cette pratique n'est pas vraiment nouvelle. L'intérêt des acteurs du commerce mondial pour la transaction, la médiation et l'arbitrage environnemental est évident. Les praticiens ont déjà identifié les nouveaux besoins, sans pour autant proposer de règles de médiation ou d'arbitrage spécialisées pour y répondre (Rapport de la ICC, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*). De rares institutions ont élaboré des règles spécialisées (Le « Compact », *Hague Rules On Business and Human Rights Arbitration* ; Règlement facultatif de la Cour Permanente d'Arbitrage pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement, Règlement facultatif de la Cour Permanente d'Arbitrage pour la conciliation des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement). Des associations professionnelles ont rédigé des clauses-types aménageant la responsabilité dans la chaîne de valeur dans lesquelles les entreprises peuvent puiser selon leurs besoins (*Draft Model Contract Clauses to Protect Human Rights in International Supply Chains* de l'American Bar Association).

Ces associations ont certes élaboré des méthodes pragmatiques qui aident les praticiens mais n'ont pas examiné la question de la médiation et de l'arbitrage environnemental. Dès lors, les entreprises vont devoir organiser des négociations, transactions, médiations et arbitrages environnementaux ad hoc ou institutionnaliser ces médiations et arbitrages dans leur chaîne de valeur sans *guidelines* qui permettraient de prendre en compte la technicité des litiges environnementaux. De grandes entreprises ont déjà commencé à créer des « procédures de gestion des plaintes des parties prenantes ». Cependant, ces procédures devront être adaptées plus spécifiquement

impacts on human rights and the environment, in relation to their own activities, those of their subsidiaries and their value chains.”

It is therefore both shortcomings in the due diligence policy as well as the damage done in the value chain that are the subject of the request. And article 9 specifies who these claimants are:

- “(a) persons who are affected or who have reasonable grounds to believe that they may be affected by an adverse impact,
- (b) trade unions and other workers' representatives who represent persons working in the value chain concerned
- (c) civil society organisations active in areas related to the value chain concerned.”

Admittedly this practice is not really new. The interest of global trade actors in environmental transaction, mediation and arbitration is obvious. Practitioners have already identified the new needs, without proposing specialised mediation or arbitration rules to meet them (ICC Report, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*). A few institutions have developed specialised rules (The Compact, Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration; Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment, Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment). Trade associations have drafted model clauses on liability in the value chain from which companies can draw according to their needs (American Bar Association's Draft Model Contract Clauses to Protect Human Rights in International Supply Chains).

While these associations have developed pragmatic methods to assist practitioners, they have not addressed the issue of mediation and environmental arbitration. As a result, companies will have to organise ad hoc environmental negotiations, transactions, mediations and arbitrations or institutionalise these mediations and arbitrations in their value chain without guidelines that would make it possible to take into account the technicality of environmental disputes. Some large companies have already started to create “stakeholder complaint management procedures”. However, these procedures will have to be adapted more specifically to the new liability for environmental risk, as environmental disputes present some major singularities

à la nouvelle responsabilité pour risque environnemental car les litiges environnementaux présentent de grandes singularités :

- a strong social dimension linked to the role of local populations, NGOs and civil society'
  - a highly technical scientific dimension linked, for example, to climatological or fisheries issues (scientific texts on environmental matters, evaluation of ecological damage and ecosystems, etc.);
  - a new managerial dimension, as management of the ecological transition is emerging, with evaluation often at the heart of the dispute (climate plan, determination of the carbon footprint, scopes, identification of risks, preventive actions included—or not—in the management charts and accounts, extra-financial reporting, etc.);
  - a singularity of the law applicable to the substance (international conventions on the environment or human rights, national laws, soft law of international organisations or professional organisations integrated during the contractualisation of the mediation or the mission act, etc.) and above all the appearance of a principle of environmental vigilance;
  - a singularity of legal reasoning, independently of the applicable law, (operative event and causality, but above all evaluation of the evidence alleged by the parties, etc.) due to the extraterritoriality and scientific nature of environmental matters;
  - a singularity in the effects of negotiation, transaction, mediation or arbitration, with compensation being only one of the many paths alongside restoration, but also compensation, local content, or the association of local populations in the formation, execution or termination of industrial or commercial contracts, etc.
- une dimension sociale forte liée au rôle des populations locales, des ONG, de la société civile ;
  - une dimension scientifique d'une grande technicité liée par exemple aux questions climatologiques ou halieutiques (textes scientifiques en matière environnementale, évaluation du dommage écologique et écosystèmes, etc.) ;
  - une dimension managériale nouvelle car apparaît un management de la transition écologique dont l'évaluation est souvent le cœur du litige (plan climatique, détermination de l'empreinte carbone, des scopes, identification des risques, actions de prévention inscrites — ou non — dans les tableaux de bords et comptabilité, reporting extra-financier etc.) ;
  - une singularité du droit applicable au fond (conventions internationales en matière d'environnement ou de droits humains, lois nationales, *soft law* des organisations internationales ou des organisations professionnelles intégrées lors de la contractualisation de la médiation ou de l'acte de mission etc.) et surtout l'apparition d'un principe de vigilance environnemental ;
  - une singularité des raisonnements juridiques, indépendamment de la loi applicable, (fait générateur et causalité, mais surtout évaluation des preuves alléguées par les parties etc.) en raison de l'extraterritorialité et de la scientificité de la matière environnementale ;
  - une singularité dans les effets de la négociation, transaction, médiation ou arbitrage, l'indemnisation n'étant qu'une des nombreuses voies à côté de la remise en état mais aussi de la compensation, du local content, ou, de l'association des populations locales à la formation, l'exécution ou la fin du contrat industriel, commercial etc.

