

# REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 5 - 2022

SOMMAIRE - CONTENTS

## ARTICLES

Gilles LHUILIER	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité / The Proposal for a European Directive on the Duty of Care of Companies with Regard to Sustainability.....	423
Luca TENREIRA	La rédaction des clauses d'application du devoir de vigilance par les <i>global lawyers</i> : l'exemple des clauses de <i>flow-down</i> / The Drafting of Due Diligence Clauses by Global Lawyers: The Example of Flow-Down Clauses .....	453
Florian FAVREAU Marine BASTIEGE	La chaîne de valeur dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / The Value Chain in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence .....	467
Florian FAVREAU	Les pratiques RSE d'entreprise dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / Corporate CSR Practices in the Proposed Directive on Corporate Due Diligence.....	477
Anne DANIS-FATOME	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance : brefs regards sur la responsabilité civile / The Proposal for a European Directive on the Duty of Vigilance: Brief Views on Civil Liability .....	489

## ACTUALITES

### DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE / INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

Jean-Maxime BLUTEL Raimbaut LACOEUILHE Oriane SCALBERT Joffrey GAUCHER Judith NAYBERG Enzo SARAGOSA Veronica BOTNARI	Politiques de concurrence / Competition Policies .....	499
--	--	-----

### EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL /REGIONAL DES AFFAIRES / EMERGENCE OF AN INTERNATIONAL/REGIONAL BUSINESS LAW

Philippe GUEZ et al	Chronique de droit international privé appliquée aux affaires de la période du 1er mars 2021 au 30 avril 2022 .....	511
---------------------	---	-----

DROIT ET PRATIQUE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX / INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

Pascale ACCAOUI-LORFING Arnaud DE NANTEUIL	Les états et l'investisseur privé étranger : une approche multiple / States and Foreign Direct Investment (FDI): A Multi-Pronged Approach .....	551
Arnaud DE NANTEUIL	Le nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI / Reform of ICSID Arbitration Rules ..	557

GOVERNANCES / GOVERNANCES

David CHEKROUN Drew SHAGRIN	Gouvernance organisationnelle et gouvernance d'entreprise / Organisational and Corporate Governance .....	561
--------------------------------	---	-----

**THE CHALLENGES OF THE “S” IN “ESG” FOR COMPANIES AND THEIR GOVERNANCE BODIES**

Coming after the “E” and the associated issues of carbon reduction and the climate and ecological transitions, the “S”—the 2nd letter in “ESG” (Environment, Social, Governance)—is now appearing ever more insistently on the agendas of directors and managers, driven by a combination of various urgent forces:

- on the one hand, European regulations (the 2014 Directive, the 2017 guidelines on the communication of non-financial information, and the drafting of the “Corporate Social Responsibility Directive” currently underway) and national regulations (the duty of vigilance law, the Sapin II law, non-financial performance report, the PACTE law, etc.), as well as incentives from “soft law” and international organisations;
- and, on the other hand, the growing expectations of stakeholders and civil society, accelerated by the recent Covid-19 crisis.

The “S” covers both social and societal dimensions, and thus has a perimeter that is difficult to circumscribe; it brings up multiple crucial issues for companies, which are now more central to life in society than ever.

**Challenge no. 1: Sense of belonging among the Company’s staff and management**

Employees are one of a company’s core assets, if not its primary asset, and an essential part of its process of creating sustainable value.

In a climate rendered more uncertain by the Covid-19 crisis, what are the primary expectations of today’s employees?

