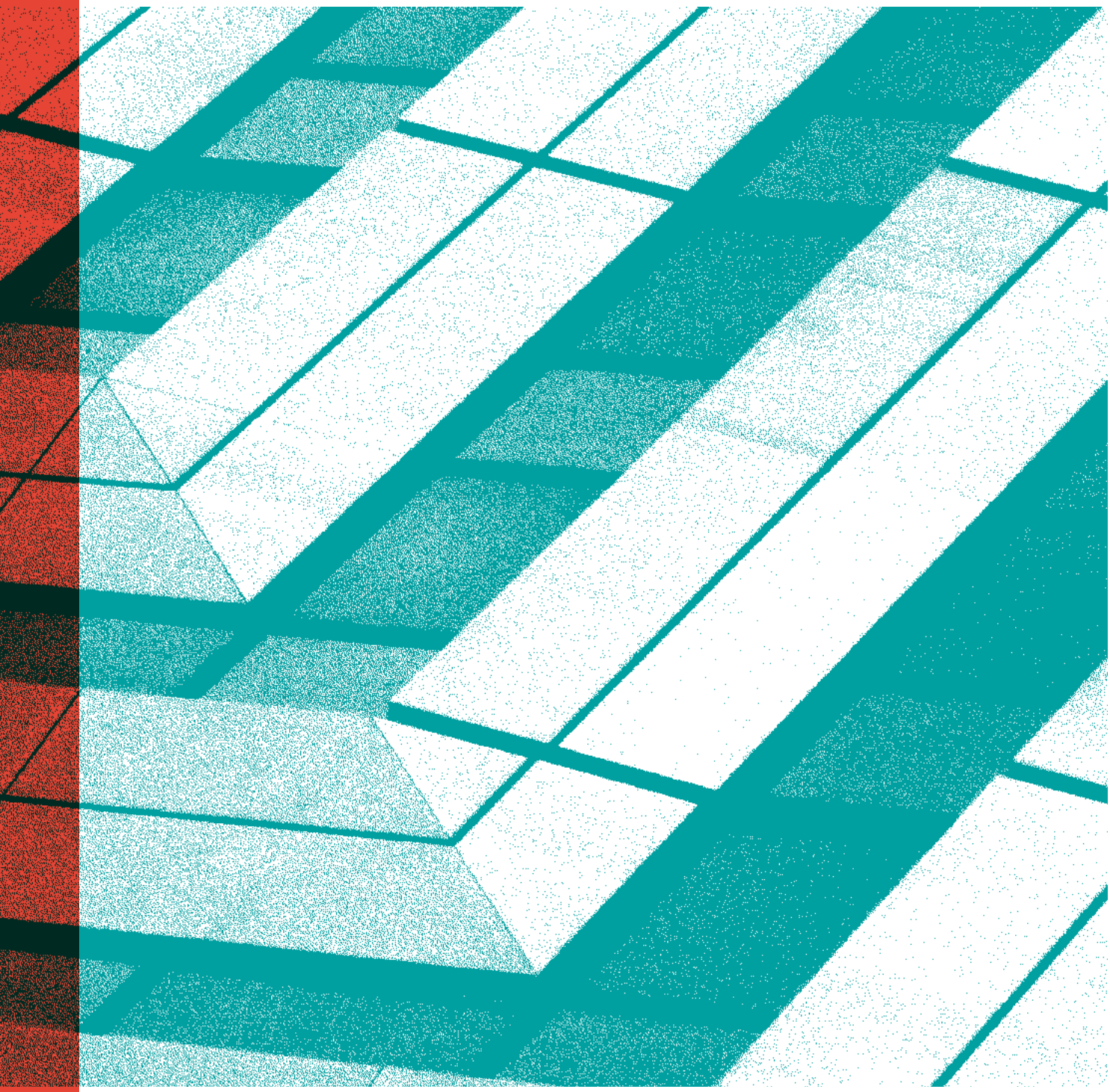
Guide de Référence pour les Plans de Vigilance

Première édition

Sherpa



Guide de Référence pour les Plans de Vigilance

Première édition

Sherpa

Publié par Sherpa
94, rue Saint-Lazare, 75009 Paris

Sherpa

Sherpa, créée en 2001, a pour mission de combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation et de défendre les communautés victimes de crimes économiques.

Sherpa œuvre pour mettre le droit au service d'une mondialisation plus juste. L'action de l'association repose sur quatre outils interdépendants que sont la recherche, le contentieux, le plaidoyer et le renforcement de capacités. Ces actions sont menées par une équipe de juristes et d'avocats. Les activités de Sherpa ont contribué à l'indemnisation de communautés affectées par des crimes économiques, à des décisions judiciaires historiques à l'égard de multinationales et de leurs dirigeants et à des politiques législatives inédites.

Introduction 9

Résumé exécutif 13

Détail des éléments proposés 21

I. Les principes transversaux : contenu, champ d'application et périmètre du devoir de vigilance 22

Le contenu du devoir de vigilance 23

La société débitrice de l'obligation de vigilance 26

Périmètre organisationnel de l'obligation de vigilance : les sociétés sur lesquelles la vigilance doit s'exercer 30

Périmètre substantiel de l'obligation de vigilance : les impacts sur lesquels la vigilance doit s'exercer 37

Périmètre temporel de l'obligation de vigilance : le moment pour exercer la vigilance 42

Périmètre interpersonnel de l'obligation de vigilance : les personnes qui participent au devoir de vigilance 44

II. Les mesures de vigilance devant être établies, mises en œuvre et publiées 50

Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation 51

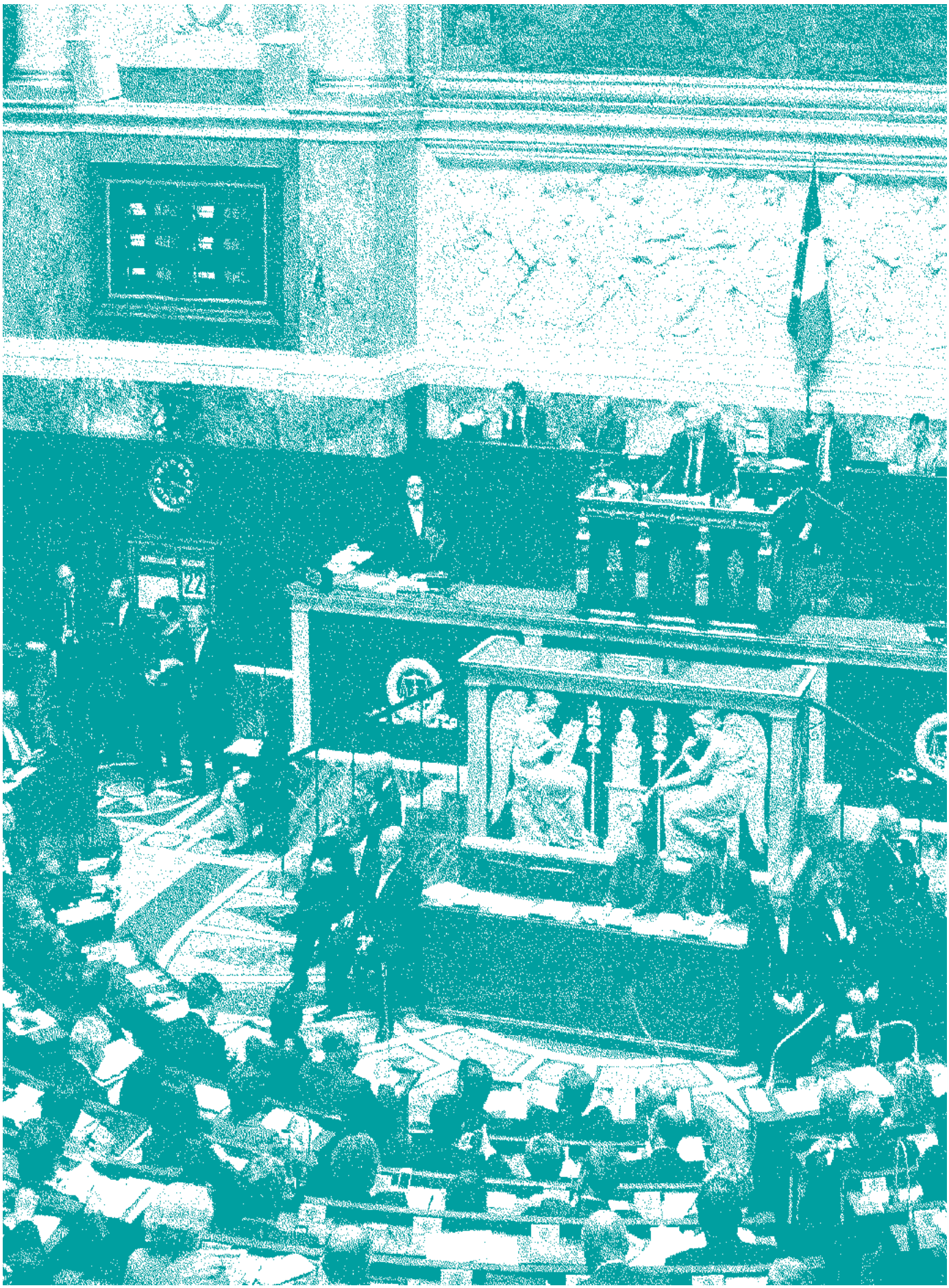
Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques 56

Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves 60

Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société 65

Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité 72

Annexes 77



Introduction

L'ambition de ce Guide de Référence pour les Plans de Vigilance (ci-après le « Guide ») est d'exposer la compréhension que notre organisation a de la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre[1] (ci-après la « Loi devoir de vigilance ») et de fournir un outil aux différents acteurs qui souhaitent s'en saisir. En particulier, le présent Guide devrait permettre à la société civile, notamment aux syndicats et aux organisations non gouvernementales (ONG), d'aborder la loi ou d'en approfondir leur connaissance.

Ils pourront s'appuyer sur ce document dans le cadre de leurs actions visant à contribuer au respect des droits humains et de l'environnement sur le fondement de la Loi, dans tous les secteurs de l'économie, qu'il s'agisse d'actions contentieuses ou de plaidoyer. Il pourra servir de support dans le cadre du dialogue avec les parties prenantes autour de la mise en œuvre des nouvelles obligations issues de la Loi devoir de vigilance. Le Guide pourra également constituer un outil de formation et de sensibilisation sur les nécessaires améliorations du texte législatif. Il pourra également alimenter la réflexion autour du développement de nouveaux outils européens ou internationaux en matière de vigilance.

> Le Guide ne pourra cependant en aucun cas refléter de quelconques « attentes minimales » de notre organisation et ne saurait valider automatiquement, pour les parties prenantes telles que Sherpa, des Plans qui s'en seraient inspirés ou y feraient référence.

La Loi devoir de vigilance en quelques mots

Après une épopée législative[2], la Loi devoir de vigilance a finalement été adoptée par l'Assemblée Nationale en février 2017. Elle a été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel le mois suivant, s'agissant de l'amende civile qui ne respectait pas les impératifs de la légalité criminelle[3]. Pour le reste, les dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution.

La Loi devoir de vigilance instaure dans le code de commerce un devoir de vigilance, une obligation légale de comportement prudent et diligent, dont sont débitrices les sociétés mères de groupes qui emploient au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde.

Ce devoir de vigilance consiste pour elles à établir, mettre en œuvre de façon effective et publier « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement[4] ». Ces mesures doivent concerner les filiales, sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Elles doivent être formalisées dans un Plan de Vigilance (ci-après le « Plan »), support matériel de la vigilance, rendu public et inclus dans le rapport de

1. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 1*, ci-après *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance.*

2. Catherine MONNET, « Il était une fois une loi ». *La Chronique d'Amnesty International, Entreprises*, 20 septembre 2017, [https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/entreprises-il-etait-une-fois-une-loi]

3. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. 13 et 14.

4. *C.com.*, art. L. 225-102-4, créé par la *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance*, art. 1.

gestion des sociétés, au même titre qu'un compte-rendu sur sa mise en œuvre effective. Les mesures de vigilance comprennent notamment, mais pas exclusivement : une cartographie des risques, des procédures d'évaluation de la chaîne de valeur, des actions d'atténuation et de prévention, des mécanismes d'alerte et des dispositifs de suivi de la mise en œuvre effective et efficace des mesures

La Loi prévoit également que le Plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale[5]. Cette disposition rappelle la nécessaire implication des parties prenantes et notamment des personnes directement affectées, dans l'élaboration du Plan de vigilance et dans sa mise en œuvre effective. La Loi prévoit, par ailleurs, deux dispositifs distincts de mise en œuvre. L'un concerne la mise en conformité avec la Loi à titre préventif, avec recours au juge. L'autre renvoie au droit commun de la responsabilité, en cas de dommage consécutif à un défaut de vigilance.

En effet, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut, après une mise en demeure restée infructueuse au bout de trois mois, demander au juge, statuant en référé le cas échéant, d'ordonner l'établissement, la publication et la mise en œuvre effective des mesures de vigilance, y compris sous astreinte. Par ailleurs, en cas de dommage, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut introduire une action en responsabilité devant le juge, visant à obtenir la réparation du dommage, y compris si celui-ci a lieu à l'étranger. Les demandeurs devront alors démontrer un manquement au devoir de vigilance, un dommage et un lien de causalité entre eux.

La loi est partiellement entrée en vigueur dès le 28 mars 2017. Les premiers Plans ont été inclus dans les rapports de gestion de l'exercice 2017, publiés majoritairement courant 2018. Le premier compte-rendu sur la mise en œuvre effective du Plan et la possibilité d'introduire des actions judiciaires sur le fondement de la Loi, en revanche, ne pourront intervenir qu'à compter de la publication des rapports de gestion portant sur l'exercice 2018, soit pour la plupart dans le courant de l'année 2019[6].

Les premiers Plans de vigilance en quelques mots

Les premiers Plans publiés en 2018, particulièrement succincts[7], sont d'une légèreté qui contraste avec l'importance des enjeux de la Loi devoir de vigilance. Ce phénomène serait-il révélateur d'une inquiétude des sociétés sur la conformité de leurs activités aux normes relatives aux droits humains et à l'environnement ? Ou bien le signe d'un manque de considération quant aux nouvelles obligations issues de la Loi ? Leur lecture ne permet pas, pour la plupart, d'appréhender précisément quels risques ont été identifiés par les sociétés, leur localisation au sein du groupe et encore moins la façon dont la société y répond.

> Le devoir de vigilance comprend pourtant bien, outre l'établissement et la mise en œuvre effective des mesures, une obligation de transparence et d'information, à travers la publication du Plan, support matériel de l'obligation.

5. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance*, art. 1, para. 4.

6. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance*, art. 4.

7. Par exemple, la société mère d'un grand groupe du secteur extractif a publié un Plan de six pages environ, alors que le groupe possède plus de 900 filiales opérant dans près de 130 pays.

Sans une image complète et sincère des risques et de leur traitement, la société et ses parties prenantes ne sont pas en mesure de connaître ou d'alerter sur les impacts de la société, ni de s'engager de manière adéquate dans leur résolution. Ainsi, outre le défaut de publication en tant que tel, le manque d'information ne permet pas à la vigilance d'être effective alors que c'est là-aussi l'un des aspects de cette nouvelle obligation légale. En effet, les sociétés débitrices de l'obligation doivent s'assurer que le Plan est mis en œuvre « de manière effective[8] ».

Par ailleurs, l'obligation de publication du Plan de vigilance doit permettre un recours effectif à la justice sur le fondement de la Loi. Les parlementaires avaient finalement renoncé au renversement de la charge de la preuve, tel qu'il apparaissait dans la première version de la proposition de loi, dans le cadre des actions en responsabilité[9], en échange d'une publication sincère et exhaustive des mesures.

> « Si le dispositif renonce à un renversement du fardeau de la preuve, il l'aménage néanmoins pour rétablir l'égalité des armes entre les parties. L'obligation de communication au public du plan de vigilance permet au demandeur de connaître les mesures prises par l'entreprise pour prévenir les atteintes aux droits et les situations de corruption[10]. »

Enfin, les référentiels de droit souple en matière de conduite responsable des entreprises qui définissent la notion de diligence raisonnable y incluent un impératif de transparence[11].

En effet, ces référentiels permettent de définir la diligence raisonnable comme un comportement volontaire, constant, prudent et diligent des entreprises, visant à identifier, prévenir et réparer les risques et impacts de leurs activités sur les droits humains et l'environnement, à travers leurs chaînes de valeur[12]. Cette diligence raisonnable comprend un impératif de transparence et de communication autour des mesures de diligence prises par les entreprises, afin d'assurer leur effectivité[13]. La Loi devoir de vigilance a explicitement vocation à sédentariser ces référentiels de droit souple dans le droit positif. Ils doivent ainsi éclairer son interprétation et sa mise en œuvre et inciter les sociétés débitrices de l'obligation à une publication sincère et exhaustive des mesures de vigilance[14].

8. *C.com.*, art. L. 225-102-4.-I ; v. aussi, Assemblée nationale, *Rapport n°2628, devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, M. Dominique Potier*, 11 mars 2015, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2628.asp#P252_90424], « Telle qu'elle est rédigée, la proposition de loi ne se contente pas de demander à l'entreprise d'apporter la preuve que des inspecteurs sont passés, par exemple, dans des ateliers textiles, mais bien de montrer qu'ils les ont effectivement contrôlés. »

9. Assemblée Nationale, *Proposition de Loi n°1519, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 6 novembre 2013, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp]

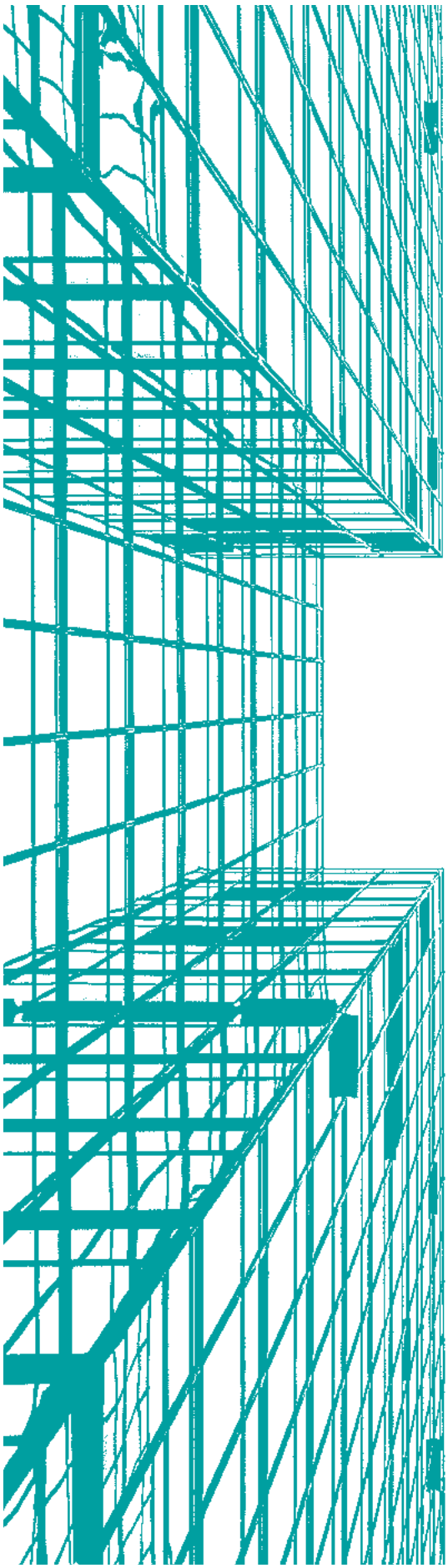
10. AN, *Rapport n°2628*, op. cit.

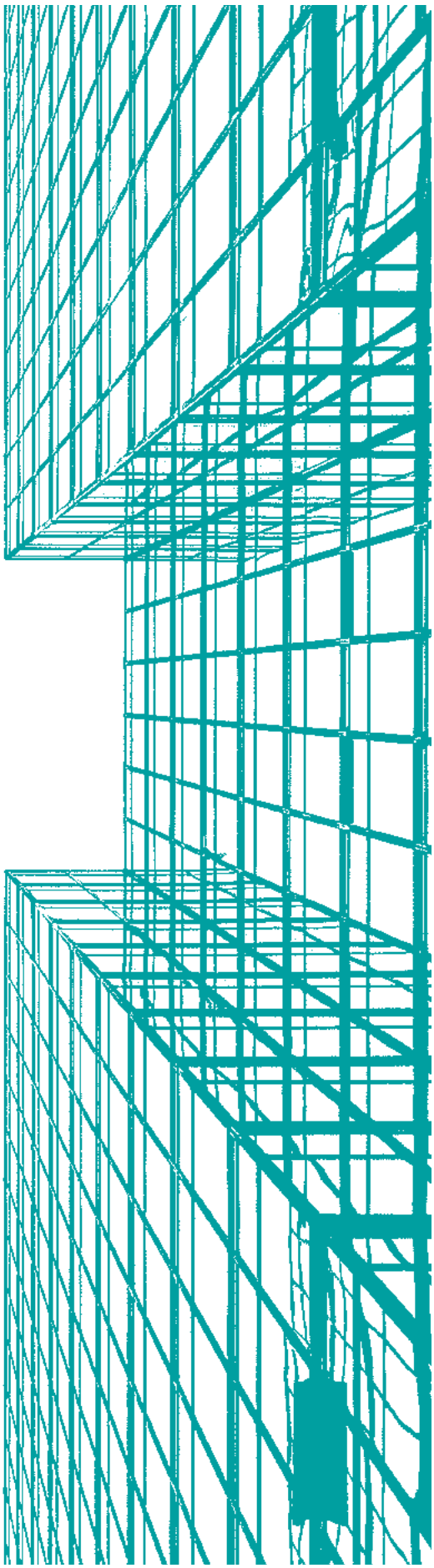
11. Ces référentiels sont listés en Annexe.

12. La notion de droit souple désigne les normes non contraignantes adoptées par des institutions nationales, régionales et internationales. On retient principalement, en matière de conduite responsable des entreprises : ONU, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, 2011, [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf] ; OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, [http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm]

13. V. OCDE, *Principes directeurs*, Chapitre II, Principes généraux, para. 10, Chapitre III, Publication d'informations et Chapitre IV, Droits de l'homme, para. 4 ; *v.* également ONU, Principes relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, II, Principes 16 et 21.

14. Assemblée nationale, *Proposition de loi n°2578, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 11 février 2015, exposé des motifs, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2578.asp], « il est important de transposer en droit français le devoir de vigilance » contenu dans les référentiels de droit souple, également listés par l'exposé des motifs.





Résumé exécutif

Le Guide est scindé en deux parties. D'une part les « principes transversaux », c'est-à-dire le contenu, le champ d'application et le périmètre de l'obligation, qui doivent guider en permanence le comportement de la société dans l'exercice du devoir de vigilance. Ces principes devront ainsi être gardés à l'esprit et intégrés de façon transverse dans le Plan. En effet, l'obligation de vigilance est avant tout une obligation générale de comportement prudent et diligent[15].

La deuxième partie porte plus spécifiquement sur les cinq mesures annoncées par la Loi, étant précisé que ces mesures ne sont ni limitatives, ni exclusives. La Loi prévoit d'ailleurs qu'elles puissent être complétées par un décret[16]. Il paraît en outre logique que la société mette en place toute mesure supplémentaire lui permettant de satisfaire son obligation générale de vigilance, à savoir l'identification des risques et la prévention des atteintes graves en matière de droits humains, d'environnement, de santé et de sécurité dans sa chaîne de valeur.

À chaque étape et en réponse au manque de transparence des premiers Plans publiés en 2018, le Guide fait ressortir les éléments à retenir et à publier afin de respecter l'exigence de transparence du devoir de vigilance, tout en assurant son effectivité. Ces éléments sont repris ci-après dans le résumé exécutif. Ils apparaissent en rouge dans le corps du Guide. S'y ajoutent des explications ancrées dans le texte de la Loi, mais également dans les exigences du droit souple. En effet, comme mentionné en introduction, ces référentiels doivent guider l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi. Par ailleurs, la grande majorité des sociétés affirment y adhérer[17]. Ces références devraient ainsi leur permettre de rapidement faire le lien entre leurs engagements de longue date et les nouvelles obligations issues de la Loi.