It is to the construction of these dispute resolution mechanisms that the Foundation for Continental Law's research project Transaction, Mediation, Environmental Arbitration: a continental model for business is devoted.

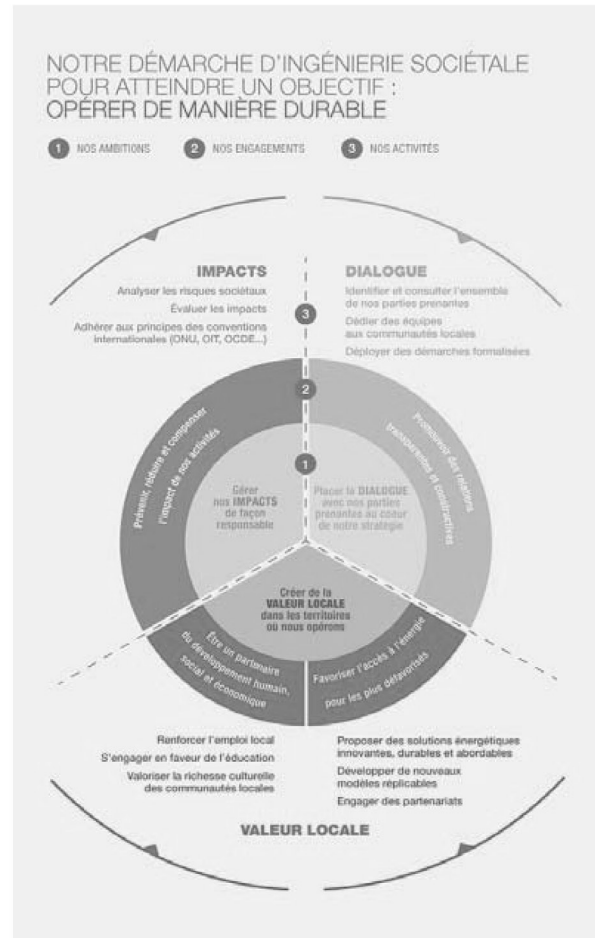
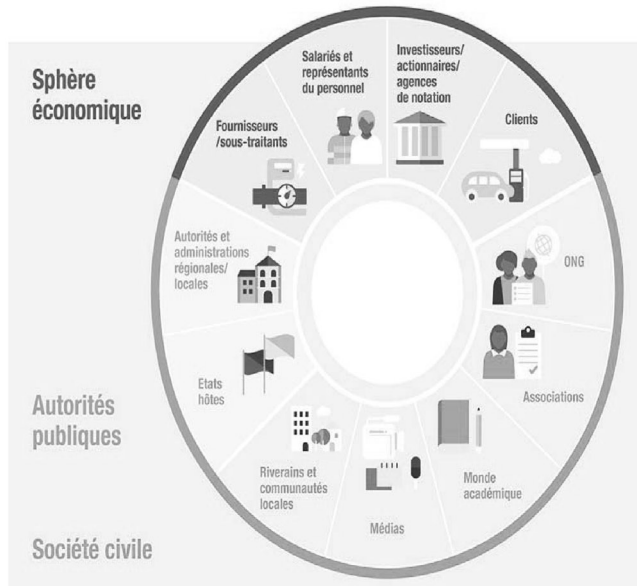
C'est à la construction de ces mécanismes de résolution des litiges qu'est consacrée la recherche Transaction, Médiation, Arbitrage environnemental : un modèle continental pour les entreprises de la Fondation pour le droit continental.<sup>36</sup>

Fig.1 : L'ADR TotalEnergies One Maestro

Les règles d'entreprise, l'exemple de Total

**référentiel One MAESTRO**

**CARTOGRAPHIE DES PRINCIPALES PARTIES PRENANTES**



**La nouvelle loi applicable**

Il existe ainsi une faute personnellement imputable à l'entreprise société mère et un motif légitime, un intérêt légalement protégé d'agir pour une victime de ce dommage née d'une action d'une filiale ou d'un sous contractant. En écartant le voile de la personnalité morale, cette faute personnelle localise aussi le litige sur le territoire de l'Etat où est incorporée la société transnationale et lui donnant accès au juge national et à sa loi nationale.

**La faute de vigilance**

La grande nouveauté du régime de sanction de la vigilance est l'identification d'un nouveau fautif : la société mère, débitrice d'une obligation personnelle de vigilance. C'est en effet parce qu'elle a commis des fautes personnelles — un défaut de vigilance, un défaut dans son obligation de prévention dans sa sphère d'influence, ses filiales et sous contractants, que sa responsabilité est retenue pour des dommages environnementaux nés dans cette sphère d'influence. Procéduralement, le manquement à cette obligation sera une faute personnelle de manquement à

**The new applicable law**

There is thus a fault personally attributable to the parent company and a legitimate reason, a legally protected interest to act for a victim of this damage born of an action by a subsidiary or a sub-contractor. By removing the veil of legal personality, this personal fault also locates the dispute on the territory of the State in which the transnational corporation is incorporated and gives it access to the national court and its national law.

