

Devoir de vigilance européen : pour une clarification des obligations imposées aux entreprises

Note #32
Juin 2023



Raphaël MAUREL

*Secrétaire Général
de l'OEP
Directeur du
département
Éthique des affaires
de l'OEP*

EN BREF

La date du jeudi 1er juin 2023 est à marquer d'une pierre blanche dans l'histoire de l'éthique des affaires : le Parlement européen a adopté, à 336 voix sur 599, soit 225 contre et 38 abstentions, la **directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité**. Ce texte, annoncé depuis 2021 et préparé avec une célérité remarquable, **renforcera la protection de l'environnement et des droits humains dans l'Union européenne et au-delà**, une fois l'étape décisive du « trilogue » franchie. Cependant, la version du Parlement européen souffre, comme celle de la Commission, de plusieurs défauts qu'il est encore possible de corriger, à l'échelle européenne, nationale ou internationale.

La principale difficulté porte sur le champ matériel de la directive, c'est-à-dire **l'identification exacte des textes que les États devront faire appliquer aux entreprises** : la version votée en juin 2023 renvoie à de nombreux textes dont la valeur juridique et l'effectivité sont très discutables, de sorte qu'un grand flou s'installe en la matière. Une clarification s'impose.

Le texte voté en juin 2023 par le Parlement européen, sur le rapport du député européen Raphaël Glucksmann que l'on sait engagé sur le sujet du respect, par les entreprises, des droits de la personne humaine, a été adopté rapidement et dans un relatif consensus.

Une initiative nécessaire, un processus rapide, des limites persistantes

La création d'un « **devoir de vigilance européen** » est certainement nécessaire, au regard des nombreux scandales révélés et relayés par les médias ces dernières années. L'Union européenne, en tant que puissance régionale incontournable sur la scène internationale, est le niveau d'action idéal. Cependant, le contenu du texte soulève encore des interrogations majeures.

Une initiative européenne attendue

L'initiative de l'Union européenne s'inscrit dans un contexte international **d'attente forte en matière d'éthique des affaires**. Cependant, tant la latence de l'action européenne dans les négociations onusiennes que la rapidité avec laquelle le texte est préparée questionne.

Un blocage international rendant indispensable l'action européenne

C'est à la suite de l'effondrement tragique du Rana Plaza au Bangladesh, en 2013, que l'idée d'un encadrement international de l'activité des entreprises multinationales a émergé.

L'absence de contrôle des chaînes de valeurs des entreprises, qui a pu conduire à des violations massives des droits humains et environnementaux des travailleurs et de certaines populations, a alors été érigée en problématique majeure au sein même des Nations Unies. **Les instruments préexistants**, à l'instar des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ou « Principes de Ruggie » du nom de leur artisan¹ ou les Principes directeurs de l'OCDE², **restent d'application volontaire par les entreprises, et leur portée est manifestement insuffisante**. Ces instruments n'ont empêché ni le drame du Rana Plaza ni les autres scandales survenus depuis lors – par exemple, l'affaire Volkswagen en 2015, ou l'affaire Lafarge depuis 2016 –, de sorte qu'un instrument international est primordial.

Toutefois, l'ambitieux projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme n'a pour ainsi dire pas avancé depuis 2014, faute de volonté politique suffisante et unanime pour faire émerger un texte obligatoire pour les États. En outre, les débats onusiens auxquels participe l'Union européenne peinent à avancer. Cette dernière n'a toujours pas mandaté de négociateur habilité à y participer malgré l'impossibilité pour les États membres de se prononcer dans cette enceinte internationale sur des dispositions qui relèvent de compétences précisément transférées à l'Union.