Le corps du Guide présente également à chaque étape des pistes d'évolution qui peuvent alimenter le dialogue avec les parties prenantes. De façon occasionnelle, le Guide propose également des cas pratiques sous forme d'encadrés. À ce titre, il est important de noter le choix délibéré des auteurs de ne pas parler de « bonnes pratiques ». La qualité des mesures de vigilance dépendra, pour chaque société, de ses circonstances particulières d'opération.

15. On peut parler de « chapeau » de l'obligation, *C.com.*, art. L. 225-102-4.-I alinéas 1 à 4.

16. *C.com.*, art. L. 225-102-4.-I.

17. AN, *Proposition de loi n°2578, op. cit.*, exposé des motifs « Ces mesures de vigilance sont déjà prises par de nombreuses entreprises dans le cadre notamment d'initiatives sectorielles ou d'engagements internationaux tels que le Pacte mondial. Il ne s'agit donc que d'intégrer dans notre droit le recours à des règles de bonne conduite auxquelles la majorité des entreprises souscrit déjà, dans le respect de notre modèle juridique.»

Les principaux éléments à retenir

I. Les principes transversaux : contenu, champ d'application et périmètre du devoir de vigilance

Les principes transversaux doivent guider en permanence le comportement de la société dans l'exercice du devoir de vigilance et devront être intégrés à travers tout le Plan.

1. Le contenu du devoir de vigilance

Il s'agit d'une obligation légale de comportement prudent et diligent, permettant d'identifier et de prévenir les risques et atteintes graves aux droits humains, à l'environnement, à la santé et à la sécurité. Elle est matérialisée par un Plan de vigilance. Un Plan **formalisé, accessible, transparent, exhaustif et sincère** est rendu public de façon visible sur les différents sites internet du groupe et diffusé au sein de celui-ci et chez ses partenaires commerciaux. Il est mis à jour régulièrement et notamment en cas d'événement majeur. Il est accompagné d'un compte-rendu de la mise en œuvre effective, document narratif synthétique comprenant les indicateurs propres à démontrer **l'effectivité et l'efficacité des mesures du Plan.** Ce compte-rendu est mis à jour une fois par an. Les deux documents sont inclus dans le rapport de gestion et reflètent chaque année, de façon comparable, l'état des mesures de vigilance à la clôture de l'exercice.

2. La société débitrice de l'obligation de vigilance

Le Plan devrait contenir les informations pertinentes ayant permis de déterminer pourquoi la société est couverte par la Loi et en particulier, la liste des filiales directes et indirectes considérées pour le calcul du nombre de salariés au cours des deux derniers exercices financiers, le nombre de salariés par entité considérée et leur localisation. Pour les sociétés contrôlées également débitrices du devoir de vigilance, la société mère doit clarifier si ces sociétés réalisent leur propre Plan ou si la société mère les fait bénéficier du mécanisme d'exemption prévu par la loi. Les sociétés en bénéficiant doivent l'indiquer et renvoyer par un lien au Plan établi par la société mère.

3. Périmètre organisationnel de l'obligation de vigilance : les sociétés sur lesquelles la vigilance doit s'exercer

a — Le périmètre groupe : les sociétés contrôlées

Le Plan devrait contenir les informations relatives au périmètre groupe du Plan de vigilance établi par la société débitrice de l'obligation, c'est-à-dire la liste des sociétés contrôlées couvertes par le Plan, avec pour chacune d'elles les informations relatives au contrôle exercé par la société mère pouvant justifier l'inclusion ou l'exclusion du périmètre du Plan, les pays d'implantation

et d'opération, le nombre de salariés et les activités. **La publication devrait se faire dans un format permettant de traiter les informations.** Elle peut exceptionnellement se faire à part, du moment que le plan y renvoie par un lien hypertexte.

b — Le périmètre extra-groupe : les fournisseurs et sous-traitants

La société débitrice devrait établir et publier les informations relatives au périmètre extra-groupe du devoir de vigilance, c'est à dire la liste des fournisseurs et sous-traitants couverts par le Plan à raison des relations commerciales établies entretenues avec la société mère et ses filiales. En fonction du nombre de fournisseurs et sous-traitants concernés, la publication ne pourra pas nécessairement être réalisée directement dans le corps du Plan lui-même. Dans ce cas, il devrait pouvoir y renvoyer clairement, par exemple par un lien hypertexte. La publication devrait se faire dans un format permettant de traiter les informations. Ces dernières devraient inclure notamment le nom, l'adresse, les produits ou services fournis, des informations relatives au nombre de travailleurs, aux produits utilisés et à leur provenance, la liste des sous-contractants autorisés, la part de la chaîne d'approvisionnement représentée par la publication, la dernière mise à jour de l'information et le calendrier des prochaines mises à jour.

Les sociétés n'étant pas en mesure d'identifier précisément la totalité de ce périmètre ou de ces informations dans l'immédiat devraient indiquer clairement dans le Plan publié le calendrier et les objectifs intermédiaires qu'elles fixent à ce sujet. **Les sociétés se trouvant dans l'incapacité partielle ou totale d'identifier ce périmètre ou ces informations dans un délai raisonnable devraient envisager sa réorganisation.**

4. Périmètre substantiel de l'obligation de vigilance : les impacts sur lesquels la vigilance doit s'exercer

La société débitrice devrait recenser les droits humains qu'elle doit respecter, identifier leur contenu et les écarts potentiels dans les différents pays où le groupe opère. Il en va de même en matière de normes environnementales, de santé et de sécurité étant précisé que **ces trois thématiques sont inter-dépendantes et indivisibles.** Le Plan publié doit faire ressortir les mesures de vigilance prises pour la totalité de ce périmètre substantiel. Lorsque des écarts sont identifiés entre le droit international, le droit français et le droit local, avec un risque ou des atteintes graves qui en découlent, le Plan devrait mettre en évidence ces écarts de législations et faire état, de façon claire, des normes sur le fondement desquelles l'entreprise définit son comportement, en mettant en exergue le cas échéant la manière dont elle résout des conflits de normes.

5. Périmètre temporel de l'obligation de vigilance : le moment pour exercer la vigilance

La société débitrice doit, **de façon constante**, adopter un comportement vigilant par lequel elle identifie et prévient les risques et atteintes graves. À ce titre, le Plan, qui matérialise le respect de l'obligation, devrait être mis à disposition du public dès son établissement puis mis à jour aussi régulièrement que possible, en fonction de l'évolution des risques, des atteintes et de leur gestion. **Il ne s'agit pas d'un simple exercice de reporting à terme.**

6. Périmètre interpersonnel de l'obligation de vigilance : les personnes qui participent au devoir de vigilance

a — L'association générale des parties prenantes

L'implication des parties prenantes est également à décliner sur chaque mesure du Plan. Les sociétés y sont fortement incitées par la Loi et par les référentiels de droit souple qu'elle sédentarise en droit positif. Elle est de toute façon inévitable dans la pratique pour assurer l'établissement et la mise en œuvre effective du Plan et le caractère raisonnable des mesures de vigilance. Aussi, les entreprises devraient publier la liste des parties prenantes internes et externes impliquées dans l'établissement et la mise en œuvre de chaque mesure du Plan.

La publication devrait indiquer la méthodologie relative au choix des parties prenantes, c'est-à-dire leur définition et les critères ayant mené à leur sélection. La société devrait donner également des précisions sur la fréquence, les espaces et le mode d'interaction privilégiés: information préalable, entretiens, auditions, consultations, questionnaires, discussion en conseil d'administration, en comité social et économique ou en comité d'entreprise européen, etc. Les résultats de ces démarches devraient être indiqués et la société devrait justifier de leur prise en compte ou de leur exclusion dans l'établissement et la mise en œuvre du Plan.

b — Les initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale

En cas de recours à des initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale, l'entreprise devrait publier la liste de celles-ci, ainsi qu'une évaluation critique de l'initiative à échéance régulière.

L'évaluation devrait prendre en compte notamment, la pertinence des parties prenantes impliquées, le mode d'interaction, le cahier des charges de l'initiative et sa gouvernance, la qualité des mécanismes de réclamation internes, les résultats des indicateurs de suivi et d'effectivité, les critiques émises par des observateurs ou encore le niveau de transparence de l'initiative.

c — L'organisation de la gouvernance

L'organisation de la gouvernance du Plan devrait également être indiquée de façon globale et pour chaque mesure du Plan.

II. Les mesures de vigilance devant être établies, mises en œuvre et publiées

Ces mesures énoncées par la Loi ne sont pas limitatives ou exclusives : la société doit mettre en place toute mesure supplémentaire lui permettant de satisfaire son obligation générale de vigilance, à savoir l'identification et la prévention des risques et atteintes graves selon les périmètres précédemment identifiés.

1. « Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »

a — Identification des risques

Le Plan devrait contenir la méthodologie d'identification des risques dans le périmètre du Plan et les outils utilisés ou que l'entreprise prévoit de mettre en place. La publication doit se faire de façon exhaustive et sincère en ce qui concerne les résultats de l'identification des risques et présenter de façon détaillée les risques et atteintes graves par exemple par produits, régions, entités, activités et secteurs. Si l'identification des risques et des atteintes graves est incomplète, la société devrait en préciser les raisons et un calendrier pour sa finalisation. **Il s'agit bien sûr des risques pour les tiers et l'environnement et non pour la société elle-même.**

a — Analyse et hiérarchisation

La société devrait faire état de la méthodologie d'analyse, d'évaluation et de hiérarchisation des risques. Celle-ci doit dépendre d'une part de la gravité, évaluée en fonction de l'échelle, de l'ampleur et du caractère réversible ou non des atteintes et, d'autre part, de la probabilité du risque ou d'aggravation de l'atteinte. **Cette hiérarchisation n'a pas vocation à exclure des risques ou atteintes graves du champ de la vigilance mais à prioriser les réponses dans le temps en cas de contraintes de ressources, avec l'objectif à terme de traiter la totalité des risques.**

La hiérarchisation finale et globale de la totalité des risques établie par l'entreprise devrait également être présentée de façon **accessible, sincère et exhaustive**, ce qui implique de présenter **plusieurs cartographies**, si nécessaire, pour leur lisibilité.

2. « Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques »

Sur le périmètre organisationnel identifié pour le Plan, la société devrait établir et publier les outils, la méthodologie, les objectifs et le calendrier des procédures d'évaluation de la situation des filiales, fournisseurs et sous-traitants. Comme l'indique le recours au pluriel, ces mesures doivent être multiples et complémentaires pour éviter au maximum les lacunes dans l'évaluation et le suivi des sociétés. La société devrait publier les résultats des évaluations et en particulier les indicateurs pertinents ainsi que leur méthode d'élaboration et de calcul, afin de mettre en évidence les progressions, les stagnations et régressions. Elle devrait indiquer les mesures correctives adoptées, si besoin, ainsi que leur calendrier.

3. « Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves »

La société doit établir des mesures préventives, d'atténuation et **de réparation** avec les parties prenantes en fonction de la hiérarchisation des risques et des ressources humaines, techniques et financières de la société. La société doit publier pour chaque risque identifié une synthèse des mesures de prévention, atténuation et réparation à mettre en place, leur calendrier et des indicateurs permettant de suivre leur effectivité et leur efficacité. Il serait également pertinent d'indiquer la méthodologie de choix des indicateurs ainsi que les sources de données.

4. « Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société »

a — Établissement de différents outils composant les mécanismes d'alerte et de recueil des signalements

La société doit établir des mécanismes **décentralisés** en fonction du périmètre du devoir de vigilance, et des mécanismes de remontée des informations au niveau global ou de centralisation pour assurer la mise à jour du Plan en tant que de besoin. Elle devrait également faire la distinction entre les mécanismes dédiés aux risques et les mécanismes dédiés aux atteintes et établir les procédures, les garanties et calendriers de traitement propres à chacun. Les cas d'urgence doivent être anticipés.

La liste des différents mécanismes et procédures, leur périmètre et leurs destinataires, doit être publiée et fournir en particulier des précisions sur **leur accessibilité, adapatabilité, sécurité et confidentialité.** L'information doit être diffusée largement en interne et en externe, de façon adaptée à chaque

destinataire potentiel des différents mécanismes. Pour démontrer le caractère effectif et efficace de ces mécanismes, le Plan doit comprendre des indicateurs sur la prise en compte des alertes et des signalements dans l'identification et la réponse aux risques ou aux atteintes. De tels indicateurs comprennent notamment la publication de cas traités et anonymisés. **À défaut de pouvoir immédiatement mettre en place des mécanismes exhaustifs, la société doit prévoir des étapes intermédiaires claires, un calendrier global et en rendre compte dans son Plan.**

b — La concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société

Le Plan devrait comprendre des éléments de précision sur la méthodologie d'élaboration des mécanismes d'alerte et de signalement en association avec les parties prenantes. Il doit impérativement comprendre les éléments relatifs à l'implication des syndicats dans l'établissement du mécanisme et idéalement, dans le suivi des alertes et signalements.

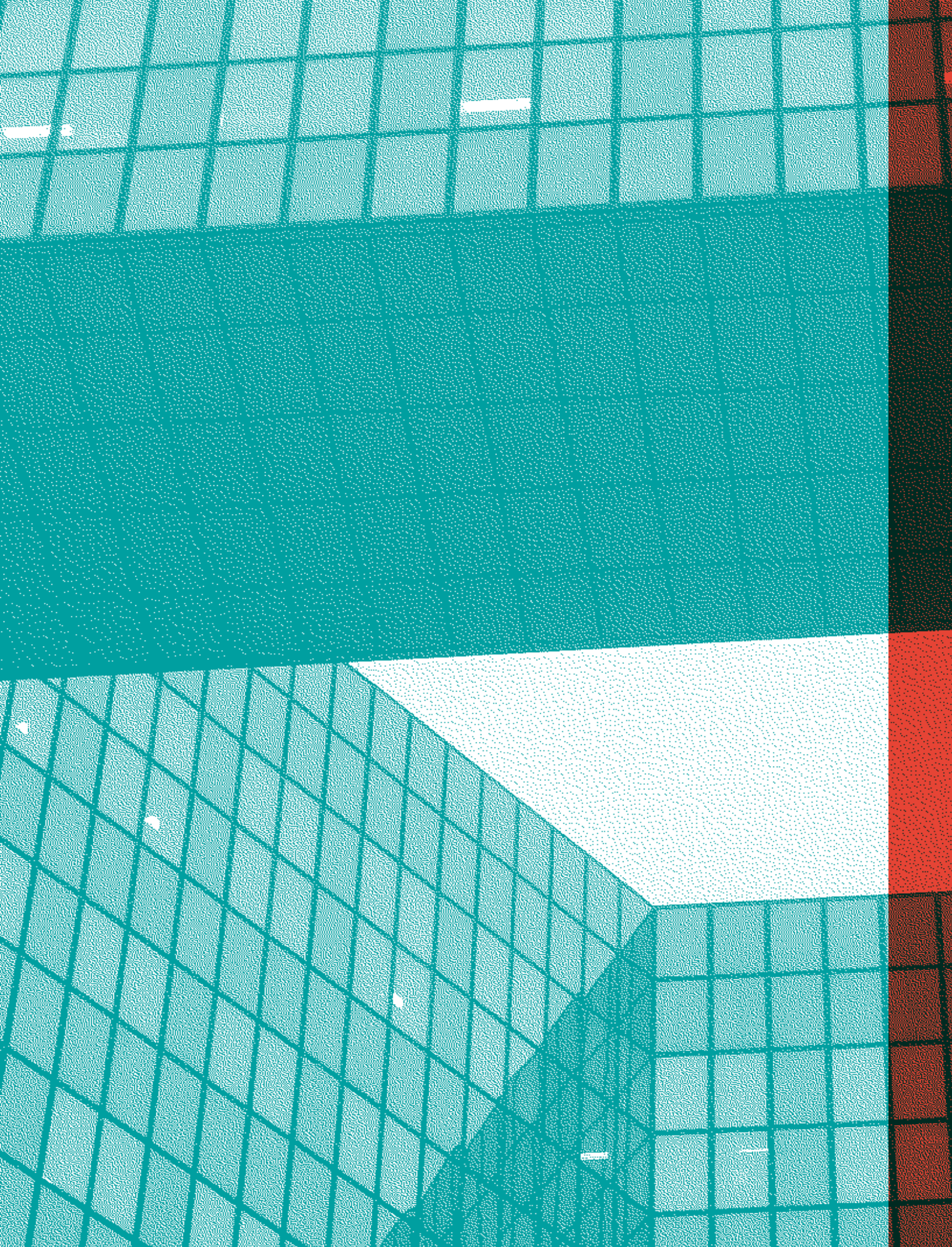
5. « Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité »

La société devra établir un dispositif de suivi pour chaque risque, atteinte et mesure correspondante, ainsi qu'un dispositif global de suivi du Plan. Un tel dispositif de suivi doit nécessairement comprendre l'établissement d'indicateurs pour chaque mesure de vigilance et pour chaque risque ou atteinte grave, afin de démontrer à la fois l'effectivité et l'efficacité des mesures. Il s'agira donc d'indicateurs de moyens et de résultats.

La société devra publier les éléments de suivi de façon accessible, exhaustive et en corrélation avec l'identification et la prévention des risques et des atteintes. Idéalement, dans le Plan publié, les mesures de suivi et leurs résultats répondent aux risques et aux mesures de prévention, d'atténuation et de remédiation identifiées et mises en œuvre. **Cela peut passer par l'établissement d'un tableau de suivi ou autre outil graphique permettant de satisfaire la dimension informative de l'obligation.**

La société devrait également fournir une explication méthodologique sur le choix des indicateurs et des outils statistiques ainsi que sur les sources des données utilisées.

S'agissant des indicateurs de moyens, **les ressources allouées aux mesures et leur évolution peuvent s'avérer particulièrement pertinentes**. La société peut indiquer la gouvernance du suivi. Pour démontrer le caractère constant de la vigilance, la société doit mettre à jour régulièrement l'outil de suivi en fonction de l'évolution des risques, des atteintes et de leur traitement et pour tout évènement marquant de l'exercice. Il en va de même du document de suivi rendu public.



Détail des éléments proposés

I.

Les principes transversaux : contenu, champ d'application et périmètre du devoir de vigilance

Les principes transversaux doivent guider en permanence le comportement de la société dans l'exercice du devoir de vigilance et devront être intégrés à travers tout le Plan.

1. Le contenu normatif du devoir de vigilance

> Un Plan **formalisé, accessible, transparent, exhaustif et sincère** est rendu public de façon visible sur les différents sites internet du groupe et diffusé au sein de celui-ci et chez ses partenaires commerciaux. Il est mis à jour régulièrement et notamment en cas d'événement majeur. Il est accompagné d'un compte-rendu de la mise en œuvre effective, document narratif synthétique comprenant les indicateurs propres à démontrer **l'effectivité et l'efficacité des mesures du Plan.** Ce compte-rendu est mis à jour une fois par an. Les deux documents sont inclus dans le rapport de gestion et reflètent chaque année, de façon comparable, l'état des mesures de vigilance à la clôture de l'exercice.

Le devoir de vigilance est une obligation générale de comportement, ayant pour finalité l'identification des risques et la prévention des atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités d'un groupe et de sa chaîne de valeur[18]. Outre le périmètre substantiel et formel ainsi esquissé, l'obligation comprend trois éléments principaux que sont l'établissement, la mise en œuvre effective et la publication des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et prévenir lesdits risques. Ces mesures sont formalisées dans un Plan de vigilance. Pour cette première édition, le Guide met l'accent sur le troisième volet de l'obligation, à savoir l'obligation de publication. La Loi dispose, en effet, que « le Plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102 ».

L'obligation de publication s'applique non seulement au Plan lui-même mais également, à compter du second exercice après l'entrée en vigueur de la Loi, au compte-rendu[19]. Ce dernier porte sur la mise en œuvre effective du Plan, c'est-à-dire **qu'il doit démontrer que le Plan n'est pas un simple exercice documentaire ni déclaratif mais qu'il produit également des effets**. À cette fin, il doit contenir des indicateurs d'effectivité, propres à démontrer la réalité des ressources investies dans l'application des mesures adoptées et leurs effets sur les risques.

L'obligation de publication vise par ailleurs deux destinataires. Elle repose tout d'abord sur le fait de « rendre public », c'est-à-dire de diffuser de façon active auprès du public l'information concernant le comportement vigilant de la société[20].

L'obligation de publication repose ensuite sur l'inclusion du Plan et du compte-rendu de la mise en œuvre effective dans le rapport de gestion. Conformément aux dispositions du code de commerce[21], le rapport de gestion des sociétés commerciales est présenté à l'assemblée annuelle par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants et porte sur l'exercice écoulé. Il s'agit donc d'une obligation d'information pesant sur les dirigeants des sociétés commerciales et ayant pour destinataires les associés ou actionnaires de ces sociétés. Elle implique que le contenu du Plan de vigilance soit établi et validé en interne par les instances dirigeantes et présenté à l'assemblée générale et

18. Marie-Caroline CAILLET, Marie-Laure GUISLAIN et Tamsin MALBRAND, « La vigilance sociétale en droit français », *Ritimo, coll. Passerelle*, Paris, décembre 2016, 110 p.

19. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance*, art. 4.

20. Le droit d'accès à l'information, consubstantiel de la liberté d'expression se retrouve en droit international, régional et français : *Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques*, art. 19, para. 2 ; *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, art. 10 para. 1 ; *v.* également la *Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information et la participation du public en matière d'environnement et la Charte de l'environnement de 2004*, art. 7.

21. *C.com.*, art. L. 232-1, al. 1er, complété par *C.com.*, art. L. 225-100 et L. 227-1, al. 2, pour les sociétés par actions simplifiées.

selon les cas, aux associés ou actionnaires qui en feraient la demande. Le Plan rendu public devrait donc, pour répondre aux différents impératifs d'information susmentionnés, être accessible, formalisé, exhaustif et sincère. Ces deux derniers impératifs sont d'autant plus importants que les sociétés peuvent faire l'objet de critiques très vives, voire de poursuites, lorsqu'elles manquent de transparence ou pratiquent le « blanchiment d'image ».

L'impératif d'accessibilité implique notamment de mettre la publication en ligne de façon visible sur le site de l'entreprise, de la traduire au minimum dans les langues des pays dans lesquels elle opère, de la diffuser auprès des travailleurs et de la mettre à jour régulièrement. En outre, les documents devraient être mis à disposition des fournisseurs et sous-traitants et de leurs travailleurs, dans des formats et des langues accessibles.

Cela exclut, par ailleurs, le fonctionnement « par renvoi » à d'autres chapitres du rapport de gestion ou à d'autres documents établis par la société. Une telle pratique porte atteinte aux impératifs d'accessibilité de l'information en réduisant leur lisibilité. Sauf dans le cas où la quantité de données relatives à certains aspects de la Loi rendrait le Plan illisible. Cela peut être le cas pour les listes de sous-traitants et fournisseurs qui atteignent régulièrement plusieurs milliers dès le « rang 1 ». Dans ce cas, un lien hypertexte permettant d'accéder directement à l'information devrait être prévu, toujours dans un souci de transparence, de lisibilité et d'accessibilité.

Pistes d'évolution

Pour le moment, la plupart des entreprises se contentent d'inclure le document dans le rapport de gestion, faisant fi de l'obligation d'information du public imposée par la Loi. Il est à noter cependant que plusieurs sociétés ont d'ores et déjà mis en ligne leur Plan sur leur site internet.

Les Plans de ces sociétés se limitent, par ailleurs, à quelques pages, alors que l'ampleur de leurs activités et de leurs risques appelle à fournir une documentation bien plus conséquente. Afin d'assurer l'effectivité de la vigilance, cette publication devrait être mise à jour de façon régulière.

S'agissant du compte-rendu, on s'attend à ce que celui-ci prenne la forme d'un narratif synthétique de quelques pages, sur les évènements et indicateurs clefs de mise en œuvre effective. En particulier, il devrait mettre en évidence les évènements majeurs au cours de l'exercice qui ont pu avoir une incidence significative sur le périmètre du Plan, ayant engendré la progression, la stagnation ou la régression significative de certains des indicateurs. **Il devrait décrire également les mesures correctives qui seront adoptées en conséquence des tendances révélées par les indicateurs.**

Puisqu'il porte sur l'effectivité globale du Plan, il suffirait qu'il soit mis à jour une fois par an, au moment de l'inclusion du Plan dans le rapport de gestion. Des échéances plus courtes ne permettraient probablement pas de dégager des tendances globales.