**Breach of vigilance**

The major novelty of the system of sanctions for due diligence is the identification of a new culprit: the parent company, which owes a personal duty of care. It is in fact because it has committed personal faults—a lack of vigilance, a failure in its obligation of prevention in its sphere of influence, its subsidiaries and sub-contractors, that its liability is retained for environmental damage arising in this sphere of influence. Procedurally, the breach of this obligation will be a personal fault of breach of an obligation of result (to set up such vigilance plans) or of an obligation of means (an insufficient plan to prevent damage caused for example by its subcontractors or subsidiaries). The

fault of vigilance can be attributed to both the company (legal person) and its managers (natural persons). The definition of fault refers to the failure to comply with the behaviour of the “good” transnational company (standard of assessment). The nature of civil liability is specified: The assessment of fault is clearly in abstracto in the draft directive, which evokes the notion of “normality”, of “good enterprise”, and establishes “presumptions of non-liability” which are also linked to the “best practices” of the profession, to their “reasonable” and “equitable” character:

Article 22, which defines fault, thus refers to the failure to be vigilant to the failure to implement measures that characterise good vigilance practice:

“Member States shall ensure that undertakings are liable for damage if:

- (a) they have failed to comply with the obligations laid down in Articles and 7 and 8;
- (b) as a result of that failure, a negative impact which should have been identified, prevented, mitigated, terminated or the extent of which should have been minimised by the appropriate measures provided for in Articles 7 and 8 occurred and resulted in damage.”

A rebuttable presumption of non-responsibility is established when a company has taken vigilance measures, in particular through tunnel clauses. In this case, it will not be civilly liable for the damage caused, unless these measures were “unreasonable”. Similarly, its behaviour will be taken into account in the assessment of its liability, for example if it has complied with “any corrective measures required of it by a supervisory authority, any investment made and any targeted support provided under Articles 7 and 8, as well as any collaboration with other entities to remedy negative impacts in its value chains”, if it has adhered to a best practice of the profession, such as a “label”, if it has made provision in the accounts for the financial amounts corresponding to the planned vigilance measures, etc.

The standard of behaviour that engages liability on the basis of the duty of vigilance is thus concretely constructed by soft law (best practices in corporate vigilance plans, auditing, green accounting, etc.) and imposed by hard law (a transnational principle of vigilance).

une obligation de résultat (instaurer de tels plans de vigilance) ou à une obligation de moyen (un plan insuffisant pour prévenir des dommages causés par exemple par ses sous-traitants ou filiales). La faute de vigilance peut s’imputer à la fois à l’entreprise (personne morale) et à ses dirigeants, (personnes physiques). La définition de la faute renvoie au manquement par rapport au comportement de la « bonne » entreprise transnationale (standard d’appréciation). La nature de la responsabilité civile est précisée : L’appréciation de la faute est clairement in abstracto dans le projet de directive qui évoque la notion de « normalité », de « bonne entreprise », et pose des « présomptions d’irresponsabilité » qui sont liées elles aussi aux « *best practices* » de la profession, à leur caractère « raisonnable » et « équitable » :

L’article 22 qui définit la faute renvoie ainsi au manquement de vigilance au défaut de mise en œuvre des mesures qui caractérise une bonne pratique de vigilance :

« Les Etats membres veillent à ce que les entreprises soient responsables des dommages si :

- (a) ils n’ont pas respecté les obligations prévues aux articles 7 et 8 ;
- (b) en raison de ce manquement, un impact négatif qui aurait dû être identifié, prévenu, atténué, mis fin ou dont l’étendue aurait dû être réduite au minimum par les mesures appropriées prévues aux articles 7 et 8 s’est produit et a entraîné des dommages ».

Une présomption réfragable d’irresponsabilité est posée lorsqu’une entreprise a bien pris des mesures de vigilance, notamment grâce à des clauses tunnels. En ce cas elle sera irresponsable civilement des dommages causés, sauf si ces mesures étaient « déraisonnable ». <sup>37</sup> De même son comportement sera pris en compte dans l’évaluation de sa responsabilité, par exemple si elle s’est conformée « à toute mesure corrective exigée d’elle par une autorité de contrôle, de tout investissement réalisé et de tout soutien ciblé fourni en vertu des articles 7 et 8, ainsi que de toute collaboration avec d’autres entités pour remédier aux incidences négatives dans ses chaînes de valeur », si elle a adhéré à une *best practices* de la profession, tel un « label », si elle a provisionné dans la comptabilité les montants financiers correspondants aux actions de vigilances prévues, etc.

Le standard de comportement qui engage la responsabilité sur le fondement du devoir de vigilance est ainsi construit concrètement par la *soft law*, (les *best practices* de plan de vigilance d’entreprise, d’audit, de comptabilité verte, etc.) et imposé par de la *hard law* (un principe transnational de vigilance).

**La loi de la faute vigilance**

Le projet prévoit trois mécanismes de désignation de la loi applicable à la vigilance

*Premièrement : Un nouveau mécanisme d'application du droit international !*

L'annexe renvoie à une liste de conventions internationales qui doivent s'appliquer dans la chaîne de valeur et ce même sur le territoire d'Etats qui n'ont pas ratifié ou introduit ces conventions dans leur droit national avec effet direct. Le texte renvoie aussi aux accords de Paris. Voici donc illustré le passage historique du droit international à un droit « transnational » qui s'applique directement aux entreprises transnationales sans que les Etats n'aient à le transposer dans leur ordre juridique national.<sup>38</sup> Des actions pourront être formées contre des entreprises en raison de manque de vigilance, c'est-à-dire d'action concrète pour s'aligner sur la trajectoire de réduction de gaz à effet de serre de l'Accord de Paris qui vise à contenir le réchauffement climatique à 1,5°C maximum au-dessus du niveau de l'ère préindustriel ou le non-respect des conventions internationales visées par l'annexe. L'action contre une entreprise sera donc fondée sur le non-respect du droit international. Et ce alors que le droit international ne s'impose pas aux entreprises ; seulement aux Etats. Un nouveau mode autonome d'effet direct du droit international est ainsi en cours de construction.

