



TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT,
ĐẠI HỌC HUẾ
UNIVERSITE DE HUE
UNIVERSITE DE DROIT

UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE



ĐẠI HỌC TOULOUSE CAPITOLE, PHÁP
UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE, FRANCE

UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE



CDA
CENTRE DE DROIT
DES AFFAIRES

TRUNG TÂM PHÁP LUẬT KINH DOANH,
ĐẠI HỌC TOULOUSE, PHÁP
CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES
UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE, FRANCE



MẠNG LƯỚI CÁC VIỆN NHÂN VĂN
QUỐC GIA VỀ KHUNG HOÀNG SỨC KHỎE
VÀ MÔI TRƯỜNG
RÉSEAU NATION
DES MASON DES SCIENCES DE L'HOMME

BÁO CÁO THAM LUẬN

HỘI THẢO KHOA HỌC QUỐC TẾ

LES PRÉSENTATIONS DES INTERVENANTS AU COLLOQUE

KINH DOANH VÀ PHÒNG NGỪA RỦI RO – GÓC NHÌN PHÁP LÝ

ENTREPRISE ET PRÉVENTION DES RISQUES – REGARDS JURIDIQUES

Thừa Thiên Huế, ngày 25/4/2023
Thua Thien Hue, Mardi 25 avril 2023

MỤC LỤC

1. PHÒNG NGỪA RỦI RO MẤT KHẢ NĂNG THANH TOÁN THEO LUẬT MỚI CỦA PHÁP VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM 1
Giáo sư Francine Macorig-Venier - Giám đốc Msater 2 Luật kinh doanh, Trung tâm Luật Kinh doanh, Đại học Toulouse Capitole

2. HỢP ĐỒNG THẦU PHỤ VÀ CÁC VẤN ĐỀ BỀN VỮNG TRONG CHUỖI GIÁ TRỊ: QUAN ĐIỂM VỀ NGHĨA VỤ PHÁP LÝ CỦA SỰ CẢNH GIÁC . 11
Giáo sư Gérard Jazottes - Phó Giám đốc Đào tạo Thường xuyên, Giám đốc Chương trình Thạc sĩ Luật Doanh nghiệp, Trung tâm Luật Kinh doanh, Đại học Toulouse Capitole

3. ĐỔI MỚI VÀ THỰC TIỄN MỚI VỀ HỢP ĐỒNG CỦA DOANH NGHIỆP 18
Tiến sĩ Diogo COSTA CUNHA - Tiến sĩ Luật, Trung tâm Luật Kinh doanh, Đại học Toulouse Capitole, DỰ ÁN CORESIL

4. FACEBOOK, DỮ LIỆU NGƯỜI DÙNG VÀ HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH THỊ TRƯỜNG TRÊN NỀN TẢNG KỸ THUẬT SỐ TRUNG GIAN - RỦI RO ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP HAY GIỚI HẠN CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH? 29
ThS. NCS. Đồng Thị Huyền Nga - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

5. QUẢN TRỊ MÔI TRƯỜNG CỦA DOANH NGHIỆP “HẬU COVID”: THỜI ĐẠI CỦA TRÁCH NHIỆM XÃ HỘI CỦA DOANH NGHIỆP “ĐA DẠNG SINH HỌC” CỦA CÁC CHỦ THỂ KINH TẾ 49
Giáo sư Marie-Pierre Blin Franchomme - Giám đốc Master 2 về Luật và quản lý trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp, Trung tâm Luật Kinh doanh, Đại học Toulouse Capitole

6. BẢO VỆ ĐA DẠNG SINH HỌC VÀ QUẢN LÝ TÀI SẢN TRÍ TUỆ: MỘT
LIÊN HỆ VẪN CHƯA CÓ KẾT QUẢ? 69

Giáo sư Alexandra MENDOZA-CAMINADE - Giám đốc Thạc sĩ 2 Luật Sở hữu
Trí tuệ, Trung tâm Luật Kinh doanh, Đại học Toulouse Capitole

7. HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THƯƠNG LƯỢNG TẬP THỂ TẠI
DOANH NGHIỆP NHẪM THỰC HÀNH KINH DOANH CÓ TRÁCH
NHIỆM – TRƯỜNG HỢP CỦA VIỆT NAM..... 74

TS. Hoàng Thị Hải Yên – Trường Đại học Luật, Đại học Huế

PGS.TS. Đoàn Đức Lương - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

TS. Cao Đình Lành - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

8. QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP HẬU COVID LÀ GÌ? GÓC NHÌN GIAO
THOA GIỮA LAO ĐỘNG VÀ MÔI TRƯỜNG 85

Giáo sư Isabelle DESBARATS, Giám đốc Chương trình Thạc sĩ Luật Xã hội và
Châu Âu, Trung tâm Luật Kinh doanh Đại học Toulouse Capitole

CONTENT

1. LA PRÉVENTION DU RISQUE DE NON-PAIEMENT À L'AUNE DU NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES SÛRETÉS 1
Prof. Francine Macorig-Venier - Co-directrice du Centre de droit des affaires, Université Toulouse Capitole

2. SOUS-TRAITANCE ET ENJEUX DE DURABILITÉ DE LA CHAÎNE DE VALEUR : REGARDS SUR L'OBLIGATION LÉGALE DE VIGILANCE... 11
Prof. Gérard Jazottes - Vice président Formation continue, Directeur du Master juriste d'entreprise, Centre de droit des affaires, Université Toulouse Capitole

3. PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET RÉGULATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :UNE ALLIANCE ENCORE INFRUCTUEUSE? 18
Dr. Diogo COSTA CUNHA - Docteur en Droit, Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires, Equipe EPITOUL, PROJET CORESIL

4. FACEBOOK, DATA AND DOMINANT ABUSE ON DIGITAL INTERMEDIATION PLATFORMS - RISKS TO BUSINESSES OR LIMIT OF COMPETITION LAW?29
LLM. PhD. Candidate. Dong Thi Huyen Nga - University of Law, Hue University

5. GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE « POST-COVID » ET ÉROSION DE LA BIODIVERSITÉ :LE TEMPS DE LA RSE « BIODIVERSITAIRE » DES ACTEURS ÉCONOMIQUES. 49
Marie-Pierre Blin Franchomme - Maitre de conférences habilitée à diriger des recherches, Directrice du Master 2 droit et gestion de la RSE, Centre de droit des affaires, Axe EJERIDD, Université Toulouse Capitole

6. PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET RÉGULATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :UNE ALLIANCE ENCORE INFRUCTUEUSE? 69

Prof. Alexandra MENDOZA-CAMINADE - Directrice Master 2 Droit de la Propriété Intellectuelle, Directrice de l'équipe EPITOU, Directrice adjointe du Centre de Droit des Affaires (CDA) Université Toulouse Capitole

7. PERFECTIONNEMENT LE DROIT DU TRAVAIL SUR LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE POUR PRATIQUES COMMERCIAL..... 74

Dr. Thi Hai Yen HOANG – University of Law, Hue University

Assoc. Prof. Duc Luong DOAN - University of Law, Hue University

Dr. Dinh Lanh CAO - University of Law, Hue University

8. QUELLE GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE POST COVID ? REGARDS CROISÉS TRAVAIL ET ENVIRONNEMENT L'IMPACT DES ENJEUX CLIMATIQUES SUR LE DROIT DU TRAVAIL. VERS UN CHANGEMENT DE LOGIQUE? 85

Prof. Isabelle DESBARATS, Centre de droit des affaires, Directrice du Master Droit social et européen, Centre de droit des affaires, Axe de recherche EJERIID et Droit social, Université Toulouse Capitole

La prévention du risque de non-paiement à l'aune du nouveau droit français des sûretés

Par Francine Macorig-Venier, Professeure UT Capitole, CDA (Centre de droit des affaires, Co-directrice du CREDIF

Le nouveau droit français des sûretés à l'aune duquel il nous revient d'apprécier la prévention du risque de non-paiement des créances résulte de 2 ordonnances : l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre portant modification du livre VI du Code de commerce, toutes deux adoptées sur habilitation du parlement¹. La première est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (et a été complétée par plusieurs décrets du 29 décembre 2021, dont l'entrée en vigueur a été différée pour certains au 1^{er} janvier 2023). La seconde, complétée par un décret d'application du 23 septembre, est entrée en vigueur dans les procédures ouvertes depuis le 1^{er} octobre. C'est cette réforme qui contient les dispositions d'articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés.

Ces deux réformes poursuivent les mêmes objectifs : elles tendent à trouver un équilibre entre une recherche d'efficacité accrue pour les créanciers titulaires de sûretés et la protection du débiteur ou du constituant de la sûreté et des tiers, notamment des tiers garantissant les dettes d'autrui².