	Ce que dit le droit souple sur la publication et la transparence des mesures de vigilance
Principes Directeurs de l'OCDE, Chapitre II, Principes généraux, para. 10, Chapitre III, Publication d'informations et Chapitre IV, Droits de l'Homme, para. 4	Les Principes indiquent que les entreprises doivent « rendre compte de la manière dont elles répondent » aux incidences négatives. Elles devraient « s'assurer de la publication, dans les délais requis, d'informations exactes sur tous les aspects significatifs de leurs activités». Les commentaires encouragent « à **rendre l'accès aux informations publiées facile et peu coûteux et à envisager d'utiliser à cet effet les technologies de l'information**. Les informations communiquées aux usagers sur le marché du pays d'origine devraient être également accessibles à tous les usagers intéressés. Les entreprises peuvent prendre des mesures spéciales pour **diffuser ces informations au sein des communautés n'ayant pas accès aux médias imprimés** ». Ils recommandent que la déclaration en matière de droits humains « soit approuvée au niveau hiérarchique le plus élevé » et « diffusée publiquement et communiquée en interne et en externe à l'ensemble du personnel, des partenaires commerciaux et des autres parties concernées ».
Principes de l'ONU relatifs aux entreprises et aux Droits de l'Homme, II, Principes 16 et 21	Les Principes exigent la formulation de l'engagement des entreprises en matière de droits humains et son approbation «au plus haut niveau de l'entreprise. » L'engagement « est accessible au public et fait l'objet d'une communication interne et externe au profit de l'ensemble du personnel, des partenaires commerciaux et **d'autres parties concernées** ». Pour rendre compte de leur diligence, « les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information en externe. » Elles doivent « faire connaître officiellement la manière dont elles font face » aux incidences négatives de leurs activités sur les droits humains. La communication devrait s'effectuer « selon des modalités et à une fréquence en rapport avec les incidences sur les droits de l'homme de l'entreprise et être faciles d'accès pour les publics auxquels elles s'adressent » et « fournir des informations suffisantes pour évaluer l'efficacité des mesures prises par une entreprise pour remédier à l'incidence sur les droits de l'homme dont il est plus particulièrement question ».
Déclaration tripartite de l'OIT, Politique générale, para. 10.d	Les entreprises, y compris les entreprises multinationales, devraient « rendre compte de la manière dont elles remédient » à leurs incidences négatives sur les droits de l'homme internationalement reconnus.

2. La société débitrice de l'obligation de vigilance

> Le Plan devrait contenir les informations pertinentes ayant permis de déterminer pourquoi la société est couverte par la Loi et en particulier, la liste des filiales directes et indirectes considérées pour le calcul du nombre de salariés au cours des deux derniers exercices financiers, le nombre de salariés par entité considérée et leur localisation. Pour les sociétés contrôlées également débitrices du devoir de vigilance, la société mère doit clarifier si ces sociétés réalisent leur propre Plan ou si la société mère les fait bénéficier du mécanisme d'exemption prévu par la Loi. Les sociétés en bénécifiant doivent l'indiquer et renvoyer par un lien au Plan établi par la société mère.

La Loi vise « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger[22] ».

Il est précisé que « les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un Plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. » Les sociétés débitrices de l'obligation de vigilance sont donc les sociétés ayant un siège en France qui atteignent les seuils relatifs au nombre de salariés pour deux exercices consécutifs. Le calcul se fait toujours à partir de la société débitrice du devoir de vigilance.

> Des sociétés filiales de groupes étrangers peuvent entrer dans le champ d'application de la Loi via leurs propres filiales françaises et étrangères[23].

Lorsqu'au sein d'un groupe dont la société mère est débitrice du devoir de vigilance, des filiales contrôlées au sens de l'article 233-3 du Code de commerce sont elles-mêmes débitrices de l'obligation, celles-ci n'ont pas à établir de Plan de vigilance, tant que leur société mère les a bien incluses dans son propre plan.

Pour le calcul des seuils, le terme « filiales directes ou indirectes » doit s'entendre au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce qui définit le contrôle[24]. En effet, il ne peut s'agir de la définition de la filiale inscrite à l'article L. 233-1 du code de commerce, puisque cet article n'est pas visé par la loi. Pour l'établissement des sociétés débitrices et le recours au mécanisme d'exemption, la Loi fait en revanche explicitement référence à l'article L. 233-3 du Code de commerce[25]. Cet article constitue en quelque sorte « le critère du droit commun du contrôle, applicable chaque fois que la loi se réfère au contrôle sans en donner une définition spécifique valable pour l'application de la mesure qui en dépend[26] ». Le contrôle peut être exercé directement par la société mère ou indirectement par le biais d'autres sociétés également contrôlées. Dans un souci de cohérence avec les autres obligations d'information des

22. *C.com.*, art. L. 225-102-4. -I

23. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Observations du gouvernement* ; les dispositions « s'appliqueront ainsi aux sociétés mères françaises mais aussi aux filiales françaises de groupes étrangers ».

24. Selon cet article toute personne, physique ou morale, est considérée comme en contrôlant une autre « 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. »

sociétés commerciales et de reporting, une autre option serait d'établir le calcul des seuils sur la base du périmètre consolidé de l'article L. 233-16 du Code de commerce, qui correspond également au périmètre interne du Plan de vigilance à établir par les sociétés. Pour l'identification des salariés, les sociétés devraient se reporter aux définitions données par le Code du travail en ses articles L. 1111-1 à 1111-3.

Pistes d'évolution

Les informations relatives aux filiales contrôlées et aux nombres de salariés permettent aux parties prenantes d'identifier clairement les sociétés porteuses de l'obligation et celles bénéficiant du mécanisme d'exemption au sein du groupe. Elles participent de la transparence plus globale demandée aux sociétés sur des chaînes de valeur encore souvent opaques. Pour le moment, les informations permettant de calculer les seuils et de vérifier l'applicabilité de la Loi à une société donnée sont difficilement accessibles. Les critères de calcul des seuils sont assez complexes, et ont d'ailleurs soulevé de nombreuses interrogations après l'adoption de la Loi.

Ces éléments rendent le suivi de la conformité à la Loi particulièrement délicat, d'autant qu'**aucune liste officielle des sociétés couvertes n'a été publiée**. Les chiffres annoncés, déjà très vagues puisqu'ils oscillent entre 100 et 250 entreprises[27], ne correspondent pas à la réalité du nombre de plans que nous avons pu effectivement collecter, de sources variées et à hauteur de moyens parfois limités[28]. L'écart avec les données projetées peut résulter des difficultés d'évaluation des effets du mécanisme d'exemption prévu pour les sociétés contrôlées. Mais faute d'une base de données correspondant aux critères de la loi ou d'une liste officielle publiée par le Gouvernement, cette assertion ne saurait être confirmée.

Il semble donc aujourd'hui impossible de contrôler que toutes les sociétés effectivement débitrices de l'obligation de vigilance se conforment à la Loi, indépendamment des déclarations de ces sociétés elles-mêmes. Cette situation réduit d'autant la portée de la Loi, en limitant le suivi de son application et le risque de saisine des juridictions pour des sociétés qui feraient le choix délibéré de ne pas s'y conformer.

Cette situation génère également un risque pour les sociétés elles-mêmes. En effet, faute de clarté sur la liste des sociétés débitrices et les seuils de salariés, il n'est pas impossible que des communautés de victimes, des salariés ou des associations interpellent des sociétés pour n'avoir pas respecté leur devoir de vigilance alors même que ces sociétés ne seraient pas couvertes par la Loi. Au-delà de leur complexité, les seuils et les critères de calcul sont différents de ceux pratiqués en France dans des matières connexes, comme celle du reporting extra-financier ou de la lutte contre la corruption, ce qui n'est pas pour simplifier la lecture des obligations des sociétés. Les groupes multinationaux peuvent par ailleurs être soumis à d'autres obligations de vigilance, notamment sectorielles, relevant d'autres juridictions, de nature très proche en termes de contenus mais avec des seuils d'application différents. Il

25. Stéphane BRABANT et Elsa SAVOUREY, « Le Plan de Vigilance, clé de la voûte de la loi relative au devoir de vigilance », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017.

26. Dalloz, *Mémento Sociétés commerciales*, « Les groupes de sociétés », 11 septembre 2018.

27. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Observations du gouvernement* « Les quelque 150 sociétés concernées sont des entreprises multinationales. » ; *v.* également Sénat, *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Compte rendu intégral des débats, Séance du 18 novembre 2015, intervention de Philippe Dallier « Songez-y, mes chers collègues : ce texte concernera les 217 grandes entreprises françaises », [https://www.senat.fr/seances/s201511/s20151118/s20151118009.html#section1045]

28. Environ 80 Plans ont été collectés.

serait donc pertinent de prévoir un abaissement et une simplification des seuils, par exemple en limitant le calcul du nombre de salariés à un seul exercice et à la France. Il serait également envisageable de privilégier d'autres critères d'application que la masse salariale. L'abaissement des seuils de la Loi était d'ailleurs une volonté des parlementaires, qui ont fixé les seuils actuels à titre de « première étape »[29].

> La complexité des seuils d'application, révélée par bientôt deux ans de pratique, devrait inciter à leur abaissement et à leur simplification dans les meilleurs délais. Une harmonisation européenne des obligations en matière de vigilance pourrait également permettre de simplifier la lecture des obligations en matière de vigilance.

Une autre question qui a émaillé les débats est celle de savoir si toutes les formes sociales sont couvertes par la Loi. Une réponse positive nous semble s'imposer. En effet, la Loi elle-même ne distingue pas la forme sociale et vise indifféremment « toute société ». Le Gouvernement dans ses observations au Conseil constitutionnel a également adopté cette vision, considérant notamment que les SAS étaient couvertes[30].

Cette interprétation s'impose également à l'aune des objectifs de la Loi devoir de vigilance, qui veut imposer l'identification et la prévention des risques en matière de droits humains à travers les groupes dont l'impact n'est plus à démontrer. Pour atteindre cet objectif, une distinction portant sur le mode de financement des sociétés et non sur la réalité de l'impact social, environnemental et économique des groupes, ne serait pas pertinente[31]. Si elle persiste, la question relative à la forme sociale ne manquera pas d'être soulevée devant les juridictions qui devront la trancher.

> On peut de toute façon anticiper des répercussions pour l'image de marque d'une entreprise qui clamerait, à raison de la forme de son contrat de société, ne pas avoir à identifier et prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement générés par ses activités.

29. AN, *Rapport n°2628*, op. cit., « ses auteurs revendiquent son caractère de première étape (…) Ils pourront être abaissés par la suite (…) soit par l'intervention future du législateur national, soit à la suite d'une initiative européenne en ce sens. »

30. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Observations du gouvernement* « Ces obligations s'appliqueront aux sociétés anonymes mais aussi aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées, conformément aux renvois prévus par les articles L. 226-1 et L. 227-1 du code de commerce. »

31. Nicolas CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Revue des sociétés*, 2018 ; on aboutit sinon à « des extravagances » puisque pour des activités, chiffre d'affaires, secteurs et impacts équivalents, certaines sociétés seraient couvertes et d'autres non.

	Ce que dit le droit souple sur les sociétés devant faire preuve de vigilance :
Global Compact ONU, Principes 1&2	Les Principes s'adressent à tous types d'organisations, sans considération de secteur, de forme ou de localisation. Les Principes relatifs aux droits humains sont adossés aux Principes Directeurs de l'ONU, et s'adressent à toutes les entreprises, « partout dans le monde, peu importe leur taille, leur secteur d'activité ».
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, II, Principe 14	«La responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les Droits de l'Homme s'applique à toutes les entreprises indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur cadre de fonctionnement, de leur régime de propriété et de leur structure.»
Principes directeurs de l'OCDE, Chapitre I, Concepts et Principes, para. 1&4	Ils s'adressent à toutes les entreprises multinationales, sans distinction de forme sociale ou ou d'importance économique. « Les Principes directeurs sont des recommandations que les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales. »
Déclaration tripartite de l'OIT, Objet et champ d'application, para. 6 et Politique Générale, para. 10.b.	La déclaration reprend des termes similaires aux Principes OCDE et de l'ONU et s'adresse à toutes les entreprises « multinationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur cadre de fonctionnement, de leur régime de propriété et de leur structure ».
Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Droits de l'Homme et Entreprises (2016)	Les recommandations s'adressent aux États membres; ces derniers devraient « encourager » ou « exiger que : les entreprises domiciliées dans leur juridiction » ou « réalisant des activités commerciales significatives dans leur juridiction », « montrent une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme » sans distinction de taille, de forme ou secteur.
Conclusions du Conseil de l'Union Européenne sur les entreprises et les droits humains (juin 2016)	Le Conseil appelle « toutes les entreprises, tant transnationales que nationales » à se conformer aux principes internationaux, notamment en intégrant la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans leurs activités.

3. Périmètre organisationnel de l'obligation de vigilance : les sociétés sur lesquelles la vigilance doit s'exercer

a — Le périmètre groupe : les sociétés contrôlées

> Le Plan devrait contenir les informations relatives au périmètre groupe du Plan de vigilance établi par la société débitrice de l'obligation, c'est-à-dire la liste des sociétés contrôlées couvertes par le Plan, avec pour chacune d'elles les informations relatives au contrôle exercé par la société mère pouvant justifier l'inclusion ou l'exclusion du périmètre du Plan, les pays d'implantation et d'opération, le nombre de salariés et les activités. La publication devrait se faire dans un format permettant de traiter les informations.

La Loi dispose en effet que le Plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (…) résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement ». La Loi fait ainsi indirectement référence à la notion de groupe, par le renvoi au périmètre de consolidation comptable des groupes de sociétés. Elle vise spécifiquement les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, soit la notion de « contrôle exclusif[32] », que celui-ci soit direct ou indirect, c'est-à-dire qu'il soit exercé directement par la société mère ou indirectement par le biais d'autres sociétés également contrôlées. Il s'agit donc de faire apparaître clairement dans le Plan, l'intégration de ces sociétés dans le périmètre ratione personae de l'obligation et d'exercer sur chacune d'elles une vigilance raisonnable. Les mesures de vigilance présentées dans le Plan doivent donc se décliner, de façon adaptée, sur l'ensemble de ces sociétés.

Pistes d'évolution

Cette disposition vise à identifier clairement dans le groupe, les entités sur lesquelles la société mère exerce une forme de contrôle en matière de vigilance. Elle permet de refléter en droit la réalité de l'impact économique, social et environnemental du groupe. Les sociétés mères ne peuvent ainsi plus se retrancher derrière l'opacité de leur chaîne de valeur ou l'autonomie des personnes morales pour éviter toute forme de responsabilité légale. Elles doivent désormais identifier et prévenir les risques, y compris au sein du groupe.

> L'identification des entités du groupe et leur localisation, participe de la transparence et de l'effectivité de la vigilance. En effet, elle permet notamment aux parties prenantes de se manifester lorsqu'un décalage existe entre entre l'information présentée dans le Plan et la réalité de la gestion des risques au niveau opérationnel.

32. Cet article dispose que « Le contrôle exclusif par une société résulte : soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ; soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ; soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. »

L'article L. 233-16, II du code de commerce, relatif au périmètre de consolidation comptable, présente l'avantage d'être déjà connu des sociétés. Mais il présente également plusieurs difficultés. D'abord, ce périmètre est restreint aux formes de contrôle exclusif, alors que le contrôle conjoint[33] peut aussi se traduire par une certaine influence sur la politique opérationnelle d'une entité.

En outre, cette notion du contrôle n'est pas la même que celle utilisée précédemment dans la Loi pour identifier les sociétés débitrices de l'obligation, par référence à l'article L. 233-3 du Code de commerce, entraînant ainsi une certaine complexité dans la détermination du champ et du contenu de l'obligation.

Enfin, il faut noter que la notion de contrôle telle que définie dans le Code de commerce au II de l'article 233-16 ne sera pas nécessairement pertinente pour les parties prenantes ou les personnes affectées par l'activité d'un groupe. Le fait qu'une société mère française possède des participations dans une autre société ne caractérisant cependant pas un contrôle exclusif, ne la met pas à l'abri d'une mise en cause. Le risque d'image persistera. Le risque quasi-juridique, sur le fondement du droit souple, peut également perdurer. En effet, les référentiels de droit souple attendent des sociétés une vigilance exercée sur tout le périmètre du groupe entendu au sens le plus large possible.

> Aussi serait-il prudent pour les sociétés couvertes par l'obligation de vigilance d'exercer celle-ci de façon la plus large possible et d'anticiper de potentielles évolutions législatives en ce sens.

33. *C.com.*, art. L. 233-16 -III ; le III de l'article, exclut du périmètre de la loi qui ne vise que le II, définit en effet la notion de « contrôle conjoint ».

b — Le périmètre extra-groupe : les fournisseurs et soustraitants

La société débitrice devrait établir et publier les informations relatives au périmètre extra-groupe du devoir de vigilance, c'est-à-dire la liste des fournisseurs et sous-traitants couverts par le Plan à raison des relations commerciales établies entretenues **avec la société mère et ses filiales.** En fonction du nombre de fournisseurs et sous-traitants concernés, la publication ne pourra pas nécessairement être réalisée directement dans le corps du Plan lui-même. Dans ce cas, il devrait pouvoir y renvoyer clairement, par exemple par un lien hypertexte.

La publication devrait se faire dans un format permettant de traiter les informations. Ces dernières devraient inclure notamment le nom, l'adresse, les produits ou services fournis, des informations relatives au nombre de travailleurs, aux produits utilisés et à leur provenance, la liste des sous-contractants autorisés, la part de la chaîne d'approvisionnement représentée par la publication, la dernière mise à jour de l'information et le calendrier des prochaines mises à jour.

Les sociétés n'étant pas en mesure d'identifier précisément la totalité de ce périmètre ou de ces informations dans l'immédiat devraient indiquer clairement dans le Plan publié le calendrier et les objectifs intermédiaires qu'elles fixent à ce sujet. **Les sociétés se trouvant dans l'incapacité partielle ou totale d'identifier ce périmètre ou ces informations dans un délai raisonnable devraient envisager sa réorganisation.**

La Loi exige des sociétés que leur Plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves » résultant « des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

Le Plan devra donc démontrer l'intégration des sous-traitants et fournisseurs de la société mère et des sociétés contrôlées dans le périmètre *ratione personae* de l'obligation et l'exercice effectif, sur chacun d'eux, d'une vigilance raisonnable. Les mesures de vigilance présentées dans le Plan doivent donc se décliner, de façon adaptée, sur l'ensemble de ces sous-traitants et fournisseurs de la société mère et des sociétés du groupe. La Loi encadre le périmètre de la vigilance sur les fournisseurs et sous-traitants, dans un premier temps par le recours à la notion de « relation commerciale établie » et dans un second temps par le rattachement à l'activité.

La notion de relation commerciale établie fait référence à l'article L. 442-6, I du Code de commerce, qui érige en délit civil la sanction brutale desdites relations[34]. D'après la jurisprudence, le caractère établi de la relation intervient lorsque celle-ci s'inscrit dans la durée, lorsqu'elle présente une certaine intensité et laisse présager qu'elle va se poursuivre. Elle n'a pas nécessairement à être formalisée par un contrat. Le critère de la durée tend à s'estomper dans le cas d'une relation nouvelle mais revêt en général une grande importance et suppose un partenariat à long terme[35].

34. D'après l'article L. 442-6, I du Code de commerce « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (…) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit (…) ».

35. Dalloz, *Dictionnaire permanent Droit des affaires*, 2018.

Ces critères sont plus économiques que juridiques[36]. Ils se fondent, en effet, davantage sur la qualité de la relation et des différents partenaires commerciaux que sur la nature d'un lien juridique quelconque entre les acteurs. Le délit de rupture brutale est d'ailleurs évalué au regard du déséquilibre économique dans les relations d'affaires. Il aspire à la protection de fournisseurs et sous-traitants en situation de dépendance économique et son bénéfice peut s'étendre aux tiers à une relation contractuelle directe[37].

La question se pose de savoir si ces critères peuvent être utilisés pour déterminer l'étendue de l'obligation de vigilance. En effet, à première vue, les objectifs des deux dispositifs sont différents, de sorte qu'on pourrait douter d'un raisonnement par analogie. Mais, malgré la présence d'enjeux distincts, il n'empêche que la Loi sur le devoir de vigilance entend prendre en compte la situation de dépendance de certains partenaires économiques.

> En effet, outre les sociétés mères, la Loi vise également explicitement les entreprises donneuses d'ordres. Elle a pour objectif affiché la prévention de drames sociaux et environnementaux consécutifs au développement tentaculaire des chaînes de production ou d'approvisionnement, caractérisées notamment par de la « sous-traitance en cascade ».

Elle est d'ailleurs surnommée la « Loi Rana Plaza », en hommage aux ouvrières bangladaises tuées dans l'effondrement d'une usine symbole de cette sous-traitance parfois sauvage. Cette sous-traitance, qui délocalise le poids des atteintes sociales et environnementales sur des partenaires commerciaux éloignés, ne fait que renforcer des logiques de dépendance économique déjà fortes. La Loi devoir de vigilance, en faisant référence aux fournisseurs et sous-traitants, entend ainsi prévenir la répétition de tels drames en limitant les effets négatifs de cette dépendance.

C'est cette approche de la notion de relation commerciale établie qui doit guider les sociétés dans l'identification du périmètre extra-groupe de leur Plan. Il devra ainsi attraire largement tous les fournisseurs et sous-traitants de la société et de ses filiales, quelle que soit leur position dans la chaîne de valeur, chaque fois qu'ils entretiennent avec eux une relation commerciale établie qui va au-delà d'une notion de relation contractuelle directe ou de « rang 1 ».

Sur le point de savoir s'il s'agit des fournisseurs et sous-traitants de la société mère ou également de ceux des sociétés contrôlées, la question a été abordée par les parlementaires au cours des débats[38]. Il est également possible de se référer aux observations du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel : « Le Plan de vigilance devra donc comprendre des mesures portant sur les sous-traitants et les fournisseurs qui participent à la chaîne de production du groupe concerné, soit directement pour la société-mère, soit pour l'une de ses filiales[39]. » C'est là-encore l'interprétation la plus logique à l'aune des objectifs de la Loi.

36. V. Charley HANNOUN « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dalloz, Droit Social*, 2017, 806 ; *v.* également « Rupture brutale de relations commerciales établies dans le secteur automobile », Cour de cassation, com. 5 juillet 2016, *AJ contrat 2016*, p. 439.

37. « Rupture brutale d'une relation commerciale : invocation par un tiers », Cour de cassation, com. 6 septembre 2011 – D. 2011. 2196 : la Cour de cassation dit qu' « un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice » ; v. également « Rupture des relations commerciales établies : préavis prévu par les usages professionnels », Cour de cassation, com. 3 mai 2012 – D. 2012. 1324 : la juridiction doit « examiner si le préavis (…) tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée ».

38. AN, *Rapport n° 3582 relatif au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, fait au nom de la Commission des lois par Dominique Potier*, 16 mars 2016, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3582.asp]

39. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Observations du Gouvernement* ; v. également dans la Décision, cons. 11 l'obligation « inclut l'ensemble des sociétés contrôlées directement ou indirectement par cette société ainsi que tous les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie ».

	Ce que dit le droit souple sur le périmètre de la vigilance :
Principes directeurs de l'OCDE, Chapitre II, Principes généraux, para. A.10, 11 et 12, et Chapitre IV, Droits de l'Homme, para. 1 à 3 et 5 Chapitre III, Publication d'informations, Commentaires, para. 33	Ils requièrent une diligence raisonnable de l'entreprise et des groupes d'entreprises, portant sur les incidences négatives qu'elles causent, auxquelles elles contribuent ou sont directement liées par leurs activités, services, produits ou relations d'affaires. Elle couvre donc toute la chaîne de valeur. Les commentaires des principes rappellent que, dans certains cas, les publications peuvent « s'appliquer à des entités allant au-delà de celles couvertes par la comptabilité financière de l'entreprise » comme par exemple « des informations sur les activités de sous-traitants et de fournisseurs, ou de partenaires dans le cadre de co-entreprises. Ceci est particulièrement approprié pour contrôler le transfert, à des partenaires, d'activités dommageables pour l'environnement. »
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, II, Principes 13, et 15 à 19	La diligence raisonnable devrait s'exercer largement sur tout le groupe et ses relations commerciales puisqu'elle « devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales ».
Global Compact ONU, Principes 1&2 et commentaires	Les Principes appellent les entreprises à respecter les droits humains et à ne pas se rendre complices de violations. Ils s'appuient sur la trinité « causer, contribuer, directement lié » pour couvrir toute la chaîne de valeur, les activités, produits et services.