*Deuxièmement : La référence au code d'entreprise, new lex mercatoria*

La nouvelle (« new ») *lex mercatoria* désigne aujourd'hui un autre ensemble de règles élaborées elles aussi par la pratique du commerce international — plans d'entreprise, clauses RSE ou droits de l'homme, *pledges*, chartes d'entreprise, sentences arbitrales, principes généraux, bref la *soft law* d'entreprise qui permet aux juges nationaux et aux arbitres internationaux d'appliquer aux entreprises transnationales le droit international des droits de l'homme et de l'environnement auquel elles échappaient jusqu'alors. La « *lex mercatoria* environnementale », ou *lex environmentalis* est un exemple de cette *new lex mercatoria* « droit créé par et pour ses destinataires (non étatiques) dans un espace juridique encore inoccupé par le droit climatique national et international, régulé opportunément par des normes climatiques globales (clauses contractuelles) »<sup>39</sup>

Cette « new » *lex mercatoria* serait désormais la « true »,<sup>40</sup> la « véritable » *lex mercatoria*, en ce qu'elle est synonyme de l'actuelle re-régulation du commerce mondial.<sup>41</sup>

**The law of due diligence**

The draft provides for three mechanisms for designating the law applicable to vigilance.

*Firstly: A new mechanism for the application of international law!*

The Annex refers to a list of international conventions that must be applied in the value chain even in the territory of States that have not ratified or introduced these conventions into their national law with direct effect. The text also refers to the Paris Agreements. Here is thus illustrated the historical passage from international law to a “transnational” law which applies directly to transnational companies without the States having to transpose it into their national legal order. Actions may be brought against companies for lack of vigilance, i.e. concrete action to align themselves with the greenhouse gas reduction trajectory of the Paris Agreement, which aims to contain global warming to a maximum of 1.5°C above the level of the pre-industrial era, or non-compliance with the international conventions referred to in the Annex. Action against a company will therefore be based on non-compliance with international law. This is despite the fact that international law is not binding on companies; only States. A new autonomous mode of direct effect of international law is thus being constructed.

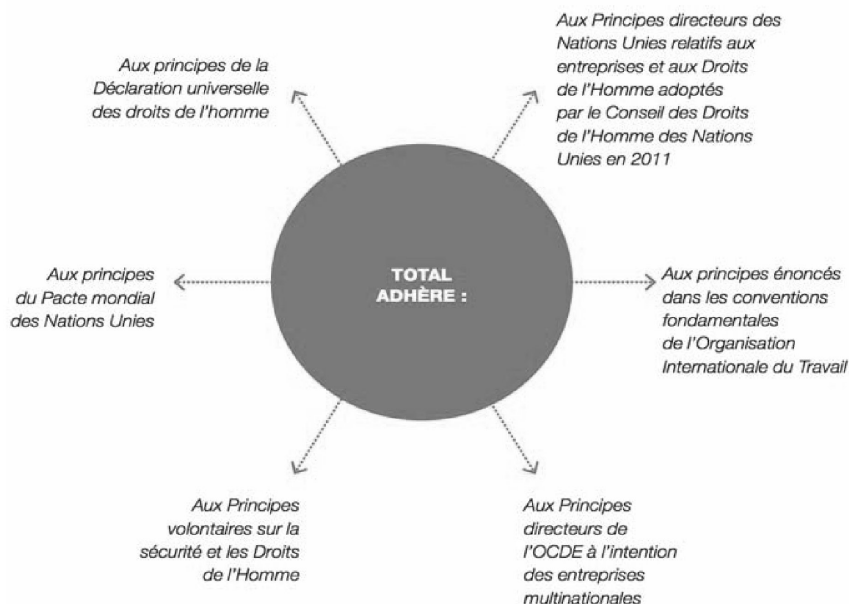
*Secondly: The reference to the corporate code, new lex mercatoria*

The new *lex mercatoria* today refers to another set of rules that have also been developed through international business practice—company plans, CSR or human rights clauses, pledges, company charters, arbitration awards, general principles, in short, corporate soft law that allows national judges and international arbitrators to apply international human rights and environmental law to transnational companies, which they have not been able to do up until now. The “environmental *lex mercatoria*”, or *lex environmentalis*, is an example of this new *lex mercatoria* “law created by and for its (non-state) addressees in a legal space still unoccupied by national and international climate law, opportunely regulated by global climate norms (contractual clauses)”.

This “new” *lex mercatoria* would now be the “true” *lex mercatoria*, in that it is synonymous with the current re-regulation of world trade.

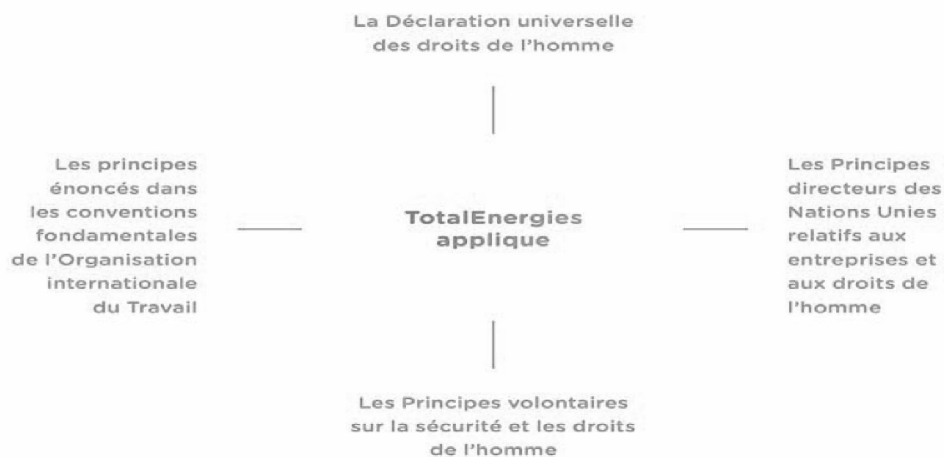
Figs 2 et 3 : Le code de 2014 de Total et le code actuel de TotalEnergies