- **Employment:** ensuring that newcomers have access to the labour market, and maintaining the employability of older workers;
- **The development of a new relationship to work and to the company:** efforts to achieve professional fulfilment associated with skill development (including personalised training and coaching) and a degree of mobility ( in jobs and geographically); questioning—especially by young workers—of an excessive segregation of duties seen as paralysing; a “partnership” approach based on operating in “project mode”; expected easing of the predominance of management power and introduction of more participatory management methods;

**« ESG » : LES ENJEUX DU « S » POUR LES ENTREPRISES ET LEURS ORGANES DE GOUVERNANCE**

**Patrick-Hubert PETIT\***

Après le « E » et ses problématiques de décarbonation et de transitions climatique et écologique, le « S », 2<sup>de</sup> composante de l’« ESG » (*Environnement-Social/Sociétal/ Gouvernance*), s’invite désormais avec insistance dans les agendas des dirigeants et administrateurs, sous l’action conjuguée et pressante :

- d’une part de la réglementation européenne (Directive de 2014 et lignes directrices de 2017 sur la communication d’informations non financières, projet en cours de « *Corporate Social Responsibility Directive* ») et nationale (Loi sur le devoir de vigilance, loi Sapin II, Déclaration de performance extra-financière, loi PACTE...), ainsi que des incitations de la « *soft law* » et d’organisations internationales<sup>42</sup> ;
- et, d’autre part, des attentes croissantes des parties prenantes et de la société civile, stimulées par la crise récente de la Covid-19.

Le « S » recouvrant à la fois les dimensions sociales et sociétales, a un périmètre malaisé à circonscrire et les enjeux induits sont multiples et cruciaux pour les entreprises, plus que jamais placées « au cœur de la Cité ».

**Enjeu n°1 : L’adhésion du corps social de l’Entreprise**

Les salariés constituent un des atouts majeurs de l’entreprise, sinon le premier, et sont un élément essentiel de son processus de création de valeur durable.

Dans un climat rendu plus incertain par la crise de la Covid-19, quelles sont aujourd’hui les principales attentes des salariés ?

- **Emploi :** accès pour les nouveaux arrivants sur le marché du travail et maintien de l’employabilité des plus anciens ;
- **Développement d’une nouvelle relation au travail et à l’entreprise :** recherche d’un épanouissement professionnel associé à un développement des compétences (incluant parcours de formation et « coaching » personnalisés) et à une certaine mobilité (fonctionnelle et géographique), remise en cause — notamment par les jeunes — d’une trop forte segmentation des tâches perçue comme sclérosante, démarche « partenariale » basée sur un

\* Expert-comptable honoraire, Formateur et consultant en gouvernance d’entreprise, Administrateur de fondations.

fonctionnement en « mode projets », assouplissement attendu du poids de la hiérarchie et introduction de modes de management plus participatifs ;

- « **Bien-être** » **au travail** : sécurité sanitaire, environnement de travail stimulant mais non stressant, communication interne (*top-down* et *bottom-up*) transparente, célébration des succès collectifs, aménagement de moments de convivialité au sein de l'entreprise, équilibre 'vie privée-vie professionnelle' que favorise une certaine dose de télétravail ;
- **Recherche de sens** dans leur vie professionnelle : compréhension des objectifs poursuivis par leur entreprise et des politiques mises en œuvre, implication dans la vie de cette dernière, intérêt pour les initiatives « d'intrapreneuriat » et recherche d'impact au niveau où ils se trouvent dans l'organisation, souhait d'une cohérence entre engagement professionnel et engagement citoyen, intérêt général et intérêt individuel ;
- **Engagement citoyen de leur entreprise** : impliquant les salariés volontaires dans les actions de proximité menées auprès de collectivités et d'associations dans les territoires ;
- **Qualité et transparence du dialogue social dans l'entreprise** pour notamment faire adhérer le corps social au 'projet d'entreprise', fédérer les énergies en interne autour de projets collectifs, et favoriser une mise en œuvre « en douceur » des nécessaires mutations (technologiques, digitales, environnementales) de l'Entreprise.
- **"Well-being" at work**: health safety; a stimulating but non-stressful work environment; transparent internal communications (both "top-down" and "bottom-up"); celebration of collective successes; development of social events at the company; a "private life/professional life" balance that provides the opportunity for some amount of remote work;
- **The search for meaning in professional life**: an understanding of the objectives pursued by the company and the policies being implemented; involvement in the life of the company; an interest in "intrapreneurship" initiatives and seeking ways to make an impact at their level within the organisation; desire for consistency between professional and civic commitments, and also between general interest and individual interest;
- **Civic engagement at the company**: involving voluntary employees in local actions carried out by companies with local governments and non-for-profit organisations active in the cities;
- **Quality and transparency of social dialogue at the company**, particularly in order to increase the sense of belonging and participating to the "company project" among staff and management, unify efforts internally around collective projects, and help promote the "soft" implementation of the necessary transformations (technological, digital, environmental) at the Company.