L'Union, dont la position est très attendue en matière de vigilance, a finalement saisi l'occasion qui lui était donnée de se positionner en chef de file mondial de l'éthique des affaires. L'intérêt européen sur le sujet n'est pas nouveau ; l'idée de la nécessité d'une forme d'éthique européenne des affaires, dans un but de protection du consommateur, est apparue au milieu des années 1980 au sein des Communautés européennes, avec l'adoption en 1984 d'une première directive sur la publicité trompeuse³. Remplacé depuis

¹ Conseil des droits de l'homme, résolution 17/4 du 16 juin 2011, A/HRC/17/31.

² Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, 2011.

³ Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *JOUE* L 250 du 19.9.1984, pp. 17–20.

lors des directives plus précises et complète⁴, ce premier texte a rapidement été accompagné de nombreux dispositifs visant à renforcer certains aspects de l'éthique des affaires. On pense, par exemple et sans exhaustivité, à la résolution du Conseil de l'Union européenne de 2003 relative à la responsabilité sociale des entreprises⁵, à la résolution du Parlement du 13 mars 2007 sur le même thème⁶, à la communication de la Commission intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 » adoptée le 25 octobre 2011⁷, à la directive de 2013 puis son actualisation par la directive 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes⁸, ou encore, plus récemment, la directive CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) de fin 2022⁹. Le développement d'un devoir de vigilance au niveau européen était, par conséquent, un aboutissement logique.

Pour faire émerger un modèle européen en matière de vigilance, l'Union européenne pouvait en outre s'appuyer sur l'expérience française : la loi de 2017 relative au devoir de vigilance, qui impose une diligence particulière en matière de droits humains et de l'environnement aux grandes entreprises françaises, première mondiale¹⁰, depuis lors

⁴ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JOUE ITALIQUE L 376 du 27.12.2006, pp. 21–27.

⁵ Résolution du Conseil du 6 février 2003 sur la responsabilité sociale des entreprises, JOUE C 39 du 18.2.2003, p. 3.

⁶ Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat (2006/2133(INI)).

⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25.10.2011, COM(2011) 681.

⁸ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE L 330, 15.11.2014, pp. 1–9.

⁹ Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, JOUE L 322, 16.12.2022, pp. 15–80.

¹⁰ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

dupliquée – moyennant ajustements et améliorations parfois – par d'autres États comme l'Allemagne¹¹.

Un processus européen rapide

En mars 2021, une résolution du Parlement européen demandait la préparation d'un texte au niveau communautaire¹². En l'absence de blocage politique majeur, la Commission a remis début 2022 une proposition ambitieuse¹³, qui a été adoptée par les ministres qui composent le Conseil de l'Union fin novembre de la même année¹⁴.

La vitesse du processus interroge. Alors que le sujet est majeur, un minimum de blocage politique – notamment de la part des États européens les moins engagés en matière environnementale ou de respect des libertés fondamentales – aurait été prévisible. Pourtant, le texte a passé le filtre du Conseil de l'Union en ne subissant que des rectifications mineures. La version du Conseil est le résultat d'un compromis entre la proposition initiale de la Commission et les différents points de vue exprimés par les États membres. Il inclut certes des modifications importantes à la demande des États soucieux d'avancer dans deux directions : d'une part, proposer un texte cohérent et clair aux entreprises, d'autre part, éviter d'induire des réformes majeures des systèmes juridiques des États membres. L'essentiel du texte demeure néanmoins inchangé sur le fond : le projet de directive dresse une liste de normes que les entreprises soumises devront respecter, selon des modalités spécifiques qui constituent la substance de la « vigilance ».

¹¹ Loi sur le devoir de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, 16 juillet 2021, BGBl. I, 2021, S. 2959.

¹² Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises.

¹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, COM(2022) 71.

¹⁴ Orientation générale du Conseil concernant la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, 30 novembre 2022, 15024/1/22.