L'accent sera mis ici sur les mesures contenues dans l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, mais les mesures principales contenues dans l'ordonnance contenant les mesures d'articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés seront également évoquées. Il convient d'emblée de préciser que la convergence des objectifs de ces deux ordonnances n'exclut pas certaines dissensions, les dispositions du droit des entreprises en difficulté contrariant parfois les règles du droit des sûretés. Ceci s'explique en grande partie par un impératif plus grand de protection du débiteur car il s'agit d'une entreprise, dont la préservation constitue un enjeu important.

Pour revenir à la réforme des sûretés de 2021, il convient d'indiquer tout d'abord qu'elle se situe dans prolongement de la réforme de 2006 (Ordonnance du 23 mars 2006) qui a constitué l'an I du droit français moderne des sûretés. On observera au passage que ces deux réformes d'importance ont été adoptées par voie d'ordonnance sur habilitation du Parlement. Ces deux ordonnances sont largement inspirées d'un avant-projet de réforme présenté par une commission de l'Association Capitant sollicitée en ce sens par le Garde des Sceaux.

L'ordonnance de 2006 s'était efforcée d'améliorer :

La lisibilité et l'accessibilité du droit français : (nouveau livre IV adoptant structure classique distinguant Titre 1 : sûretés personnelles et Titre II Sûretés réelles (mobilières/immobilières ; quelques dispositions liminaires dont une sur le droit de rétention). + en matière de sûretés personnelles, consécration deux sûretés issues de la pratique, la garantie autonome et la lettre d'intention.

Sa cohérence, spécialement dans le domaine des sûretés réelles mobilières : avec la consécration d'un gage sans dépossession et par ailleurs par la consécration de la propriété utilisée à des fins de garantie.

Elle s'était également employée à le moderniser et à accroître l'efficacité des sûretés : au-delà de la consécration de nouvelles sûretés comme indiqué ci-dessus, elle avait adopté de nouvelles règles ouvrant de nouvelles perspectives pour des sûretés déjà existantes (par

¹ Cette habilitation résulte des dispositions des articles 60 et 196 de la loi PACTE du 22 mai 2019.

² Cf. en ce sens l'article 60 I de la PACTE précisant que l'objectif de la réforme des sûretés était de « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ».

exemple, création d'une hypothèque rechargeable, d'un prêt viager hypothécaire...ou encore l'ouverture plus large de l'attribution en propriété des biens grevés).

En dépit des apports très importants de l'ordonnance du 23 mars 2006 au droit français des sûretés, celui-ci restait à parfaire sur biens des points³.

La réforme du droit des sûretés du 15 sept 2021 parachève la réforme de 2006 en s'inscrivant dans la même logique.

Lisibilité et accessibilité sont servies par l'abrogation de bon nombre de textes spéciaux et de sûretés désuètes et le renforcement du droit commun : cela s'observe dans le droit du cautionnement ou des sûretés mobilières (gages spéciaux ; privilèges). La définition nouvelle des sûretés réelles contribue également à la lisibilité et à l'accessibilité du droit français des sûretés (« *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* »), de même que les différentes classifications de celle-ci énoncées et la précision du régime de la sûreté réelle pour autrui.

On peut en revanche regretter l'absence de définition des sûretés personnelles alors que l'Association Capitant en avait proposé une⁴. Demeure seulement la liste de l'article 2287-1 du code civil : « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* ». Est néanmoins notable l'effort de présentation du cautionnement⁵ dont on observera surtout que le régime a été entièrement réformé alors que la précédente ordonnance de 2006 n'avait pu le modifier faute d'habilitation du Parlement.

La cohérence du droit français des sûretés est renforcée par l'abrogation de gages spéciaux qu'avait maintenu l'ordonnance du 23 mars 2006 qui en avait même ajouté un nouveau (gage des stocks).

La sécurité juridique est améliorée par la suppression des privilèges immobiliers spéciaux remplacés par des hypothèques légales spéciales, dont le rang dépend de la date d'inscription et n'est plus rétroactif.

La modernisation et, partant, l'efficacité des sûretés est accrue par des mesures diverses : la dématérialisation des actes constitutifs de sûretés réelles, la possibilité de constituer un gage sur des immeubles par destination, la consécration de nouvelles propriétés sûretés (cession de créance ou sommes d'argent en propriété à titre de garantie) mais encore par la mise en place d'un registre unique de publicité des sûretés mobilières (et autres opérations connexes).

Le renforcement de l'efficacité des sûretés est également recherché⁶, de manière parfois inédite, par l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui réforme le livre VI du code de commerce en transposant une directive européenne du 20 juin 2019 et articule le droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés⁷, cette ordonnance apportant également à sa

³ En ce sens, M. Grimaldi, « *Présentation de la réforme* », *D.* 2022. 226

⁴ Il s'agissait de la définition suivante : « *la sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal* ».

⁵ Une typologie en est présentée dans la section 1 « dispositions générales » du chapitre 1 qui le régit.

⁶ F. Macorig-Venier, *Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés* (Ordonnance 2021-1193 portant réforme du livre VI du code de commerce), Lexbase, Hebdo éd. affaires, n°691, 7 oct. 2021 ; D. Robine, *L'articulation du droit des sûretés avec le livre V du code de commerce : un exercice d'équilibrisme*, RLDA nov. 2021, suppl, n° 175, p. 52

⁷ Sur l'incidence du droit européen sur la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles : cf. F. Macorig-Venier, *De l'influence du droit européen sur les sûretés réelles dans le droit français des procédures collectives*, In : *Concurrence et Europe, Liber Amicorum, Laurence Idot, Volume II Lemaire, Christophe et Martucci, Francesco* (eds.) Concurrences. Paris p. 371.

manière des limites à cette recherche d'efficacité pour permettre la protection des tiers, notamment des tiers garants, ou, surtout, du débiteur, de l'entreprise.

C'est ce double mouvement qui sera présenté : en premier lieu le renforcement de la prévention du risque de non-paiement des créances par le renforcement de l'efficacité des sûretés (I), en second lieu la limitation de la prévention du risque de non-paiement en raison de la protection des intérêts de tiers garants ou du débiteur (II)

I. Le renforcement de la prévention du risque de non-paiement par l'efficacité améliorée des sûretés par le nouveau droit des sûretés

Le renforcement de l'efficacité des sûretés est obtenu à la fois indirectement grâce à la diminution des risques de remise en question de celles-ci, risques qui résultaient de l'application de mesures légales ou de solutions jurisprudentielles que l'ordonnance de réforme des sûretés remet en question ou modifie(A) et directement grâce à l'accroissement de mécanismes tendant à favoriser le paiement des créanciers (B).

A. La diminution des risques de remise en question des sûretés

Cette diminution des risques de remise en question des sûretés est opérée à la fois par un allègement des exigences formelles (1) et une atténuation de certaines exigences de fond (2).

1. L'allègement des exigences formelles

Des règles diverses contribuent à un allègement sensible des formalités prescrites jusque-là. Certaines concernent toutes les sûretés, d'autres une catégorie d'entre elles, d'autres encore certaines sûretés.

La dématérialisation des actes constitutifs de sûretés personnelles ou réelles est désormais possible. L'article 1175 du code civil a été modifié en ce sens. A été supprimée la règle antérieure édictée par le 2° de cette disposition qui écartait par principe le recours à un écrit électronique pour les actes sous signatures privées relatifs à des sûretés personnelles ou réelles sous réserve de l'hypothèse où ces actes étaient passés pour les besoins de la profession du constituant de la sûreté.

S'agissant des **sûretés réelles conventionnelles**, on observe la généralisation de la délégation sous signature privée pour les sûretés **constituées sur les biens d'une personne morale** (Art. 2326 C. Civ.), même si la constitution des sûretés doit être effectuée par acte authentique. La règle ne concernait auparavant que les sociétés.

Le **cautionnement** constitue l'exemple le plus emblématique de l'allègement du formalisme des sûretés. Cet allègement est réalisé à la fois par l'unification des règles légales et le recul du formalisme requis pour la validité des cautionnements consentis par des cautions personnes physiques. Les dispositions spéciales exigeant jusque-là des mentions manuscrites précises ont été abrogées. Le formalisme n'a pas été abandonné mais a été sensiblement assoupli. Un nouvel article 2297 al. 1^{er} du code civil dispose : « *A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres* ».

Auparavant la mention requise, qui était une mention manuscrite (sauf pour le cautionnement du bail d'habitation ou mixte), était uniquement celle prescrite par la loi. Il était imposé que soit mentionné un montant global incluant le principal et les accessoires et une durée. L'application des textes du code de la consommation posant de telles exigences a suscité un contentieux très abondant et fragilisé la sécurité juridique. La Cour de cassation après avoir imposé le respect scrupuleux de la mention légale s'était montrée beaucoup plus souple imposant même des solutions *contra legem* pour « sauver » des cautionnements. Désormais la mention doit être apposée par la caution (mais pas nécessairement de manière

manuscrite) et ne doit comporter qu'un montant incluant le principal et les accessoires et l'indication qu'elle s'engage en qualité de caution.