Pistes d'évolution

Des arguments de concurrence et de secret des affaires sont souvent invoqués par les sociétés pour refuser la publication des listes de fournisseurs et sous-traitants.

Elles sont pourtant la condition *sine qua none* d'une vigilance effective et efficace, car elles permettent aux travailleurs, aux syndicats, aux ONG, et aux communautés impactées d'identifier rapidement les donneurs d'ordres pour les alerter en cas de problèmes, que des audits irréguliers, pas toujours pleinement indépendants et souvent lacunaires ne sont pas en mesure d'identifier. Par ailleurs, il arrive que les sous-traitants et fournisseurs affichent eux-mêmes sur leurs sites les noms des marques avec lesquelles ils entretiennent des relations commerciales, ce qui limite la pertinence des arguments relatifs à la concurrence et au secret des affaires.

Cette pratique créé risque d'image pour les sociétés car l'information publiée n'est pas nécessairement mise à jour et n'est pas contrôlée par la société donneuse d'ordres. En cas d'incident chez ces fournisseurs ou sous-traitants, les répercussions sur la réputation de sociétés affichées comme donneuses d'ordres par le sous-traitant peut alors être importante, alors même que celle-ci

ne travaille peut-être plus avec le partenaire en question.
Aussi, la publication et la mise à jour régulière des listes de fournisseurs et sous-traitants par le donneur d'ordre lui-même lui permet de prévenir et contrôler ce risque. En outre, l'argument de la concurrence se heurte de plus en plus à la multiplication d'initiatives sectorielles, régionales ou multi parties prenantes qui collectent et mutualisent déjà pour certaines les informations relatives aux sous-traitants et fournisseurs[40].

Mais, dans ces cas-là, l'information n'est pas toujours désagrégée par société et n'est pas non plus toujours publique, ce qui ne permet pas d'atteindre la logique de prévention permise par la transparence et voulue notamment par la Loi devoir de vigilance. Seules les sociétés elles-mêmes, en publiant les listes de fournisseurs et sous-traitants, peuvent pleinement satisfaire cet objectif.

Enfin, les ONG, les communautés, les syndicats, les journalistes d'investigation ou les chercheurs, confrontés à des situations de violations des droits humains ou de l'environnement, décident parfois de se lancer dans ce travail de recherche consistant à retracer l'origine des commandes, à retrouver les étiquettes de vêtements ou la provenance des produits. Ces recherches peuvent prendre des semaines, des mois ou des années, parfois en raison des moyens limités, mais la chaîne sera souvent finalement identifiée. Ne pas livrer cette information de façon transparente *ab initio* ne fait que repousser l'échéance et aggraver les tensions avec ses parties prenantes. Enfin, de telles publications se généralisent dans divers secteurs, notamment textile ou agricole.

Transparence de la chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance

Une coalition d'ONG, dont Human Rights Watch et Clean Clothes Campaign, a lancé en 2016 la campagne « Transparency Pledge » qui visait précisément à obtenir de la part de sociétés mères et donneuses d'ordre du secteur textile la publication des listes de leurs fournisseurs et sous-traitants[41]. L'initiative s'inscrivait elle-aussi dans la lignée de la catastrophe du Rana Plaza et vise à accroître la transparence des chaînes d'approvisionnement afin d'améliorer la prévention des risques de santé, de sécurité ou en matière de droit du travail.

Les sociétés qui s'engagent dans l'initiative devraient publier et préciser les informations suivantes: le nom, l'adresse, la société mère, le type de produits fournis, manufacturés ou transformés, des informations relatives au nombre de travailleurs, la liste des sous-contractants autorisés, la part de la chaîne d'approvisionnement concernée par la publication, le volume d'affaire qu'il représente, la dernière mise à jour de l'information et le calendrier des prochaines mises à jour. Les mises à jour doivent être effectuées régulièrement. La publication doit se faire dans des **documents permettant aux utilisateurs de manipuler et gérer les données.** Des dizaines de sociétés ont signé l'initiative et ont commencé à publier les listes et tout ou partie des informations requises. Parmi les sociétés, certaines mettent à jour les données **tous les trois mois**.

40. *Accord Bangladesh sur la sécurité et la sécurité incendie des bâtiments*, Liste des usines, en anglais, [http://bangladeshaccord.org/factories/list-factories/]

41. Clean Clothes Campaign, « Follow the thread », [https://cleanclothes.org/transparency]

D'autres initiatives comme « Know the Chain[42] » évaluent la transparence et la traçabilité des chaînes de valeur de sociétés de différents secteurs. **Il s'agit d'un facteur déterminant de la qualité de l'identification du risque** de travail forcé et de son traitement par les sociétés évaluées. Outre le secteur textile, l'initiative a évalué la pratique des sociétés du secteur agroalimentaire et du secteur des technologies de la communication et de l'information. La qualité de la traçabilité est évaluée au regard d'une publication qui porte au minimum sur : le nom et l'adresse des fournisseurs de rang 1, le pays des fournisseurs au-delà du rang 1 (hors fournisseurs de matières premières), les pays sources de matières premières présentant des hauts risques de travail forcé et des informations relatives aux travailleurs présents chez ces différents fournisseurs.

Parmi les sociétés évaluées, un grand groupe de matériel informatique divulgue une liste de noms, adresses et informations sur les pratiques en matière de durabilité de ses fournisseurs de rang 1; une liste des fondeurs et affineurs de tantale, d'étain, de tungstène et d'or dans ses chaînes d'approvisionnement; une liste des fournisseurs de produits et de composants ; une liste des pays d'où elle pense que les minéraux de ses chaînes d'approvisionnement pourraient provenir; et des informations sur la proportion de main-d'œuvre étudiante dans ses chaînes d'approvisionnement.

Une autre société du secteur agroalimentaire cette fois, divulgue des informations sur ses chaînes d'approvisionnement en matières premières agricoles et notamment une liste des noms et des sociétés mères de ses fournisseurs d'huile de palme, ainsi qu'une liste avec les noms et les pays d'approvisionnement de ses moulins à huile de palme. Elle divulgue des informations sur la main-d'œuvre de ses chaînes d'approvisionnement dans certains pays à risques pour le travail forcé, notamment sur le sexe, l'âge, le niveau d'alphabétisation, les langues et d'autres caractéristiques démographiques.

42. Know the Chain, Benchmarks, [https://knowthechain.org/benchmarks/]

4. Périmètre substantiel de l'obligation de vigilance : les impacts sur lesquels la vigilance doit s'exercer

> La société débitrice devrait recenser les droits humains qu'elle doit respecter, identifier leur contenu et les écarts potentiels dans les différents pays où le groupe opère. Il en va de même en matière de normes environnementales, de santé et de sécurité étant précisé que ces trois thématiques sont interdépendantes et indivisibles. Le Plan publié doit faire ressortir les mesures de vigilance prises pour la totalité de ce périmètre substantiel. Lorsque des écarts sont identifiés entre le droit international, le droit français et le droit local, avec un risque ou des atteintes graves qui en découlent, le Plan devrait mettre en évidence ces écarts de législation et faire état, de façon claire, des normes sur le fondement desquelles l'entreprise définit son comportement, en mettant en exergue le cas échéant la manière dont elle résout des conflits de normes.

La loi précise que le plan comporte des mesures propres à « identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». La loi s'inscrivant dans le droit français, c'est la conception française des droits humains et libertés fondamentales, de l'environnement, de la santé et de la sécurité des personnes, qui doit guider l'établissement et la mise en œuvre de la vigilance. Ils correspondent également aux engagements internationaux de la France[43] (*cf* encadré droit Souple p. 38).

Les questions environnementales, de santé et sécurité des personnes doivent être abordées de façon interdépendante des questions relatives aux droits humains. Le droit d'accès à l'information du public, corollaire de la liberté d'expression et d'information, trouve ainsi une consécration dans les engagements internationaux de la France en matière d'environnement et dans la Charte de l'Environnement adossée au Préambule de la Constitution. La santé et la sécurité des personnes peuvent également relever du principe de dignité, d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain. Le droit à un environnement sain est un droit humain à part entière, dit de « troisième génération ».

En somme, la liste du périmètre substantiel, ou *ratione materiae*, du Plan de Vigilance devrait être abordé comme un tout cohérent, indivisible et interdépendant et non comme des items faisant l'objet de distinctions imperméables au sein de sous-chapitres séparés et souvent traités de façon fortement inégale par les sociétés dans leurs Plans[44]. Si le périmètre *ratione materiae* du Plan semble ainsi de prime abord assez vaste, il est en réalité circonscrit par la notion de « risques » et « atteintes graves ».

Cette notion de risques au sens de la loi devoir de vigilance est à distinguer absolument de celle que l'on retrouve ailleurs dans le rapport de gestion des sociétés, s'agissant des risques propres à la société elle-même, à savoir les risques juridiques, de réputation ou financiers auxquels elle s'expose.

43. AN, *Rapport n°2628*, op. cit. « On admet généralement une définition formelle suivant laquelle les droits fondamentaux sont proclamés par des textes de rang constitutionnel (…) ainsi que par des conventions internationales et européennes (…) ».

44. Edward CAMERON et Peter NESTOR, « Climate and Human Rights: The Business Case for Action » *Rapport BSR*, San Francisco, novembre 2018.

	Ce que dit le droit souple sur les sujets de la vigilance :
Principes Directeurs de l'OCDE, Chapitre IV, commentaires para. 39	L'entreprise doit « se référer pour le moins aux droits de l'homme reconnus internationalement exprimés dans la Charte internationale des droits de l'homme, qui comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme et les principaux instruments d'après lesquels elle a été codifiée : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux principes concernant les droits fondamentaux exposés dans la Déclaration de l'Organisation internationale du travail de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail. »
Déclaration Tripartite de l'OIT, Politique générale, para. 10.d	Les entreprises devraient faire preuve de diligence raisonnable à l'égard des « droits de l'homme internationalement reconnus, à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. »
	Ce que dit le droit souple sur la notion de risques :
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principes 19 et 22 et commentaires	« Lors de l'évaluation des incidences sur les droits de l'homme, les entreprises auront recherché parmi les incidences négatives celles qui sont effectives comme celles qui sont potentielles. Les incidences potentielles devraient être empêchées ou atténuées par l'intégration horizontale des résultats dans toute l'entreprise, alors que les incidences effectives – celles qui se sont déjà produites – devraient faire l'objet de mesures correctives. »

S'agissant de la notion de risque, ce dernier est défini comme « un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou au moment de sa réalisation[45] ». Le risque en matière de vigilance est donc un dommage futur, aléatoire, consécutif à l'activité de la société, de ses filiales ou de leurs fournisseurs et sous-traitants.

Le risque peut être avéré ou suspecté, c'est-à-dire que sa possibilité sera confirmée ou inconnue. Il devra alors faire l'objet soit de mesures de prévention, soit de mesures de précaution. La loi exigeant sans distinguer « l'identification des risques », celle-ci devrait donc porter sur ces deux aspects. Outre la précaution juridique de mise, cette approche est en cohérence, en matière environnementale, avec les prescriptions de la Charte de l'Environnement, qui inscrit dans la Constitution française les principes de précaution et de prévention[46]. En revanche, la notion de « prévention des atteintes graves » ne ferait référence, elle, qu'au risque avéré.

L'atteinte doit présenter un certain caractère de gravité. Si elle n'est pas définie dans la loi devoir de vigilance, la notion de gravité n'est pas pour autant inconnue du droit français. Elle connaît de nombreuses occurrences,

45. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8e édition, PUF, 2007, V. « Risque », p. 833.

46. *Charte de l'environnement*, art. 3 et 5.

notamment en droit du travail et les juridictions ont acquis une longue expérience dans son interprétation[47]. On retrouve cette notion notamment dans la procédure d'alerte du Code du travail en cas de danger grave et imminent pour la vie ou la santé des travailleurs. On entend dans ce cadre la gravité comme un danger non simplement léger ; est grave ce qui est susceptible de conséquences fâcheuses, de suites sérieuses. Pour les atteintes graves en matière environnementale, on peut prendre appui sur la notion de préjudice écologique « non négligeable » récemment consacrée dans le droit positif. En effet, le préjudice écologique est défini comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement[48] ». Cette définition implique que des impacts minimes ne pourraient être qualifiés de préjudices écologiques.

Pistes d'évolution

Une question récurrente à ce stade sera de savoir comment faire, dans les situations présentant un élément d'extranéité, lorsque le droit local est différent du droit de la société mère et accorde un niveau de protection différent à telle ou telle liberté fondamentale. La règle de principe est de respecter le droit local. Il faut ensuite raisonner par étapes, en fonction de la nature du conflit entre le droit local et le droit de la société mère.

Si le droit local est mieux disant, il n'y a dans ce cas pas de réel conflit et l'existence d'un standard plus protecteur est un avantage. Il faut simplement s'assurer qu'il est effectivement appliqué. Les pratiques qu'il exige au niveau local peuvent ensuite être exportées au sein du groupe pour faire converger les niveaux de protection.

> Si le droit local est moins disant que le droit français, il s'agira alors typiquement d'un risque ou d'un cas d'atteinte grave. Il faut que ce risque soit identifié puis il faut évaluer s'il est possible de respecter un standard français ou international mieux-disant tout en respectant le droit local.

Si la réponse est positive, alors la société doit respecter le standard mieux-disant et exercer sa vigilance afin que ses partenaires commerciaux tendent vers le respect de ce standard. Par exemple, s'agissant du travail des mineurs, il est tout à fait possible de respecter un âge minimum du travail plus élevé sans agir en violation du droit local. Si la réponse est négative, il faut alors tendre au respect du standard français ou international. Plusieurs options sont envisageables pour les sociétés confrontées à des normes conflictuelles[49]. Une solution évidente consiste à ne pas conduire d'activité dans le pays. Si cela s'avère impossible, les sociétés peuvent mettre en place des systèmes de compensation, avoir recours aux voies légales et judiciaires permettantde critiquer la norme conflictuelle, pratiquer une forme de désobéissance pacifique ou encore réaliser un travail d'influence auprès des partenaires commerciaux et autorités locales.

47. *C.travail*, art. L 4131-1, L 4133-1 ou encore L4614-2, *C. santé publique*, art. L. 1142-1.

48. *C.civ.*, art. 1247.

49. United Nations Global Compact Human Rights Working Group, *Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements: A Good Practice Note*, juin 2011, [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Human_Rights_Working_Group/Conflict_of_Laws_GPN.pdf]

	Ce que dit le droit souple sur le droit local et les normes conflictuelles :
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 23 (a) et (b)	Les entreprises devraient, dans tous les contextes, « rechercher les moyens d'honorer les principes des droits de l'homme internationalement reconnus lorsqu'elles se heurtent à des obligations contradictoires ».
Déclaration Tripartite de l'OIT, Politique Générale, para. 11, Emploi, para. 16, Conditions de travail et de vie, para. 44	Les activités des entreprises multinationales devraient « être conformes à la législation nationale et s'harmoniser avec les priorités du développement ainsi qu'avec les structures et les objectifs sociaux du pays où elles s'exercent ». En particulier, s'agissant de l'emploi, les entreprises devraient, « surtout lorsqu'elles exercent leur activité dans des pays en développement, s'efforcer d'améliorer les possibilités et normes d'emploi ».

En effet, les sociétés, y compris françaises, n'hésitent habituellement pas à exercer leur influence auprès des Gouvernements afin d'obtenir des conditions favorables d'opération. Elles pourraient très bien en faire de même s'agissant des droits humains ou des normes environnementales. Les sociétés peuvent également s'appuyer sur les canaux diplomatiques de leurs pays d'origine pour faire en sorte que le dialogue sur les standards de droits humains ou l'environnement s'instaure efficacement entre les Etats. Ces actions sont d'autant plus efficaces si elles sont menées de concert avec d'autres acteurs. Il s'agit alors de se rapprocher d'initiatives sectorielles ou régionales multi partie-prenantes.

Les stratégies permettant de gérer des conflits de normes[50]

Pour gérer les situations de conflit de normes et les risques de travail des enfants, certaines sociétés choisissent de fixer l'âge minimum obligatoire de tous leurs collaborateurs dans le monde à un niveau compatible avec les exigences internationales, soit à l'âge de 16 ans. Par ailleurs, compte tenu de leur jeune âge ces collaborateurs mineurs font l'objet d'un suivi particulier et notamment ne peuvent pas travailler la nuit, faire des heures supplémentaires, des tâches impliquant l'utilisation de substances ou d'outils dangereux, ne peuvent porter des charges lourdes. Ils font l'objet de plans de formation renforcés, se voient désigner d'un « tuteur » interne et sont inscrits sur un registre spécial de suivi.

Plusieurs fournisseurs d'accès internet ont mis en place une politique de traitement des demandes d'informations ou de coupure des réseaux émanant des autorités de certains pays qui peuvent porter atteinte à la liberté d'expression ou à la vie privée[51].

Les autorités exigent de telles mesures qu'elles soient exécutées immédiatement. Les entreprises peuvent néanmoins demander que ces requêtes soient soumises par un écrit officiel portant le sceau des autorités requérantes, et s'astreindre à ce que toutes les demandes soient

50. Exemples tirés de la lecture de plusieurs rapports d'entreprises, dont les références peuvent être fournies sur demande auprès des auteurs. Les exemples sont également tirés du guide en anglais, LISE SMIT, Arianne GRIFFITH et Robert MCCORQUODALE. « When national law conflicts with international human rights standards: Recommendations for Business ». *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)*, 2018.

51. Global Network Initiative, [https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/]

envoyées au siège de la société pour approbation. La demande devrait expliquer le fondement juridique des restrictions imposées à la liberté d'expression et préciser notamment le nom de l'entité gouvernementale requérante et le nom, le titre et la signature du fonctionnaire autorisé. La société est incitée à exercer tous les recours administratifs et judiciaires qui pourraient lui permettre de contredire la légalité de cette demande. Cette stratégie n'empêche pas nécessairement la société de répondre aux demandes. Elle permet néanmoins de décourager les demandes illégitimes, ralentit le processus et garantit l'information de la société mère ou donneuse d'ordre qui ne pourra prétendre ignorer les risques et ou atteintes graves en cours. Elle pourra alors prendre les décisions qui s'imposent en conséquence, et considérer notamment l'option consistant à cesser ses opérations dans ce pays.

Aussi, dans le cas où la demande ne peut être évitée, la société peut faire clairement part de sa réticence et exprimer notamment sa volonté de ne plus proposer de services dans cette région en cas de demande réitérée de la part des autorités.

En cas d'écart entre la conception française de certaines libertés fondamentales ou de l'environnement et la législation de pays où le groupe français opère via des filiales, sous-traitants ou fournisseurs, cet écart doit être identifié et la société doit mettre clairement en évidence dans son Plan la norme qu'elle choisit de respecter, comment et pourquoi.

Selon les critiques les plus ferventes à l'encontre de la loi sur le devoir de vigilance, les fondements textuels et le contenu normatif des droits et libertés fondamentales seraient imprécis[52]. Le Conseil constitutionnel a cependant indiqué dans sa décision que si les références à de tels droits étaient « insuffisamment précises pour permettre de définir un manquement de nature à justifier une sanction ayant le caractère d'une punition, **celles-ci ne présentent toutefois pas un caractère inintelligible**[53] ».

Les grandes entreprises sont dotées de nombreux juristes et font souvent appel aux services de conseils externes qui ont en commun d'avoir étudié, pour préparer leur entrée dans la profession, les droits et libertés fondamentales, parfois appelés droits humains ou encore libertés publiques. Ces professionnels du droit, avocats notamment, devraient donc être en mesure de guider les sociétés et leurs parties prenantes dans l'identification des sources et du contenu de ces droits fondamentaux.

Aussi, on ne peut qu'encourager les sociétés à engager des juristes spécialisés en matière de droit international des droits de l'homme, du droit social, des spécialistes des libertés fondamentales ou encore de droit pénal de l'environnement, tout comme elles le font déjà pour le droit de la concurrence ou le droit fiscal. Ces juristes seront tous désignés, en interne, pour participer à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan de vigilance.

52. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Saisine par 60 sénateurs* « L'expression « libertés fondamentales » ne renvoie à aucun concept juridique clair (…) aucune définition des normes qui doivent être respectées et des atteintes concernées n'est fournie par le texte de la loi. »

53. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, cons. 22.

5. Périmètre temporel de l'obligation de vigilance : le moment pour exercer la vigilance

> La société débitrice doit, **de façon constante, adopter un comportement vigilant** par lequel elle identifie et prévient les risques et atteintes graves. À ce titre, le Plan, qui matérialise le respect de l'obligation, devrait être mis à disposition du public dès son établissement puis **mis à jour aussi régulièrement que possible**, en fonction de l'évolution des risques, des atteintes et de leur gestion. La société doit prêter une attention particulière à la mise à jour du Plan en cas d'évolution du périmètre du Plan, c'est-à-dire à raison de l'entrée ou de la sortie de certaines sociétés ou activités de son périmètre de vigilance.

Il faut rappeler ici les trois éléments du devoir de vigilance: elle tient en une obligation de comportement à trois volets. Dans ses deux premiers volets l'obligation est d'« établi[r] et met[tre] en œuvre de manière effective (…) les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves », sur le périmètre précédemment décrit. Le troisième aspect de l'obligation est la dimension informative, décrite au début du chapitre, avec la publication du Plan et son inclusion dans le rapport de gestion. S'il est certain que l'obligation d'inclusion dans le rapport de gestion est une obligation à terme, qui dépend de la publication dudit document chaque année, en revanche, l'établissement, la mise en œuvre effective et le fait de rendre public le Plan revêtent un caractère constant.

En effet, l'obligation de vigilance a été décrite comme une obligation de moyens. La distinction entre obligation de moyen et de résultat a initialement été proposée par la doctrine au sujet des obligations contractuelles mais elle infuse aujourd'hui tout le droit des obligations. La terminologie tend à évoluer vers les notions d'obligations générales de prudence et de diligence et d'obligations déterminées. Dans cette optique, la doctrine considère aujourd'hui que les articles 1240 et 1241 du code civil correspondent à une obligation de prudence et de diligence, soit le comportement du bon père de famille, de la personne raisonnable[54].

Le devoir de vigilance, qui renvoie par ailleurs à ces articles, doit donc être entendu comme une obligation de comportement généralement prudent et diligent, un comportement raisonnable, qui ne saurait évidemment avoir lieu qu'une seule fois par an. Il doit être constamment renouvelé, au gré de l'évolution des risques et atteintes. Cette approche est parfaitement cohérente avec les outils et objectifs de la responsabilité civile, à laquelle la Loi se rattache explicitement et qui permettent d'empêcher les dommages et de les faire cesser ou de les réparer une fois commis[55]. Cela distingue clairement la Loi de simples obligations de « reporting » ou de « compliance ».

Le Plan lui-même, qui matérialise le comportement vigilant de la société mère, doit donc également faire l'objet d'évolutions régulières. C'est également le cas de la publication à destination du public.

54. Yves PICOD, *Répertoire de droit civil*, Dalloz Obligations, juin 2017.

55. Philippe LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009.

Pistes d'évolution

En ce qui concerne la publication du Plan et sa communication au grand public, les contraintes pratiques doivent néanmoins être reconnues. Il serait sans doute déraisonnable d'attendre des sociétés une mise à jour en temps réel de la totalité du Plan publié sur le site internet visant à l'information du public. Néanmoins, cet aspect de l'obligation nourrissant les deux autres, les sociétés ont tout intérêt à mettre à jour leurs communications et publications sur ce sujet plus d'une fois par an pour assurer la transmission des informations, pour permettre aux parties prenantes de réagir en cas d'oubli et pour prévenir des mises en cause.

Les sociétés devraient veiller à mettre à jour le plus régulièrement possible le Plan en cas de changement important du périmètre de la vigilance c'est-à-dire dans le cas où de nouvelles sociétés ou activités entreraient dans le périmètre du Plan. Les listes de fournisseurs et sous-traitants en particulier devraient faire l'objet de mises à jour très régulières.