Il est donc possible de se demander si la version votée par le Conseil, dans un consensus remarquable, était aussi ambitieuse que celle annoncée de toutes parts. À la lecture du texte du Conseil, on note en effet que peu d'obligations vraiment nouvelles s'appliqueraient aux entreprises. **Si l'objectif général du texte dudit Conseil reste parfaitement louable, il n'en demeure pas moins que la directive, telle que proposée par le Conseil, n'aurait conduit qu'à contraindre les États membres à imposer aux entreprises agissant sur leur sol le respect d'obligations que les États ont déjà contractées.** Dès lors, ces États sont déjà censés faire appliquer ces obligations à leurs entreprises, *a minima* au nom du principe de *due diligence* en droit international – principe de droit coutumier selon lequel les États ont l'obligation de ne pas laisser utiliser leur territoire aux fins d'actes contraires au droit international ou aux droits des autres États.

On aurait dès lors pu attendre que l'Union européenne aille plus loin encore et ne se contente pas d'un renvoi à des dispositions existantes, au profit de dispositions nouvelles visant à augmenter le niveau des standards en matière de droits de la personne humaine et de durabilité au sein de son cadre juridique. Un tel objectif paraissait cependant bien ambitieux et le respect effectif des obligations actuellement applicables aux États par les entreprises agissant sur le sol de l'Union demeurerait, en soi, un enjeu majeur. La plus-value du projet européen résidait donc moins dans le fond matériel des normes dont le respect sera requis, que dans l'idée de « vigilance » et l'application extraterritoriale de la directive.

Tel était l'état du processus fin 2022, avant l'arrivée du texte au Parlement. Celui-ci a profondément remanié le texte, en en proposant une nouvelle version bien plus ambitieuse que celle du Conseil et de la Commission.

Un contenu ambitieux à l'initiative du Parlement européen

Sans qu'il soit possible ici d'aborder l'ensemble des apports du texte voté par les eurodéputés le 1er juin 2023 – on laissera notamment de côté la question de la responsabilité concrète des sociétés et de leurs administrateurs –, il faut relever qu'il va

beaucoup plus loin que celui adopté par le Conseil et la Commission, tant sur le volet institutionnel que matériel. L'ambition du texte du Parlement est telle **qu'il est fort douteux qu'il passe en l'état le filtre du « trilogue »**, pratique informelle dans le processus législatif de l'Union qui permet des négociations directes entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne pour s'accorder rapidement sur un texte commun. **Les dispositions qui ne survivraient pas au processus européen pourraient cependant servir de base de discussion** tant au stade de la transposition de la directive qu'au sein des Nations Unies.

Une application plus large du devoir de vigilance

Le projet voté par les eurodéputés étend dans un premier temps le champ d'application de la directive. La proposition de la Commission consistait à obliger – par l'intermédiaire des États membres – certaines entreprises européennes, selon une définition large, à se doter d'un plan de vigilance clair sur plusieurs points, tel que prévu par l'article 4 du projet :

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

- intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques et leurs systèmes de gestion des risques conformément à l'article 5 ;
- recenser les incidences négatives réelles ou potentielles conformément à l'article 6 ;
- prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur conformément aux articles 7 et 8 ;
- établir et maintenir une procédure relative aux plaintes conformément à l'article 9 ;
- contrôler l'efficacité de leur politique et de leurs mesures de vigilance conformément à l'article 10 ;
- communiquer publiquement sur le devoir de vigilance conformément à l'article 11 ».

Deux catégories d'entreprises étaient visées par le projet soumis au Parlement, à commencer par celles qui ont leur siège dans un État membre. Dans cette première hypothèse – la principale –, **les entreprises concernées étaient celles qui emploient plus de 500 salariés (à équivalent temps plein) et réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au niveau mondial**. D'autres entreprises immatriculées dans l'Union, d'envergure moindre, étaient **également concernées par la vigilance, dès lors qu'elles emploient 250 salariés et réalisent 40 millions d'euros de chiffre d'affaires au niveau mondial, dont au moins 50% réalisé dans un certain nombre de secteurs jugés stratégiques** : textiles, agriculture, sylviculture et pêche, alimentation, exploitation des ressources minérales, fabrication et commerce de produits métalliques.