## Enjeu n°2 : Les interactions avec les acteurs de l'écosystème de l'Entreprise

Quelles sont les attentes des parties prenantes de l'Entreprise et les enjeux pour celle-ci ?

- **Les actionnaires et investisseurs** attendent, plus que jamais dans cette période post-crise, une communication régulière et transparente leur donnant une visibilité sur l'avenir prévisible pour l'entreprise : réorientations stratégiques et opérations structurantes envisagées, perspectives d'activité et de profitabilité, politiques et actions en matière d'engagement responsable aux plans environnemental et social... Les grands fonds d'investissement sont, par ailleurs, vigilants sur les politiques ESG des entreprises dans lesquelles ils investissent et accentuent leur pression dans ce domaine ;
- **Shareholders and investors**: more than ever now, in this post-crisis period, they expect regular and transparent communications, providing visibility on the company's foreseeable future: the strategic reorientations and major transactions foreseen, the outlook for business activity and profitability, policies and actions around environmental and social responsibility commitments, etc. Large investment funds also keep a close watch on the ESG policies of the companies they invest in, and are stepping up their pressure in this regard;

## Challenge no. 2: Interactions with stakeholders within the Company's ecosystem

What are the expectations of the Company's stakeholders and what challenges do they face?

- **Banks and lending organisations** want to maintain ongoing relations with companies, to ensure that they will provide them with information on their activities and prospects, their cash position, their ability to meet their future loan repayment deadlines, and their projected financing needs;
- **Suppliers and subcontractors** want to establish real partnerships with client companies to secure their order books, and are interested in closer cooperation, via industrial channels for example. For their part, companies must ensure that their primary suppliers and subcontractors respect human rights (efforts against harassment, no use of child labour, decent wages, etc.);
- **Customers and consumers**, for their part, are increasingly attentive to the quality, practicality, and environmental sustainability of the products purchased, as well as to environmentally and socially responsible behaviour among manufacturers and retailers (respect for nature and biodiversity, circular economy, etc.).

Regular and constructive dialogue with stakeholders is necessary and, with this in mind, the creation of a committee of stakeholders with a truly representative composition may represent a good means of communication.

### Challenge no. 3: Local rootedness and relations with civil society

Nevertheless, the Company is not only a provider of jobs and an economic force contributing to value creation at the macroeconomic level, it also has a civic role to play in the local areas it operates in, in particular by means of:

- **Cooperation with public authorities and local government bodies** (*municipalities, departments, regions*): This approach has been reinforced, in particular following the changes in everyday life brought about during the Covid crisis and since continued by a certain number of employees, who are leaving the big cities and moving to smaller towns. To accommodate the local impact of these migratory flows, cooperation and joint actions between companies and local authorities have gradually been implemented and will soon become intensified.

Company support for the actions and initiatives taken by these authorities helps give the Company a positive image in the minds not

- **Les banques et organismes prêteurs** sont demandeurs d'une relation suivie avec l'Entreprise afin qu'elle leur communique des informations sur ses activités et ses perspectives, sa situation de trésorerie et sa capacité à faire face à ses échéances futures de remboursement d'emprunts, ses besoins prévisionnels de financement ;
- **Les fournisseurs et sous-traitants** cherchent à établir de véritables partenariats avec leurs entreprises clientes afin de sécuriser les carnets de commandes, et sont preneurs d'une coopération renforcée via par exemple des filières industrielles. Les entreprises doivent, de leur côté, veiller à ce que leurs principaux fournisseurs et sous-traitants respectent les droits humains (lutte contre le harcèlement, absence de travail des enfants, salaires décents...) ;
- **Les clients et consommateurs** sont, quant à eux, de plus en plus attentifs à la qualité, à la fonctionnalité et à l'éco-durabilité des produits achetés, ainsi qu'à l'attitude responsable des industriels aux plans environnemental (respect de la nature et de la biodiversité, économie circulaire...) et sociétal.

