

CLIENT ALERT | ASSURANCE

PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE : AVIS DE TEMPÊTE POUR LES ASSUREURS ?

Proposition de Directive du Parlement européen sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, votée le 1^{er} juin 2023

Après l'ordonnance du 28 février 2023 dans l'affaire TotalEnergies, le devoir de vigilance continue de faire l'objet d'une actualité brûlante puisque le Juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Paris a, le 1^{er} juin 2023, rejeté un nouveau recours porté par des associations à l'encontre du Groupe Suez.

Ici encore, les associations demanderesses ont vu leur recours rejeté pour des motifs procéduraux tenant à l'absence de qualité à défendre de l'entité mise en cause et du défaut de mise en demeure préalable au titre du plan de vigilance objet de l'assignation¹.

Mais, au-delà des premiers contentieux sur la scène nationale, l'impact le plus important pourrait venir de l'Union européenne puisque, le même jour, le Parlement européen a approuvé la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 de la Commission européenne².

Force est cependant de constater que le texte tel qu'amendé par le Parlement européen³ se veut plus ambitieux que la proposition de la Commission, et va également plus loin que le régime prévu en droit français⁴.

Conformément au processus d'élaboration des normes européennes, ce texte devra encore être débattu et approuvé par la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne. Il ne constitue donc, pour l'heure, pas encore une directive devant être transposée par les Etats membres.

D'après débats ne devraient d'ailleurs pas manquer d'intervenir pour tenter d'en réduire l'étendue.

Ce texte est cependant riche d'enseignements et montre que les assureurs, en tant qu'"entreprises financières", pourraient être très fortement impactés par le devoir de vigilance.

1. L'extension du domaine du devoir de vigilance

La proposition de directive comprend des règles concernant :

- (a) *"les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et sur l'environnement qu'elles ont causées, auxquelles elles ont contribué ou auxquelles elles sont directement liées, en ce qui concerne leurs propres activités, et celles de leurs filiales, et les opérations réalisées par des entités de leur chaîne de valeur avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale ;"* et
- (b) *"la responsabilité en cas de manquements aux obligations susmentionnées ayant entraîné un dommage"* (art. 1^{er})

Ces obligations consistent notamment dans l'intégration, par les entreprises, du devoir de vigilance dans leurs politiques (art. 5), dans le recensement des incidences négatives réelles ou potentielles de leur activité sur les droits humains et l'environnement (art. 6 et 7), les mesures de prévention ou d'atténuation de ces atteintes (art. 8), l'établissement d'une procédure de plainte (art. 9), un contrôle de l'efficacité de la politique de vigilance (art. 10)

¹ Ord. TJ Paris, 1er juin 2023, RG 22/06100

² Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937

³ Liste des amendements disponibles sur le site du Parlement européen : <https://www.europarl.europa.eu/>

⁴ Art. L. 225-102-4 et suivants du Code de commerce

et la communication d'informations au public sur cette politique (art. 11), notamment via la publication d'un plan (art. 15).

Le champ d'application du projet de directive est donc plus large que celui prévu en droit français qui se focalise essentiellement sur le plan de vigilance devant être mis en œuvre par l'entreprise.

Il l'est encore quant aux personnes soumises au devoir de vigilance. Le droit français a en effet conçu le devoir de vigilance comme une obligation devant peser sur les plus grandes entreprises, employant directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales plus de 5 000 salariés en France ou plus de 10 000 salariés dans le monde (art. L. 225-102-4 C. Com). Or, le projet de directive prévoit des seuils d'applicabilité très largement inférieurs.

Allant plus loin que le projet initial de la Commission européenne⁵, le Parlement européen a voulu étendre le devoir de vigilance à l'ensemble des "grandes PME", employant au moins 250 salariés et ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 40 M€ au niveau mondial au cours du dernier exercice ; et à défaut d'atteindre ces seuils, la société-mère ultime d'un groupe qui comptait 500 salariés et a réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 150 M € au niveau mondial au cours du dernier exercice.