Dans un second temps, la proposition de la Commission disposait d'une **portée extraterritoriale assumée et concernait deux types d'entreprises de nationalités étrangères aux États membres** : celles qui réalisent un chiffre d'affaires de plus de 150 millions d'euros dans l'Union, et celles qui réalisent entre 40 et 150 millions d'euros de chiffre d'affaires dans l'Union, mais dont 50% dans l'un des secteurs spécifiques mentionnés plus haut.

La plupart des TPE et PME étaient donc exclues du dispositif présenté au Parlement, ou, plutôt, n'étaient visées qu'à titre indirect, en cas d'intervention dans la chaîne de valeur d'une entreprise concernée. En effet, l'intéressant article 9 du texte introduit une obligation, pour les entreprises, de prévoir une procédure de plainte lorsque des personnes, syndicats ou ONG ont « des préoccupations légitimes quant aux incidences négatives » de leur activité en matière de droits de l'homme ou d'environnement, la particularité étant que la disposition concerne leur activité propre, mais également les activités des filiales et de leurs chaînes de valeur – sans que l'on sache, précisément, jusqu'à quelle extrémité de la chaîne de valeur il convient d'exercer la vigilance. Il était également regrettable que le secteur du numérique soit de facto exclu de ce champ. Un nombre très important de TPE du numérique, notamment dans le secteur des services, comprend en effet seulement quelques employés mais présente une chaîne de valeurs et un impact économique et écologique massif.

La version adoptée par le Parlement européen bouscule l'équilibre adopté par le Conseil de l'Union. Elle s'adresse, d'abord, aux entreprises « concernant les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et sur l'environnement qu'elles ont causées, auxquelles elles ont contribué ou auxquelles elles sont directement liées, en ce qui concerne leurs propres activités et celles de leurs filiales, ainsi que les activités menées par les entités de leur chaîne de valeur avec lesquelles l'entreprise entretient des relations commerciales » (article 1, a). Surtout, **elle divise par deux le seuil général d'applicabilité de la vigilance, en le fixant aux entreprises européennes employant plus de 250 salariés et réalisant 40 millions d'euros de chiffre d'affaires, quel que soit leur secteur d'activité.**

Elle élargit également le champ institutionnel du texte en prévoyant une applicabilité aux sociétés européennes n'atteignant pas ces seuils mais qui constituent les sociétés mères de groupes ayant employé 500 personnes et réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros, sans mention de secteurs spécifiques. Les conditions de l'application extraterritoriale de la directive sont également renforcées : y seront soumises toutes les entreprises étrangères ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 150 millions d'euros dont 40 millions sur le sol européen, que ce soit par elle-même pour par l'intermédiaire de leurs filiales, ou bien, là encore, lorsque l'entreprise étrangère n'atteint pas ce seuil mais qu'elle est la société mère ultime d'un groupe qui employait 500 personnes et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150 millions d'euros dont au moins 40 millions dans l'Union au cours du dernier exercice.

Le champ institutionnel de la directive en résumé

	Version du Conseil de l'Union (fin 2022)	Version du Parlement européen (juin 2023)
<p>Entreprises européennes concernées par la directive</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Toutes les entreprises employant au moins 500 salariés (ETP) et ayant réalisé 150 millions de CA annuel • Toutes les entreprises employant entre 250 et 500 salariés (ETP) et ayant réalisé au moins 40 millions de CA annuel, dont 50% dans des secteurs « à fort impact » (textiles, agriculture, sylviculture et pêche, alimentation...) 	<ul style="list-style-type: none"> • Toutes les entreprises employant au moins 250 salariés (ETP) et ayant réalisé 40 millions de CA annuel
<p>Entreprises étrangères concernées par la directive</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Toutes les entreprises étrangères ayant réalisé un CA net d'au moins 150 millions d'euros dans l'Union ; • Ou toutes les entreprises étrangères ayant réalisé un chiffre d'affaires de 40 millions d'euros dans un ou plusieurs des secteurs à fort impact. 	<ul style="list-style-type: none"> • Toutes les entreprises étrangères ayant réalisé un CA net d'au 40 millions d'euros dans l'Union ; • Ou toutes les entreprises étrangères qui sont « la société mère ultime d'un groupe » ayant employé 500 personnes et réalisé un CA net de plus de 150 millions d'euros au niveau mondial et 40 millions d'euros dans l'Union.