	Ce que dit le droit souple du caractère constant de la vigilance :
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 17	La diligence raisonnable « devrait s'exercer en permanence, étant donné que les risques en matière de droits de l'homme peuvent changer à terme au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale ». Par ailleurs, d'après les commentaires, elle « doit être mise en œuvre le plus tôt possible dès le début d'une nouvelle activité ou relation. »
Principes Directeurs de l'OCDE, Chapitre II, commentaire para. 45	La diligence raisonnable est « une activité continue, étant entendu que les risques concernant les droits de l'homme peuvent changer à mesure que les activités de l'entreprise et son environnement évoluent. »

6. Périmètre interpersonnel de l'obligation de vigilance : les personnes qui participent au devoir de vigilance

a — L'association générale des parties prenantes

L'implication des parties prenantes est également à décliner sur chaque mesure du Plan. Les sociétés y sont fortement incitées par la Loi et par les référentiels de droit souple qu'elle sédentarise en droit positif. Elle est de toute façon inévitable dans la pratique pour assurer l'établissement et la mise en œuvre effective du Plan et le caractère raisonnable des mesures de vigilance.

Aussi, les entreprises devraient **publier la liste des parties prenantes internes et externes impliquées dans l'établissement et la mise en œuvre de chaque mesure du Plan**. La publication devrait indiquer la **méthodologie** relative au choix des parties prenantes, c'est-à-dire **leur définition et les critères** ayant mené à leur sélection. La société devrait donner également des précisions sur la **fréquence, les espaces et le mode d'interaction privilégiés:** information préalable, entretiens, auditions, consultations, questionnaires, discussion en conseil d'administration, en comité social et économique ou en comité d'entreprise européen. Les résultats de ces démarches devraient être indiqués et la société devrait **justifier de leur prise en compte ou de leur exclusion** dans l'établissement et la mise en œuvre du Plan.

La loi dispose que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. ».

Elle précise également, concernant le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, que celui-ci doit être « établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ». L'implication générale des parties prenantes dans l'établissement et la mise en œuvre du Plan doit se faire de façon transversale, c'est-à-dire à toutes les étapes et en permanence. La loi ne définit pas ces parties prenantes, pas plus qu'elle ne précise le mode d'association de celles-ci. La loi n'est pas formulée de façon impérative à ce sujet, sauf s'agissant du mécanisme d'alerte qui requiert explicitement la « concertation » avec les syndicats.

De prime abord, la notion de parties prenantes apparaît comme éminemment élastique, les sujets auxquels elle renvoie ayant des caractéristiques diverses. Les parties prenantes sont définies dans quelques textes de droit positif et de droit souple, les définitions étant souvent assorties de listes indicatives et non exhaustives desdites parties prenantes. Les débats ayant précédé l'adoption de la Loi ont notamment renvoyé à la définition retenue par le législateur à l'article 4 de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement. Selon cette dernière, les parties prenantes sont, pour une entreprise, « ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la

société civile influencés, directement ou indirectement, par [ses] activités ». Ce qui ressort de ces définitions, c'est toujours la corrélation qui existe entre une entité et ses parties prenantes, un lien d'influence. C'est d'ailleurs ce qui ressort des définitions plus sociologiques des parties prenantes issues des théories anglo-saxonnes de la gouvernance d'entreprise[56].

Dans le cadre de la Loi devoir de vigilance, les parties prenantes seront donc les individus, groupes ou groupements, dotés ou non de la personnalité morale, dont les droits et obligations ou dont les intérêts sont influencés, directement ou indirectement, par l'inexécution totale ou partielle du devoir de vigilance par la société débitrice. **Elles devraient donc être différentes pour chaque société débitrice de l'obligation de vigilance.** Il est ainsi évident que si les parties prenantes ne sont pas précisément listées dans la Loi, fautes d'être identifiables en amont et de façon exhaustive pour chaque société, elles n'en restent pas moins parfaitement identifiables par la société.

Elles peuvent notamment comprendre : les dirigeants de l'entreprise, les **salariés, collaborateurs**, les filiales et agences, fournisseurs, prestataires et sous-traitants, les clients, consommateurs et utilisateurs finaux, les actionnaires, investisseurs, les banques, syndicats au siège, dans les filiales, chez les fournisseurs et sous-traitants, les fédérations syndicales transnationales, les **communautés locales, les riverains, les groupes particulièrement affectés,** les gouvernements nationaux ou locaux, les institutions nationales, régionales ou internationales, les journalistes, les lanceurs d'alerte, les ONG et organisations de la société civile locale (associations, mouvements citoyen, etc). Bien qu'elle ne présente pas de caractère impératif, l'association des parties prenantes n'en est pas moins nécessaire, voire inévitable. D'abord, au plan légal, cette disposition présente bien un caractère normatif. En effet, c'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision concernant la Loi. Les députés et sénateurs critiquaient cette disposition, qu'ils considéraient dépourvue de caractère normatif. Le Conseil constitutionnel a rejeté cet argument en précisant que la disposition présentait une portée « incitative ». Si la normativité de cette disposition apparaît moindre, elle ne disparaît donc pas pour autant[57].

> Le caractère raisonnable des mesures de vigilance pourrait bien pâtir d'un défaut d'implication des parties prenantes.

Cette disposition ne remplace pas la responsabilité première de la société mère d'identifier et prévenir les risques et atteintes. Aussi il revient toujours à la société débitrice de l'obligation d'exercer sa vigilance sur le choix des parties prenantes, les espaces et les modes d'implications et de publier ces éléments de façon transparente dans son Plan afin de faire la démonstration de sa vigilance.

Outre la portée normative de la disposition qui vient d'être rappelée, l'implication transversale des parties prenantes apparaît comme une condition sine qua none de l'établissement et de la mise en œuvre effective du Plan et donc du respect de l'obligation de vigilance elle-même. En effet, l'obligation de vigilance ayant pour finalité l'identification et la prévention des risques et atteintes graves aux droits humains et à l'environnement liés à l'activité de la société, il paraîtrait bien audacieux de ne pas impliquer les personnes directement titulaires de ces droits ou dépendantes de cet environnement, dans le processus de vigilance.

56. Tiphaine BEAU DE LOMENIE et Sandra COSSART, « Parties prenantes et devoir de vigilance », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017.

57. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, cons. 22.

Le consentement libre informé préalable (CLIP)[58]

Bien souvent, la consultation des parties prenantes directement affectées est obligatoire, non simplement du fait de la Loi devoir de vigilance mais en raison d'autres textes dans l'ordre interne ou international qui consacrent la notion de consentement libre informé préalable (CLIP). Cette consultation devra donc être menée impérativement pour s'y conformer et **le défaut d'implication des parties prenantes pourrait alors constituer une violation du devoir de vigilance à part entière, consécutive au non respect du CLIP.**

Le CLIP regroupe diverses exigences applicables aux différentes politiques, projets et mesures ayant une incidence sur les droits notamment fonciers des peuples autochtones, dans un nombre croissant de contextes nationaux, internationaux et régionaux.

La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones indique que les États souhaitant valider des projets affectant les terres, les territoires ou les ressources de peuples autochtones doivent les concerter et coopérer avec eux afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé (Articles 19 et 32).

La Convention n° 169 de l'OIT sur les peuples indigènes fait référence au principe du consentement libre et éclairé dans le contexte de la relocalisation des peuples autochtones (Article 16). En outre, la Convention exige que les États consultent les peuples autochtones et assurent leur participation. De même, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) dans son Observation générale n° 23 invite les États à veiller à ce que les membres des peuples autochtones aient le droit de participer effectivement à la vie publique et à ce qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement éclairé.

Au niveau régional, la Commission interaméricaine des droits de l'homme consacre également le CLIP. En Europe, la résolution de 1998 du Conseil des ministres de l'Union portant sur les peuples autochtones dispose que les peuples autochtones ont le droit de choisir leur propre voie de développement, ce qui inclut de s'opposer à des projets. La Société financière internationale (SFI) a également intégré les exigences relatives au CLIP dans ses normes de performance (Norme de performance n°7).

Le CLIP peut également relever de législations nationales. Par exemple, en Australie, au Canada, aux États-Unis, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en Indonésie et au Pérou, pour pouvoir acheter des terres à des propriétaires autochtones, les représentants du secteur privé doivent conclure un accord avec eux. Aux Philippines, selon la loi sur les mines (1995) et la loi sur les droits des peuples autochtones (1997), le «consentement préalable en connaissance de cause» est requis au moins au stade de l'exploration.

58. Verisk Maplecroft et le UN Global Compact, « Indigenous peoples », *Human Rights and Business Dilemmas Forum*, [https://hrbdf.org/dilemmas/indigenous-peoples/#_ftn22]

Pistes d'évolution

Le champ des parties prenantes pouvant être très vaste, d'autant qu'elles ont vocation à être impliquées de façon transverse et à chaque étape de la vigilance, il peut être nécessaire pour la société de sélectionner certaines d'entre elles. Il faudra alors que la société s'assure de leur légitimité et de leur pertinence. Pour cela, leur influence, leur collaborativité et la relation existante avec l'entreprise doivent être évaluées. **Les critères à retenir pour les parties prenantes seront notamment la représentativité, la crédibilité, l'indépendance et la pluralité d'opinion.**

Les « comités de parties prenantes » instaurés aux seins de certaines entreprises au niveau des sociétés mères ne sauraient constituer une méthode de consultation unique et adéquate pour tout le Plan. Outre une composition largement questionnable, **ils ne sont pas un substitut à la consultation des parties prenantes directement affectées, de façon délocalisée et adaptée au contexte.** S'agissant ensuite des modes d'interaction, ils peuvent prendre différentes formes: des réunions, entretiens, des auditions, des consultations, multilatérales ou bilatérales, des questionnaires anonymes ou des partenariats. L'essentiel est d'assurer une communication réciproque, de bonne foi, réactive, continue, avec une prise en compte effective des avis et une explication claire en cas de rejet de ceux-ci. Pour cela, **une information préalable, accessible, transparente, exhaustive et adaptée doit être transmise dans un délai raisonnable.** Les sociétés peuvent s'aider sur ce point du contenu et du régime du droit à un consentement libre informé préalable. Les espaces de discussion adéquats devront également être identifiés, notamment s'agissant des parties prenantes « internes » (*cf* encadré droit souple p. 48).

b — Les initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale

> En cas de recours à des initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle internationale, l'entreprise devrait publier la liste de celles-ci, ainsi qu'une **évaluation critique de l'initiative à échéance régulière.** L'évaluation devrait prendre en compte notamment la pertinence des parties prenantes impliquées, le mode d'interaction, le cahier des charges de l'initiative et sa gouvernance, la qualité des mécanismes de réclamation internes, les résultats des indicateurs de suivi et d'effectivité, les critiques émises par des observateurs ou encore le niveau de transparence de l'initiative.

La loi dispose que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. » Cette disposition ne doit pas s'appliquer au préjudice de la responsabilité première de la société mère d'identifier et prévenir les risques par l'établissement et la mise en œuvre de son Plan. À ce titre, il importe que la société mère agisse avec vigilance même à l'égard des initiatives susmentionnées. Elle peut pour cela se référer aux outils d'alignements développés par l'OCDE[59].

59. V. pour les industries extractives, en anglais, OCDE, *Alignment assessment of industry programmes with the OECD minerals guidance*, avril 2018, [https://mneguidelines.oecd.org/industry-initiatives-alignment-assessment.htm]

	Ce que dit le droit souple sur l'implication des parties prenantes :
Principes Directeurs de l'OCDE, commentaire sur les principes généraux, para. 25 et Chapitre II, A. para. 14	Les entreprises doivent « s'engager auprès des parties prenantes concernées en leur donnant de réelles possibilités de faire valoir leurs points de vue lorsqu'il s'agit de planifier et de prendre des décisions relatives à des projets ou d'autres activités susceptibles d'avoir un impact significatif sur les populations locales ».
Guide OCDE sur la diligence raisonnable, Section I, Caractéristiques du devoir de diligence – Informations obtenues en échangeant avec les parties prenantes et question 9	« Les parties prenantes sont des personnes ou des groupes dont les intérêts peuvent être affectés par les activités d'une entreprise » ; « La mise en œuvre du devoir de diligence se base sur des informations obtenues en échangeant avec les parties prenantes » ; « Les échanges avec parties prenantes impliquent des procédures d'échange interactives avec les parties prenantes concernées. Les échanges avec les parties prenantes peuvent avoir lieu dans le cadre de réunions, d'audiences ou de consultations. Pour être constructifs, les échanges entre parties prenantes doivent être réciproques et reposer sur une bonne foi mutuelle. Ils doivent également être réceptifs et continus, et dans de nombreux cas précéder toute décision. »
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 18	Les Principes précisent que l'évaluation des risques doit « comprendre de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés, et ce en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature et du cadre de l'activité. » Les commentaires précisent que « les entreprises devraient s'efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d'être concernées en les consultant directement de telle manière que soient pris en compte la langue et les autres obstacles potentiels à un dialogue fructueux. Lorsqu'il n'est pas possible de mener de telles consultations, les entreprises devraient envisager d'autres possibilités raisonnables comme consulter des experts indépendants crédibles, y compris des défenseurs des droits de l'homme et autres représentants de la société civile ».
Déclaration Tripartite de l'OIT, Politique générale, para. 10 e)	La diligence « devrait comprendre de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés, y compris des organisations de travailleurs, et ce en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature et du cadre de l'activité. »

	Ce que dit le droit souple sur la gouvernance :
Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 19	« La responsabilité de remédier à ces incidences est assignée au niveau et à la fonction appropriés au sein de l'entreprise. » Les commentaires précisent que « L'intégration horizontale dans toute l'entreprise des résultats spécifiques de l'évaluation des incidences sur les droits de l'homme ne peut être efficace que si l'engagement de principe en faveur des droits de l'homme a été incorporé dans toutes les fonctions commerciales pertinentes. C'est impératif pour faire en sorte que les résultats de l'évaluation soient bien compris, qu'il leur soit accordé l'importance voulue et qu'il leur soit donné suite. »

c — L'organisation de la gouvernance

> L'organisation de la gouvernance du Plan devrait également être indiquée de façon globale et pour chaque mesure du Plan.

La Loi ne contient aucune disposition relative à l'organisation interne ou à la gouvernance du Plan. Mais de nombreux référentiels relatifs à la diligence et de nombreux Plans publiés en 2018 accordent une place majeure à cet aspect. Cette gouvernance se scinde en deux éléments principaux. D'une part, on constate la définition d'une gouvernance globale du processus de vigilance, de nombreuses sociétés ayant mis en place des comités ou groupes de travail dédiés au pilotage du Plan au sein de la société mère.

On retrouve généralement dans ces comités les achats, la Responsabilité Sociale et Environnementale ou développement durable, la compliance, les audits, les ressources humaines, la finance, le juridique mais également les départements innovation, ou communication et affaires publiques. En effet, **il paraît important d'avoir une implication globale de différentes directions pour éviter tout effet de compromission** du processus de vigilance entre départements. On entend ici par l'effet de compromission, le mécanisme par lequel l'action positive d'une direction ou d'un département sera annulée par l'action d'une autre direction ou département.

D'autre part, certains Plans et les référentiels de droit souple identifient également une gouvernance décentralisée pour chaque mesure à établir et mettre en œuvre. L'exposé de la gouvernance dans les Plans doit permettre d'identifier les interlocuteurs pertinents mais aussi et surtout d'évaluer l'allocation des ressources humaines et financières dédiées à la vigilance. Elle peut donc permettre, dans une certaine mesure, d'apprécier l'effectivité ou la réalité des moyens mis en œuvre. Ce sera notamment le cas lorsque les Plans identifient pour chaque risque et mesure, les directions ou opérationnels en charge et les moyens qui leurs sont alloués dans ce cadre, ou l'évolution des ressources humaines prévues pour chaque mesure.

Mais la gouvernance du Plan n'est qu'une modalité d'organisation, sans être une fin en soi de la vigilance ni même un impératif légal puisqu'elle n'est pas mentionnée par la Loi. Ainsi, la mise en place d'une « gouvernance », bien qu'utile, ne devrait pas être présentée comme une mesure de vigilance à proprement parler.

Il faut à tout prix éviter que ces précisions mènent à une dilution à l'intérieur du groupe de la responsabilité de l'établissement et de la mise en œuvre du Plan. À ce titre, les sociétés devraient prendre garde à ne pas donner trop de poids dans les Plans à cette question de leur « gouvernance ». **La loi vise une responsabilisation de la société mère en tant que personne morale et non pas la diffusion de la responsabilité sur les personnes physiques.** De la même façon, l'identification de la gouvernance du Plan et des mesures ne doit pas se faire au détriment des salariés, qui ne devraient pas faire l'objet de sanction ni de mesure disciplinaire à titre personnel en cas de défaillance de la vigilance.

II.

Les mesures de vigilance devant être établies, mises en œuvre et publiées

Ces mesures énoncées par la Loi ne sont pas limitatives ou exclusives : la société doit mettre en place toute mesure supplémentaire lui permettant de satisfaire son obligation générale de vigilance, à savoir l'identification et la prévention des risques et atteintes graves selon les périmètres précédemment identifiés.

1. Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation

a — Identification des risques

> Le Plan devrait contenir la méthodologie d'identification des risques dans le périmètre du Plan et les outils utilisés ou que l'entreprise prévoit de mettre en place pour la réaliser. La publication devrait se faire de façon exhaustive et sincère en ce qui concerne les résultats de l'identification des risques **et présenter de façon détaillée les risques et atteintes graves par exemple par produits, régions, entités, activités et secteurs**. Si l'identification des risques et des atteintes graves est incomplète, la société devrait en préciser les raisons et un calendrier pour sa finalisation.

La Loi dispose que le Plan comprend notamment « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ». L'identification des risques et des atteintes graves doit porter sur les différents périmètres identifiés dans les principes transversaux : le périmètre organisationnel ou *ratione personae* et le périmètre substantiel ou *ratione materiae*. Elle doit impliquer les parties prenantes et être exercée de façon constante pour respecter le périmètre temporel de l'obligation.
De même, l'identification des risques est publiée et mise à jour de façon régulière pour refléter le caractère constant de la vigilance. Sa mise à jour chaque année à n+1 est incluse dans le rapport de gestion correspondant à chaque exercice.

Afin de respecter pleinement l'obligation de publication, qui a, comme expliqué plus haut, une visée informative, la cartographie des risques publiée doit atteindre un niveau de détail suffisant, permettant à toute personne d'identifier précisément les risques dans le périmètre substantiel et organisationnel du groupe. Toute publication manquant de sincérité dans la façon de présenter les risques ne serait pas conforme à l'obligation de publication du devoir de vigilance qui doit permettre de constater les risques et atteintes aux normes en matière de droits humains et d'environnement, nécessairement spécifiques.

Pistes d'évolution

Par le passé, les sociétés mères et donneuses d'ordres ont souvent plaidé l'ignorance quand leur image ou leur responsabilité était mise en cause pour des violations des droits humains ou des atteintes à l'environnement commises par d'autres sociétés de leur groupe ou par certaines de leurs relations commerciales.

La logique sous-jacente de l'identification des risques est précisément qu'une société ne devrait plus pouvoir plaider l'ignorance. **La Loi lui impose en effet désormais d'identifier et donc de connaître les risques générés par ses activités et celles des entités présentes dans son périmètre de vigilance.** Certaines sociétés pourraient toutefois arguer d'une incapacité technique à assurer effectivement cette identification dans la totalité du périmètre de la Loi. Plusieurs solutions permettent de répondre aux inquiétudes de sociétés confrontées à l'identification des risques auprès de centaines de filiales et milliers de fournisseurs et sous-traitants.

Premièrement, de très nombreux outils et sources d'informations existent qui permettent de procéder à l'identification des risques une fois le périmètre identifié. De nombreux experts et conseils peuvent leur prêter main forte dans cet exercice. Les rapports et bases de données des organisations internationales ou d'ONG permettent de construire une image assez exhaustive des risques et atteintes dans certains secteurs ou par régions.

Deuxièmement, la Loi incite les sociétés à se rapprocher d'initiatives multi parties prenantes sectorielles ou régionales. Celles-ci maîtrisent généralement bien les risques dans un secteur ou une région donnée et permettent un échange d'informations utiles entre les sociétés concernées.

Troisièmement, les controverses concernant des sociétés mères en raison d'atteintes aux droits humains ou à l'environnement sont souvent révélées par des ONG, des travailleurs ou des journalistes d'investigation. Si ces acteurs sont en mesure de détecter des risques dans les chaînes de valeur des sociétés mères, **il semble raisonnable d'attendre des sociétés une capacité au moins identique, si ce n'est supérieure, puisqu'elles doivent avoir en principe une meilleure connaissance de leurs propres activités et des ressources** humaines, techniques et financières plus conséquentes pour mener à bien cette identification. D'autant que le devoir de vigilance a été décrit comme une obligation de moyens, ce qui signifie qu'il est attendu des sociétés débitrices de l'obligation qu'elles déploient leurs meilleurs efforts pour atteindre l'objectif visé. Une société qui ne mettrait pas en œuvre tous les moyens techniques, financiers et humains lui permettant d'identifier des risques que des ONG ou des journalistes sont en mesure d'identifier, aurait bien du mal à justifier du caractère raisonnable de ses mesures d'identification des risques.

> À ce titre, si des sociétés se trouvent réellement dans l'incapacité technique ou financière d'identifier effectivement les risques dans leur chaîne de valeur, il leur appartiendra de réfléchir à un réagencement de celle-ci selon un modèle mieux maîtrisable et plus durable, leur permettant effectivement de procéder à l'identification des risques dans le périmètre du Plan.

b — Analyse et hiérarchisation

> La société devrait faire état de la méthodologie d'analyse, d'évaluation et de hiérarchisation des risques. Celle-ci doit dépendre d'une part de la **gravité**, évaluée en fonction de l'échelle, de l'ampleur et du caractère réversible ou non des atteintes et d'autre part de la probabilité du risque ou d'aggravation de l'atteinte. Les critères de hiérarchisation ne reposent pas sur les risques pour la société ou le groupe (financier, juridique, réputation). Cette hiérarchisation **n'a pas vocation à exclure des risques ou atteintes graves** du champ de la vigilance mais à prioriser les réponses dans le temps en cas de contraintes de ressources, avec l'objectif à terme de traiter **la totalité des risques**. La hiérarchisation finale et globale de la totalité des risques établie par l'entreprise devrait également être présentée de façon accessible, sincère et exhaustive, ce qui implique de présenter plusieurs cartographies, si nécessaire, pour leur lisibilité.

La Loi dispose que le Plan comprend notamment « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ». La définition de la notion de risque a déjà été précisée dans la première partie du Guide. Il s'agit maintenant de définir les critères d'analyse et de hiérarchisation au regard de ces définitions.

Ce que dit le droit souple au sujet de l'analyse et de la hiérarchisation :

Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 24	Lorsqu'il est nécessaire de conférer aux mesures un rang de priorité « les entreprises devraient commencer par prévenir et atténuer les atteintes **les plus graves ou celles auxquelles tout retard d'intervention donnerait un caractère irrémédiable.** » Les commentaires précisent que si les entreprises « doivent remédier à toutes leurs incidences », elles ne pourront peut-être pas toujours le faire simultanément. « En l'absence d'indications juridiques spécifiques », « les entreprises devraient commencer par les incidences sur les droits de l'homme qui sont les plus graves, reconnaissant qu'un retard d'intervention peut les rendre irrémédiables. La gravité n'est pas considérée comme absolue dans ce contexte, mais s'établit par rapport à celle des autres incidences sur les droits de l'homme que l'entreprise a identifiées. »
Guide OCDE sur la diligence raisonnable, Section II, 2.4 et question 31	« À partir des informations obtenues sur les impacts négatifs réels et potentiels de l'entreprise, classer si nécessaire les risques d'impacts négatifs sur les enjeux CRE par ordre de priorité, et définir les mesures à prendre en fonction de la gravité et de la probabilité de ces derniers. Ce classement par ordre de priorité sera pertinent dans l'éventualité où il s'avèrerait impossible de traiter tous les impacts négatifs réels ou potentiels immédiatement.» « Pour classer ses actions par priorité, le facteur le plus important est le caractère plus ou moins significatif du dommage réel ou potentiel. Cependant, étant donné que les entreprises peuvent être exposées à plusieurs risques d'impacts négatifs aussi significatifs les uns que les autres, **l'imminence du dommage peut aussi être prise en compte en second lieu.** »

En la matière, et à défaut de précision dans la Loi, le droit souple fournit d'excellentes pistes. L'importance du risque sera évaluée à la fois à l'aune de la gravité de l'atteinte et de sa probabilité, s'agissant d'un risque. **S'agissant de la gravité, il s'agit bien du degré de l'atteinte au droit ou à l'environnement et à ses fonctions, de l'ampleur des atteintes et de leur caractère réversible ou non.** Attention à ne pas confondre la gravité du risque avec une importance accrue de certains intérêts protégés au titre du droit international sur d'autres. Au contraire, conformément aux principes du droit international, les droits humains et libertés fondamentales sont interdépendants et indivisibles. Ils ne peuvent pas faire l'objet d'un choix ou d'un classement de valeur les uns par rapport aux autres. Néanmoins, une attention toute particulière devrait être portée aux **groupes et individus particulièrement exposés** aux atteintes: femmes, enfants, personnes âgées, minorités. **La gravité du risque ne doit pas non plus être confondue avec la matérialité** qui correspond plutôt aux attentes de certaines parties prenantes et à la gravité des enjeux pour l'entreprise elle-même.