On ajoutera enfin un dernier exemple pour illustrer le recul d'exigences formalistes : il concerne le **nantissement** de fonds de commerce régi par les dispositions du code de commerce : la publicité n'est plus requise à peine de nullité, mais seulement d'inopposabilité. Le régime en est ainsi rapproché de celui de l'hypothèque dont il était très largement inspiré.

2. L'atténuation de certaines exigences de fond

Diverses sûretés connaissent une modification des règles de fond les régissant, règles dont la rigueur est atténuée par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Par ailleurs, les nouvelles propriétés sûretés consacrées par celle-ci sont d'emblée soumises à des conditions de fond peu contraignantes.

S'agissant du **cautionnement**, est particulièrement notable la modification de la sanction de l'exigence de proportionnalité requise par des textes spéciaux abrogés et consacrée dans le code civil désormais pour les cautionnements consentis par des cautions personnes physiques au profit de créanciers professionnels (Art. 2300 C. Civ.) : la déchéance totale empêchant le créancier d'invoquer le cautionnement consenti et ce quelle que soit la mesure de la disproportion de l'engagement de la caution à ses biens et revenus a été supprimée et remplacée par une réduction de l'engagement à la mesure du montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager.

Concernant l'hypothèque, on observe un renversement du principe de prohibition de l'hypothèque des biens à venir (qui connaissait déjà des exceptions), principe jugé archaïque car en décalage avec les règles concernant les autres sûretés réelles. Est énoncé un principe opposé selon lequel « *l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs* » (Art. 2414 C. Civ.). Toutefois, la désignation de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie est imposée dans l'acte à peine de nullité⁸. Par ailleurs les règles de la publicité foncière empêchent l'inscription de l'hypothèque sur un immeuble futur tant que le titre d'acquisition de l'immeuble n'est pas publié

En matière de **fiducie sûreté**, s'agissant des règles prescrites pour sa constitution, règles qui sont lourdes (mentions requises ad validitatem notamment), on peut remarquer la suppression de la mention de la valeur du bien dans l'acte constitutif et donc de l'exigence d'une évaluation de celui-ci. Cette exigence, qui était spécifique à la fiducie sûreté, disparaît ainsi.

On peut par ailleurs observer que pour les **nouvelles propriétés sûretés consacrées par l'ordonnance**, les exigences de forme et fond sont d'emblée très réduites. En matière de transfert de propriété à titre de garantie est frappante la simplicité des règles de constitution et d'opposabilité aux tiers. S'agissant de la cession de créance en propriété à titre de garantie elles sont empruntées à la cession de créance de droit commun elles-mêmes reprises de la cession de créance professionnelle en propriété à titre de garantie (Art. 2373 C. Civ. renvoyant aux articles 1321 à 1326 du code civil) : un simple écrit sous seing privé contenant l'indication des créances garanties et des créances cédées est requis, cet écrit suffisant à rendre opposable à sa date l'opération aux tiers, y compris s'agissant des créances futures (Art. 1321 C. Civ). Quant à la cession de sommes d'argent en propriété à titre de garantie, régie par les articles 2374 à 2374-6 du code civil, est également suffisant pour la validité de l'opération un

⁸ L'inscription de l'hypothèque n'est possible que lorsque le constituant sera devenu propriétaire du bien. Voir sur cette hypothèque : C. Leveneur, Hypothèque sur bien futur et pratique notariale, JCP 2022, 1236.

acte écrit sous seing privé contenant l'indication des créances garanties seulement, la remise de la somme entraînant l'opposabilité de la sûreté aux tiers.

Au-delà de la diminution des risques de remise en question des sûretés, leur efficacité est directement assurée par le biais de règles diverses.

B. L'accroissement des mécanismes favorisant le paiement des créanciers titulaires de sûretés

Le paiement des créanciers titulaires de sûretés est favorisé par le droit commun des sûretés et par certaines règles du droit des entreprises en difficulté.

1. En droit commun

L'ordonnance reformant le livre IV du code civil a œuvré en faveur d'un renforcement de l'efficacité des sûretés au stade de leur mise en œuvre par des mesures très diverses.

En matière de **cautionnement**, plusieurs exemples peuvent être donnés :

Le premier concerne l'application de l'exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution à ses revenus et à son patrimoine (Art. 2300 C. Civ.). Est désormais exclue toute appréciation de la situation de la caution au stade des poursuites tandis qu'auparavant il était nécessaire d'effectuer une telle appréciation à ce stade. Si la caution pouvait alors faire face à son engagement la déchéance ne pouvait jouer. Il n'est plus possible d'écarter aujourd'hui la sanction à ce motif.

Le deuxième exemple résulte l'impossibilité pour la caution d'invoquer les mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf dispositions légales contraires (art. 2298 al. 2 C. Civ.). On y voit une forte affirmation de la finalité du cautionnement.

Un dernier exemple concerne la réduction des possibilités de faire jouer une cause de déchéance propre au cautionnement, résidant dans la perte de l'intérêt du recours subrogatoire en raison d'une faute exclusive du créancier (Art. 2314 C. Civ.). Cette déchéance, qui ne joue certes qu'à hauteur du préjudice subi par la caution, ne peut plus désormais jouer en raison du choix du mode de réalisation d'une sûreté réelle dont le créancier est également titulaire, alors que la jurisprudence avait admis que la caution pouvait reprocher au créancier de ne pas avoir demandé l'attribution judiciaire du bien grevé d'une sûreté dont il était titulaire sur un bien du débiteur.

Concernant le **gage**, sa réalisation est sensiblement facilitée parfois. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a emprunté au régime de l'ancien gage commercial et du gage sur stocks qu'elle a abrogés lorsque le gage garantit des dettes professionnelles (Art. 2346 al. 2) : ainsi le créancier peut-il faire procéder à une vente publique des biens gagés par un commissaire de justice, un courtier en marchandises assermenté huit jours après une simple signification faite au débiteur.

S'agissant du **nantissement de créance** est remarquable la reconnaissance d'un droit de rétention au profit du créancier nanti s'il a notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie (Art. 2363 C. Civ.). Le créancier a alors seul le droit de recevoir paiement de la créance nantie. L'existence d'un droit de rétention était discutée auparavant.

Quant à la **fiducie sûreté**, une règle nouvelle en favorise la réalisation. Si l'évaluation du bien s'impose toujours en matière immobilière contrairement à ce qui avait été préconisé par l'Association Capitant, le texte issu de l'ordonnance prévoit que si le bien ne trouve pas acquéreur au prix fixé par expert, le fiduciaire peut vendre le bien au prix qu'il estime, sous sa responsabilité, correspondre à la valeur du bien (Art. 2488 al. 3)⁹. Aucune précision n'est

⁹ La même règle est posée en matière mobilière par l'article 2372-3 al. 3 C. Civ., étant précisé toutefois qu'en matière mobilière l'évaluation par expert est parfois écartée : tel est le cas si la valeur du bien

donnée ni sur le délai pendant lequel le bien doit être proposé à la vente pour le montant évalué par l'expert ni sur le montant de la baisse du prix. Toutefois, la règle posée incite le fiduciaire, dont la responsabilité est engagée, à la mesure.

2. En droit des entreprises en difficulté

La création de **nouveaux privilèges** au profit des apporteurs de trésorerie pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou pour soutenir l'exécution de ces plans (que ces fonds soient apportés au moment de l'adoption du plan ou en cours d'exécution à l'occasion d'une modification de celui-ci) peut être observée. L'ordonnance réformant le livre VI du code de commerce a repris et clarifié des mesures introduites par anticipation par une ordonnance du 20 mai 2020 adoptée pendant la crise sanitaire. Il s'agissait d'encourager le soutien financier apporté aux entreprises en situation de difficulté, y compris, ce qui était une innovation, lorsque celles-ci étaient en cours d'exécution d'un plan de continuation adopté à l'issue d'une précédente procédure collective.

La consécration de **nouveaux concepts** issus du droit nord-américain et recueillis déjà par le droit allemand constitue une innovation remarquable apportée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le livre VI du code de commerce. Ces concepts sont destinés à s'assurer que les plans de sauvegarde et redressement votés par des classes de parties affectées ne réservent pas un sort moins favorable aux créanciers titulaires de sûretés que celui qui serait le leur en cas de liquidation judiciaire : il s'agit du respect du meilleur intérêt des créanciers et de la règle de la priorité absolue, respect que doit contrôler le tribunal en présence d'une contestation d'un créancier dissident ayant refusé de voter le plan ou en cas d'application forcée interclasse.