Cet abaissement significatif du seuil d'applicabilité de la directive rendrait, s'il était validé à l'issue du trilogue, rendrait les obligations applicables à un nombre pour l'instant difficilement chiffrable de sociétés. **Aussi, les questions de l'applicabilité concrète de la directive et du coût financier que constituera l'adaptation au droit européen par les entreprises les moins importantes** – on pense par exemple à l'institution, par les entreprises, d'une procédure interne permettant à n'importe quelle victime de se plaindre de la violation de ses droits par la société mère, les filiales ou les sous-traitants – **devraient continuer à se poser** jusqu'à l'adoption définitive d'un texte.

Le contenu concret du devoir de vigilance, qui consiste à appliquer et faire appliquer à sa chaîne de valeur des dispositions relatives aux droits de la personne humaine et environnementaux, a lui aussi été considérablement modifié par le Parlement.

Un champ matériel très élargi

Dans la version de la Commission, il était attendu des États qu'ils imposent aux entreprises le respect de dispositions conventionnelles communément admises en droit international, mais **pas directement applicables aux entreprises jusqu'alors**. Cela n'est pas surprenant : le droit international s'adresse uniquement à ses sujets, c'est-à-dire les États. Seuls ces derniers disposent en effet de la personnalité juridique nécessaire à la signature et à la ratification des traités par lesquels ils s'auto-contrainent à respecter les droits de l'homme ou les droits environnementaux. Par conséquent, les grands traités internationaux ne peuvent pas s'appliquer directement aux entreprises : ce sont les États, et non les entreprises, qui s'engagent à les respecter pour leur propre compte.

Par l'effet de la directive, les dispositions conventionnelles deviendront directement applicables – après transposition en droit interne – **aux sociétés transnationales**, ce qui, dans la mesure où les scandales fréquents démontrent une certaine impuissance des États

à les faire prévaloir à l'heure actuelle, peut être considéré comme hautement souhaitable, du point de vue de l'éthique des affaires.

Cependant, la Commission avait également intégré dans sa proposition le contenu de textes internationaux non contraignants, à l'instar de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Ces mentions parmi la section de l'annexe 1 relative aux « Conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales » avaient de quoi surprendre et soulevaient de redoutables problématiques juridiques, **tous les États membres n'ayant pas exprimé leur consentement à être lié par ces déclarations**. Il était dès lors attendu que l'orientation commune du Conseil opère une sérieuse purge. Le texte soumis au Parlement ne faisait ainsi plus mention de ces déclarations qu'en préambule, et mentionnait seulement une vingtaine de libertés fondamentales résultant de textes internationaux à valeur moins discutable. Ce faisait, **le Conseil de l'Union avait certainement fait muter la proposition de la Commission, atténuant fortement son ambition** : la directive n'aurait alors conduit qu'à contraindre les États membres à imposer aux entreprises agissant sur leur sol le respect d'obligations que les États avaient déjà contractées par ailleurs. Comme mentionné précédemment, **la plus-value du projet européen résidait moins dans le fond matériel des normes dont le respect était requis que dans l'idée de vigilance, dans l'institution d'une responsabilité concrète, et dans l'application extraterritoriale de la directive**. À la lecture du texte du Conseil, un double sentiment pouvait prévaloir : la satisfaction juridique résultant d'un texte cohérent du point de vue du droit international et des rapports de systèmes juridiques, et une certaine déception que l'Union ne parvienne pas à dépasser cet obstacle formel et se contente d'un renvoi à des dispositions existantes, au détriment de la création de dispositions nouvelles visant à augmenter le niveau des standards en matière de droits de la personne humaine et de durabilité.