CONFORMEMENT AUX LOIS APPLICABLES A NOS ACTIVITÉS ET AUX RÈGLES DU GROUPE, TOUT MANQUEMENT À CES PRINCIPES D'ACTION PEUT ENTRAÎNER DES SANCTIONS EN INTERNE ET/OU SUR LE PLAN JURIDIQUE.



**Respect des droits de l'homme**

Le respect des droits de l'homme est une exigence collective et individuelle.





*Troisièmement : La loi nationale (Rome I resp. contractuelle + Rome II, resp. extracontractuelle)*

La directive, et les lois nationales de transposition seront certes d'ordre public, mais cela n'épuise pas les questions de loi applicable au litige car des lois nationales relatives par exemple au dommage et intérêts en matières environnementaux seront nécessaires. Le Règlement 864/2007 (dit Rome II) du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles en matière civile et commerciale par exemple prévoit une règle, une exception, et la possibilité du choix.

La règle de la loi du lieu de survenance du dommage.

Ne sont donc pris en considération pour la détermination de la loi applicable ni le lieu du fait générateur, ni le lieu où des conséquences indirectes, surviennent (article 4). En cas de dommages physiques ou aux biens, la loi applicable est celle du pays où les blessures ont été subies ou les biens endommagés (cons.17). Un correctif : la loi de l'Etat de la résidence habituelle du responsable et de la victime s'ils résident dans le même Etat sera applicable. Concrètement, dans nos rapports économiques Nord-Sud, la loi du pays du Sud ou les dommages environnementaux se produisent s'appliquera.

L'exception est l'option en cas d'atteinte à l'environnement. L'article 7 du règlement donne le choix au demandeur entre la loi du lieu où le dommage s'est produit et la loi du lieu du fait générateur. En tous les cas, la recherche au cas par cas de la proximité l'emporte puisque le juge peut toujours appliquer la loi présentant des « liens manifestement plus étroits » avec le fait dommageable. Mais alors que le critère du fait générateur a pour conséquence actuellement le plus souvent de la loi d'un Etat du Sud où le préjudice a été causé, si on considère que le fait générateur des dommages causés est le manquement à l'obligation de vigilance par la société mère, faute personnelle, c'est alors la loi d'incorporation de la société transnationale qui a manqué à son obligation de vigilance sur son territoire nationale qui s'appliquera. La directive donne ainsi une nouvelle loi aux litiges environnementaux.

Enfin, le choix de la loi sera possible, et l'institutionnalisation de mécanisme d'ADR dans la chaîne de valeur sera l'occasion d'organiser contractuellement le droit applicable à la vigilance.

La loi applicable au fond peut ainsi être directement choisie par les parties au litige, soit dans le règlement de médiation et d'arbitrage d'entreprise, soit dans l'acte de mission. Prenons le cas du droit de l'exploitation pétrolière qui repose sur certaines règles internationales et nationales au champ d'application parfois incertain face au contrat extractif. De nombreuses questions particulièrement importantes comme

*Thirdly: National law (Rome I resp. contractual + Rome II, resp. extra contractual)*

The Directive and the national transposition laws will certainly be of public order, but this does not exhaust the questions of the law applicable to the dispute, as national laws relating for example to damages in environmental matters will be necessary. Regulation 864/2007 (known as Rome II) of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations in civil and commercial matters, for example, provides for a rule, an exception and the possibility of choice

The rule of the law of the place where the damage occurred.

Thus, neither the place of the operative event nor the place where indirect consequences occur is taken into consideration for the determination of the applicable law (article 4). In the case of physical damage or damage to property, the applicable law is that of the country where the injuries were sustained or the property damaged (cons 17). A corrective: the law of the State of the habitual residence of the person responsible and of the victim if they reside in the same State will apply. In concrete terms, in our North-South economic relations, the law of the Southern country where the environmental damage occurs will apply.

The exception is the option in case of environmental damage. Article 7 of the Regulation gives the claimant the choice between the law of the place where the damage occurred and the law of the place where the event giving rise to the damage occurred. In all cases, the case-by-case search for proximity prevails since the court can always apply the law that is "manifestly more closely connected" with the harmful event. But whereas the criterion of the event giving rise to the damage is currently most often the law of the southern State where the damage was caused, if it is considered that the event giving rise to the damage is the failure of the parent company to exercise due diligence, a personal fault, it is the law of incorporation of the transnational company which has failed to exercise due diligence on its national territory which will apply. The directive thus gives a new law to environmental disputes.

Finally, the choice of law will be possible, and the institutionalisation of ADR mechanisms in the value chain will be an opportunity to contractually organise the law applicable to vigilance.