Le souci de prise en compte des droits des créanciers titulaires de sûretés se traduit en amont par les règles de composition des classes de parties affectées. Les créanciers dont les droits sont affectés par le projet de plan doivent être répartis dans au moins deux classes : la classe de créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur des biens du débiteur et une classe composée des autres créanciers. Il est toutefois possible d'en constituer davantage dès lorsqu'il existe une communauté d'intérêt économique suffisante entre les créanciers. Le rapport au Président de la République donne l'exemple des créanciers publics privilégiés « si la composition du passif le justifie ».

Le renforcement de l'efficacité des sûretés au profit des créanciers n'est pas sans limites. Celles-ci résultent de la volonté de protéger les tiers ou le débiteur.

II. La limitation de la prévention du risque de non-paiement des créances par la prise en compte des intérêts du débiteur et des tiers

La recherche de l'efficacité des sûretés est tempérée par le souci d'assurer une certaine protection tant au profit des tiers, spécialement ceux qui ont consenti une sûreté (A) qu'au profit du débiteur lui-même (B). Ce phénomène s'observe en droit commun et en droit des entreprises en difficulté.

A. La protection des intérêts de tiers, limite à l'efficacité des sûretés

La protection des tiers est assurée par diverses règles : on observe que la réforme des sûretés a de manière générale accru la protection des tiers par le renforcement de la règle de l'inopposabilité des exceptions ; par ailleurs, a été plus particulièrement recherchée la protection des tiers personnes physiques garantissant les dettes d'un débiteur.

1. Protection générale par la règle de l'opposabilité des exceptions

La règle de l'opposabilité des exceptions est tout d'abord renforcée en matière de cautionnement, ce qui contribue à en renforcer le caractère accessoire que la jurisprudence

résulte d'une cotation officielle sur une plateforme de négociation au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent.

avait malmené. La règle de l'opposabilité des exceptions est également renforcée et joue au profit de tiers, soit tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, soit tiers dont la créance/dette a été nantie ou cédée en garantie d'une créance.

En matière de **cautionnement**, le nouvel article 2298 C. civil édicte en son alinéa 1^{er} un nouveau principe d'opposabilité de toutes les exceptions par la caution, aussi bien les exceptions personnelles au débiteur que les exceptions inhérentes à la dette, sous réserve du cas où la caution s'est engagée en connaissance de l'incapacité du débiteur. Cette affirmation va aboutir à briser les solutions contraires rendues parfois par la jurisprudence, y compris la chambre mixte de la Cour de cassation qui avait ainsi refusé à la caution d'invoquer la nullité pour dol de l'obligation principale¹⁰. On notera que, déjà, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et, contrairement à ce qu'elle avait précédemment jugé, admis que la caution puisse invoquer la prescription courte de l'obligation principale soumise au droit de la consommation¹¹ : qualifiée auparavant d'exception personnelle au débiteur, l'exception tirée de la prescription est dans cette décision, rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme, qualifiée d'exception inhérente à la dette ! On se réjouira de l'abandon de cette distinction dont la frontière était devenue trop incertaine.

Des **tiers autres que les tiers garants** bénéficient d'un principe d'opposabilité des exceptions renforcé.

Il en est ainsi **du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué** confronté à l'exercice du droit de suite du créancier hypothécaire. Le droit de suite ne pourra être exercé si le tiers acquéreur est en mesure d'opposer une exception appartenant au débiteur faisant disparaître la créance et l'hypothèque. Cependant, la Cour de cassation avait jugé que le tiers détenteur ne pouvait invoquer la prescription de la créance originaire¹². La réforme a brisé cette jurisprudence en renforçant la règle de l'opposabilité des exceptions par le tiers acquéreur, la situation de ce dernier étant alignée sur celle de la caution qui peut invoquer sans distinction toutes les exceptions appartenant au débiteur

Le principe d'opposabilité se retrouve **en matière de nantissement de créance**. Il est ainsi prévu que le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti toutes les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions personnelles nées dans ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit opposable (Art. 2363-1 C. Civ.)

Le régime de la **réserve de propriété** prévoit désormais que le sous-acquéreur peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report (Art. 2372 Al. 2 C. Civ.)¹³. Il s'agit d'aligner le sort de la réserve propriété sur les règles applicables en matière de **cession de créances** (Art. 1325 C. Civ, auquel il est renvoyé en matière de cession de créances en propriété à titre de garantie) ou encore de subrogation personnelle.

2. La protection spéciale des tiers personnes physiques

Cette protection s'observe en droit commun où elle a la particularité de ne concerner que le cautionnement ainsi que, pour certaines règles, les garants réels pour autrui. En droit des entreprises en difficulté le domaine de la protection est le plus large.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2019, n° 18-16.147 : RDBF Janv. 2020, comm. 3, D. Legeais ; Defrénois 25 juin 2020, n° 160t5, p. 29, S. Cabrillac.

¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 20 avr. 2022, n° 20-22.866, D. 2022. 790 ; Defrénois 9 juin 2022, n° DEF208g6, obs. S. Cabrillac ; JCP E 2022. 1187, note J.-D. Pellier ; D. actu. 2 mai 2022, obs. C. Hélaine ; D. 2022, p. 1724 et s., n° 11, Ch. Gijssbers.

¹² Cass. Civ. 2, 19 fév. 2015, n° 13-27691, JCP E, 1285, n° 12, Ph. Delebecque.

¹³ La même solution bénéficie à l'assureur.

a) *En droit commun*

Dans le nouveau droit du cautionnement recentré dans le code civil s'observe la consécration de mesures de protection des cautions personnes physiques édictées précédemment par des textes spéciaux, notamment des dispositions du code de la consommation, ou par la jurisprudence. Ces mesures jouent dorénavant dans la plupart des hypothèses lorsque ces cautions se sont engagées à l'égard de créanciers professionnels (sauf pour le cas de la mention requise ad validitatem). Il s'agit précisément de l'exigence d'une mention solennelle, mais encore de l'exigence de proportionnalité, dont il a été précédemment question. Il s'agit encore du devoir de mise en garde, construction prétorienne qui ne jouait qu'au profit des cautions non averties et pesait sur les seuls établissements financiers et qui a été consacrée par l'ordonnance avec un domaine élargi puisque ce devoir joue entre cautions personnes physiques et créanciers professionnels (sa sanction a été modifiée également mais sans que cela ait une incidence importante : fondé sur le droit de la responsabilité civile il était sanctionné par la condamnation à du créancier à une indemnisation à hauteur de la perte de chance de ne pas contracter subie par la caution tandis qu'une déchéance à hauteur du préjudice subi est désormais prévue). Il s'agit enfin d'un double devoir d'information concernant le montant de la dette restant dû au 31 décembre de chaque année et le terme de l'engagement ou la faculté de résiliation unilatérale s'il est à durée déterminée d'une part, et, d'autre part, la défaillance du débiteur.

Concernant cette obligation d'information s'il pèse en principe sur tout créancier professionnel et s'exerce au profit des créanciers personnes physique, on observe que par exception dans un cas des cautions personnes morales en profitent et il s'impose aux établissements de crédit : information annuelle sur le montant de la dette due au 31 décembre de chaque année (et sur le terme ou la faculté de résiliation triennale).

Les garants réels pour autrui personnes physiques bénéficient de quelques-unes de ces mesures de protection lorsqu'il y est renvoyé par la loi : le devoir de mise en garde et les obligations d'information.

La protection des tiers garants a également été élargie dans le droit des entreprises en difficulté.

b) *Dans le droit des entreprises en difficulté*

L'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le livre VI du code de commerce renforce encore la protection des garants personnes physiques dans la procédure de sauvegarde et surtout dans la procédure de redressement judiciaire. Cette protection concernant initialement les seules cautions a été étendue au fil des réformes à l'ensemble des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou une sûreté réelle. Cette extension procédait de la volonté du législateur d'éviter les stratégies de contournement de la part des créanciers.

L'extension de la protection est spécialement réalisée dans la procédure de redressement judiciaire où les personnes physiques ayant garanti les dettes du débiteur ne bénéficiaient que d'une seule mesure : la suspension des actions en paiement à leur contre. Elles bénéficient désormais (dans les procédures de redressement ouvertes depuis le 1^{er} octobre 2021) des mêmes mesures de protection que dans la procédure de sauvegarde. Cela constitue en pratique un important changement compte tenu du nombre bien plus élevé de procédures de redressement judiciaire que de procédures de sauvegarde (10 132 procédures de redressement judiciaires ouvertes en 2022 contre environ 1025 procédures de sauvegarde¹⁴). Ces mesures de protection sont le bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts de moins d'un an, des délais et remises prévus par le plan, enfin l'inopposabilité des créances non déclarées par le créancier. Cette inopposabilité peut être invoquée depuis la réforme par ces tiers personnes physiques y compris pendant l'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement tant que les plans sont exécutés.