Un dialogue régulier et constructif avec les parties prenantes est nécessaire et, dans cette optique, la création d'un comité des parties prenantes, à la composition réellement représentative, peut représenter un bon vecteur de communication.

### Enjeu n°3 : L'ancrage dans les territoires et les relations avec la Société civile

Mais l'Entreprise n'est pas seulement un pourvoyeur d'emplois et un agent économique contribuant à une création de valeur au niveau macro-économique, elle a aussi un rôle citoyen à jouer dans les territoires où elle opère avec en particulier :

- **La coopération avec les pouvoirs publics et les collectivités territoriales** (*municipalités, départements, régions*) : Cette démarche s'est renforcée, suite notamment aux changements de cadre de vie décidés durant et depuis la crise Covid par un certain nombre de salariés qui délaissent les grandes agglomérations au profit de villes à taille humaine. Pour faire face aux conséquences induites localement par ces flux migratoires, une coopération et des actions concertées entre les entreprises et les collectivités locales se sont mises progressivement en place et sont amenées à s'intensifier.

L'accompagnement par l'Entreprise des actions et initiatives de ces autorités la met en valeur, non seulement aux yeux de ses salariés mais aussi des

citoyens. Cette coopération l'aide aussi, de façon plus générale, à fluidifier et rendre plus efficaces ses relations avec ces différentes instances.

- **Les actions pour la diversité, l'inclusion et la lutte contre la discrimination :** Des actions concertées avec les associations et organismes existants dédiés à ces enjeux (notamment les « *Pôles territoriaux de coopération économique* » présents dans les territoires durement touchés au plan de l'emploi par des reconversions industrielles) permettent de mettre en œuvre, sur la durée, des stratégies communes de coopération et de mutualisation au service de projets économiques innovants visant à un développement local durable. L'objectif est aussi de contribuer au développement de compétences correspondant aux offres d'emploi locales des entreprises.

Un appui aux associations locales favorisant l'inclusion et les actions de solidarité (lutte contre la délinquance, activités sportives et culturelles pour les jeunes...) contribue aussi au « décloisonnement » de nos sociétés modernes et au « mieux vivre ensemble ».

- **La coopération et les partenariats avec le monde de l'Enseignement et de l'Education :** Le but ici est de 'rapprocher l'Ecole de l'Entreprise', de « dédramatiser » la vision que certains enseignants et élèves/étudiants peuvent avoir de l'Entreprise, d'orienter les programmes de formation — notamment techniques et technologiques — vers les besoins qu'ont aujourd'hui les entreprises et les « métiers de demain », de développer des axes de coopération avec les pôles/centres de recherche, d'établir des ponts et canaux de communication avec la « génération du millénaire » et ses ressortissants arrivant sur le marché du travail, de renforcer les opportunités de découverte de l'entreprise par les jeunes (stages en alternance, contrats d'apprentissage...).
- **Les actions caritatives et l'accompagnement des salariés dans leur engagement bénévole :** Cette dimension revêt de nos jours une grande importance aux yeux des jeunes mais aussi moins jeunes générations et contribue à maximiser la capacité d'attractivité de l'Entreprise et de rétention des talents. Cet engagement peut s'effectuer par exemple dans le cadre de fondations d'entreprise, d'actions de mécénat, et de soutien (crédit temps, support financier) aux salariés dans leur engagement au profit d'actions caritatives et sociétales...

only of its employees but of the public at large as well. More generally, this cooperation also helps it to streamline its relations with these different bodies and make them more efficient.

- **Actions to promote diversity and inclusiveness and combat discrimination:** Joint actions taken with existing non-profits organisations working on these issues (in particular the "Local Economic Aid Centres" established in areas where industrial restructuring has caused a significant impact on the job market) can make it possible, over time, to implement common cooperation and resource-pooling strategies for innovative economic projects intended to help promote sustainable local development. This objective also includes contributing to the development of skills meeting the requirements of companies' local job offerings.

