

SOCIÉTÉ

638

3 QUESTIONS

Les entreprises françaises et la cartographie des risques après l'adoption de la directive CS3D



Philippe Portier,
avocat aux barreaux de Paris et de New York,
associé, Jeantet AARPI

1 Le droit français est-il déjà largement compatible avec les dispositions de la directive de 2024 ou des adaptations importantes seront-elles nécessaires pour transposer la directive ?

La *Corporate sustainability due diligence directive* (CS3D) s'inspire du dispositif français de 2017 et ne remet pas en cause la philosophie générale de notre dispositif. Pour autant, sa longue gestation, pendant laquelle l'Allemagne, par exemple, a mis en place un texte plus contraignant, a abouti à un dispositif qui présente un certain nombre de différences avec un texte original innovant, mais difficile d'application. CS3D prévoit ainsi la création d'une autorité administrative de contrôle indépendante, à l'image de l'Agence française anticorruption.

Parmi ses attributions, devra figurer un mécanisme de sanctions pécuniaires (ce qui avait été retiré du texte français par le Conseil constitutionnel en raison de son trop grand flou). Pour éviter la sanction constitutionnelle, et aider au travail des entreprises concernées, CS3D donne en annexe une liste (fort longue) d'instruments internationaux (en matière de droits de l'homme - et de l'enfant, d'environnement, de biodiversité, de travail forcé, de libertés

fondamentales, etc.) qui devront cadrer l'exercice de *due diligence* imposé.

L'article 27 du texte dicte ainsi aux États membres l'obligation de déterminer le régime des sanctions pécuniaires, qui devront être « *effectives, proportionnées et dissuasives* » et dont le montant sera fondé sur le chiffre d'affaires net mondial de l'entreprise, sans pouvoir être inférieur à 5 % de celui-ci. Cette sanction viendra s'ajouter au risque de mise en jeu de la responsabilité délictuelle des entreprises, inchangé par CS3D.

En cas de défaillance de l'entreprise sanctionnée à s'acquitter d'une amende, une déclaration publique sera imposée, indiquant la responsabilité de l'entreprise à l'égard de l'infraction et la nature de cette dernière (logique de *name & shame*).

On notera enfin, que les sociétés holdings pourront être exemptées, sur autorisation de l'autorité de contrôle, dès lors que l'une de leurs filiales aura été désignée pour remplir les obligations du groupe. Le champ des *due diligence* pour les entreprises financières réglementées sera quant à lui réduit à la seule partie « *en amont de leurs chaînes d'activités* ».

En mouvement

Gide renforce son équipe parisienne avec la nomination de deux nouveaux associés.

Étienne Chesneau est associé au sein de l'équipe « Opérations & Financements Immobiliers ». Il intervient dans tous les domaines du droit immobilier, tant en conseil qu'en contentieux et conseille au quotidien des clients institutionnels, français et étrangers, à tous les stades de leurs projets immobiliers en France.

Elizabeth Gautier est associée au sein de l'équipe « Concurrence et Commerce International ». Elle intervient en droit français et européen de la concurrence (ententes, abus de position dominante et contrôle des concentrations). Elle dispose d'une expertise significative en matière de contentieux antitrust face aux autorités de concurrence, ainsi qu'en matière de recours indemnitaires devant les juridictions commerciales. Elle accompagne par ailleurs des opérateurs nationaux et internationaux de premier plan dans leurs opérations d'investissement et de désinvestissement (UE et hors UE) .

Greenwich Avocats renforce son équipe avec la promotion de **Julien Damiano** en tant qu'associé. Avocat en droit du travail et de la sécurité sociale, Julien Damiano apporte son expertise à une clientèle diversifiée, allant des TPE-PME aux groupes nationaux. Dès 2015, Julien Damiano fait ses premiers pas dans le monde du droit social au sein du département relations sociales Monde de Danone. En 2016, il poursuit son parcours en entreprise en tant que juriste en droit social chez Richemont Holding France. Après l'obtention de son Certificat d'aptitude à la profession d'avocat en 2016, Julien Damiano entame sa carrière d'avocat au sein du cabinet Fromont Briens. Il continue ensuite sa carrière en rejoignant successivement les cabinets Laubeuf & Associés (2017-2018) et Steering Legal (2018-2019). En 2020, Julien Damiano franchit une nouvelle étape en intégrant Greenwich Avocats en tant qu'avocat. Il est promu counsel en 2022, puis associé en 2024.

Suite page 6

2 Quel impact de CS3D sur la cartographie des risques ?

Les entreprises françaises demeurent dans le flou s'agissant de la cartographie des risques dont le Conseil constitutionnel a seulement précisé que tous les risques devaient être traités, et pas seulement les graves (seules les atteintes devant l'être). L'exercice ne changera pas avec CS3D qui impose également aux entreprises concernées de « *cartographier leurs propres activités, celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes d'activités, celles de leurs partenaires commerciaux, afin de recenser les domaines généraux dans lesquels les incidences négatives sont les plus susceptibles de se produire et d'être les plus graves* ».