The law applicable to the merits of the case can thus be chosen directly by the parties to the dispute, either in the rules of mediation and corporate arbitration or in the terms of reference. Let us take the case of oil exploitation law, which is based on certain international and national rules with a sometimes-uncertain scope of application to the extractive contract. Many particularly important issues such as the rights of local populations, employees or the environment can then

be specially organised by the future rules of mediation and arbitration of companies in the value chain. Just one example: a special international law that aims to regulate “small fisheries” has been drawn up by the FAO as a model law that states must therefore integrate into national legislation (no so-called “direct effect”). However, the issues raised by the relationship between the offshore industry and fishing communities are among the most important ones raised by offshore exploitation, and can be largely resolved by the application of these directives, which are directly targeted by the company.

les droits des populations riveraines, des salariés, ou de l’environnement peuvent être alors spécialement organisés par le futur règlement de médiation et d’arbitrage d’entreprise dans la chaîne de valeur. Un seul exemple : un droit international spécial qui vise à réglementer les « *small-scale fisheries* » a été élaboré par le FAO comme une loi modèle que les Etats doivent donc intégrer dans une législation nationale (pas d’effet dit « direct »). Or les questions posées par les rapports entre l’industrie extractive off-shore et les communautés de pêcheurs sont parmi les plus importantes de l’exploitation off-shore, et peuvent être en grande partie réglées par l’application de ces directives, visées directement par l’entreprise.<sup>42</sup>

The draft Directive on Due Diligence presents itself to us like a coin. On the reverse (the “*pilum*” of the legionnaire) a European public policy relies on companies as the “public force” of the general interest and of the re-regulation underway. On the head (the “image” of the king) a new European business model reconciles the global competitiveness of European companies with respect for fundamental rights and the environment throughout the world. Together, the two sides represent the new European political project.

Le projet de directive sur l’obligation de vigilance se présente à nous comme une pièce de monnaie. Côté pile — le « *pilum* » du légionnaire, une politique publique européenne s’appuie sur les entreprises comme « force publique » de l’intérêt général et de la re-régulation en cours. Côté face — « *l’image* » du roi —, un nouveau modèle européen d’affaire concilie la compétitivité mondiale des entreprises européennes avec le respect des droits fondamentaux et de l’environnement partout dans le monde. Ensemble, les deux faces représentent le nouveau projet politique européen.

## Notes

1. Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la Directive (UE) n°2019/1937, COM(2022) 71 final, 23 février 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071>.

2. B. Lecourt, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la Directive (UE) n°2019/1937, COM(2022) 71 final, 23 février 2022, in *Revue des sociétés* 2022 p.310 ; mais aussi O. Buisine, « Devoir de vigilance : avancées et perspectives » (avril 2022) 4 B.J.S. ; S. Brabant et al. « The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence », Part I “Due Diligence Around the World” : <https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/>, Part II “Enforcing Due Diligence Obligations » : <https://verfassungsblog.de/enforcing-due-diligence-obligations> ; S. Bridier, « Devoir de vigilance européen : le contenu de la proposition de directive » (28 février 2022) *Dalloz Actualité* ; M. Lartigue, « Directive sur le devoir de vigilance : entre satisfaction et ‘points d’attention’ » (4 mars 2022) *Dalloz Actualité* ; C. Michon, « Le futur du devoir de vigilance ? — Regards sur le projet européen et l’évaluation de la loi française » (avril 2022) 2 *Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires* ; B. Parance, « L’ambition européenne d’un devoir de vigilance, une belle avancée ! — Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 » (14 avril 2022) 15 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*.

3. Les documents préparatoires du projet de directive sont disponibles sur le site de la Commission : [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_fr)  
Deux études de la Commission européenne :  
*Study on due diligence requirements through the supply chain*, février 2020 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.  
*Study on directors’ duties and sustainable corporate governance*, juillet 2020 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>. Les résultats de la consultation publique lancée par la Commission avant la publication du projet de directive sont disponibles sur le site de la Commission [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation_fr). La Commission a publié un “*Guidance on designing effective and inclusive accompanying support to due diligence legislation*” à destination des délégations [https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/making\\_mandatory\\_human\\_rights\\_and\\_environmental\\_due\\_diligence\\_work\\_for\\_all.pdf](https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/making_mandatory_human_rights_and_environmental_due_diligence_work_for_all.pdf).  
Le BHRRC propose une *timeline* actualisée des ressources relatives à la proposition de directive européenne <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commission-publishes-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence/>.

4. G. Lhuillier, F. Favreau et M. Bastiège, « The reform of the European extra-financial reporting law /La réforme du droit européen du reporting extra-financier » (2022) 1 I.B.L.J. 9.

5. Projet de directive du parlement Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)).  
[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html).

6. Remarks of Ms. Anita Ramasastry of the UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on a preliminary assessment of EU draft due diligence directive, 2 mars 2022 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/20220302-WG-remarks.pdf>

L'UNWGHRTC recommande d'aligner la proposition de directive sur les UNGPs et identifie plusieurs incohérences entre ces deux normes. En particulier, "the Directive should align with the UN Guiding Principles, European Network on National Human Rights Institutions statement on the European Commission's Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence, mars 2022