Si elle tranche en faveur d'un contenu particulièrement ambitieux du devoir de vigilance, la version adoptée par le Parlement européen ne clarifie pas, loin de là, les choses. Le nombre de textes internationaux concernés par la vigilance se trouve considérablement augmenté au terme du vote, incluant des renvois problématiques à deux titres.

Le problème du renvoi à certains traités internationaux

D'une part, sont visées **des traités internationaux qui n'ont pas été ratifiés par l'ensemble des États**. Par exemple, l'annexe 1 rendra obligatoire, dans le projet voté en juin 2023, le respect par les entreprises – par l'intermédiaire des États membres – le respect de la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'Organisation internationale du travail. Or, celle-ci n'a été ratifiée que par vingt-quatre États dans le monde, dont seulement cinq États membres de l'Union (Allemagne, Danemark, Espagne, Luxembourg, Pays-Bas). Est-ce à dire que les vingt-deux autres États membres qui n'ont pas consenti souverainement à cette convention seront dorénavant contraints de la faire appliquer aux entreprises agissant sur leur sol, et que leur responsabilité, en cas d'absence d'intégration dans la législation nationale de ses dispositions, pourra être engagée devant la Cour de justice de l'Union dans le cadre d'un recours en manquement ?

Il y aurait là une forme de schizophrénie juridique difficilement acceptable pour certains États membres – et leurs juridictions. Quand bien même toutes les conventions visées auraient été ratifiées par tous les États, la question de leur interprétation se posera nécessairement : les juges de l'Union et les juges nationaux mobiliseront-ils les instruments d'interprétation du droit international – à savoir les articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités – ou des règles différentes ? Dans cette dernière hypothèse, lesquelles ? Les entreprises, dans la gestion des plaintes qui leurs seront adressées en interne, comme le prévoit la directive, devront-elles interpréter ces instruments en appliquant le droit international – auquel cas, sur quel fondement ? – ou seront-elles libres de développer leur propre jurisprudence, sous le contrôle du juge interne puis du juge européen, au risque d'une cacophonie juridique peu souhaitable ?

Une autre difficulté se pose lorsque la directive fait référence à des dispositions internationales qui ont fait l'objet de réserves, c'est-à-dire d'une opposition officielle reconnue comme telle en droit international, par certains États. On pense en particulier à

l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui proclame des droits culturels au profit des minorités, notamment linguistiques, et qui a fait l'objet d'une réserve de la France au nom du principe d'unité et d'indivisibilité de la République. On peine ici à concevoir comment la France pourrait accepter, sans révision constitutionnelle préalable, qu'une directive européenne revienne sur une réserve internationale historique.

Ces questions hautement délicates ne trouvent, à l'heure actuelle, aucune réponse dans le projet de directive adopté par le Parlement européen.

Le problème du renvoi à des déclarations

D'autre part, **le projet du Parlement européen réintroduit des déclarations qui n'ont pour l'instant aucune valeur juridique contraignante en droit international**. On pense ici particulièrement à la Déclaration des Nations unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, que la France refuse, pour des motifs de constitutionnalité similaires à ceux qui l'ont conduite à poser une réserve sur l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de reconnaître et d'appliquer.

Ainsi formulée, la directive pourrait donc contraindre les États membres à accorder une portée conventionnelle à ce type de déclarations internationales ou, à tout le moins, à **rendre leur contenu obligatoire et invocable à l'encontre des entreprises devant leurs tribunaux internes**, ce qui paraît là encore juridiquement très complexe – quand bien même cette solution serait politiquement envisageable. Par ailleurs, l'interprétation des dispositions déclaratives n'étant pas aisée même en droit international, un contentieux dense et à première vue peu utile pourrait émerger devant les tribunaux internes puis par renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, générant une situation parfaitement incongrue.