La probabilité s'évalue quant à elle au regard du caractère confirmé ou non du risque, de sa fréquence, du niveau de gouvernance, du contrôle et de la transparence de l'industrie ou du marché. Néanmoins c'est généralement le caractère de gravité qui devrait l'emporter.

Pistes d'évolution

Si la Loi ne mentionne la cartographie des risques qu'au singulier, il semble évident que plusieurs cartographies seront nécessaires, considérant les sociétés couvertes par la Loi. Celles-ci possèdent en effet des chaînes de valeur tentaculaires, proposent souvent plusieurs services et produits et opèrent dans de nombreux pays.

> Il est peu probable qu'une seule et même cartographie puisse raisonnablement regrouper la totalité des risques du groupe de façon claire et exhaustive.

Aussi pour des raisons de pragmatisme, il semblerait raisonnable que les sociétés établissent plusieurs cartographies en fonction des pays, des produits et des activités. Ces cartographies devraient au moins être mises à disposition des parties prenantes qui en feraient la demande, si ce n'est intégrées d'ores et déjà au Plan qui doit être publié.

Une question fréquente est celle de savoir si la Loi peut couvrir des atteintes graves qui se sont produites avant son entrée en vigueur. Sur ce point, il faut raisonner en deux temps. Elle ne vaut en principe que pour l'avenir et on ne saurait rechercher la responsabilité des sociétés mères couvertes par la loi, pour des actions ou omissions au regard de celle-ci, qui se seraient produites avant son adoption. Néanmoins, s'agissant d'atteintes graves aux droits humains, à la santé et à la sécurité, et à l'environnement, il est fréquent que de telles atteintes aient des conséquences humaines et environnementales qui se poursuivent dans le temps, au-delà du moment correspondant au fait générateur.

D'ailleurs, parce qu'elle porte sur la notion de risques, la Loi se détache partiellement de la notion de fait générateur fautif. Peu importe que l'activité dommageable ait eu lieu avant l'adoption de la loi puisque ce qu'elle vise en réalité, ce sont ses effets plus systémiques des activités des entreprises. Dans ce cas, les atteintes passées entreraient dans le périmètre de la Loi à double titre. En effet, selon le contexte d'opération, une atteinte passée peut générer un risque très actuel de déni de justice et donc un nouveau risque à part entière d'atteinte aux droits fondamentaux. Si la société ne fait rien pour corriger cette situation passée, elle fait courir un nouveau risque aux personnes affectées. Par ailleurs, une atteinte grave qui se poursuit dans le temps entre dans le périmètre de la Loi car l'absence de réparation en tant que telle peut aggraver l'atteinte originelle. On raisonne ici par analogie avec la notion d'aggravation du dommage. C'est donc le risque d'aggravation de l'atteinte lui-même qui devrait être identifié. La notion est particulièrement pertinente concernant les dommages environnementaux.

> À ce titre, des atteintes graves passées mais dont les conséquences se prolongent aujourd'hui, sous l'empire de la Loi devoir de vigilance, devraient être identifiées et adressées dans les Plans.

Par ailleurs, concernant l'analyse et la hiérarchisation des risques, il est important de noter qu'ils ne doivent pas être synonymes d'exclusion de certains risques. La société devra mener sa cartographie à l'aune de tous les droits et principes et identifier tous les risques qu'elle fait peser sur eux, sans exception. Ce qui ne veut pas dire que des risques pour chacun de ces droits vont effectivement apparaître dans sa chaîne de valeur, ni qu'elle doit traiter ces risques de façon identique.

La finalité de l'analyse et de la hiérarchisation est de prioriser les actions de prévention, d'atténuation ou de remédiation qui doivent en découler. Elle permet notamment d'identifier les risques qui doivent faire l'objet d'une action prioritaire en raison de leur gravité ou de l'imminence de leur réalisation. **Le caractère raisonnable de la vigilance tient par ailleurs à la proportionnalité des mesures prises par rapport aux risques.** Cela implique notamment que le niveau maximum possible de ressources techniques humaines et financières soit investi en fonction de la gravité de chaque risque, ce qui correspond également à la notion d'obligation de moyens qui caractérise le devoir de vigilance. Mais à terme, tous les risques doivent être traités, sans exception.

Prioriser les risques permettra de prioriser les ressources et les moyens pour y répondre, **si et seulement si ceux-ci ne sont pas suffisants pour traiter tous les risques dans l'immédiat.** Prioriser des actions de vigilance n'est en effet acceptable que si la société n'a pas les ressources pour tout traiter directement. Aussi le manque sincère de ressources pour tout traiter devrait conduire la société à interrompre ou ne pas entamer de nouvelles activités ou relations commerciales.

> L'exclusion temporaire de certains risques du champ de traitement doit rester l'exception et non la règle. Il reviendra à la société de démontrer qu'elle n'est pas en mesure de répondre à ce risque dans l'immédiat.

2. Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques

> Sur le périmètre organisationnel identifié pour le Plan, la société devrait établir et publier les outils, la méthodologie, les objectifs et le calendrier des procédures d'évaluation de la situation des filiales, fournisseurs et sous-traitants. Comme l'indique le recours au pluriel, **ces mesures doivent être multiples et complémentaires** pour éviter au maximum les lacunes dans l'évaluation et le suivi des sociétés. La société devrait publier **les résultats des évaluations** et en particulier les indicateurs pertinents ainsi que leur méthode d'élaboration et de calcul, afin de mettre en évidence les progressions, les stagnations et régressions. Elle devrait indiquer **les mesures correctives adoptées**, si besoin, ainsi que leur **calendrier**.

La Loi dispose que les sociétés doivent établir, mettre en place et publier dans leurs Plans les « procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ».

Ces mesures portent donc sur le périmètre organisationnel groupe et extra-groupe précédemment identifié et sur la totalité du périmètre substantiel ou *ratione materiae*[60]. Elles devraient être établies et mises en œuvre de façon constante, idéalement en association avec les parties prenantes pertinentes.

Le texte apporte une précision et dispose que ces procédures sont établies, mises en œuvre et publiées au « regard de la cartographie des risques », c'est-à-dire qu'en cas d'impossibilité technique ou financière pour procéder à de telles évaluations, la cartographie qui a permis de hiérarchiser les risques peut aider à répartir les ressources pour l'établissement et la mise en œuvre des procédures d'évaluation.

Une fois de plus, la cartographie n'ayant pas vocation à exclure les risques, cela ne signifie pas que les procédures d'évaluation ne devront pas porter sur la totalité des risques, mais que celles-ci peuvent être **mises en place progressivement**, en fonction des capacités techniques et financières, pour à terme couvrir tous les risques.

> Cela implique également que si la société n'a pas les moyens de procéder à l'évaluation exhaustive des risques de toutes ses filiales, fournisseurs et sous-traitants, elle devrait alors s'abstenir de créer de nouvelles relations commerciales ou de se lancer dans de nouvelles branches d'activités.

La nature de ces mesures d'évaluation n'est pas précisée, mais comme l'indique le recours au pluriel, elles doivent être multiples.

60. *cf* I. Principes transversaux

À l'aune des objectifs de la Loi, elles devraient à l'évidence croiser des techniques complémentaires pour éviter au maximum les lacunes dans l'évaluation qui nourrit l'identification et la prévention des risques : les audits annoncés et non annoncés, les enquêtes, les visites inopinées par des tiers indépendants, les autoévaluations, les questionnaires…

Pistes d'évolution

De telles procédures répondent à plusieurs objectifs en matière de vigilance : d'une part elles permettent de mettre à jour de façon régulière le contenu de l'identification, de l'analyse et de la hiérarchisation des risques.

D'autre part, elles permettent de prévoir des mesures d'atténuation, de prévention et de remédiation en conséquence des résultats des évaluations. Elles permettent notamment de prévenir l'entrée d'entités à risques dans le périmètre ou d'exclure les entités à risques. Enfin, elles permettent d'établir et récolter des indicateurs qualitatifs et quantitatifs de suivi du risque, qui permettent ensuite de démontrer le caractère effectif ou non de la vigilance.

> Les auditeurs, fournisseurs de services et autres prestataires externes devraient également être l'objet de la vigilance des sociétés mères car ils peuvent entrer dans le périmètre de leurs Plans.

À ce titre, la pertinence de ces pratiques devrait elle-même faire l'objet d'évaluations régulières en fonction de leur calendrier et fréquence, de l'indépendance des audits et évaluations, de la qualité et de la formation des auditeurs et évaluateurs, de la pertinence du cahier des charges, en cas de critiques de tiers, selon la réactivité du mécanisme, c'est-à-dire, s'il encourage la mise en place effective de mesures correctives, selon le niveau de protection des travailleurs et notamment la prévention des représailles et les entretiens sans les managers, ou encore au regard de la gestion des coûts qui devraient peser en priorité sur les sociétés mères.

Il en va de même lorsque ces mécanismes d'évaluation sont établis et mis en œuvre à travers des initiatives pluripartites à l'échelle sectorielle ou régionale. Celles-ci devraient faire l'objet de vérifications régulières. L'avantage de telles initiatives étant de réduire la pression sur les fournisseurs et sous-traitants en mutualisant les informations et les mesures pour plusieurs donneurs d'ordres[61]. Les procédures d'évaluation doivent déclencher des mesures correctives ou d'atténuation avec un suivi spécifique en fonction des risques ou atteintes relevées. En particulier, un risque imminent ou une atteinte doivent faire l'objet de mesures correctives immédiates avec un calendrier de suivi rapide. Pour chaque mesure d'évaluation, les sociétés devraient prévoir un calendrier, des objectifs et des indicateurs de processus et de résultat.

Ces éléments doivent impérativement faire l'objet d'une publication, pour permettre aux parties prenantes pertinentes de se manifester et d'alerter les sociétés en cas d'écart entre les résultats de ces mesures et la réalité opérationnelle. Une telle publication est également nécessaire pour remplir effectivement l'obligation de transparence et d'information du devoir de vigilance.

61. *V.* plus généralement à propos des audits SHIFT, «From Audit to Innovation: Advancing Human Rights in Global Supply Chains», *Rapport*, New York, 2013.

Les lacunes des mécanismes de certification[62]

L'organisation Changing Markets Foundation a étudié des initiatives volontaires de certification dans trois secteurs où la consommation croissante et l'approvisionnement non durable ont causé de graves problèmes environnementaux : l'huile de palme, la pêche et le textile. L'étude s'inscrit dans le cadre d'une pression croissante du secteur privé et public pour le développement de tels mécanismes de certification, alors que leurs effets bénéfiques sur les problématiques sociales et environnementales ne sont pas avérés. D'après les auteurs du rapport, **ces mécanismes permettent plus souvent aux sociétés de blanchir leur image auprès des consommateurs, sans aborder réellement les problématiques de fond.**

En particulier, le rapport souligne que la certification croissante de l'huile de palme n'a pas généré un ralentissement de la déforestation ou de la perte de biodiversité. Selon les auteurs, les mécanismes de certification de cette matière première manquent d'exigence et n'assurent pas la traçabilité de mise, voire **tirent les standards de certification vers le bas pour permettre la certification de volumes plus importants d'huile de palme.**

En règle générale, les mécanismes de certification ne portent que sur une partie des problèmes liés à la production des matières premières en ne visant par exemple qu'une partie de la chaîne d'approvisionnement ou seulement certains des produits chimiques spécifiques utilisés à une étape précise de la chaîne. En outre, ils ne couvrent au final qu'un volume infime de la production globale. **Le rapport incite à développer des mécanismes de certification plus complets, couvrant l'ensemble du cycle de vie des matières. Les critères d'adhésion et les cahiers des charges devraient également être revus à la hausse.** Les réformes devraient se fonder sur quatre principes clefs :

1. La transparence, qui inclut la disponibilité de critères et de rapports sur les performances des différents membres du régime, et encourage la transparence de la chaîne d'approvisionnement.

2. L'indépendance, qui inclut la suppression des conflits d'intérêts, comme le découplage des recettes d'adhésion des résultats de la certification et de la conformité, et la garantie que les organismes indépendants établissent les normes.

3. Une approche holistique à haute traçabilité, visant à couvrir l'ensemble du cycle de vie d'un produit, et ne permettant pas aux entreprises de choisir des critères ou d'être certifiées sous conditions.

4. Viser des améliorations continues, ce qui implique de placer la barre assez haut pour certifier uniquement les entreprises qui vont au-delà des performances moyennes et qui sont résolues à une amélioration continue. Les régimes devraient également être basés sur la science, refléter les améliorations réglementaires et prévenir les reculs.

62. « La Fausse promesse de la certification », Changing Markets Foundation, *Rapport*, mai 2018.

Ces mécanismes volontaires, s'ils peuvent avoir un effet vertueux en renforçant la traçabilité des chaînes d'approvisionnement, **ne dispensent pas les entreprises de prendre les mesures adéquates permettant de prévenir et d'atténuer les incidences négatives de ces produits, y compris en cessant de s'approvisionner auprès de fournisseurs lorsqu'elles ne peuvent garantir l'origine des produits.** En particulier, dans le secteur agricole, les sociétés devraient s'engager pour la mise en place de moratoires sur la déforestation. **Ces mécanismes ne peuvent pas non plus remplacer l'exigence de réglementation nationale et internationale des filières.**

3. Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves

> La société doit établir des mesures préventives, d'atténuation et de réparation avec les parties prenantes en fonction de la hiérarchisation des risques et des ressources humaines, techniques et financières de la société. La société doit publier **pour chaque risque identifié une synthèse des mesures de prévention, atténuation et réparation à mettre en place, leur calendrier et des indicateurs permettant de suivre leur effectivité et leur efficacité**. Il serait également pertinent d'indiquer la méthodologie de choix des indicateurs ainsi que les sources de données.

D'après la Loi, la société mère doit notamment établir, mettre en œuvre de façon effective et publier dans son Plan des « actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ». Des « actions adaptées » devront être établies, en association avec les parties prenantes pertinentes, mises en œuvre et publiées dans le Plan. Elles doivent atténuer et prévenir les risques et atteintes graves et y remédier le cas échéant.

> Le recours à la terminologie « d'actions adaptées» implique que les sociétés ne peuvent se contenter de mesures déclaratives et/ou non spécifiques à chaque risque ou atteinte.

La rédaction ne laisse aucune place au doute : des engagements moraux, comme des codes de conduite ou chartes éthiques ne constituent pas des « actions ».

Par ailleurs, des Plans qui ne répondraient pas à chaque risque ou atteinte identifiés, ne seraient pas « adaptés ». L'adjectif « adaptées » renvoie également à la notion de raisonnable. Une action « adaptée » sera alors proportionnelle au risque ou à l'atteinte qu'elle vise à atténuer ou prévenir et dépendra donc, comme précédemment, des ressources humaines, techniques et financières affectées à l'établissement et à la mise en œuvre de chaque action en fonction de la cartographie des risques.

Ce que dit le droit souple sur les mesures de prévention, d'atténuation et de remédiation :

Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 19	Afin de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, les entreprises « devraient tenir compte des résultats de leurs études d'impact pour toute l'étendue des fonctions et processus internes pertinents et prendre les mesures qui s'imposent. Le processus décisionnel interne, **les allocations budgétaires** et les processus de contrôle permettent de prendre des mesures efficaces contre ces incidences ».

Cela implique là encore que l'exclusion temporaire de certains risques du champ des mesures d'atténuation ou de prévention doit rester l'exception et non la règle et qu'il reviendra à la société de démontrer qu'elle n'est pas financièrement ou techniquement en mesure de répondre à ce risque dans l'immédiat. Prioriser les actions de prévention et d'atténuation n'est acceptable que si la société n'a pas les ressources pour tout traiter directement. Aussi, le manque sincère de ressources pour tout traiter devrait logiquement conduire la société à interrompre ou ne pas entamer de nouvelles activités ou relations commerciales.

Pour chaque mesure, la société devrait prévoir un calendrier, des objectifs qualitatifs et quantitatifs et des indicateurs permettant de démontrer son effectivité et son efficacité. En particulier, les indicateurs devraient permettre d'évaluer les ressources affectées aux différentes mesures et leur évolution dans le temps en fonction des résultats effectifs. En effet, la loi exigeant une mise en œuvre effective des mesures, seules de telles précisions tendraient à montrer l'exécution de bonne foi de l'obligation par la société.

Pistes d'évolution

Cette disposition met en lumière le caractère essentiellement préventif du Plan de vigilance. Ce principe central et primordial de prévention se retrouve dans tous les référentiels de droit souple concernant la vigilance raisonnable pour la conduite responsable des entreprises.

Ces mesures seront tout aussi variées que les risques et atteintes identifiés. Pour satisfaire l'exigence du caractère raisonnable des mesures, elles devraient être proportionnelles à la gravité des risques et atteintes. Les mesures d'atténuation et de prévention devraient être déterminées avec les parties prenantes. La société devrait mener un diagnostique des différentes actions adaptées envisageables de façon proportionnelle aux risques, et prendre en considération des risques supplémentaires qu'elles peuvent faire courir. Le choix de la mesure doit ainsi être justifié et son résultat, soit l'efficacité de la mesure, mesurable.

Aussi, quand le risque est trop élevé, la seule solution adéquate sera de ne pas entamer une relation commerciale, une nouvelle activité ou bien de l'arrêter. En amont de toute activité ou relation, la société devrait établir la procédure préalable à l'entrée en relation commerciale ou à l'entrée dans le périmètre intra-groupe. Elle devrait mener des études d'impact et des évaluations préalables à toute opération d'achat ou de fusion.

Au cours de ses activités et de ses relations commerciales, la société doit exercer en permanence son influence et la développer. Elle devrait notamment pour cela faire preuve d'exigences claires, reprises par exemple dans des dispositions contractuelles, et annoncer explicitement les conséquences potentielles des violations des engagements ou de l'occurrence de risques et atteintes: la possible rupture de la relation commerciale, la suspension de la relation le temps que l'atténuation ou la prévention du risque soit assurée et enfin la poursuite de la relation conditionnée à la mise en place effective

d'actions correctives. **L'arrêt de certaines activités ou la rupture des relations commerciales doivent être envisagées de façon claire entre la société et ses relations commerciales.** Cette solution doit apparaître comme une issue possible dès le début de la relation. Elle doit se faire en conformité avec le droit national et international et ne pas porter atteinte notamment aux droits des travailleurs. Les stratégies doivent comprendre l'établissement d'objectifs qualitatifs et quantitatifs et des calendriers pour anticiper l'exigence de suivi des mesures et de leur effectivité. **Il est également justifié d'attendre des entreprises l'établissement et la mise en œuvre de mesures de remédiation en cas d'atteinte grave.** Celles-ci n'excluent pas les mécanismes judiciaires mais peuvent éviter l'aggravation de l'atteinte, qui doit être considérée elle-même comme un risque.

Les atteintes graves occasionnées par la culture du soja en Amérique du Sud[63]

Des **atteintes graves à l'environnement et aux droits humains** ont été constatées dans l'ensemble des régions dans lesquelles s'est développée la culture du soja (Amazonie bolivienne, savane du « Cerrado » au Brésil et région du Chaco, en Argentine, Paraguay et Bolivie).

Les atteintes à l'environnement sont consécutives à **la déforestation** massive de ces écosystèmes abritant de nombreuses espèces protégées et à la conversion de terres préservées en monoculture de soja, le plus souvent génétiquement modifié. La culture de soja OGM s'accompagne d'un usage massif de pesticides, entraînant des **pollutions importantes** et contaminant l'eau utilisée par les populations riveraines. Outre ces éléments, **qui peuvent constituer des atteintes au droit à la santé et à vivre dans un environnement sain**, l'expansion des cultures de soja peut occasionner des cas **d'accaparement des terres** et d'autres violations des droits humains.

Ces atteintes ont été largement documentées et dénoncées par les communautés locales, par les ONG sur place, mais aussi par les ONG plus proches des sociétés mères. Sept grandes sociétés importatrices et exportatrices de soja ont récemment été **condamnées par les autorités brésiliennes en raison de leur implication dans la déforestation illégale.** Le soja « sale » est importé en grandes quantités en France par certaines de ces sociétés, via plusieurs ports bretons, et est destiné majoritairement à l'alimentation des animaux d'élevage entrant dans la chaîne d'approvisionnement du secteur agroalimentaire et de la grande distribution.

Ce soja pourrait donc être présent directement ou indirectement dans la chaîne d'approvisionnement de plusieurs sociétés du secteur agroalimentaire et de la grande distribution. Le risque ne saurait donc être ignoré des Plans de sociétés utilisatrices directes ou indirectes de soja. Sur cette thématique, une action adaptée qui pourrait raisonnablement être mise en œuvre pour prévenir le risque, au-delà des mesures d'évaluation des filiales et sous-traitants, est l'extension du moratoire sur

63. « Interpellation de l'industrie française de la viande : les impacts dramatiques de la culture du soja en Amérique latine », Sherpa, mars 2018, [https://www.asso-sherpa.org/interpellation-de-lindustrie-francaise-de-viande-impacts-dramatiques-de-culture-soja-amerique-latine]

la déforestation liée au soja à l'ensemble de l'Amérique du Sud. En effet, le moratoire sur la déforestation liée à la culture du soja, actuellement en place depuis 10 ans en Amazonie, a permis de réduire de 30 à 1% la part de forêts détruites pour la culture du soja, sans pour autant entamer la productivité des cultures de soja, le tout à raison d'un coût minime[64]. Ainsi, l'extension d'un tel moratoire à l'ensemble des écosystèmes endémiques de l'Amérique du Sud apparaît comme une mesure raisonnable permettant de mettre un terme aux atteintes graves à l'environnement et aux droits humains, tout en évitant le risque de simplement les voir se déplacer dans une autre région du continent. La mesure apparaît d'autant plus raisonnable qu'elle est préconisée par de nombreuses parties prenantes pertinentes sur le sujet.

Cela implique également pour les sociétés, d'une part de tracer en toute transparence leur chaîne d'approvisionnement jusqu'à l'origine du soja, et d'autre part de ne plus s'approvisionner en soja dont l'origine n'est pas garantie. Les mesures peuvent également comprendre la réduction de la dépendance au soja et la recherche d'alternatives locales.