¹⁴ 31 257 procédures de liquidation judiciaire ont été ouvertes en 2022.

Dans le droit des entreprises en difficulté s'ajoute à la protection des tiers celle du débiteur qui est une entreprise.

B. La protection des intérêts du débiteur, limite à l'efficacité des sûretés

La protection du débiteur, de l'entreprise, se manifeste tout spécialement quand celui-ci est soumis à une procédure collective avec un renforcement de la discipline collective qui caractérise ces procédures. Il s'agit de protéger le patrimoine de l'entreprise qui constitue le gage de ses créanciers et à partir duquel les perspectives de sauvetage de cette entreprise sont en partie évaluées. Cette protection conduit parfois à remettre en question certaines des règles adoptées en droit commun pour accroître l'efficacité des sûretés, efficacité qu'elle contrarie toutes. Trois illustrations de ce phénomène peuvent être indiquées.

1. Extension des nullités de droit de la période suspecte.

Les nullités de la période suspecte, qui permettent de remettre en question la validité d'opérations effectuées avant l'ouverture des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, mais depuis la date de cessation des paiements¹⁵, sont destinées à la reconstitution du patrimoine du débiteur, ce qui favorise ses chances de sauvetage, mais préserve également le « gage commun » des créanciers. Il résulte de l'ordonnance que les sûretés sont plus largement susceptibles de tomber sous le coup des nullités de droit. Le 6° de l'article L. 632-1 I vise désormais **toutes les sûretés réelles conventionnelles constituées en garantie de dettes antérieurement contractées**, ce qui permet l'application du texte aux cessions de créances en propriété à titre de garantie¹⁶, cessions largement permises par l'ordonnance portant réforme des sûretés. Ces cessions échappaient aux nullités de droit pour n'être pas visées dans la liste, interprétée restrictivement par la jurisprudence.

Est également visé par ce texte, ce qui est remarquable, **tout droit de rétention conventionnel** consenti en garantie d'une dette antérieure.

2. Principe de non accroissement de l'assiette des sûretés réelles conventionnelles et du droit de rétention conventionnel

L'ordonnance réformant le livre VI du code de commerce édicte un principe de non accroissement de l'assiette des sûretés (Art L. 622-21 IV C. : Com). Il concerne les sûretés réelles conventionnelles et le droit de rétention conventionnel. Peu importe la modalité d'accroissement de l'assiette. La règle permet même de neutraliser des dispositions contraires portant sur un transfert de droits non encore nés à cette date. Ainsi est-il fait échec à la nouvelle règle posée concernant le nantissement de créances futures, règle reprise pour la cession de créances futures, selon laquelle ces sûretés produisent effet à leur date même lorsqu'elles portent sur de telles créances. De nature à « faire obstacle à la poursuite de l'activité de l'entreprise, privée d'une partie de sa trésorerie »¹⁷, la règle joue néanmoins quelle que soit la procédure concernée.

3. Paralysie des voies d'exécution de la part des bénéficiaires de sûretés réelles pour autrui.

L'ordonnance soumet le titulaire de sûretés consenties par le débiteur en garantie de la dette d'autrui à l'arrêt des voies d'exécution alors que la jurisprudence l'y avait fait échapper car il n'est pas créancier de l'entreprise soumise à la procédure, créancier auquel s'appliquait

¹⁵ La cessation des paiements est une condition d'ouverture de ces procédures. Le débiteur a l'obligation de demander cette ouverture dans les 45 jours de la survenance de l'état de cessation des paiements. Le tribunal peut en fixer la date jusqu'à 18 mois avant l'ouverture de la procédure.

¹⁶ Il existe cependant une exception pour les cessions de créances professionnelles « Dailly », si la cession intervient en application d'une convention cadre antérieure à la cessation des paiements

¹⁷ Rapport au Président de la République.

seul ca règle de l'arrêt des poursuites¹⁸. Le bénéficiaire de la sûreté réelle consentie par l'entreprise soumise à la procédure est également soumis par l'ordonnance du 15 septembre 2021 à une obligation de déclaration de sa sûreté, obligation qu'avait écartée la jurisprudence en l'absence également de qualité de créancier de celui-ci¹⁹.

Il apparaît ainsi que si le nouveau droit français des sûretés permet en principe de mieux prévenir le risque de non-paiement des créances garanties, il ne néglige pas les intérêts du tiers et ceux du débiteur.

¹⁸ Cass. com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, PB : D. 2020, pan., p. 1863, obs. Cagnoli ; RTD civ. 2020, p. 534, Ch. Gijssbers ; JCP E 2021, 1260, n° 13, Ph. Simler ; JCP E 2021, 1191, n° 3, obs. Pétel.

¹⁹ Cass. com., 17 juin 2020, n°19-13.153, PB : BJE sept. 2020, n° 118b4, p. 24, obs. Favre-Rochex ; BJS oct. 2020, n° 121g7, p. 45, obs. Ansault ; Gaz. Pal. 3 nov. 2020, n° 390b7, p. 31, obs. Dumont ; JCP E 2020, 1353, n° 18, obs. Pétel.

Sous-traitance et enjeux de durabilité de la chaîne de valeur : regards sur l'obligation légale de vigilance.

Gérard Jazottes

Professeur des universités

Toulouse Capitole

Centre de droit des affaires

En droit français, l'obligation légale de vigilance trouve son origine dans la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹. Cette loi a notamment été portée par des organisations non gouvernementales dans le contexte de l'accident de l'atelier du Rhana Piazza où se trouvaient de nombreux sous-traitants d'entreprises françaises². Si la France a été la première à adopter un tel texte, certains pays européens ont suivi, à l'instar de l'Allemagne, ou des Pays-Bas mais avec une loi visant le travail des enfants. Enfin d'autres pays européens envisagent de légiférer³. Ce devoir de vigilance fait également l'objet d'une proposition de directive de la Commission européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité⁴.

La sous-traitance est bien évidemment concernée par ce devoir de vigilance que l'on peut définir comme « *une obligation de moyens enjoignant à l'entreprise d'identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs, sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent de ses décisions et activités* »⁵. En effet, au regard de ces effets négatifs, la sous-traitance constitue à la fois un risque pour le donneur d'ordres mais aussi un vecteur de la promotion de sa responsabilité sociale⁶ : le sous-traitant relève de la sphère d'influence de l'entreprise donneuse d'ordres qui doit exercer son devoir de vigilance afin de prévenir les risques liés à son activité tout au long de sa chaîne de valeur. Afin de mesurer l'impact de ce devoir de vigilance sur la sous-traitance, il convient, en menant une comparaison entre le droit français et la

¹ S.Schiller, Exégèse la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JCP éd. G 2017, doct. 622 ; Le devoir de vigilance, LexisNexis 2019 ; B. Teyssier, Le plan de vigilance – Trois années d'application, D. 2021, p. 1823.

² Sur le contexte ayant conduit à l'adoption de cette loi : S.Brabant et Y.Queinnec, *De l'art et du devoir d'être vigilant*, RLDA, 2013, n° 88, n° 4881, p.48 ; N.Cuzacq, Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2015, 1049.

³ B. Lecourt, Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés, Rev. sociétés 2022, p.310.

⁴ Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) n° 2019 /1937, COM (2022) 71 final, 23 février 2022. Pour une présentation générale de la proposition et de son contexte : B. Lecourt, op.cit.; V. Magnier, Le droit européen des sociétés se met au vert ! Bref commentaire de la proposition de directive sur le devoir de vigilance, D.2022, p. 1100.

⁵ S.Brabant et Y.Queinnec, op.cit., p. 49.

⁶ F.Quairel et M.-N.Auberger, «La diffusion de la RSE par la relation fournisseurs : injonction paradoxales ou partenariat de progrès », Rev. internationale P.M.E., 2007, 20 (3-4), 69-94.

proposition de directive définir le domaine du devoir de vigilance (I) pour envisager les modalités de sa mise en œuvre (II).

I – Le domaine du devoir de vigilance

La définition du domaine du devoir de vigilance doit conduire à déterminer les entreprises qui sont tenues et les risques sur lesquels doit porter la vigilance.

A - Quelles entreprises ?

Les dispositions de la loi française ont été insérées dans une subdivision du Code de commerce consacrée aux sociétés anonymes⁷ mais s'appliquent également par renvoi aux sociétés en commandite par actions⁸ et aux SAS⁹. Cependant cette obligation de vigilance ne vise pas toutes les entreprises exerçant sous ces formes. Seules les entreprises de grande taille sont concernées. Deux raisons expliquent ce choix. D'une part, ce sont ces entreprises qui, par leur activité, sont confrontées le plus souvent aux risques visés et qui, par leur importance, peuvent exercer une influence sur leur chaîne de valeur afin de prévenir ou de mettre fin à ces risques. D'autre part, l'exercice du devoir de vigilance, qui repose sur l'élaboration d'un plan, suppose des compétences et des ressources financières importantes qu'une PME ne pourrait que difficilement mobiliser.