Providing support for local non-profits organisations promoting inclusiveness and solidarity activities (measures to combat delinquency, youth sports and cultural activities, etc.) also helps contribute to the "decompartmentalisation" of our modern societies and encourage "better living together."

- **Cooperation and partnerships with the world of Teaching and Education:** Here, the objectives are to "bring together the School and the Company"; to help rehabilitate the negative image some teachers and students may have of the Company; to steer educational curricula—in particular technical and technological curricula—in a direction better suited to the needs of today's businesses and the "professions of tomorrow"; to develop lines of cooperation with research clusters/centres; to establish bridges and channels of communication with the "millennial generation" and with millennials now starting out on the job market; and to increase the opportunities available to help young people discover the company (work-study placements, apprenticeship contracts, etc.).
- **Charitable actions and support for employees' volunteer commitments:** Nowadays this is an aspect that is of great importance to young people and older people as well, and actions in this regard help maximise the Company's ability to attract and retain talents. These commitments may be made, for example, in the context of corporate foundations, sponsorship activities, and support (time credits, financial support) provided to employees for their individual commitment to charitable and socially responsible activities, etc.

In conclusion, it is clear that the domain encompassed by the “S” in ESG is a wide, diversified and complex one, and one that in practice will have a “variable geometry” from one company to the next, depending on the particular company’s culture, and the degree of awareness and commitment among their directors and managers. Integrating labour, social and societal responsibility considerations into the Company’s strategic orientations, policies and actions, and identifying the risks and opportunities associated with these considerations is part of the full and complete responsibility incumbent upon the company’s management and governance.

One thing is certain: Labour concerns and social/societal responsibility are highly interconnected matters, which have become two essential pillars of a Company’s sustainability, and now stand alongside the financial elements, as key parameters in the assessment of the impact of the Company’s overall performance and its prospects for sustainable and responsible growth. They are the building blocks of the Company of tomorrow, which will be central to life in society, and an important driver of civic cohesion.

We are currently going through a decisive phase, the transformation from “shareholder capitalism” to a form of “stakeholder capitalism.” Underlying trends in society today will almost inevitably give rise to a “humanist capitalism,” where the “raison d’être” and the values adopted by the Company will assume its full importance. Only time will tell; but, as Victor Hugo remarked long ago: “Nothing is more powerful than an idea whose time has come.”

En conclusion, il est clair que le champ du « S » de l’ESG est large, diversifié et complexe et, en pratique, sera à « géométrie variable » d’une entreprise à l’autre en fonction de la culture de celles-ci et de la sensibilisation et de l’engagement de leurs dirigeant(e)s et administrateurs/trices. L’intégration des considérations sociales et sociétales dans les orientations stratégiques, politiques et actions de l’Entreprise, ainsi que l’identification des risques et opportunités qui y sont associés, font partie de la responsabilité pleine et entière de ses organes de direction et de gouvernance.

Une chose est certaine : Social et Sociétal, très interconnectés, sont devenus *deux piliers incontournables de la « Sustainability » (« Durabilité »)* de l’Entreprise et comptent désormais, aux côtés des éléments financiers, au nombre des *paramètres clefs dans l’appréciation de l’impact de celle-ci, de sa performance globale et de ses perspectives de croissance durable et responsable*. Ils forgent l’entreprise de demain, qui se retrouve « au cœur de la Cité », et constituent un facteur important de cohésion citoyenne.

Nous vivons actuellement une phase décisive de mutation d’un « *capitalisme actionnarial* » (*Shareholders’ capitalism*) vers une forme de « *capitalisme des parties prenantes* » (*Stakeholders’ capitalism*). Le mouvement sociétal actuel de fond devrait conduire de façon quasi-inéluctable à un « *capitalisme humaniste* » dans lequel la définition de sa « *raison d’être* » par l’Entreprise prend alors toute son importance. L’avenir nous le dira mais, comme l’affirmait déjà Victor Hugo : « Rien n’est plus fort qu’une idée dont l’heure est venue ».

---

\* Partenaire, DLA Piper.

\*\* Conseil, DLA Piper.