

**De la prévention à la réparation des impacts ESG  
Le contrat durable,  
outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable**

Adrien Launay<sup>1</sup>, Yann Queinnec<sup>2</sup>

**Introduction**

Alors que le législateur français s'apprête à obliger les entreprises à établir des plans de vigilance pour prévenir les dommages sociaux, environnementaux, sanitaires et de corruption, que cette initiative nourrit les débats au sein de plusieurs pays (Suisse, Autriche, Pays-Bas et Allemagne notamment) et au niveau des institutions européennes (notamment avec la directive dite Barnier<sup>3</sup> et la résolution du Parlement du 29 avril 2015), les entreprises doivent se préparer à entrer dans une nouvelle ère de vigilance.

Avant même de connaître la teneur exacte de ces projets normatifs, les entreprises sont fortement invitées à contractualiser ces enjeux pour démontrer leur prise en compte effective<sup>4</sup>. Cette contribution a vocation à illustrer combien l'articulation de la liberté contractuelle et de l'effet obligatoire du contrat peut, en l'état actuel mouvant du droit positif, constituer une réponse satisfaisant les attentes grandissantes de parties prenantes de plus en plus attentives.

Encore faut-il que l'outil contractuel soit mobilisé avec le souci d'établir des engagements et moyens d'y répondre robustes afin de ne pas se réduire à un verni ne répondant pas aux enjeux. À travers le concept de contrat durable que nous définissons comme « tout contrat qui dans son objet et ses modalités d'exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l'environnement », nous proposons des pistes opérationnelles à la lumière d'initiatives récentes.

---

<sup>1</sup> Elève-avocat.

<sup>2</sup> Directeur général d'*Affectio Mutandi*.

<sup>3</sup> V. le commentaire de la directive par Nicolas Cuzacq, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. Sociétés*, Décembre 2015, p.708.

<sup>4</sup> La contractualisation des enjeux ESG figure en tête des mesures de vigilance préconisées par les grands standards internationaux de RSE (Y. Queinnec, « L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance », *Revue Lamy Droit des Affaires*, déc. 2014).

## COMMENT REpondre ?

Outre le drame du Rana Plaza du 24 avril 2013 qui a mis en lumière le besoin d'améliorer les relations entre donneurs d'ordre et les acteurs de leur chaîne d'approvisionnement, ces derniers mois la crise des éleveurs porcins ou la lutte contre le gaspillage alimentaire ont été l'occasion de brandir la contractualisation comme un sésame. Si l'on ajoute l'entrée de l'environnement dans les contrats de construction ou la montée en puissance de l'ISR (Investissement socialement responsable) qui génère des produits financiers et *due diligence* d'acquisition intégrant des enjeux comme les émissions de gaz à effet de serre, c'est toute la gamme des enjeux Environnementaux Sociaux et de Gouvernance (ESG) qui se contractualise.

L'observation de cette dynamique, au prisme du concept de contrat durable, permet d'identifier des pistes d'amélioration des processus d'élaboration, de la rédaction ainsi que des modalités d'exécution et de rupture des contrats. C'est l'occasion de caractériser l'ampleur des défis pour parvenir à générer des contrats durables à la fois outils de prévention (1) et de réparation (2) articulant une transaction commerciale et la gestion des enjeux ESG liés.

### 1. Le contrat durable vecteur de prévention

Par l'effet des exigences de diligence raisonnable issues des grands standards internationaux<sup>5</sup>, des normes européennes<sup>6</sup> ou encore la proposition de loi française sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 31 mars 2015<sup>7</sup>, les grandes entreprises sont amenées à évaluer en amont les risques ESG liés à leurs activités. Cette évaluation les amène à considérer les relations avec l'ensemble des acteurs de leur chaîne de valeur, du fournisseur au client final et contractualiser le processus de vigilance raisonnable qui, pour reprendre les termes des principes directeurs de l'OCDE « permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question. »<sup>8</sup>

À ce jour, la pratique des donneurs d'ordre se résume trop souvent à un périmètre de vigilance contractuelle limité aux relations d'affaires directes et des engagements ESG formulés de façon très générique, dont le respect pèse quasi exclusivement sur le partenaire commercial<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, n° 17 ; Art. 10 des Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ; Art. 7.3.1 de l'ISO 26000.

<sup>6</sup> Directive 2014/95/UE, art. 1.

<sup>7</sup> Proposition de loi (PPL) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, déposée le 11 févr. 2015.

<sup>8</sup> Principe directeur de l'OCDE n° 10.

<sup>9</sup> V. notamment le Rapport du PCN français sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile – habillement du 2 déc. 2013.