<https://ennhri.org/wp-content/uploads/2022/03/Statement-on-the-European-Commissions-proposal-on-Corporate-Sustainability-Due-Diligence.pdf>  
Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), Déclaration pour une directive ambitieuse de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'Homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiales, JOFR 3 avril 2022 ; <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045464423> ; Communiqué de la société civile sur la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, mars 2022 [https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/05/CSO\\_statement\\_CSDDD\\_FR.pdf](https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/05/CSO_statement_CSDDD_FR.pdf) ; Communiqué de Sherpa suite à la présentation du projet de directive, 23 février 2022 <https://www.asso-sherpa.org/directive-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-la-proposition-enfin-devoilee-par-la-commission-doit-imperativement-etre-amelioree> ; Danish Institute for Human Rights, "Legislating for impact : analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive", mars 2022 <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-due-diligence>, The European Coalition for Corporate Justice, "European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis", avril 2022 <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf> ; Anti-Slavery International analysis of the European Commission proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence, mai 2022 [https://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2022/05/ASI\\_CS3D\\_.pdf](https://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2022/05/ASI_CS3D_.pdf) ; Shift, "Shift's Analysis of the EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive", mars 2022 <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal/shifts-analysis/> ; Defenders et al. "The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive proposal and protecting human rights defenders" <https://environment-rights.org/eucsd> ; J. Vogt et al. "A Missed Opportunity to Improve Workers' Rights in Global Supply Chains", mars 2022 <http://opiniojuris.org/2022/03/18/a-missed-opportunity-to-improve-workers-rights-in-global-supply-chains/>.

7. Ces experts sont Lise Smit, Claire Bright, Robert McCorquodale, Matthias Bauer, Hanna Deringer, Daniela Baeza-Breinbauer, Francisca Torres-Cortés, Frank Alleweldt, Senda Kara and Camille Salinier and Héctor Tejero Tobed auteurs de : *Study on due diligence requirements through the supply chain, European Commission, 2020. Les cabinets conseils étaient BIICL, Civic Consulting, LSE.* <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

8. OHCHR, 'UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies' (June 2020), p. 3, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR\\_Due\\_Diligence\\_Issues\\_Paper.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf).

9. Op cit supra p. 31.

10. *European Green Deal, the new industrial strategy for Europe and the Circular Economy Action Plan, the industrial strategy, The Circular Economy Action Plan (CEAP), Ecodesign Directive,*

11. Op. cit supra, conclusion, et B. Lecourt, « La société et l'intérêt collectif : la mouvance européenne » (2018) *Rev. sociétés* 551 ; B. Lecourt, « Les entités d'intérêt public » (Mélanges Alain Couret, Dalloz-Francis Lefebvre, 2020), p. 251.

12. P. Lignière, « Les chaînes de contrats, relais des politiques publiques » in *Chemins publics* (2022) <https://www.chemins-publics.org/articles/les-chaines-de-contrats-relais-des-politiques-publiques>.

13. C. Fabrizio, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée » (2004) 109(1) *Revue française d'administration publique* 23–35.

14. B. Teyssier, *Les groupes de contrats* (Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1975), Tome 139, 328 pages.

15. La proposition de la Commission, dite CSRD, est disponible depuis le 22 avril 2021 :

- Text of the proposal for a Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)
- [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-proposal-corporate-sustainability-reporting\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-proposal-corporate-sustainability-reporting_en.pdf)
- Frequently asked questions on the CSRD proposal
- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_21\\_1806](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1806)
- Impact assessment accompanying the CSRD proposal
- [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-impact-assessment\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-impact-assessment_en.pdf)
- Summary of the impact assessment accompanying the CSRD proposal
- [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-summary-impact-assessment\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210421-summary-impact-assessment_en.pdf).

16. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0140&qid=1649112555090>.

17. Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 concernant les informations relatives à la durabilité dans le secteur des services financiers (JO L p317, 9.12.2019, 1–16).

18. Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 établissant des obligations de diligence raisonnable en matière de chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union d'étain, de tantale et de tungstène, de leurs minerais et d'or originaires de zones touchées par des conflits et de zones à haut risque (JO L p130, 19.5.2017, 1–20).

19. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation hors de l'Union de certains produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts et abrogeant le Règlement (UE) n° 995/2010 (COM(2021) 706 final).

20. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux piles et aux déchets de piles, abrogeant la Directive 2006/66/CE et modifiant le Règlement (UE) n°2019/1020 (COM/2020/798 final).

21. G. Lhuillier, « La nouvelle responsabilité des entreprises transnationales pour risques environnementaux/The New Liability of Transnational Companies for Environmental Risks » (2020) 1 I.B.L.J. 25–45.

### 22. « Art.1 Sujet

- (a) sur les obligations des entreprises en matière d'impacts négatifs réels et potentiels sur les droits de l'homme et sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres opérations, les opérations de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur effectuées par des entités avec lesquelles l'entreprise a une relation commerciale établie et
- (b) sur la responsabilité en cas de violation des obligations mentionnées ci-dessus ».

23. Article 2 al.1. La présente directive s'applique aux sociétés qui sont constituées conformément à la législation d'un Etat membre et qui remplissent l'une des conditions suivantes :

- (a) l'entreprise comptait plus de 500 employés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de €150 millions au cours du dernier exercice pour lequel des comptes annuels ont été établis ;
- (b) l'entreprise n'atteignait pas les seuils du point a), mais comptait plus de 250 employés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de €40 millions au cours du dernier exercice pour lequel des comptes annuels ont été établis, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires net ait été réalisé dans un ou plusieurs des secteurs suivants :
  - (i) la fabrication de textiles, de cuir et de produits connexes (y compris les chaussures), et le commerce de gros de textiles, de vêtements et de chaussures ;
  - (ii) l'agriculture, la sylviculture, la pêche (y compris l'aquaculture), la fabrication de produits alimentaires et le commerce de gros de matières premières agricoles, d'animaux vivants, de bois, de produits alimentaires et de boissons ;
  - (iii) l'extraction de ressources minérales, quel que soit le lieu d'extraction (y compris le pétrole brut, le gaz naturel, le charbon, le lignite, les métaux et les minerais métalliques, ainsi que tous les autres minéraux non métalliques et les produits de carrière), la fabrication de produits métalliques de base, d'autres produits minéraux non métalliques et de produits métalliques manufacturés (à l'exception des machines et des équipements), et le commerce de gros de ressources minérales, de produits minéraux de base et intermédiaires (y compris les métaux et les minerais métalliques, les matériaux de construction, les combustibles, les produits chimiques et autres produits intermédiaires).