En pratique, l'exercice consistera à analyser les textes de référence annexés à CS3D pour, méthodologiquement, identifier les obligations concrètes qu'ils contiennent. Puis de vérifier si ces textes sont appliqués dans les pays concernés. Puis de vérifier ensuite si les entités concernées appliquent ces normes (imposées localement ou non), pour ensuite adopter les mesures adéquates visant à évincer les conséquences graves les plus probables, comme par exemple mettre un terme aux relations avec des partenaires économiques défaillants quand la mise en

œuvre d'un plan d'action renforcé en matière de prévention n'aura pas eu d'effet.

La méthodologie de l'exercice de cartographie n'a fait l'objet jusqu'à présent d'aucun cadrage officiel comparable à celui de l'AFA. En résulte un manque d'harmonisation de la pratique malgré les efforts d'acteurs engagés, comme l'ONG Sherpa (avec son *Guide de référence*), ou de juristes et avocats d'affaires spécialisés. Le groupe La Poste en a fait les frais, comme l'exemplifie la décision du tribunal judiciaire de Paris de décembre 2023, qui a confirmé certains principes utiles. Ainsi, la cartographie publiée peut-elle être différente d'une version interne et confidentielle, pour autant qu'elle demeure précise et pertinente. Elle doit donc toujours permettre de comprendre quels facteurs de risque précis liés à l'activité et à l'organisation engendrent un risque. Une approche « *bottom up* » doit ainsi être combinée à celle, « *top down* », utilisée par La Poste. Par ailleurs, la hiérarchisation des risques ne peut préjuger de l'efficacité des mesures, d'ores et déjà décidées ou non et doit donc être indiquée, à des niveaux bruts comme nets.

Il appartiendra demain à l'autorité de contrôle d'émettre des recommandations sur cet exercice central - ce qui pourrait mi-

liter en faveur d'une extension des pouvoirs de l'AFA à ce sujet...

3 Ces nouvelles dispositions seront-elles uniquement sources de contraintes pour les entreprises françaises et européennes ou ces entreprises pourront-elles en retirer un avantage concurrentiel ?

CS3D comporte un volet applicable aux entreprises de pays tiers qui exportent dans l'UE, dans l'esprit du *Tariff Act* américain de 1930 (*section 307*). Ce dernier prévoit en substance que l'importation de certains produits n'est possible que si leur élaboration n'a pas reposé sur du travail forcé, sauf - et on reconnaîtra là le pragmatisme américain - si ces produits n'existent pas sur le territoire américain, restriction qui n'est pas reprise par CS3D, d'inspiration plus idéologique.

CS3D est donc d'application extraterritoriale et concernera les entreprises étrangères ayant un chiffre d'affaires net d'au moins 450 M€ dans l'Union. Des sanctions identiques à celles des entreprises de l'UE seront applicables, avec en outre des risques d'interdictions administratives d'accès au marché de l'Union européenne, voire de suspension d'activité.

Focus

639

DMA: le Tribunal de l'UE rejette le recours de Bytedance (TikTok) contre son statut de contrôleur d'accès

Le recours de Bytedance (TikTok) contre la décision de la Commission européenne la désignant comme contrôleur d'accès est rejeté.

Bytedance Ltd, la société qui fournit la plateforme de réseau social en ligne TikTok, a été désignée comme « contrôleur d'accès » par la Commission européenne en septembre 2023 en vertu du règlement sur les marchés numériques (DMA). En novembre 2023, Bytedance a contesté cette décision devant le Tribunal de l'Union européenne qui a rejeté son recours.

Le Tribunal avance notamment les raisons suivantes :

- Bytedance avait un poids important sur le marché intérieur. Elle atteignait les seuils quantitatifs prévus dans le DMA, notamment en termes de valeur marchande mondiale et de nombre d'utilisateurs de TikTok dans l'Union. Le Tribunal a rejeté l'argument de Bytedance selon lequel sa valeur marchande globale était due principalement à ses activités en Chine ;
- l'argument de Bytedance selon lequel TikTok n'était pas un point d'accès majeur permet-

tant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux, est également rejeté.

- En effet, malgré l'absence d'un écosystème et d'effets de réseau ou de verrouillage, TikTok avait réussi à augmenter rapidement son nombre d'utilisateurs depuis son lancement dans l'Union en 2018 ;
- les arguments de Bytedance visant à démontrer qu'elle ne jouissait pas d'une position solide et durable, sont également rejetés. Car, malgré le lancement de services concurrents tels que Reels et Shorts par

Meta et Alphabet, la position de TikTok s'était rapidement consolidée et renforcée au cours des années suivantes ;

- le niveau de preuve appliqué par la Commission était correct, les arguments de Bytedance concernant la prétendue violation de ses droits de la défense et du principe d'égalité de traitement sont rejetés.

Ainsi, *in fine*, la décision de la Commission de désigner Bytedance comme contrôleur d'accès a été maintenue (*Trib. UE, 17 juill. 2024, aff. T-1077/23, Bytedance Ltd*).