Pour caractériser cette importance, le droit français n'a retenu que le nombre de salariés. Ainsi, doivent établir un plan de vigilance les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises. Relèvent également de ces dispositions les sociétés ayant leur siège social en France, qui n'emploient pas au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises mais qui emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères. Il est à noter que ces sociétés sont soumises au devoir de vigilance dès lors qu'elles franchissent ces seuils même si elles sont détenues ou contrôlées par une autre société ayant son siège à l'étranger¹⁰.

En droit européen¹¹, sont concernées les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre ou mais aussi celles constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers. Pour les mêmes raisons qu'en droit français seules les entreprises les plus importantes sont concernées.

Pour les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre, sont soumises au devoir de vigilance celles qui emploient plus de 500 salariés en moyenne avec un chiffre d'affaires net de plus de 150 000 000 € au niveau mondial au cours du dernier exercice. Les entreprises n'atteignant pas ses seuils sont néanmoins soumises au devoir de vigilance si elles emploient plus de 250 salariés en moyenne

⁷ Articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du Code de commerce.

⁸ Article L. 226-1 du Code de commerce.

⁹ Article L. 227-1 du Code de commerce.

¹⁰ B. Teyssier, op.cit., § 7.

¹¹ Article 2 de la proposition de directive.

avec un chiffre d'affaires net de plus de 40 000 000 EUR au niveau mondial, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires net ait été réalisé dans certains secteurs à risques. La proposition de directive donne une liste de ces activités à risques (fabrication de textiles, d'articles en cuir, agriculture, sylviculture, pêche, exploitation des ressources minérales ...) ¹².

Pour les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers, un seul seuil est utilisé, le chiffre d'affaires net réalisé dans l'Union. Celui-ci doit être de plus de 150 000 000 €. Sont également soumise au devoir de vigilance les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires net situé entre 40 000 000 € et 150 000 000 EUR, dans l'Union à condition qu'au moins 50 % de son chiffre d'affaires net au niveau mondial ait été réalisé dans un secteur à risque

B - Quels risques

La délimitation des risques visés suppose la définition de leur nature et leur localisation dans la chaîne de valeurs, notamment en considération du sous-traitant.

1° - La nature des risques

L'article L.225-102-4 du Code de commerce vise les « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Cette liste des atteintes qui constituent l'objet du devoir de vigilance a été complétée par la loi dite « Climat » du 22 août 2021 ¹³ pour « les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière ». A compter du 1^{er} janvier 2024, le plan de vigilance de ces entreprises doit comporter « en particulier des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation associée à la production et au transport vers la France de biens et de services importés ».

Quant à elle, la proposition de directive vise les « incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme » et « sur l'environnement ». Ces incidences négatives sur les droits de l'homme ou sur l'environnement sont définies par référence à des conventions internationales et font l'objet d'une annexe à la directive ¹⁴.

2° - La localisation du risque dans la chaîne de valeur : la relation de sous-traitance

Le droit français vise les risques « résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ... » « ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation » ¹⁵. Ainsi, le sous-traitant relève de la sphère d'influence de l'entreprise donneur d'ordres qui doit alors exercer son devoir de vigilance. Cependant, en raison de cette nécessaire influence, ne sont visés que les sous-traitants qui entretiennent une relation commerciale établie avec le donneur

¹² Article 2 de la proposition de directive.

¹³ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

¹⁴ Article 1 et 3 de la proposition.

¹⁵ Article L. 225-102-4 du Code de commerce, al. 3.

d'ordre. Cette notion a été préférée, au cours des travaux parlementaires, à celle « d'influence déterminante »¹⁶. Elle est empruntée à l'article L.442-1 du Code de commerce qui sanctionne la rupture brutale d'une telle relation et a le mérite d'avoir été définie dans la jurisprudence de la Cour de cassation comme une relation « régulière, stable et significative »¹⁷, ce qui peut caractériser l'influence du donneur d'ordres sur le sous-traitant. Cependant, alors que la Cour de cassation a enrichi cette définition en demandant que soit recherchée l'attente légitime de la victime de la rupture dans la continuation de la relation, seule la conception objective, qui se réfère au caractère régulier, stable et significatif de la relation, devrait être retenue, l'attente légitime n'ajoutant rien à l'influence que peut exercer le donneur d'ordres. En outre, l'exigence d'une relation commerciale établie paraît exclure du domaine de la vigilance les contractants occasionnels. Or la dangerosité du contractant occasionnel a été relevé dans le rapport du Point de Contact National français sur l'application des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile habillement¹⁸. Le risque est grand de voir les sociétés concernées « échapper à l'obligation prévue par le texte en n'entretenant avec des entreprises que des relations ponctuelles pour l'exécution d'un contrat très important »¹⁹. La notion de relation commerciale établie devrait donc être précisée au regard de la finalité du devoir de vigilance. Indépendamment de cette définition, il pourrait être considéré que le recours habituel à des cocontractants occasionnels constitue en soi un risque.

La proposition de directive étend également le devoir de vigilance aux « opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie » et retient le même critère, la relation commerciale établie, pour intégrer le sous-traitant dans la sphère d'influence. En témoigne la définition de la relation commerciale qui est « une relation avec un contractant, un sous-traitant ou toute autre entité juridique » cette partie à la relation étant qualifiée de « partenaire ». Mais la proposition de directive énonce sa propre définition du caractère bien établi de la relation : elle peut être « directe ou indirecte » et doit « être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée » et ne pas constituer « une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur ». La chaîne de valeur est définie de manière large puisqu'elle désigne « les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise », du développement du produit à son élimination, mais aussi « les activités connexes des relations commerciales de l'entreprise établies en amont et en aval »²⁰. Enfin, la proposition de directive précise que la relation peut avoir pour objet « un accord commercial », « un financement, une

¹⁶ Sur ces critères, voir : S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law*, RLDA mars 2017, 25.

¹⁷ Cass. com. 6 septembre 2011, n° 10-30679 ; Cass. com. 20 mars 2012, n° 10-26220.

¹⁸ Rapport du PCN sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, 2013, https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/8507_rapport-du-pcn-sur-la-mise-en-oeuvre-des-principes-directeurs-de-l-ocde-dans-la-filiere-textile-habillement.

¹⁹ Assemblée nationale, avis n° 2625 de Mme Annick Le Loch fait au nom de la commission des affaires économiques, intervention de Mme Brigitte ALLAIN.

²⁰ Article 3 h). Selon le considérant n° 17, l'effet réel du devoir de vigilance doit porter sur les incidences négatives « tout au long du cycle de production, d'utilisation et d'élimination des produits ou de la prestation de services, au niveau des activités propres aux entreprises et à leurs filiales et de leurs chaînes de valeur »

assurance ou une réassurance », ou encore « des activités commerciales liées aux produits ou services de l'entreprise ou au nom de cette dernière »²¹.

II – Les modalités de mise en œuvre du devoir de vigilance

Le plan de vigilance est l'instrument privilégié du droit français. La proposition de directive paraît être plus souple et n'exige pas la structuration des mesures à prendre dans un plan. Des différences existent également entre le droit français et la proposition de directive s'agissant des sanctions en cas de manquement au devoir de vigilance.

A - Un plan de vigilance en droit français

Le respect du devoir de vigilance repose, en droit français, sur l'élaboration et la mise en œuvre «de manière effective » d'un plan de vigilance. L'article L. 225-102-4 donne des indications sur les modalités d'élaboration de ce plan et sur son contenu. Sur le premier point, le texte indique 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 ». Le recours aux parties prenantes est donc conseillé mais n'est pas imposé.

S'agissant de son contenu, le plan doit comporter « 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, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle » et de sa chaîne de valeur. Il est à noter que la vigilance doit être raisonnable : « n'est pas demandée l'adoption de dispositions génératrices de contraintes et de coûts excessifs au regard des moyens de l'auteur du plan »²². Cependant, le texte impose la présence de certaines mesures qui constituent autant de rubriques qui doivent structurer le plan. Ces rubriques sont les suivantes : une cartographie des risques (identification, analyse, hiérarchisation) ; des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs ; des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques et un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Ainsi construit, le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective doivent être rendus publics et être inclus dans le rapport de gestion présenté à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. Cette obligation de publicité offre l'occasion d'un contrôle par les actionnaires mais aussi par les parties prenantes et, plus largement, par les organisations non gouvernementales.

²¹ Article 3 f).

²² B.Teyssier, op. cit., § 13.

