



# DEVOIR DE VIGILANCE :

## quel cadre juridique pour la gouvernance RSE ?

**La RSE (responsabilité sociétale des entreprises) et la gestion ESG (environnementale, sociale et de gouvernance) sont entrées dans leur âge juridique.**

**Cela porte l'espoir de réelles transformations, mais aussi le risque de noyer les entreprises concernées dans des normes difficiles à comprendre et à appliquer, en faisant peser sur elles de lourdes responsabilités.**





PAR **PIERRE-LOUIS PÉRIN**

Avocat associé, cabinet **Bersay**, Professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po

### L'âge juridique de la RSE : les premiers pas

En France plus vite qu'ailleurs, la RSE est entrée dans l'âge juridique. La loi « Pacte » du 22 mai 2019 a imposé à toutes les sociétés de prendre en considération dans leur gestion les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités. Cette injonction nouvelle s'adresse à toutes les sociétés, civiles et commerciales, petites et grandes. Un certain flou règne sur la question des sanctions de cette obligation très générale.

La loi « Devoir de vigilance » du 27 mars 2017 pousse plus loin les contraintes et instaure des sanctions, pour les sociétés par actions employant au moins 5000 salariés en France ou 10000 dans le monde, directement ou par leurs filiales. Cette loi rend les sociétés mères responsables des dommages causés par les activités de leur groupe et par celles de leurs fournisseurs, en matière de droits des personnes et de l'environnement, dès lors que ces groupes n'auront pas fait preuve de la vigilance nécessaire pour éviter ces dommages. Sont dans la ligne de mire les catastrophes écologiques, accidents industriels ou

exploitation du travail forcé pouvant résulter indirectement des activités d'une entreprise, dans toute sa chaîne de valeur.

Cette loi est l'un des premiers exemples, au niveau mondial, d'une RSE sortant de l'âge des actions volontaires -parfois dévoyées par un marketing abusif- pour entrer dans celui du « droit dur », pour le meilleur (une effectivité plus réelle) et le moins bon (formalisme de conformité et judiciarisation de la gestion des entreprises).

Une loi allemande publiée le 22 juillet 2021 a adopté les mêmes principes, de même qu'une loi norvégienne du 10 juin 2021. Un projet de traité est à l'étude auprès de l'ONU pour réguler les activités des entreprises transnationales en matière de droits humains. Surtout, le projet de directive européenne dite « Gouvernance d'entreprise durable » ou « Corporate Sustainability Due Diligence » [CSDD], publié le 23 février 2022, montre l'ambition de la Commission pour donner une envergure européenne à cette approche de vigilance responsable. Ce projet de directive CSDD est toujours à l'examen, et suscite des réticences fortes mais aussi opposées dans leurs critiques.

### Avantage comparatif ou désavantage compétitif

Toutes ces législations sont confrontées aux mêmes arbitrages difficiles : d'une part, il faut encadrer la montée en puissance des problématiques RSE et ESG, pour leur donner de l'effectivité, en ligne avec les attentes des citoyens et des consommateurs ; d'autre part, produire des normes ambitieuses peut créer un modèle attractif et vertueux, mais ne doit pas soumettre les entreprises nationales ou européennes à une concurrence déséquilibrée.

Ainsi, un groupe de distribution français soumis à la loi de 2017 peut être rendu responsable des atteintes aux droits des travailleurs produisant dans un pays lointain les biens qu'il vend, tandis que le producteur lui-même, ou le distributeur via internet des mêmes produits, tous deux étrangers, peuvent continuer à écouler les mêmes produits en France, sans être concernés. La loi présuppose que les donneurs d'ordre ont une influence telle qu'ils peuvent changer les modes de production ; mais la pandémie de Covid-19 puis la guerre en Ukraine ont montré la dépendance de nos écono-





mies envers la nouvelle répartition internationale de la production de richesses et les nouveaux usages du commerce mondialisé.

Or cette équation a sans doute été mal saisie par le législateur français, dans le cas particulier du devoir de vigilance. La loi « Climat et résilience » du 22 août 2021 a voulu pousser plus loin et prévoit que les sociétés soumises à la loi du 27 mars 2017 pourront être exclues des marchés et concessions publics français, si elles ne remplissent pas leurs obligations au titre de leur devoir de vigilance : cela revient à n'exclure potentiellement que les sociétés françaises, seules soumises à cette loi...