Quant aux entreprises d'Etats tiers, sont visées les sociétés ayant réalisé un chiffre d'affaires net de 150 M € dans le monde, à condition qu'au moins 40 M € aient été réalisés dans l'Union, et à défaut d'atteindre ces seuils, les sociétés-mères ultimes de groupes comptant 500 salariés et dont le chiffre d'affaires net mondial était supérieur à 150M €, dont au moins 40M€ réalisé dans l'Union **au cours du** dernier exercice⁶.

2. Les assureurs soumis au devoir de vigilance

Une des innovations de la proposition de directive tient à la volonté du Parlement européen d'inclure les acteurs du secteur financier dans le champ de la directive, et en particulier les entreprises d'assurance et de réassurance (art. 2)⁷.

2.1 L'activité de financement soumise au devoir de vigilance

La directive prévoit que la responsabilité d'une entreprise peut notamment être engagée en cas de dommage causé en raison de son activité ou celle de sa filiale, mais encore au titre des opérations réalisées par des entités de sa chaîne de valeur avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale (art. 1^{er}).

Or, l'article 3 (f) définit la notion de "relation commerciale" comme celle existant "avec un contractant, un sous-traitant ou toute autre entité juridique (« partenaire ») i) avec lequel l'entreprise a conclu un accord commercial ou auquel elle fournit un financement, une assurance ou une réassurance; ou ii) *qui exerce des activités commerciales liées aux produits ou services de l'entreprise ou au nom de cette dernière*".

Ainsi, si un assureur venait à fournir un financement à une entreprise dont l'activité présente un risque réel ou potentiel d'atteintes aux droits de l'homme ou à l'environnement, il pourrait voir sa responsabilité personnelle recherchée.

Ce risque est d'autant moins à négliger que des recours fondés sur un manquement au devoir de vigilance sont actuellement dirigés contre des établissements bancaires, notamment BNP Paribas en raison du financement des énergies fossiles ou de l'activité d'une entreprise associée à la déforestation⁸.

2.2 La distribution d'assurance impactée par le devoir de vigilance

Les obligations prévues par la directive pourraient également avoir un impact en matière de distribution d'assurance puisque le texte exige que le devoir de vigilance soit intégré dans la politique des entreprises qui devront décrire leur stratégie à court, moyen et long termes, éditer un code de conduite à suivre par leurs salariés et leurs filiales, et décrire les procédures mises en place.

Les entreprises devront également revoir "*constamment leur politique en matière de devoir de vigilance et l'actualiser lorsque des changements importants se produisent*" (art. 5), situation dont la complexité sera encore exacerbée lorsqu'elles seront à l'œuvre dans des zones en situation de conflit armé, où elles devront faire l'objet d'une vigilance "*accrue*" et pourront avoir à respecter les règles de droit international humanitaire pesant sur les Etats membres⁹.

⁵ Dans sa proposition initiale, la Commission proposait de réduire ces seuils aux entreprises de 500 salariés au niveau mondial ayant réalisé un chiffre d'affaires de 150 M € sur le dernier exercice. La proposition prévoyait également des seuils spécifiques pour les sociétés de pays tiers à l'Union européenne ou exerçant dans certains secteurs industriels (textile, exploitation de ressources minérales, domaine agro-alimentaire).

⁶ Pour les entreprises d'Etats tiers, le chiffre d'affaires pris en compte doit également inclure celui réalisé par des entreprises tierces avec lesquelles l'entreprise et/ou ses filiales ont conclu un accord vertical dans l'Union en échange de redevances.

⁷ Le projet de directive vise notamment, parmi les "entreprises" (Art.2 iv) : les entreprises d'assurance, les entreprises de réassurance, les véhicules de titrisation d'assurance ou de réassurance, les sociétés holdings d'assurance, les société compagnie financière holding mixte faisant partie d'un groupe d'assurance.