B – Une formulation plus large dans la proposition de directive

Dans la proposition de directive, les mesures à prendre conformément au devoir de vigilance ne reposent pas nécessairement sur l'élaboration et la mise en œuvre effective d'un plan. Celui-ci n'est qu'une des mesures que peut prendre l'entreprise. Seule la lutte contre le changement climatique justifie, pour certaines entreprises, l'adoption d'un plan²³. Cependant, au-delà de cet aspect formel, il est possible de retrouver, dans les différentes mesures énoncées dans la proposition de directive, les cinq rubriques du plan de vigilance de droit français. En effet, l'article 4 de la directive, intitulé « Devoir de vigilance », énumère les mesures suivantes à prendre : intégrer le devoir de vigilance dans la politique de l'entreprise ; recenser les incidences négatives réelles ou potentielles ; prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur ; établir et maintenir une procédure relative aux plaintes, contrôler l'efficacité de la politique de l'entreprise et des mesures de vigilance et communiquer publiquement sur le devoir de vigilance.

En revanche, un plan doit être adopté relativement à la lutte contre le changement climatique²⁴. Sont concernées, pour les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre, celles qui emploient plus de 500 salariés en moyenne avec un chiffre d'affaires net de plus de 150 000 000 € au niveau mondial au cours du dernier exercice. Pour les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un Etat tiers, le seuil est un chiffre d'affaires net de plus de 150 000 000 € dans l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice. Ces entreprises doivent adopter un plan visant à garantir que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris. Lorsque le changement climatique constitue un risque majeur pour les activités de l'entreprise ou incidence majeure de celles-ci, le plan doit contenir des objectifs de réduction des émissions.

C – Les sanctions du non-respect du devoir de vigilance.

Le droit français prévoit deux types de sanction pour l'entreprise qui ne respecterait pas ses obligations en matière de devoir de vigilance.

D'une part, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut adresser à l'entreprise une mise en demeure de respecter ses obligations et, si cette mise en demeure est restée infructueuse à l'expiration d'un délai de trois mois, saisir la juridiction compétente pour qu'elle enjoigne à l'entreprise, au besoin sous astreinte, de respecter ses obligations. Cette action intervient avant la réalisation du dommage et a pour objectif, conformément au devoir de vigilance, de conduire l'entreprise à adopter des mesures préventives. L'autre sanction réside dans la mise en œuvre de la responsabilité civile, dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil. En effet, l'article L.225-102-5 indique que le manquement aux obligations relatives au devoir de vigilance « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que

²³ Article 15 de la proposition de directive.

²⁴ Article 15 de la proposition de directive.

l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Dans ces deux hypothèses, est compétent le tribunal judiciaire de Paris²⁵.

Il faut, enfin, signaler une sanction facultative, prévue par le Code de la commande publique²⁶. Ce texte offre la possibilité à l'acheteur public d'exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance qui ne respectent pas cette obligation, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

La proposition de directive prévoit également l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise qui ne se conforme pas au devoir de vigilance lorsqu'à la suite de ce manquement, une incidence négative qui aurait dû être recensée, évitée, atténuée, supprimée ou réduite au minimum par les mesures appropriées s'est produite et a entraîné des dommages²⁷. Elle apporte également des précisions pour les dommages causés par une incidence négative résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie, par exemple un sous-traitant. Dans une telle hypothèse, la proposition de directive prévoit que l'entreprise ne doit pas être tenue pour responsable si les mesures appropriées ont été prises à moins qu'il n'ait été déraisonnable « *de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes...* »²⁸. Enfin, il est demandé aux Etats membres de créer des autorités de contrôle qui auront pour mission de demander des informations, de mener des enquêtes, d'ordonner des mesures correctives ou la cessation des infractions et d'imposer des sanctions pécuniaires

²⁵ Article L.211-21 du Code de l'organisation judiciaire.

²⁶ Article L.2141-7-1 du Code de la commande publique

²⁷ Article 22 de la proposition de directive

²⁸ Article 22 de la proposition de directive

L'INNOVATION ET LES NOUVELLES PRATIQUES CONTRACTUELLES DE L'ENTREPRISE

Diogo COSTA CUNHA

227. – À l'aube de la réforme du droit des contrats spéciaux⁽¹⁾, et au (sur)lendemain de celle du droit commun⁽²⁾, le régime des contrats portant sur l'innovation demeure ignoré des textes. Pour autant, la voie contractuelle doit être la voix de l'innovation. Elle réconcilie, grâce à la liberté qui lui est propre, le désir de changement des innovateurs, et la sécurité, stabilité et prévisibilité du juriste⁽³⁾. À cet égard, ce dernier est amené à considérer, sans pour autant y apercevoir un régime spécial, la liberté contractuelle et la pratique de l'innovation, au sein d'un droit des contrats singulier.

228. – L'innovation est une notion que le droit ne définit pas. En sciences économiques toutefois, elle est abordée comme la première introduction d'une nouveauté productive dans un marché, « elle désigne aussi le processus qui sépare l'invention de l'introduction commerciale de ce dans quoi elle se concrétise industriellement »⁽⁴⁾. Cependant, ce processus innovant ne peut aboutir que s'il est soutenu en amont par la recherche. En ce sens, dans une définition *lato sensu*, l'innovation est le processus qui rassemble la recherche, son développement, et l'intégration de ses résultats dans un marché. Dès lors, il est essentiel de connaître et comprendre

(1) V. en ce sens : Ph. Stoffel-Munck (ss dir.), *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, juill. 2022.

(2) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016, n° 0035. – S. Lequette, *Réforme du droit des contrats et intérêt commun* : D. 2016, p. 1148 ; V. égal. Th. Douville (ss dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016 ; L. n° 2018-287, 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 21 avr. 2018, n° 0093. – B. Mallet-Bricout, *Une ratification multidimensionnelle – À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018* : RTD civ. 2018, p. 740. – G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018.

(3) Sur ce point : L. Vallée, *Un droit de l'innovation ?*, in Dossier « La Constitution et l'innovation » : N3C 2016, n° 52, p. 27-35.

(4) Opérant une analyse de la pensée schumpetérienne ; B. Paulré, *L'innovation en économie : histoire d'un désenchantement*, in Dossier « L'innovation dans tous ses états (I) » : *Quaderni* 2016, vol. 90, p. 41-54, spéc. § 7 ; V. égal. en ce sens : Ch. Deblock, *Présentation du dossier*, in Dossier « Innovation et développement chez Schumpeter », ss dir. Ch. Deblock et J.-M. Fontan : *Rev. Interventions économiques* 2012, n° 46, p. 2-16. – V. W. Ruttan, *Usher and Schumpeter on Invention, Innovation, and Technological Change* : *The Quarterly Journal of Economics* 1959, vol. 73, n° 4, p. 596-606.

la notion de recherche, centrale à l'innovation. Celle-ci, malgré l'existence d'un Code de la recherche⁽⁵⁾, n'a pas de signification juridique, seulement de multiples acceptions sporadiques selon le but poursuivi par le texte qui les mentionne⁽⁶⁾. Pour autant, elle est objet de questionnements, et peut être définie comme à la fois un service et une information⁽⁷⁾. La recherche produit des résultats innovants et inventifs, lesquels sont ensuite insérés dans un marché économique, constituant ensemble l'innovation.

En ce sens, l'innovation est la somme des flux d'information, connaissance, financement, technologies et savoir-faire entre divers acteurs : elle est marquée par son imprévisibilité⁽⁸⁾. Son organisation, gestion, protection et valorisation ne peuvent, de surcroît, se faire qu'au travers de l'outil contractuel, lequel en est l'un des vecteurs. Le contrat est également l'outil de régulation et gestion des droits de propriété intellectuelle, autre vecteur d'innovation. Ainsi, si la notion n'est que « para-juridique » *per se*, elle intègre pleinement le domaine du droit, dès lors que sont pris en compte les instruments de son avènement. Cet encadrement n'est pas une nouveauté dans la pratique⁽⁹⁾, l'utilisation contractuelle dans la recherche et l'innovation est naturellement pratiquée. De nouvelles formes contractuelles existent, comme les *smart contracts* impliquant notamment la technologie de la *blockchain*, mais ces considérations de forme, bien que soulevant divers intérêts juridiques⁽¹⁰⁾, concernent davantage l'*instrumentum* contractuel. Or, le point d'intérêt dans l'analyse des contrats de recherche et d'innovation porte sur leur contenu, c'est-à-dire les sources et les productions conjecturales de l'innovation. Ces instruments revêtent un intérêt certain car ils véhiculent les valeurs économiques de demain, et la recherche d'une unité dans leur régime juridique permet de faciliter leur mise en œuvre.