Ces problématiques, qui ne sont pas que des difficultés purement techniques mais soulèvent des questions sensibles – par exemple concernant la place de la Cour de justice de l'Union européenne ou des entreprises multinationales dans l'ordre juridique international – **semblent sous-évaluées, sinon ignorées, par les auteurs du projet de directive**, qu'il s'agisse de la Commission ou du Parlement européen. Pourtant, ces difficultés pourraient conduire, si elles n'étaient pas suffisamment anticipées et réfléchies dans le cadre du débat européen, à neutraliser le projet de directive, par exemple en aboutissant à un abandon de certaines parties du texte. **Autrement dit, la mise de côté de ces questions complexes pourrait s'avérer parfaitement contreproductive et conduire au résultat opposé à celui poursuivi, en abaissant sensiblement le niveau d'exigences que l'Union européenne aurait pu soutenir.** Sans amoindrir la portée ambitieuse de la directive, qui s'inscrit dans une éthique des affaires à notre sens hautement souhaitable, il est néanmoins possible d'y apporter des réponses satisfaisantes.

Propositions pour une directive vigilance ambitieuse et effective

Pour résoudre ces difficultés majeures, une option principale devrait être privilégiée. À défaut, il reste encore possible d'agir au niveau national (puisque toute directive doit être transposée en droit interne des États membres de l'Union) ou international.

Principalement, remplacer les renvois par des dispositions claires

Le choix de renvoyer à des dispositions spécifiques de droit international – ou, on l'a vu, à des déclarations non contraignantes – soulève la très délicate question de leur interprétation, en l'absence de juge international similaire à la Cour de justice de l'Union européenne. En outre, ces dispositions internationales ayant été pensées pour les États et

non à destination d'entreprises privées, elles peuvent se révéler inadéquates. Autrement dit, il pourra s'avérer difficile de savoir quel sera le contenu exact des obligations applicables aux entreprises, ce qui génère une forte insécurité juridique.

Pourtant, une autre voie était possible : choisir de rédiger de nouvelles dispositions.

Celles-ci pourraient alors soit, le cas échéant, être exactement identiques à celles contenues dans les traités internationaux ou déclarations mondiales, soit, au besoin, être modifiées et rédigées afin de tenir compte de la nature non-étatique des destinataires finaux des obligations, les entreprises.

Cette solution, qui peut encore émerger du « trilogue » dans la mesure où elle ne change pas fondamentalement les obligations applicables – le processus ne ferait que les préciser - **permettrait ainsi d'assurer une grande clarté et sécurité juridique.** Elle permettrait aussi, le cas échéant et plutôt que de se contenter à un renvoi qui fige l'obligation préexistante, **d'aller plus loin que certaines dispositions** – on pense par exemple aux articles des conventions climatiques, dont la dernière, l'Accord de Paris, a été conclu il y a déjà presque 10 ans et dont l'on sait qu'ils répondent à des objectifs que la communauté scientifique considère aujourd'hui comme bien trop peu ambitieux.

Les principaux inconvénients de cette solution sont, dans ces conditions, au nombre de trois. **Le premier est qu'il mettra en lumière les éventuels blocages politiques.** Les États peuvent en effet se satisfaire d'un renvoi imprécis à des dispositions conventionnelles dont ils peuvent éventuellement, ultérieurement, contester l'effet direct ou l'applicabilité aux entreprises. L'inclusion de dispositions totalement rédigées élimine ce type d'aléa, de sorte que le texte pourrait perdre en densité normative – tout en gagnant en prévisibilité et en effectivité.

Le deuxième, corolaire, est l'augmentation considérable du temps consacré aux débats et du volume de la directive, qui deviendrait à l'évidence un texte-fleuve. La question de savoir si l'Union souhaite un texte juridiquement novateur – sinon révolutionnaire –, ce qui ne peut certainement pas être préparé, discuté et adopté en seulement deux ou trois ans,

ou un texte qui réalise une synthèse de l'existant et renforce seulement – mais c'est déjà beaucoup – son effectivité au sein du cadre juridique européen.