⁸ Devoir de vigilance - Point sur les contentieux en cours – Veille, Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 02, 19 avril 2023, act. 78

⁹ Le Parlement européen a ajouté un amendement prévoyant que lorsqu'elles sont à l'œuvre dans des zones en situation de conflit armé ou des zones fragiles à l'issue d'un conflit, des zones faisant l'objet d'une occupation et/ou d'une annexion, ainsi que des zones

Ces obligations devraient donc avoir un impact significatif sur l'organisation des programmes de conformité des assureurs, notamment dans des contextes de conflits tels que celui de la guerre en Ukraine, par essence évolutifs.

3. Une vigilance exigée de la souscription à la résiliation de la police

3.1 La nécessité d'apprécier exhaustivement le risque avant la souscription

La mise en œuvre du devoir de vigilance pourrait également complexifier la souscription des polices, notamment grands risques.

L'article 6 du projet de directive, tel qu'amendé par le Parlement européen, prévoit qu'en matière de services financiers, *"le recensement des incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et des incidences négatives sur l'environnement est effectué avant la fourniture de ce service et avant les opérations financières ultérieures et, en cas de notification d'éventuels risques au moyen des procédures visées à l'article 9, pendant la fourniture du service"*.

Le Parlement européen a également ajouté un amendement selon lequel *"lorsque toutes les informations nécessaires concernant sa chaîne de valeur ne sont pas disponibles, l'entreprise rend compte des mesures prises pour obtenir ces informations, explique les raisons pour lesquelles toutes les informations nécessaires n'ont pas pu être obtenues, et présente ses plans pour les obtenir à l'avenir"* (art. 6. 4 bis).

Il reviendra donc aux assureurs d'apprécier exhaustivement le risque en amont de la souscription, et d'obtenir l'ensemble des informations pertinentes lors de la phase de déclaration du risque, ce qui pourra s'avérer relativement complexe, notamment pour les grands comptes.

Ces obligations pourraient également venir modifier la pratique contractuelle, notamment les clauses par lesquelles les assureurs renoncent à se prévaloir de toute omission ou inexactitude dans la déclaration du risque, dans la mesure où pourrait ultérieurement être mise en cause leur responsabilité personnelle.

3.2 Les obligations en cas d'incidence négative causée par l'assuré

Les articles 7 et 8 de la directive, relatifs à la prévention et à la suppression des incidences négatives aux droits de l'homme ou à l'environnement, prévoient que les entreprises soumises au devoir de vigilance devront obtenir de leurs partenaires commerciaux des garanties contractuelles et le respect de leur code de conduite, ce qui ne manquera pas de soulever des difficultés, notamment en cas de contradictions ou d'incompatibilités entre les plans arrêtés par le souscripteur et par son assureur.

Mais surtout, le texte prévoit une présomption de responsabilité des entreprises financières, ajoutée par le Parlement européen qui énonce que : *"Aux fins du présent article, il est présumé que les entreprises financières sont directement liées à une incidence négative dans leur chaîne de valeur sans la causer ni y contribuer"* (art. 7.1ter)

En outre, il est interdit d'organiser le transfert de cette responsabilité en cas de manquement au devoir de vigilance (art. 7.4).

En cas "d'incidence négative" causée par un assuré, l'assureur :

- *devra* prendre les mesures visant à utiliser ou accroître son effet de levier sur l'assuré pour tenter de prévenir ou d'atténuer l'incidence négative potentielle, d'influencer l'entité qui cause l'incidence, en atténuer son ampleur ou réparer les dommages en découlant. Or, il n'est pas certain qu'un assureur dispose toujours d'un tel effet de levier, défini comme *"la capacité d'imprimer des changements dans les pratiques de l'entité qui cause l'incidence négative ou y contribue"* (art. 3.1 q bis)
- *devra* s'abstenir de nouer de nouvelles relations ou d'étendre celles existantes avec le partenaire ;
- *devra*, lorsque le droit applicable le permet, suspendre temporairement la relation commerciale en poursuivant les efforts d'atténuation ou mettre un terme à celle-ci en raison de la gravité de l'incidence.