Ce que dit le droit souple sur l'arrêt des activités ou des relations commerciales:

Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 29, commentaire	Il existe des situations dans lesquelles l'entreprise n'a pas le pouvoir de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives ni n'est en mesure d'accroître son influence. « Dans ce cas, elle devrait envisager de mettre un terme à la relation, en prenant en compte les évaluations fiables qui pourraient être faites des incidences négatives sur les droits de l'homme d'une telle initiative. »
Principes Directeurs de l'OCDE, Chapitre II, commentaires, para. 22	Les principes disposent que, « du point de vue de la relation d'affaires, les réponses appropriées peuvent prendre plusieurs formes » : « poursuite de la relation" pendant les efforts d'atténuation des risques ; « suspension temporaire » avec poursuite des efforts d'atténuation des risques ; « ou, en dernier recours, rupture de la relation avec le fournisseur, soit après que les efforts d'atténuation des risques ont échoué, soit parce que l'entreprise estime qu'aucune atténuation n'est possible, soit à cause de la gravité de l'incidence négative ».
Guide sur la diligence raisonnable de l'OCDE, Guide, Section II, 3.2 (h) et question 39	L'entreprise peut envisager « en dernier recours de rompre une relation d'affaires après l'échec de mesures prises pour prévenir ou atténuer des impacts négatifs graves ; lorsque les impacts négatifs sont irrémédiables ; lorsqu'il n'y a aucune perspective raisonnable de changement ; ou lorsqu'elle a identifié des risques ou impacts négatifs graves et que l'entité causant lesdits risques ou impacts négatifs ne prend pas de mesures immédiates pour les prévenir ou les atténuer. »

Ce que dit le droit souple sur la remédiation des atteintes :

Principes de l'ONU relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, Principe 22, commentaire	« Les incidences effectives – celles qui se sont déjà produites – devraient faire l'objet de mesures correctives. »

64. Mighty Earth, « The Avoidable Crisis », *Rapport*, 2018, [http://www.mightyearth.org/avoidablecrisis/fr/]

4. Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société

a — Établissement de différents outils composant les mécanismes d'alerte et de recueil des signalements

La société doit établir des **mécanismes décentralisés** en fonction du périmètre du devoir de vigilance, et des **mécanismes de remontée des informations** au niveau global ou de centralisation pour assurer la mise à jour du Plan autant que de besoin.Elle devrait également faire la distinction entre les mécanismes dédiés aux risques et les mécanismes dédiés aux atteintes et établir les procédures, les garanties et calendriers de traitement propres à chacun. **Les cas d'urgence doivent être anticipés.**

La liste des différents mécanismes et procédures, leur périmètre et leurs destinataires, doit être publiée et fournir en particulier des précisions sur leur accessibilité, adaptabilité, sécurité et confidentialité. L'information doit être diffusée largement en interne et en externe, de façon adaptée à chaque destinataire potentiel des différents mécanismes.

Pour démontrer le caractère effectif et efficace de ces mécanismes, le Plan doit comprendre des indicateurs sur la prise en compte des alertes et des signalements dans l'identification et la réponse aux risques ou aux atteintes. De tels indicateurs comprennent notamment la publication de cas traités et anonymisés. A défaut de pouvoir immédiatement mettre en place des mécanismes exhaustifs, la société doit prévoir des étapes intermédiaires claires, un calendrier global et en rendre compte dans son Plan.

La Loi dispose que les sociétés doivent établir, effectivement mettre en œuvre et publier dans leur Plan les informations relatives à un « mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ».

Le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements doit couvrir la totalité du périmètre substantiel du Plan à savoir les risques en matière de droits humains, d'environnement et de santé et de sécurité des personnes. La Loi spécifie clairement qu'il doit pouvoir être utilisé pour « l'existence ou la réalisation des risques ». **C'est-à-dire que ses destinataires peuvent y avoir recours pour alerter la société de risques potentiels et avérés qui n'auraient pas été identifiés mais également pour des atteintes graves qui n'auraient pas été prévenues.** Le caractère informatif de l'alerte s'inscrit parfaitement dans la logique préventive voulue par la loi devoir de vigilance.

Les mécanismes d'alerte et de recueil des signalements, outre les recommandations de très nombreux référentiels de droit souple, sont exigés fréquemment par le droit positif. Ce dernier peut donc informer les sociétés pour l'établissement et la mise en œuvre des mécanismes de la Loi devoir de vigilance, notamment pour les critères de fonctionnement, les procédures et la protection devant être accordée aux lanceurs d'alerte[65]. En particulier, s'agissant du risque relevé par l'alerte, l'analyse devrait se faire de façon subjective. Dans le droit d'alerte consacré par le Code du travail au bénéfice du salarié, ce dernier peut exercer son droit de retrait lorsqu'il a un « motif raisonnable de penser » qu'une situation de travail présente un danger (c. trav. Art. L. 4131-1 et s.). De la même façon, même si le danger ou le risque n'est pas effectif, les titulaires du droit d'alerte dans le cadre de la Loi devoir de vigilance peuvent eux raisonnablement penser qu'ils sont face à un péril.

Le mécanisme pourra également couvrir les atteintes graves qui n'auront pas été effectivement prévenues. La mise en place de ces procédures ne doit pas porter atteinte au droit plus large des personnes de donner l'alerte auprès d'autorités publiques ou judiciaires, par voie médiatique notamment, à tout moment de la procédure. **En particulier, les personnes donnant l'alerte ne devraient pas faire l'objet de représailles.**

Ce mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, par le recours au singulier, semble devoir être centralisé au niveau de la société mère. Néanmoins, il devra nécessairement se diviser en de multiples outils et procédures déconcentrés, c'est-à-dire déployés largement dans tout le périmètre opérationnel, pour pouvoir être mis en mouvement par des destinataires variés et donc être effectivement mis en œuvre, comme le requiert la loi.

Sur le périmètre temporel de l'obligation, les mesures d'alerte et de signalement participent bien évidemment du caractère constant de la vigilance : elles permettent de mettre à jour, quasiment en temps-réel, la cartographie des risques et toutes les mesures d'atténuation, de prévention et de suivi qui en découlent.

Les mécanismes d'alerte et de signalement du secteur bancaire[66]

Les organisations Oxfam et BankTrack ont publié plusieurs préconisations s'agissant des mécanismes d'alerte dans le secteur bancaire. Celles-ci recommandent aux entreprises de commencer par cartographier et évaluer les canaux d'alerte et de signalement internes ou externes déjà à la disposition du groupe. Les sociétés devraient veiller à ce que toutes les parties prenantes, **y compris les communautés affectées par les projets et activités financés, aient accès aux mécanismes de signalement de la banque.**

Elles encouragent ensuite les sociétés à élaborer des mécanismes guidés par les principes d'effectivité de l'ONU (accessibilité, transparence, consultation, procédures claires et inscrites dans un calendrier précis) et à **combiner différentes options** (mécanisme propre, mécanisme multi banques ou mécanisme d'une initiative sectorielle).

65. *LOI « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016*, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte]

66. Developing Effective Grievance Mechanisms In The Banking Sector, BankTrack et Oxfam Australia, *Rapport*, juillet 2018, [https://www.banktrack.org/news/banktrack_and_oxfam_australia_call_on_banks_to_ensure_access_to_remedy_for_victims_of_human_rights_abuses]

Elles appellent à la **transparence et à la publicité de l'information sur les prêts et les projets financés** par les entreprises clientes pour permettre aux personnes affectées de connaître l'origine des fonds et de saisir en connaissance de cause les mécanismes. Ces derniers doivent prévoir la remédiation ou faciliter la remédiation par les entreprises clientes. Les banques doivent d'ailleurs s'assurer que les mécanismes de plainte des entreprises clientes sont également effectifs et respectent les principes d'effectivité.

Pistes d'évolution

Un an après l'adoption de la loi, la plupart des sociétés sont loin d'avoir mis en place des mécanismes exhaustifs, faute d'information et faute de temps selon elles. De très nombreux guides développés par des institutions et des ONG fournissent pourtant des aides précieuses en la matière. Certains sont listés en annexe.

En termes de calendrier d'établissement et de mise en œuvre, il peut être utile de souligner que l'Agence Française de Développement a mis environ deux ans à développer et lancer son propre mécanisme d'alerte. On peut donc raisonnablement penser que les sociétés couvertes par la Loi pourront mettre jusqu'à deux ans pour établir un mécanisme exhaustif, soit au printemps 2019. En attendant d'avoir formalisé de tels outils, on ne peut qu'encourager les sociétés à rester ouvertes aux alertes et autres interpellations publiques qui pourraient leur être destinées.

Les sociétés devraient d'ores et déjà faire preuve de considération à l'égard des parties prenantes qui pourraient ainsi essayer de les alerter sur des risques, même en l'absence de mécanisme d'alerte déjà établi. En effet, faute de mécanisme disponible, de nombreuses parties prenantes ont d'ores et déjà pris le parti de formuler des alertes et signalements libres, par courrier ou par email, ou via les médias, à destination de certaines sociétés.

Ces alertes spontanées devraient faire l'objet d'un traitement sérieux, se rapprochant le plus possible de celui de l'alerte via les mécanismes officiels mis en place par l'entreprise, avec une procédure et un calendrier permettant de répondre dans les meilleurs délais aux risques soulignés ou aux inquiétudes des parties concernées. En particulier, elles ne devraient pas faire l'objet de représailles.

La protection des droits civils et politiques et en particulier de la liberté d'expression des défenseurs des droits humains[67]

Deux ONG britanniques ont récemment souligné dans un guide à destination du secteur privé l'impératif de respect des libertés civiques des défenseurs des droits humains et de la liberté d'expression en particulier. Dans un contexte marqué par la violence et la répression à l'égard de ces défenseurs, notamment lorsqu'ils s'opposent à des projets agricoles ou extractifs, le rapport propose des pistes de réflexion et des mesures pour prévenir de telles atteintes. Elles impliquent tout d'abord d'identifier ces acteurs comme des parties prenantes potentiellement impactées par l'activité de la société et des atouts dans la résolution des atteintes aux droits humains par les sociétés, et non plus simplement comme des parties prenantes « hostiles ».

En effet, les défenseurs des droits humains, qu'il s'agisse d'ONG, de journalistes ou de représentants de communautés, font souvent l'objet de violences dans le cadre de l'activité des entreprises. Chaque année, des centaines de morts sont à déplorer, surtout parmi ceux qui défendent les causes environnementales.

En mars 2016, l'assassinat de Berta Cáceres, une militante des droits des peuples autochtones et de l'environnement au Honduras, avait choqué l'opinion publique. Elle avait exprimé son opposition à un projet de barrage hydroélectrique. Deux ans plus tard, le président de la société qui construisait le barrage a été arrêté en lien avec l'affaire. La banque de développement néerlandaise a été poursuivie aux Pays-Bas pour son implication dans le financement du barrage.

Il est essentiel que les entreprises prennent conscience de la gravité de ces attaques qui, en plus d'atteintes à la vie ou à la sécurité des personnes, limitent la liberté d'expression en instaurant un climat de peur au sein des communautés. Les entreprises peuvent être perçues comme complices de ces attaques par leurs actions et leurs omissions et peuvent même se retrouver judiciairement impliquées, comme le démontre l'affaire Cáceres. Le guide indique que **pour briser le cycle de défiance que ces pratiques ont instauré, il est impératif que les sociétés s'engagent de façon proactive dans la défense de ces libertés.** Elles doivent pour cela cesser les activités ayant pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression ou les rendant complices de telles violations. Cela implique par exemple de ne plus poursuivre les défenseurs des droits humains par le biais de poursuites-bâillons, n'ayant pas d'autre objectif que de dissuader les défenseurs d'exercer leur liberté d'expression. Elles peuvent refuser de poursuivre leurs opérations ou leurs projets lorsque la parole des défenseurs n'est pas respectée et ce jusqu'à complet rétablissement de celle-ci.

Elles peuvent exercer leur influence en faveur des organisations et des défenseurs des droits lorsqu'ils sont menacés et les défendre contre la répression exercée par exemple par des gouvernements. **Ces libertés devraient faire l'objet d'une attention toute particulière de la part des sociétés du secteur des technologies de l'information et de la communication.**

67. « Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms and Human Rights Defenders », *Guide BHRRC & ISHR*, août 2018, [https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Shared%20Space%20Under%20Pressure%20-%20Business%20Support%20for%20Civic%20Freedoms%20and%20Human%20Rights%20Defenders_0.pdf]

À ce stade, une question récurrente sera de savoir si le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements est étendu aux tiers, c'est-à-dire au-delà de la société mère et de ses salariés. En raison du périmètre du Plan, identifié par la Loi, le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements doit être disponible, au minimum à tous les individus présents dans ce périmètre. Cela signifie que le mécanisme doit pouvoir être saisi notamment au sein de filiales, ou par des fournisseurs ou sous-traitants de la société mère et de ses filiales.

La Loi ne précise cependant pas les destinataires, personnes physiques ou morales, du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements. Elle ne détermine le périmètre du mécanisme d'alerte qu'au regard du périmètre substantiel du Plan, c'est-à-dire au regard des droits humains, de l'environnement, de la santé et de la sécurité. Or, ces risques ne pèsent pas nécessairement uniquement sur les salariés des filiales, sous-traitants et fournisseurs, puisqu'ils sont consécutifs aux activités en général de ces entités. Ils peuvent ainsi porter sur des communautés riveraines, des gouvernements ou des consommateurs directement impactés par une activité de production de services ou de biens.

Or la logique du mécanisme d'alerte est bien d'améliorer l'identification et la prévention des risques pour toutes ces parties prenantes. Il est donc pertinent, pour assurer son efficacité, qu'il soit mis également à leur disposition.

> Cela implique évidemment de la part de l'entreprise de réfléchir en profondeur, selon ses régions d'activité, ses produits et ses parties prenantes, aux outils à mettre en place, à leur format et à leur langue.

Certaines régions ne sont pas propices à l'utilisation d'internet mais plus à l'utilisation du téléphone. Certaines communautés favoriseront l'oralité des échanges et d'autres, l'écrit. Ces différentes spécificités, liées aux contextes d'opération, doivent absolument être prises en compte, notamment à l'aide de consultation avec les destinataires des mécanismes.

Ce que dit le droit souple des mécanismes d'alerte et de signalement :

Principes Directeurs OCDE, Chapitre IV, Commentaires para. 46	Les mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise, disponibles pour les personnes susceptibles d'être affectées par les activités, peuvent être efficaces à condition, de remplir les critères suivants : « légitimité, accessibilité, prévisibilité, caractère équitable, compatibilité avec les Principes directeurs et transparence » **Ces mécanismes ne devraient pas «empêcher l'accès aux mécanismes de recours judiciaires ou non judiciaires.** »
Principes Directeurs de l'ONU, Principe 29	« Pour pouvoir examiner rapidement les plaintes et y remédier directement, les entreprises devraient établir **des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ou y participer pour les individus et les collectivités qui risquent d'être lésés.** »

S'il doit y avoir une centralisation des informations pour permettre la mise à jour du Plan dans sa globalité, cela ne doit pas empêcher la déclinaison du mécanisme d'alerte au niveau opérationnel et local, notamment pour assurer son caractère adaptable et accessible. Les personnes souhaitant saisir le mécanisme doivent également avoir accès au mécanisme global si elles ne souhaitent pas passer par le niveau opérationnel, comme cela peut être le cas lorsque la situation opérationnelle ou locale est caractérisée par des tensions ou des violences.

> Outre l'établissement avec les organisations syndicales rappelé ci-dessous, le mécanisme devrait établir une procédure exacte, ainsi qu'un calendrier et une gouvernance.

La procédure doit être suffisamment rapide et prévoir des mécanismes de vérification, d'enquête. Elle doit également prévoir les modalités pour fournir des documents à l'appui des allégations, les modalités d'échange entre l'auteur de l'alerte et le référent désigné pour les recueillir. Elle doit informer au mieux l'auteur de l'alerte de la réception du signalement, de chaque étape de la procédure et des prochaines échéances.

La procédure doit également prévoir dans les grandes lignes les effets du signalement, même si bien sûr la gestion du risque, s'il est confirmé, sera *ad hoc*. Cependant, le mécanisme d'alerte doit prévoir globalement l'impact de l'alerte sur notamment la cartographie des risques, leur hiérarchie et sur les mesures de prévention et d'atténuation.

Quels que soient le calendrier, la procédure et les outils mis en place, ils doivent impérativement respecter des critères procéduraux, tels que la sécurité du lanceur d'alerte, notamment contre les représailles, y compris les poursuites-bâillons, **les sanctions disciplinaires, la discrimination, ou l'atteinte au déroulement de la carrière**. Ils doivent assurer la confidentialité du signalement pour protéger le lanceur d'alerte mais également **prévenir la destruction des preuves**. Ils doivent être adaptés et accessibles, à la fois physiquement pour tous les destinataires et intelligibles, c'est-à-dire dans des langues comprises. Enfin, les mécanismes doivent être **proactifs**, c'est-à-dire que la société doit s'assurer qu'ils sont connus et compris par les destinataires.

Le mécanisme doit faire l'objet de tests et d'un suivi régulier, qui permettront notamment de répondre du caractère effectif et efficace de sa mise en œuvre.

b — La concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société

> Le Plan devrait comprendre des éléments de précision sur la méthodologie d'élaboration des mécanismes d'alerte et de signalement **en association avec les parties prenantes**. Il doit impérativement comprendre les éléments relatifs à l'implication **des syndicats dans l'établissement du mécanisme et idéalement, dans le suivi des alertes et signalements.**

La loi précise que le mécanisme établi, mis en œuvre et publié dans le Plan doit l'être « en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ». Contrairement à l'association des parties prenantes pour l'établissement global du Plan, il s'agit ici non pas d'une disposition à caractère incitatif mais bien d'une disposition à caractère impératif.

> La réflexion autour du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements et son établissement ne peut et ne doit se faire sans le concours réel des syndicats.

Ce choix du législateur peut s'expliquer notamment par le fait que, comme démontré précédemment, l'alerte est un outil connu des travailleurs et de leurs organisations représentatives en raison de la préexistence de leur droit d'alerte et de retrait en cas de danger grave et imminent pour la santé ou la sécurité. Leur implication dans l'établissement du mécanisme est exigée par la voie de la « concertation », mode de dialogue lui aussi connu des sociétés et de leurs organisations syndicales. **La concertation nécessite tout d'abord une information adéquate en amont du souhait de l'entreprise d'établir le mécanisme et du calendrier prévu.** Elle nécessite également de mettre à disposition des sources d'information sur le sujet et d'expliquer la procédure d'implication dans l'établissement du mécanisme de façon claire pour que les organisations puissent s'y préparer.

Les organisations syndicales devraient être mobilisées aussi bien à l'échelon national qu'international en raison du périmètre formel des Plans de vigilance. Il serait également pertinent que les organisations syndicales soient impliquées **à plus long terme dans la mise en œuvre pratique du mécanisme d'alerte et notamment qu'elles participent à son suivi et à son évaluation.**

Ce que dit le droit souple sur l'implication des parties prenantes dans les mécanismes d'alerte :

Principes Directeurs OCDE, Chapitre IV, Commentaires para. 46	Les mécanismes d'alerte doivent « être fondés sur le dialogue et la volonté de parvenir à des solutions concertées. Ces mécanismes peuvent être gérés par l'entreprise, seule ou en collaboration avec d'autres parties prenantes, et peuvent être source d'apprentissage continu ».

Pistes d'évolution

La concertation devrait se tenir en toute logique, au sein des instances représentatives, notamment mais pas exclusivement le comité social et économique (CSE). En effet, pour rappel, le comité d'entreprise et autres anciennes instances représentatives ont été remplacés par le comité social et économique (CSE), créé par l'Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 dite ordonnance « Macron », qui a modifié le Code du travail. Il est constitué de la délégation du personnel et de l'employeur qui en assure la présidence. Pour les entreprises de moins de 300 salariés, il comprend le délégué syndical. Pour les entreprises de plus de 300 salariés, il comprend l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise.

Aussi on peut se poser la question de savoir si une société qui ne consulte pas le CSE pour l'établissement du mécanisme, commettrait un délit d'entrave au fonctionnement régulier de ce comité, selon l'article L2317-1 du Code du travail ? L'ordonnance Macron crée un délit d'entrave au fonctionnement régulier du CSE à l'article L. 2317-1 du Code du travail, qui reprend, peu ou prou, les précédents délits d'entrave au fonctionnement régulier des anciennes instances : « Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. **Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 € ».**

Le délit d'entrave est un délit intentionnel, avec conscience et volonté de commettre l'infraction. La Cour de Cassation emploie une conception large de l'élément moral du délit. S'agissant de l'élément matériel, la jurisprudence antérieure à la réforme comprend des défauts de consultation du comité d'entreprise, aujourd'hui remplacé par le CSE[68]. Ainsi, le défaut de concertation avec le CSE pour l'établissement du Plan pourrait constituer une entrave au fonctionnement régulier de cette instance.

La concertation obligatoire avec les syndicats pour l'établissement du mécanisme d'alerte n'est pas exclusive de l'implication d'autres parties prenantes pertinentes. En effet, les normes de droit souple définissent des critères très précis concernant les mécanismes d'alerte et appellent, immanquablement, à leur établissement avec la participation des personnes auxquelles ils s'adressent. Leur légitimité, leur accessibilité, leur caractère compatible avec les droits seront dépendants de la vision de ces parties prenantes.

68. *V.* Cour de cassation du 14 octobre 2003 N° 03-81366 : délit d'entrave au CHSCT en cas d'absence de consultation avant de prendre une décision d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail ; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 19 septembre 2006, n° 05-86.668 : défaut de consultation suite à l'avancement du calendrier de mise en œuvre du plan de restructuration ; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 10 mai 2011, n° 09-87.558 : Le défaut de consultation du comité central d'entreprise sur le transfert d'un savoir-faire et la délocalisation d'activités constituent le délit d'entrave, même si n'étaient concernés, sur la base du volontariat, que peu de salariés.

5. Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité

La société devra établir un dispositif de suivi pour chaque risque, atteinte et mesure correspondante, ainsi qu'un dispositif global de suivi du Plan. Un tel dispositif de suivi doit nécessairement comprendre l'établissement d'indicateurs pour chaque mesure de vigilance et pour chaque risque ou atteinte grave, afin de démontrer à la fois l'effectivité et l'efficacité des mesures. Il s'agira donc d'indicateurs de moyens et de résultats.

La société devra **publier les éléments de suivi de façon accessible, exhaustive et en corrélation avec l'identification et la prévention des risques et des atteintes**. Idéalement, dans le Plan publié, les mesures de suivi et leurs résultats répondent aux risques et aux mesures de prévention, d'atténuation et de remédiation identifiées et mises en œuvre. Cela peut passer par l'établissement d'un tableau de suivi ou autre outil graphique permettant de satisfaire la dimension informative de l'obligation.

La société devrait également fournir une **explication méthodologique sur le choix des indicateurs et des outils statistiques ainsi que sur les sources des données utilisées**. S'agissant des indicateurs de moyens, les ressources allouées aux mesures et leur évolution peuvent s'avérer particulièrement pertinentes. La société peut indiquer la gouvernance du suivi. Pour démontrer le caractère constant de la vigilance, la société doit **mettre à jour régulièrement** l'outil de suivi en fonction de l'évolution des risques, des atteintes et de leur traitement et pour tout évènement marquant de l'exercice. Il en va de même du document de suivi rendu public.

La loi dispose également que doit être établi, effectivement mis en œuvre et publié, « un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité ». Cette disposition vise indifféremment toutes les mesures d'identification et de prévention mises en œuvre. Le dispositif de suivi et d'évaluation devra donc couvrir, sans exception, tout le périmètre substantiel et organisationnel ainsi que toutes les mesures prises dans le Plan, depuis les mesures d'identification et d'évaluation du risque de la cartographie, au mécanisme d'alerte, en passant par les procédures d'évaluation des fournisseurs et sous-traitants et toute autre mesure prise au titre du devoir de vigilance.

Le suivi doit porter en particulier sur la « mise en œuvre » et l'évaluation de « l'efficacité ». Il s'agit bien ici de deux éléments distincts.

D'une part, le dispositif de suivi de la mise en œuvre doit permettre de démontrer le caractère effectif de la vigilance. C'est-à-dire, s'agissant d'une obligation de moyen, **le fait que le Plan n'a pas un simple caractère déclaratif** mais qu'il correspond bien en interne au déploiement, sur la durée,

de ressources humaines, techniques et financières propres à effectivement identifier les risques et prévenir les atteintes graves.

> Le dispositif de suivi des mesures mises en œuvre devrait donc notamment faire apparaître, pour chaque mesure, les ressources affectées en proportion de l'objectif poursuivi[69].

D'autre part, le dispositif doit porter sur l'évaluation de l' « efficacité ». L'efficacité va au-delà de l'effectivité. Elle s'entend comme le fait, non seulement que la mesure produise des effets, mais aussi qu'elle participe réellement à la réalisation de l'objectif poursuivi. Il s'agit alors de démontrer que la mesure produit des effets, mais également que ses effets sont adéquats c'est-à-dire qu'elle réduit effectivement le risque ou prévient effectivement l'atteinte grave. **Une mesure efficace aura produit les effets escomptés.** Par exemple, cela signifie que le mécanisme d'alerte aura effectivement permis d'identifier, ou d'affiner l'analyse d'un risque. Cela signifie qu'une mesure de prévention ou d'atténuation aura effectivement diminué le risque généré par les activités ou aura prévenu sa réalisation.

> En outre, une mesure qui ne produit pas les effets adéquats, devra être rectifiée.