Enfin, du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne, il est vrai qu'une telle rédaction précise pourrait être interprétée comme dénaturant le processus législatif européen concernant les directives, censées dégager des objectifs et laisser aux États le choix des moyens de les poursuivre. Cependant, il est de notoriété publique que les directives, sous l'effet des élargissements successifs de l'Union qui multiplient les possibilités d'interprétations divergentes des mêmes objectifs, sont de plus en plus précises et peu conditionnelles, de sorte **que les États n'ont souvent plus qu'à opérer une simple reprise du texte européen dans leurs textes nationaux**. Cet argument ne nous paraît, dès lors, pas opérant, surtout compte tenu de l'ambition affichée du texte.

Subsidiairement, agir au niveau de la transposition

Si la rédaction *in extenso* des dispositions actuellement insérées en Annexe 1 du projet de directive s'avérait politiquement ou temporellement impossible, **une telle rédaction pourrait intervenir au stade de la transposition en droit interne**. La France, forte de son expérience de pionnière en la matière, pourrait en effet adopter une « **loi vigilance 2** » très ambitieuse, reprenant les objectifs de la directive – conformément au droit de l'Union – tout en allant plus loin.

Cette « surtransposition » que nous appelons de nos vœux pourrait utilement consister, dans cette hypothèse, en **une rédaction complète des dispositions générales visées par la directive, afin d'assurer une plus grande clarté du droit**. Pour aller plus loin, **l'obligation constitutionnelle d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi pourrait même imposer une telle rédaction complète des dispositions soumises au devoir de vigilance**, tant la portée juridique exacte de certaines déclarations, si elles survivaient au « trilogue », est imprécise en l'état actuel du droit.

Anticiper les débats onusiens

La directive, quel que soit son contenu final, donnera matière à réflexion et à négociations au niveau international. Il est attendu qu'elle fasse office de levier à l'ONU, où les discussions stagnent en attendant une prise de position européenne. Or, **une convention universelle sur l'application des droits de l'homme et des droits environnementaux aux entreprises multinationales est une nécessité** que la France, forte de sa puissance diplomatique et de sa position pionnière en matière de vigilance, peut porter sur la scène mondiale¹⁵. Cette convention pourrait clarifier les obligations applicables aux entreprises et constituer alors l'occasion de rédiger de nouvelles clauses plus claires, que les États signataires devraient appliquer directement.

¹⁵ Sur ce sujet, voir F. Coulée, « Participation de la France au groupe de travail sur l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Solidarité européenne et valorisation de la loi sur le devoir de vigilance de 2017 », *AFDI*, 2018, vol. 64, pp. 749-761.

Synthèse des propositions pour une directive vigilance ambitieuse et effective

PROPOSITIONS

Nous proposons à titre principal de rédiger directement les dispositions destinées à être obligatoires pour les entreprises, et, à titre subsidiaire, d'agir à d'autres niveaux pour parvenir au même résultat.

1

Rédiger les dispositions applicables aux entreprises directement dans la directive

Rédiger de nouvelles dispositions spécifiques pour les entreprises apporterait plus de clarté et de sécurité juridique. Cette approche pourrait également permettre d'aller au-delà des dispositions existantes, si nécessaire et si un accord européen émerge des débats.

2

À défaut, saisir l'occasion de la transposition pour rédiger dans la loi les dispositions applicables aux entreprises

Rédiger en détail dans la loi les dispositions générales visées par la directive, afin d'assurer une plus grande clarté du droit.

3

Porter un texte ambitieux aux Nations Unies

La directive européenne, quelle que soit sa version finale, doit être un catalyseur pour stimuler les discussions au niveau de l'ONU sur l'application des droits de l'homme et des droits environnementaux aux entreprises multinationales, la France pouvant jouer un rôle de premier plan grâce à sa puissance diplomatique et à son expérience en matière de vigilance.