On aboutit au paradoxe suivant : tandis que les entreprises françaises figurent généralement en haut des classements internationaux de RSE (telle que le montre l'étude Ecovadis parue en décembre 2021), elles sont rendues responsables des manquements des autres, tout en restant soumises à leur concurrence.

Le projet de directive CSDD a bien vu ce problème et prévoit une application non seulement aux entreprises installées dans l'Union, mais aussi aux entreprises extérieures réalisant un certain chiffre d'affaires sur le territoire de l'Union. Cela s'inscrit dans une politique ambitieuse, visant à façonner les normes mondiales de gestion des entreprises, en imposant nos standards de protection des droits humains et de l'environnement. Cette approche a fonctionné dans le domaine du traitement des données personnelles, avec le règlement général sur la protection des données (RGPD) en 2016.

Mais dans le nouveau contexte du commerce mondial, les groupes européens maîtrisant leur chaîne de valeur de manière à leur imposer leurs normes ne sont peut-être pas si nombreux. L'UE est-elle si influente qu'elle puisse imposer ses normes à un niveau extra-territorial ?

### La nécessaire redéfinition du devoir de vigilance

C'est le moment de réévaluer notre loi de 2017 sur le devoir de vigilance, dont le caractère novateur a conduit à quelques impasses. Un rapport d'information d'une commission de l'Assemblée Nationale déposé le 24 février 2022 promet une révision allant dans le sens d'un renforcement des exigences à l'égard des entreprises. Le rapport recommande d'élargir très significativement le cercle des entreprises concernées, avec un abaissement des seuils de 5000 à 500 salariés.

Le rapport d'information envisage la création d'une autorité administrative ayant la mission d'interpréter la loi, d'accompagner et de contrôler les entreprises. Se placer dans la tradition des autorités administratives indépendantes permettrait en effet de fédérer les compétences et dénoncer les abus, tout en désamorçant certaines surenchères.

On ne peut que partager la recommandation de multiplier les initiatives de filières, sectorielles ou régionales. L'échelon pertinent pour avoir un impact sur les chaînes de valeur, en associant les parties prenantes, se trouve certainement plus à ce niveau qu'à celui des efforts individuels des entreprises.

On s'écartera des conclusions du rapport d'information sur d'autres points. Les définitions trop générales du droit français devraient laisser la place à un périmètre clair des normes environnementales, sociales et de droits humains à respecter, en prenant en exemple la loi allemande de 2021. Cela permettrait d'envisager un autre système de sanctions que les injonctions et les actions en responsabilité de la loi française de 2017, qui soulèvent de sérieuses questions. Le « tout punitif » pourrait aussi évoluer vers un contrôle des déclarations trompeuses et des engagements volontaires.

Telle qu'elle existe, et bien que le législateur s'en défende, la loi conduit à une approche assez formelle de la vigilance, qui la fait entrer dans le cadre des politiques de conformité. On ne peut que constater que des notations ESG élogieuses sont parfois attribuées à des groupes aux pratiques discutables. Ce risque ne concerne pas que les maisons de retraite, mais bien l'ensemble des informations extra-financières, des notations et des labels.

### Gérer ses devoirs ESG / RSE

En attendant cette révision nécessaire, qu'elle vienne de la directive CSDD ou d'une prochaine loi, il faut gérer les situations engageant ici et maintenant les entreprises et leurs investisseurs.

La conformité ESG dépasse le champ de la loi de 2017, qui ne concerne que 250 groupes. Elle touche aujourd'hui très largement les entreprises, par la combinaison des lois de conformité (environnementale, fiscale, sociale, numérique...) et de leurs engagements volontaires, souvent pris à l'instigation de leurs investisseurs ou de leurs banques, qui eux-mêmes s'engagent massivement dans cette voie. À cet égard, il y a plusieurs façons de se mettre en danger : ignorer ses obligations, accumuler les engagements vertueux sans leur donner suite, fixer la barre si haut que l'entreprise est vouée à échouer, ou encore décevoir les attentes des parties prenantes par de creuses déclarations...

Le pari est lancé : le développement ESG sert-il la création de valeur pour toutes les parties prenantes ? Il ne sera gagné que grâce à une gestion éclairée, dont les enjeux juridiques deviennent majeurs.