Pistes d'évolution

Cette disposition relative au suivi participe donc du caractère efficace de la vigilance. L'efficacité implique en effet que, d'une part, les mesures adoptées soient utilisées et d'autre part, que celles-ci aient un impact mesurable ou identifiable sur leurs destinataires. Ce sont exactement ces deux volets qui sont repris dans la cinquième mesure du Plan ici étudiée.

Les sociétés auront à cœur de mettre en place des procédures internes propres à vérifier le caractère efficace de la vigilance. Au plan pratique il implique l'existence de mesures de vérification : il faudra s'assurer régulièrement que les mesures sont connues et appliquées par les opérateurs, que le management vérifie l'application des mesures par les opérateurs et enfin, que des audits et vérifications sont menés pour vérifier la véracité et la réalité des mesures. **Ce suivi doit se faire en lien avec les parties prenantes et notamment les personnes directement affectées.**

En cas de contrôle indépendant, il faut prévoir un champ d'application le plus large possible et au moins correspondant à celui du devoir de vigilance, ainsi que des critères, des principes et des modalités ambitieux. Le contrôle par un tiers ne décharge pas la société de sa responsabilité dans le cadre du devoir de vigilance s'agissant du suivi de l'effectivité et de l'efficacité des mesures.

69. C.C., Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Observations du Gouvernement*, L'obligation « n'est donc pas une simple obligation documentaire mais une obligation de moyens pour mettre en œuvre les mesures de vigilance prévues par la loi et dont elles ont défini le contenu au vu des risques que peut engendrer leur activité. La société devra être en mesure de démontrer que les mesures mentionnées dans le Plan de vigilance ont été mises en œuvre. »

Il sera également crucial de mettre en place les indicateurs qui à la fois démontreront l'effectivité de la vigilance et son efficacité.

Ces indicateurs peuvent être divisés en deux grandes catégories : les indicateurs de processus ou de moyens, et les indicateurs de résultats qui correspondent aux objectifs d'effectivité et d'efficacité précédemment identifiés. S'agissant des indicateurs de processus ou de moyens, ils permettront de démontrer que la société a effectivement mis en œuvre tous les moyens techniques, humains et financiers à sa disposition pour parvenir à la réalisation de l'objectif poursuivi par la mesure, soit l'identification, la prévention ou l'atténuation d'un risque donné, en proportion de sa gravité.

S'agissant des indicateurs de résultats, ils devront démontrer la réduction et la prévention efficace des risques et atteintes aux droits humains à l'environnement et à la santé et à la sécurité. **À cet égard, ils devraient s'inspirer des normes elles-mêmes et de leurs contenus normatifs.** Divers guides et outils existent pour développer de tels indicateurs.

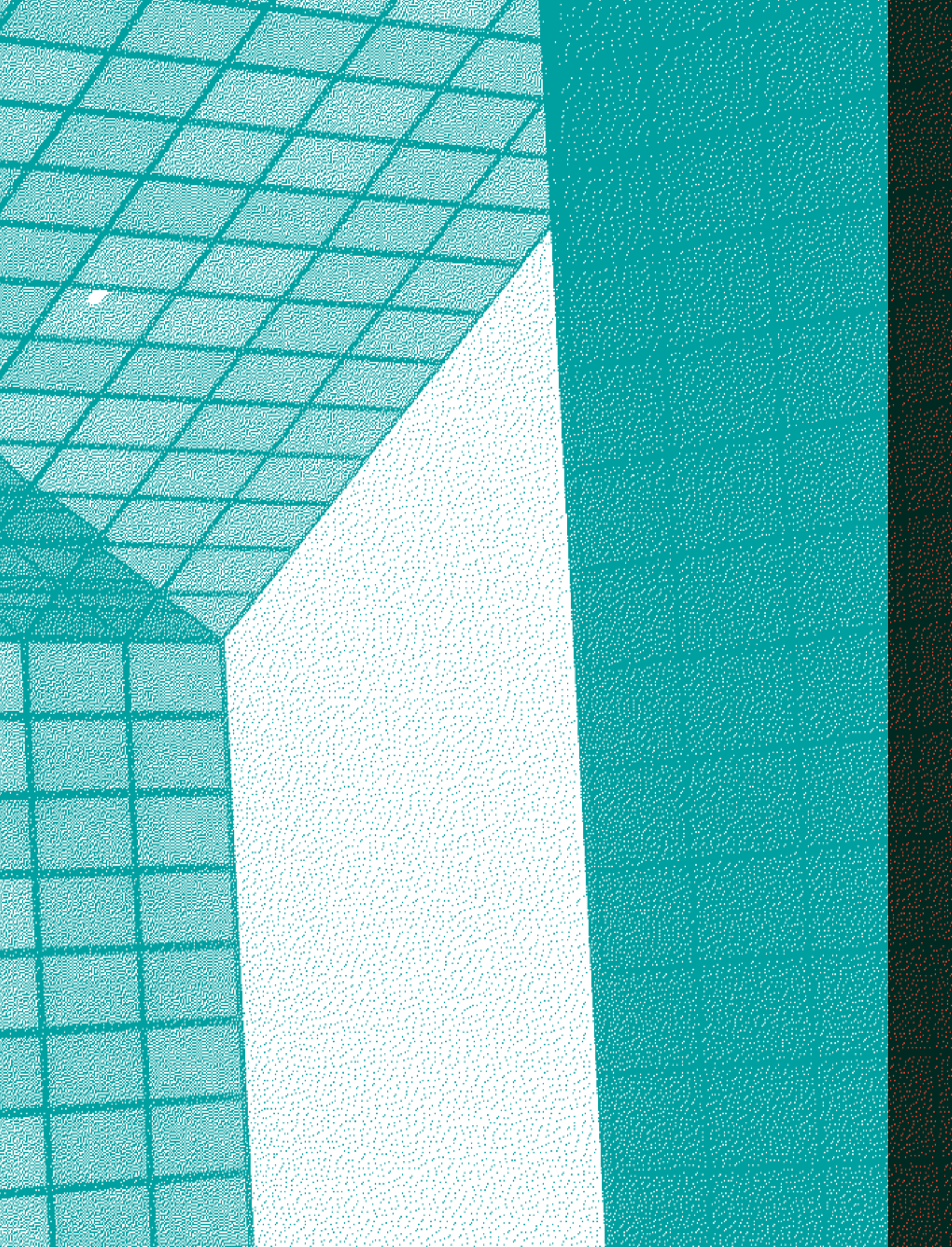
En particulier, l'ONU a développé un guide comprenant un cadre conceptuel de base pour la formulation d'indicateurs en matière de respect des droits humains par les Etats mais qui peut tout à fait inspirer la formulation d'indicateurs s'agissant du respect des droits humains par les entreprises[69]. Il s'articule autour de trois types d'indicateurs : structurels, de processus et de résultats. Les indicateurs structurels reflètent la ratification des Traités et donc l'adhésion de principe aux normes juridiques et à leur contenu. Les indicateurs de processus établissent un lien entre les programmes et les interventions spécifiques et les étapes clés liées à la réalisation directe ou progressive des droits humains. Enfin, les indicateurs de résultats rendent compte de la réalisation, individuelle et collective, des droits de l'homme dans un contexte donné. Il s'agit d'indicateurs spécifiques composés par référence au contenu normatif de chaque droit humain. Il serait par ailleurs pertinent d'exiger des différents indicateurs qu'ils soient spécifiques, mesurables, acceptables, réalistes et temporellement définis (SMART).

Pour rappel, le compte-rendu de la mise en œuvre effective comprend un narratif sur les évènements et indicateurs clefs de suivi de la mise en œuvre effective et de l'efficacité des mesures. En particulier, il devrait mettre en évidence les évènements majeurs au cours de l'exercice qui ont pu avoir une incidence significative sur le périmètre substantiel et organisationnel du Plan, ayant engendré la progression, la stagnation ou la régression significative de certains des indicateurs. Il décrit également les mesures correctives qui seront adoptées en conséquence des tendances révélées par les indicateurs.

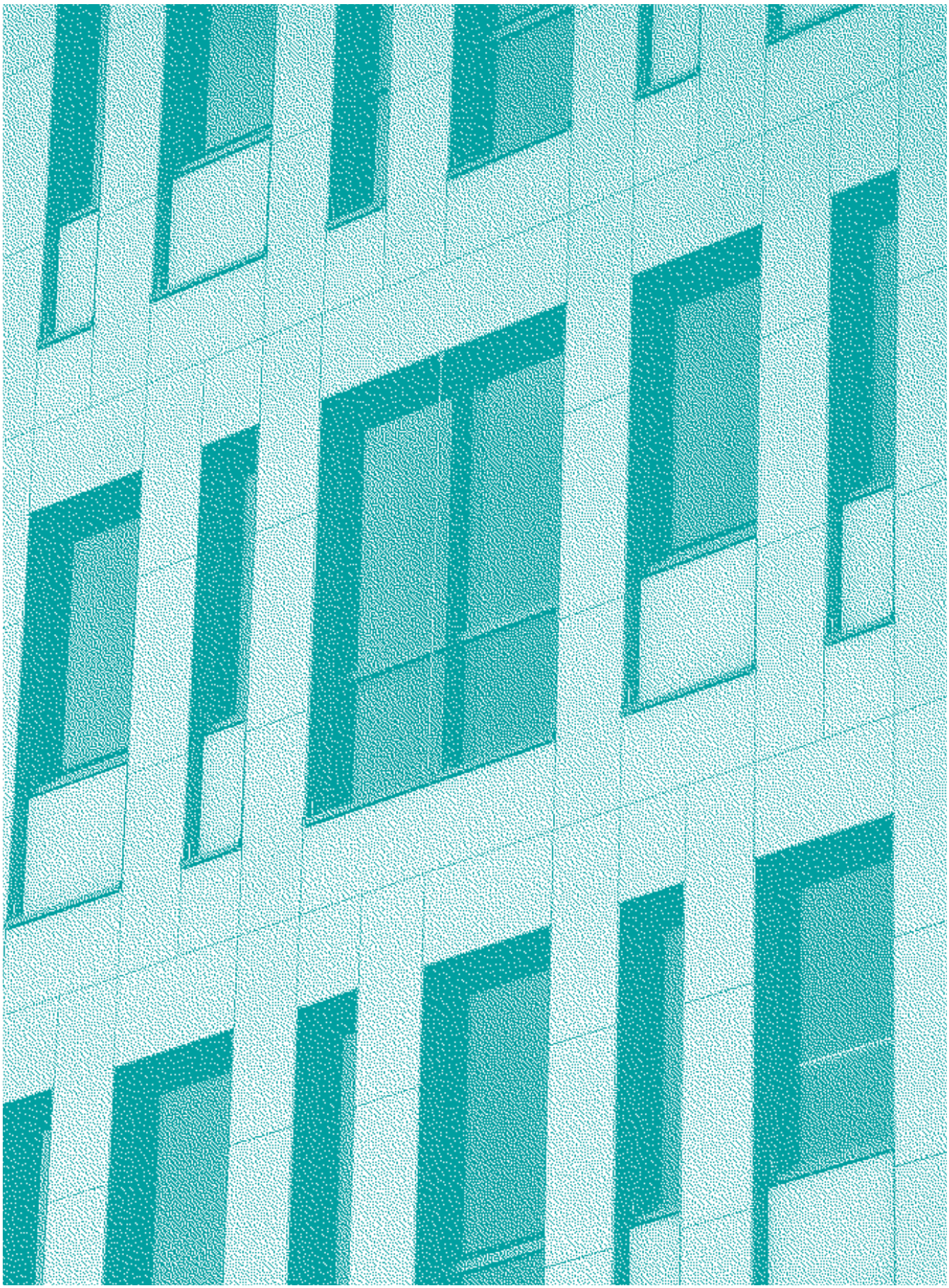
Ce que dit le droit souple sur les indicateurs

Principes Directeurs ONU, Principe 20	« Les entreprises devraient contrôler l'efficacité des mesures qu'elles ont prises. Ce contrôle devrait se fonder sur **des indicateurs qualitatifs et quantitatifs** appropriés et s'appuyer sur les appréciations de sources tant internes qu'externes, y compris des acteurs concernés. »

68. ONU (OHCHR), « Les Indicateurs des Droits de l'Homme: Un Guide pour Mesurer et Mettre en Œuvre », Genève, 2012, [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/Human_rights_indicators_fr.pdf]



Annexes



I. Méthodologie

Ce Guide est le fruit d'un travail de recherche et d'échange avec différents acteurs actifs sur le sujet de la vigilance ou de la diligence raisonnable. Pour aboutir à la publication de ce Guide et à sa diffusion, trois éléments méthodologiques ont été nécessaires.

Premièrement, un recensement et une analyse des standards, normes, référentiels et des avis formulés par des parties prenantes en matière de vigilance ou de diligence raisonnable. Les normes sont issues à la fois du droit positif, national et international et du droit souple. En effet, la Loi devoir de vigilance vient sédentariser dans le droit positif des principes de droit souple qui doivent nécessairement en informer l'interprétation et la mise en œuvre. Les normes et avis peuvent être généralistes, d'autres sont sectoriels ou portent sur des étapes spécifiques de la vigilance, comme les mécanismes d'alerte. Vous retrouverez les références de ce recensement dans l'annexe II.

Deuxièmement, des échanges avec des parties prenantes variées : des ONG dans les pays hôtes et dans les pays d'origine, des syndicats, des spécialistes de la vigilance, des professionnels du droit mais également des représentants du secteur privé pour assurer un équilibre entre ambition et pragmatisme.

Troisièmement, l'analyse des premiers plans de vigilance publiés, pour proposer une analyse circonstanciée et mettre en évidence des voies d'amélioration et les pistes d'évolution à explorer.

Tout comme la vigilance, processus constant et renouvelé, ce Guide pourra évoluer avec la pratique et l'apparition possible d'autres législations et normes en matière de vigilance et de diligence. Le présent Guide sera donc mis à jour régulièrement pour prendre en compte ces évolutions.

II. Références en matière de vigilance

1. Droit positif sur la vigilance

a — International

Règlement UE n° 995/2010 du 20 octobre 2010 *établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché*, (Règlement Bois de l'Union Européenne ou RBUE), JO L 295/23 du 12/11/2010, p. 23

Règlement UE n° 2017/821 du 17 mai 2017 *fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque*, JO L 130 du 19/5/2017, p. 1–20

b — National

ASSEMBLÉE NATIONALE, Proposition de Loi n°1519, *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 6 novembre 2013, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp]

LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, JOFR n° 0287 du 10 décembre 2016.

Initiative Suisse pour des multinationales responsables, Proposition de loi, http://konzern-initiative.ch/?lang=fr

2. Droit souple sur la vigilance

OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2011

PACTE MONDIAL (ONU), *Les 10 Principes Pacte Mondial*, https://www.globalcompact-france.org/p-28-les-10-principes

ONU, *Principes Directeurs relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme*, Genève, 16 juin 2011.

OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 5e édition, mars 2017.

3. Guides et analyses sur la vigilance

a — Institutions

AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, Version 12-2017.

OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, 2018.

OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, 3e édition, 2016.

OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, 2017.

OCDE-FAO, *Guide pour des filières agricoles responsables*, Mars 2015.

OCDE, *Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2017.

ONU, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Guide interprétatif*, Genève, 2012.

ONU, *Rapport du Groupe de Travail sur les entreprises transnationales et les droits humains, A/73/163*, 16 juillet 2018 et ses notes complémentaires.

PCN, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes Directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, décembre 2013.

b — ONG

OECD Watch & Amnesty International, *The OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, A briefing for civil society organisations on the strongest elements for use in advocacy*, June 2018.

Marie-Caroline CAILLET, Marie-Laure GUISLAIN et Tamsin MALBRAND, *La vigilance sociétale en droit français*, Sherpa, Ritimo, coll. Passerelle, Paris, décembre 2016.

c — Syndicats

GROUPE ALPHA, *Devoir de vigilance : quel bilan des premiers plans ? Comment se positionnent les parties prenantes ?* Newsletter Centre Études et Prospective, n°34, juin 2018.

CFDT, *Loi sur le devoir de vigilance – Mode d'emploi*, mars 2018.

d — Secteur privé

AFEP, *La diligence raisonnable en matière de responsabilité sociétale des entreprises*, octobre 2017.

IPIECA, *Processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme - Guide pratique de mise en œuvre à l'intention des compagnies pétrolières et gazières*, 2012.

B&L Evolution et EDH, *Premières analyses des plans de vigilance : quelles tendances des entreprises ?*, 2018, http://bl-evolution.com/etudes/premieres-analyses-des-plans-de-vigilance-quelles-tendances-des-entreprises/

C3D, *Quelles sont les 5 étapes de la mise en oeuvre d'un plan de vigilance en entreprise ?*, 2018, http://www.cddd.fr/guide-droits-humains-livrable-c3d/

ECONSENSE, *Respecting Human Rights Tools & Guidance Materials for Business*, 2014, http://www.econsense.de/sites/all/files/Respecting_Human_Rights.pdf

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Guide pratique sur les entreprises et les droits de l'homme à destination des avocats*, 28 mai 2016, https://www.ibanet.org/LPRU/Business-and-Human-Rights-Documents.aspx

4. Guides et analyses sur des mesures spécifiques de vigilance

a — Analyse de risques

EDH, *Guide d'évaluation des risques liés aux droits de l'homme*, novembre 2013.

BSR, *Conducting an Effective Human Rights Impact Assessment - Guidelines, Steps, and Examples*, mars 2013.

DIHR, *Human Rights Compliance Assessment (HRCA) Quick Check*, 2006.

Edward CAMERON et Peter NESTOR, *Climate and Human Rights: The Business Case for Action,* Rapport BSR, novembre 2018, San Francisco.

Annie GOLDEN BERSAGEL, *Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements*, 13 juin 2011, Global Compact.

Lise SMIT, Arianne GRIFFITH and Robert MCCORQUODALE, *When national law conflicts with international human rights standards: Recommendations for Business*. British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 2018.

b — Audits, certification, transparence et évaluation des chaines

VERITÉ, www.responsiblesourcingtool.org

KNOW THE CHAIN, *Benchmarks et resources*, https://knowthechain.org/resources/companies/

SHIFT, *From Audit to Innovation: Advancing Human Rights in Global Supply Chains*, rapport, 2013.

CHANGING MARKETS FOUNDATION, *La Fausse promesse de la certification* , rapport, mai 2018.

c — Actions adaptées de prévention et d'atténuation des risques

SOMO, *Should I stay or should I go?*, avril 2016.

ILO Helpdesk for Business on International Labour Standards, https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/lang--en/index.htm

d — Mécanismes d'alerte

TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, *Guide Pratique à l'usage du lanceur d'alerte*, décembre 2017.

Caroline REES, *Rights - compatible Grievance mechanisms, A Guidance Tool for Companies and their stakeholder*, CSR Initiative, Harvard Kennedy School, Cambridge, 2008.

CAO, *A Guide to Designing and Implementing Grievance Mechanisms for Development Projects*, 2008.

IFC, *Good Practice Note Addressing Grievances from Project - Affected Communities*, 2009.

SHIFT, *Remediation, Grievance Mechanisms, and the Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, 2014.

BANKTRACK ET OXFAM, *Developing Effective Grievance Mechanisms In The Banking Sector*, Australia, Rapport, July 2018.

e — Suivi et indicateurs

ONU (OHCHR), *Les Indicateurs des Droits de l'Homme : Un Guide pour Mesurer et Mettre en Œuvre*, Genève, 2012.

CESR, *The OPERA Framework*, http://www.cesr.org/opera-framework

SHIFT, *Valuing Respect*, 2018, https://www.shiftproject.org/resources/collaborations/valuing-respect/

f — Reporting et publications

SHIFT & MAZAR, *Cadre de reporting conforme aux Principes directeurs des Nations Unies*.

SHIFT, *Reporting et Droits de l'Homme en France : Étude de base pour évaluer l'impact de la loi sur le devoir du vigilance*, New York, novembre 2018.

g — Dialogue parties prenantes

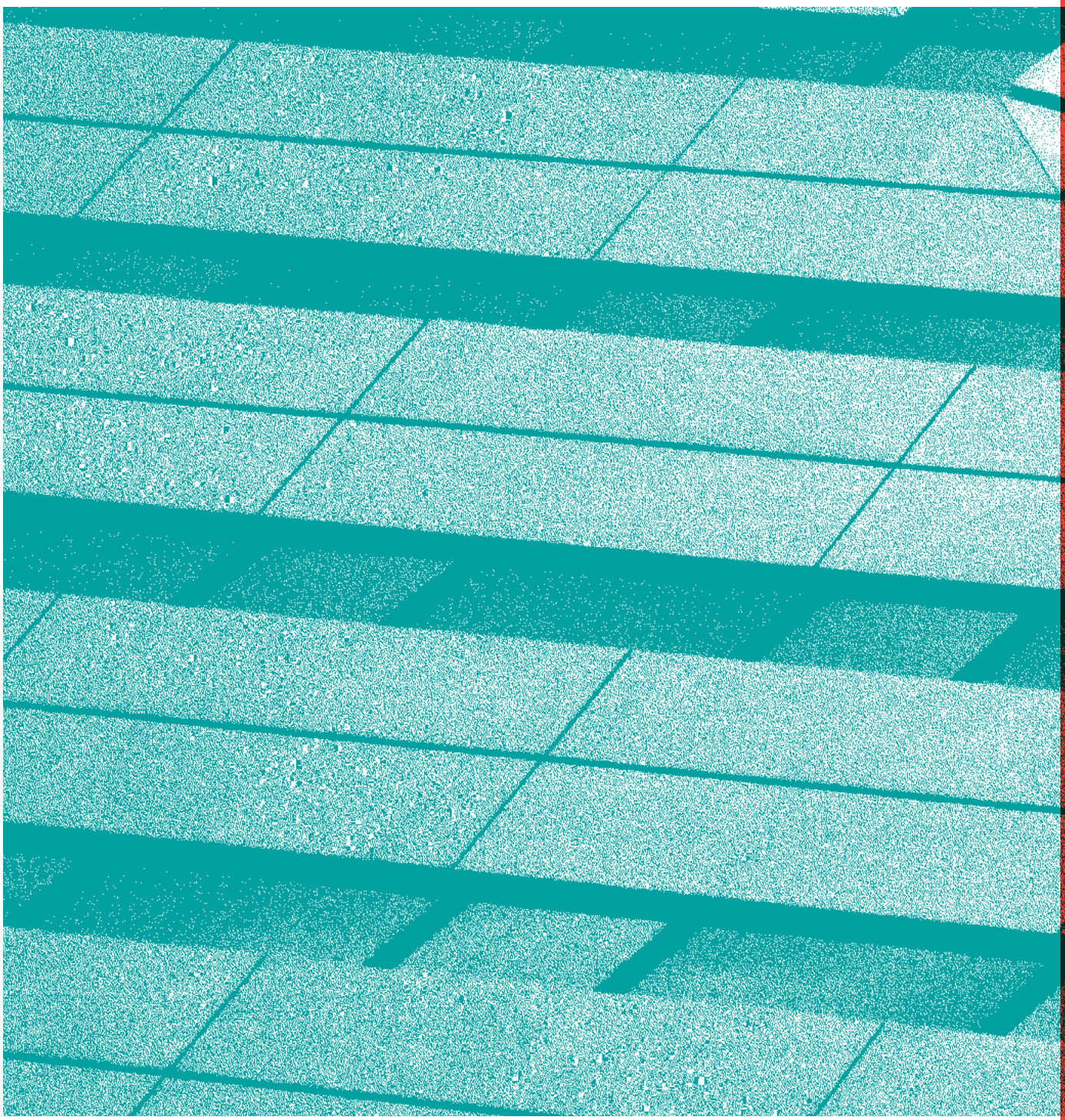
OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif*, 2016.

BHRRC, ISHR, *Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms and Human Rights Defenders, a guidance for companies*, August 2018.

MEDEF, *Guide Pratique «Cap vers la RSE» – Comment dialoguer avec les parties prenantes*, décembre 2013.

Retrouvez le Guide sur notre site www.asso-sherpa.org
Suivez-nous également sur Twitter et Facebook.

Ce Guide a été rédigé par Tiphaine Beau de Loménie sous la direction de Sandra Cossart. Les auteurs tiennent à remercier Laurence Sinopoli pour ses commentaires et corrections éclairées.

Conception graphique :
Cécile Maingot / cecilemaingot.fr / hello@cecilemaingot.fr

L'ambition de ce Guide de Référence pour les Plans de Vigilance est de fournir des clefs de compréhension et des outils aux différents acteurs qui souhaitent se saisir de la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.