24. Voir, CNCDH, Déclaration pour une directive ambitieuse de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'Homme et d'environnement dans les chaînes de valeur mondiale <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045464423>.

25. G. Lhuilier, Op. Cit supra.

26. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

27. Article 5 Intégrer la diligence raisonnable dans les politiques des entreprises La politique de diligence raisonnable contient tous les éléments suivants... (b) un code de conduite décrivant les règles et principes à suivre par les employés et les filiales de l'entreprise ; (c) une description des processus mis en place pour mettre en œuvre la diligence raisonnable, y compris les mesures prises pour vérifier le respect du code de conduite et pour étendre son application aux relations commerciales établies.

### 28. « Article 7 Prévention des impacts négatifs potentiels

1. Les entreprises sont tenues de prendre les mesures suivantes... (b) obtenir des assurances contractuelles d'un partenaire commercial avec lequel elle a une relation commerciale directe qu'il veillera au respect du code de conduite de la société et, le cas échéant, d'un plan d'action de prévention, y compris en obtenant des assurances contractuelles correspondantes de ses partenaires, dans la mesure où leurs activités font partie de la chaîne de valeur de la société (cascade contractuelle).
1. ... Les assurances contractuelles ou le contrat doivent être accompagnés des mesures appropriées pour en vérifier le respect. Aux fins de la vérification de la conformité, l'entreprise peut se référer à des initiatives sectorielles appropriées ou à une vérification indépendante par un tiers. Lorsque des assurances contractuelles sont obtenues d'une PME ou qu'un contrat est conclu avec elle, les conditions utilisées doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires. Lorsque des mesures de vérification de la conformité sont mises en œuvre à l'égard de PME, l'entreprise supporte le coût de la vérification par un tiers indépendant. Article 8, prévoit les mêmes « assurances contractuelles pour mettre fin aux effets négatifs réels ».

29. T. Woodford, "Understanding Flow-Down Clauses in Subcontracts" ABC Spokesman Magazine, 2014.

30. Le rapport 2021 et les clauses contractuelles types, dites « MCC version 2.0 » peuvent être consultés sur le site du Centre ABA pour les droits de l'homme [https://www.americanbar.org/groups/human\\_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/](https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/).

### 31. Article 4

Les Etats membres veillent à ce que les entreprises fassent preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement, comme le prévoient les articles 5 à 11 (« diligence raisonnable »), en menant les actions suivantes :

- (a) intégrer la diligence raisonnable dans leurs politiques, conformément à l'article 5 ;
- (b) l'identification des impacts négatifs réels ou potentiels conformément à l'article 6 ;
- (c) prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, et mettre fin aux incidences négatives réelles et en réduire l'ampleur au minimum, conformément aux articles 7 et 8 ;
- (d) établir et maintenir une procédure de plainte conformément à l'article 9 ;
- (e) contrôler l'efficacité de leur politique et de leurs mesures de diligence raisonnable, conformément à l'article 10 ;
- (f) communiquer publiquement sur la diligence raisonnable conformément à l'article.

### 32. Article 3, l.

33. Cour de cassation, Chambre sociale, arrêt du 10 mai 2006, 03-46.593 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051881/>.

34. [https://ec.europa.eu/info/files/proposal-directive-strategic-lawsuits-against-public-participation-slapp\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/proposal-directive-strategic-lawsuits-against-public-participation-slapp_en).

35. A. Plantey, « Définition et principes de l'ordre public » in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, 1995 (PUF, Académie des sciences morales et politiques, 1996).

36. <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/>.

37. « Nonobstant le paragraphe 1, les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'une société a pris les mesures visées à l'article 7, paragraphe 2, point b), et paragraphe 4, ou à l'article 8, paragraphe 3, point c), et paragraphe 5, elle ne soit pas responsable des dommages causés par un impact négatif résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel elle a une relation commerciale établie, à moins qu'il n'ait été déraisonnable, dans les circonstances de l'espe'ce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification de la conformité, soient adéquates pour prévenir, atténuer, faire cesser ou minimiser l'ampleur de l'impact négatif ».

38. G. Lhuillier, *Le droit transnational* (Dalloz, 2016).

39. M. Hautereau-Boutonnet, « Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique » (2017) 14 *Brazilian Journal of International Law* : <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4998>.

40. R. Michaels, « The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State » (2007) 14 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 447.

41. G. Lhuillier, « The Novel of the *Lex Mercatoria* (From the old *lex petrolea* to the 'new' *lex environmentalis*) / Le Roman de la *lex mercatoria*. (De l'ancienne *lex petrolea* à la « new » *lex environmentalis*) » (2022) 2 *I.B.L.J.* 79.

42. J. Jentoft, « Walking the talk: implementing the international voluntary guidelines for securing sustainable small-scale fisheries », *Maritime Studies* 2014, 16 <http://www.maritimestudiesjournal.com/content/13/1/16> [https://www.academia.edu/25677261/Walking\\_the\\_talk\\_implementing\\_the\\_international\\_voluntary\\_guidelines\\_for\\_securing\\_sustainable\\_small\\_scale\\_fisheries?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/25677261/Walking_the_talk_implementing_the_international_voluntary_guidelines_for_securing_sustainable_small_scale_fisheries?email_work_card=view-paper).