Cette faculté de résiliation pourrait soulever des difficultés puisqu'elle est conditionnée à un test de proportionnalité entre les conséquences de cette suspension / rupture et celles de l'incidence devant être remédiée. Dans tous les cas, ces mesures doivent faire l'objet d'un préavis raisonnable.

Cette faculté n'est également pas ouverte aux entreprises financières lorsque le contrat de services financiers qu'elles ont conclu *"est strictement nécessaire pour éviter la faillite de l'entité à laquelle ce service est fourni"* (art. 7.6), point qui pourrait susciter des débats.

La décision de résilier le contrat ne pourra être prise, *"en dernier ressort"*, que si les efforts déployés par les entreprises financières *"pour exercer un effet de levier n'ont finalement pas permis d'influencer l'entité à laquelle"*

caractérisées par une gouvernance et une sécurité déficientes ou inexistantes, les Etats membres veilleront à ce que les entreprises "respectent les obligations qui leur incombent en vertu du droit humanitaire international et fassent preuve d'un devoir de vigilance accru et sensible aux conflits dans leurs activités et relations commerciales, en intégrant dans leur devoir de vigilance une analyse du conflit, fondée sur une participation constructive et sensible aux conflits des parties prenantes, qui étudie les causes profondes du conflit, ses éléments déclencheurs et les parties au conflit, ainsi que l'incidence des activités de l'entreprise sur le conflit". (art. 5)

ce service est fourni afin de prévenir ou d'atténuer de manière adéquate les incidences négatives" potentielles ou réelles ou de réduire au minimum leur ampleur (art. 7.6, et 8.7).

Enfin, la faculté de résiliation est écartée pour les contrats que les parties sont juridiquement tenues de conclure (art. 7.5 et 8.6). Elle serait donc exclue en matière d'assurances obligatoires, mais demeurerait ouverte pour les assurances non obligatoires.

L'ensemble des mesures devant être mises en œuvre par les assureurs en cas d'incidence négative ne manqueront pas d'influencer substantiellement leur politique de souscription et de gestion des polices en cours.

4. Les sanctions en cas de manquement au devoir de vigilance

4.1 Les sanctions administratives jusqu'à 5% du chiffre d'affaires mondial

L'article 20 du projet de directive amendé par le Parlement européen prévoit des sanctions substantielles en cas de manquement au devoir de vigilance.

Après avoir listé une série de circonstances (atténuantes ou aggravantes) devant être prises en compte pour apprécier le comportement du responsable, il prévoit que le montant de la sanction peut aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires net mondial réalisé au cours de l'exercice précédant la décision.

S'agissant des sanctions administratives prononcées contre l'assuré, à les supposer assurables, elles devraient pouvoir être exclues conventionnellement du champ d'application des polices. Cela n'exclut cependant pas l'hypothèse de sanctions prononcées directement à l'encontre de l'assureur au titre d'un manquement à son devoir de vigilance.

Le projet de directive prévoit également des sanctions complémentaires qui pourront avoir un impact opérationnel ou réputationnel majeur (déclaration publique, obligation d'accomplir certaines actions, suspension de la libre circulation ou de l'exportation de produits) (art. 20.2 bis).

4.2 L'engagement de la responsabilité civile personnelle de l'assureur

Le projet de directive envisage enfin à son article 22 la question de la responsabilité civile :

"Les États membres veillent à ce que les entreprises soient tenues responsables des dommages occasionnés si : a) elles n'ont pas respecté les obligations prévues par la directive et b) à la suite de ce manquement, l'entreprise a causé ou contribué à une incidence négative réelle qui aurait dû être recensée, hiérarchisée, évitée, atténuée, supprimée, réparée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues par la présente directive et a entraîné des dommages".

Ce régime est donc plus large que celui en vigueur en France, où les articles L. 225-102-4 et suivants du Code de commerce prévoient l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'entreprise en cas de manquement lié à l'absence ou aux insuffisances de son plan de vigilance.

Ce régime soulève toutefois des questions au regard des principes de droit de la responsabilité civile puisque l'article 22 prévoit que :

"Lors de l'évaluation de l'existence et de l'étendue de la responsabilité, il est dûment tenu compte de l'ampleur des efforts déployés par l'entreprise, dans la mesure où ils sont directement liés au dommage en question, pour prendre des mesures correctives, y compris celle qui lui est imposée par une autorité de contrôle, de tout investissement réalisé et de tout soutien ciblé fourni conformément aux articles 7 et 8, ainsi que de toute collaboration avec d'autres entités et parties prenantes concernées pour remédier à des incidences négatives dans ses chaînes de valeur".

Une telle logique interpelle puisque les efforts déployés par le responsable (tant avant qu'après la survenance du dommage) ne constituent en principe pas une cause d'exonération (même partielle) de responsabilité, et ne sont en principe pas de nature à priver la victime de la réparation intégrale de son préjudice.

Le dispositif prévu par la directive est également particulièrement large puisqu'il prévoit que :

- "la responsabilité de l'entreprise est sans préjudice de celle de ses filiales ou de ses partenaires commerciaux dans la chaîne de valeur",
- "dans les cas où une filiale relève du champ d'application de la présente directive et a été dissoute par la société mère ou s'est dissoute elle-même intentionnellement afin d'échapper à sa responsabilité, la responsabilité peut être imputée à la société mère s'il n'y a pas de successeur légal".
- les règles qu'il édicte "ne limitent pas la responsabilité des sociétés en vertu des systèmes juridiques de l'Union ou nationaux, y compris les règles en matière de responsabilité solidaire", qui sont également "sans préjudices des autres règles de l'Union ou des États membres [...]] qui prévoient une responsabilité dans des situations non couvertes par la directive ou une responsabilité plus stricte que cette dernière".

Le souhait du législateur européen est donc de créer un régime de responsabilité le plus large possible afin de faciliter l'indemnisation des victimes, en permettant la mise en cause personnelle des entreprises financières, dont les assureurs, et les exposer à un risque de condamnations in solidum (leur faute ayant concouru à l'entier dommage subi par la victime).

Ce souhait est encore conforté par les mesures d'ordre procédural prévues à l'article 22 de la directive tenant notamment à l'instauration d'un délai de prescription de 10 ans (sans précision du point de départ), à la faculté pour des acteurs (syndicats, associations) d'agir au nom de victimes, à la possibilité de solliciter une ordonnance de suspension, y compris en référé, ou encore à la possibilité d'obtenir la communication forcée de preuve de la part de l'entreprise.

Le projet de directive tel qu'amendé par le Parlement européen érige donc un devoir de vigilance au régime largement étendu et qui pourrait avoir un impact majeur pour les assureurs, en les exposant notamment à des recours en responsabilité aux côtés de leurs assurés.

Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à l'évolution des discussions au niveau européen.

Pour de plus amples informations, veuillez contacter :



PIERRE FENG
Senior Associate, Paris
T 01 44 94 31 37
E pierre.feng@hfw.com

hfw.com

© 2023 Holman Fenwick Willan LLP. All rights reserved. Ref:

Whilst every care has been taken to ensure the accuracy of this information at the time of publication, the information is intended as guidance only. It should not be considered as legal advice. Holman Fenwick Willan LLP is the Data Controller for any data that it holds about you. To correct your personal details or change your mailing preferences please email hfwenquiries@hfw.com

Americas | Europe | Middle East | Asia Pacific