Enfin, il est à prendre en considération également l'hétérogénéité des parties au contrat. En effet, si l'innovation est pratiquée par des entreprises⁽¹¹⁾, elle l'est également par un ensemble d'acteurs publics⁽¹²⁾. En ce sens, la prospection de leur régime juridique implique de ne pas se limiter à l'étude des pratiques contractuelles des acteurs privés, mais d'analyser celles de tous les acteurs de l'innovation. L'étude des partenariats dits « publics/privés », c'est-à-dire des contrats ayant « pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs

(5) Existant depuis 2004 ; V. en ce sens : V. Ord. n° 2004-545, 11 juin 2004, relative à la partie législative du Code de la recherche : JO n° 138, 6 juin 2004, texte n° 18.

(6) É. Vergès, *La recherche scientifique : Enjeux et difficultés de la mobilisation par le droit d'un concept issu des sciences et technologies* : *Lex-Electronica* 2017, vol. 22, n° 15, p. 15-34 ; V. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2016/801, art. 3 (9), 11 mai 2016, relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs de travail au pair : *JOUE* n° L 132/21, 21 mai 2016 ; V. égal. CGI, art. 49 septies F, b), ann. III et art. 244 quater B.

(7) G. Beaussonie, *Le contrat au service de la propriété de la recherche : Marchés et organisations* 2011, n° 13, p. 83-106.

(8) L. Vallée, *Un droit de l'innovation ?*, *op. cit.*

(9) V. en ce sens un décret de 1897 autorisant les établissements publics à percevoir des recettes privées en rémunération d'opérations de recherche : Ch. Fortier, *L'organisation de la liberté de la recherche en France, Étude de droit public*, ss dir. B. Mathieu, thèse dactyl., Université de Dijon, 2004, spéc. p. 223.

(10) M. Mekki, *L'intelligence contractuelle et numérique au service de la responsabilité sociétale des entreprises* : *AJCA* 2020, n° 3, p. 112. – D. Costa Cunha, *Contract Law, Smart Contracts and Artificial Intelligence. An essay on regulated tools for business*, in *L'entreprise et l'intelligence artificielle, Les réponses du droit*, ss dir. A. Mendoza-Caminade, PU Toulouse 1, 2022, p. 339-335.

(11) V. en ce sens : MESR, *Les entreprises innovantes en France*, in *L'état de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation en France*, 2022, n° 15, n° 34.

(12) MESR, *La position technologique de la France*, in *ibid.*, n° 33.

économiques une mission globale »⁽¹³⁾ apparaît ainsi pertinente au regard des difficultés pratiques qu'ils soulèvent, notamment quant au partage des résultats de recherche. Ces marchés de partenariat peuvent être assimilés à la sous-traitance⁽¹⁴⁾, des opérations où « un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »⁽¹⁵⁾. Or, dans le cadre de l'innovation, il apparaît que l'organisation est davantage collaborative. Le contrat de collaboration est celui « par lequel deux ou plusieurs personnes se répartissent l'exécution et le financement de travaux scientifiques et techniques objet de leur accord, en vue d'obtenir la maîtrise des résultats qui en seront issus »⁽¹⁶⁾. Les contrats de recherche et innovation organisent une collaboration, une mise en commun de biens ou de connaissances, d'industrie, dans le but de profiter des résultats communs qui pourraient en résulter⁽¹⁷⁾.

229. – C'est pourquoi il est possible de comprendre l'étude de l'innovation et des nouvelles pratiques contractuelles des entreprises comme celle de la singularité des contrats de recherche et de diffusion des résultats innovants. À cet égard, l'existence de telles conventions est possible *per se* depuis la loi du 15 juillet 1982⁽¹⁸⁾, codifiée aux articles L. 313-1 du Code de la recherche qui donne pouvoir aux établissements publics d'« assurer par convention des prestations de service, gérer des contrats de recherche, exploiter des brevets et licences »⁽¹⁹⁾. Ainsi, si la question des contrats portant sur la recherche et l'innovation soulève un intérêt pour les institutions publiques, car ils leur permettent d'accomplir leurs obligations de valorisation des résultats⁽²⁰⁾, elle a un réel intérêt pour les entreprises privées, parties à ces conventions. Outre ces considérations pragmatiques relevant de la technique contractuelle, c'est-à-dire de l'utilisation et la maîtrise de l'outil contractuel dans un dessein déterminé⁽²¹⁾, l'étude des conventions encadrant l'innovation a un intérêt pour la science juridique qui doit délimiter leur nature et leur régime. S'il « y a quelque chose de réducteur (...) à vouloir ranger les contrats dans des casiers pré-établis »⁽²²⁾, d'un point de vue de la théorie juridique, la classification des contrats de recherche et d'innovation permettra plus aisément d'y associer une qualification⁽²³⁾ prenant en compte les caractéristiques du domaine⁽²⁴⁾ et « on fera produire

(13) CCP, art. L. 1112-1.

(14) La qualification retenue du contrat de sous-traitance dépendant de la spécificité de la commande passée : S. Tisseyre et F. Torrea, *Les clauses sensibles du contrat de sous-traitance industrielle*, in *Sécuriser la sous-traitance, Quels nouveaux défis ?*, ss dir. S. Tisseyre, PU Toulouse 1, 2019, p. 221-244, spéc. § 3 ; V. égal. E. Cordelier, *Les contours de la sous-traitance*, in *ibid.*, p. 17-37, spéc. § 10.

(15) L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, relative à la sous-traitance, art. 1^{er} : JO 3 janv. 1976.

(16) Y. Reboul, *Les contrats de recherche*, Librairies Techniques, 1978, p. 105.

(17) Rappelant ainsi la définition du contrat de société : V. C. civ., art. 1832.

(18) L. n° 82-610, 15 juill. 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, dite « loi Chevènement » : JO 16 juill. 1982.

(19) C. rech., art. L. 313-1, al. 2 ; dans une rédaction identique : C. rech., art. L. 533-2, al. 2.

(20) V. en ce sens : C. rech., art. L. 111-1.

(21) J.-M. Mousseron et al., *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2017, p. 18, spéc. § 5-6.

(22) B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2020, p. 44, spéc. § 23.

(23) C'est-à-dire à identifier le contrat et son régime, V. en ce sens : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 6^e éd., 2021, p. 224, spéc. § 283 et s.

(24) Not. la gestion des risques et aléas : J.-M. Mousseron, *La gestion des risques par le contrat : RTD civ.* 1988, spéc. p. 483. – L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2010, spéc. § 31 ; V. égal. F. Chénédy, *Les classifications des contrats : Dr. & patr.* 2016, p. 58, 258.

au contrat tel effet plutôt que tel autre ou encore on en admettra ou non la validité ainsi qu'on dotera le créancier de moyens propres pour contraindre le débiteur à s'exécuter »⁽²⁵⁾ ; d'un point de vue pratique, l'avènement de l'innovation imprévisible dépend de la prévisibilité⁽²⁶⁾ et de l'efficacité de ce régime.

230. – Face à ces considérations, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence d'un droit singulier des contrats de recherche et d'innovation, c'est-à-dire l'instrument juridique qui encadre la transformation des connaissances scientifiques et immatérielles en technologies et richesses économiques. Le droit positif ne leur consacre pas de droit spécial, il est néanmoins possible d'argumenter en faveur d'une certaine singularité et unité dans leur fonction⁽²⁷⁾. Il est ainsi possible de discerner une certaine unité dans leur classification juridique (Section 1), mais une unité pratique est surtout démontrable dans leur fonction de vecteurs de l'innovation (Section 2).

SECTION 1

L'unité juridique des instruments contractuels de l'innovation

231. – Alors que la contractualisation acquiert une place prépondérante en droit privé et public⁽²⁸⁾, plaçant le contrat comme une source privilégiée de droits, la recherche d'une classification contractuelle juridique qui comprendrait l'ensemble des contrats d'innovation apparaît périlleuse⁽²⁹⁾. Tantôt nommés ou innomés, synallagmatiques ou unilatéraux, à titre onéreux ou gratuit, commutatifs ou aléatoires, consensuels, solennels ou réels, de gré à gré ou d'adhésion, à exécution instantanée ou successive ; il ne transparaît pas de classification qui permette d'embrasser leur spécialité au regard des dispositions du Code civil. Cependant, il est une classification que la réforme du droit des obligations n'a pas consacrée⁽³⁰⁾ : la distinction entre contrat échange et contrat organisation⁽³¹⁾.

Cette méthode de classification permet de décrire davantage la réalité entourant les nouvelles pratiques contractuelles des entreprises quant à l'innovation. Celles-ci semblent simultanément relever de l'ordre de l'échange (§ 1) mais aussi de l'organisation (§ 2), laissant à penser qu'elles relèvent d'une catégorie mixte dite de contrats-coopération⁽³²⁾.

(25) Ch. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, Economica, 10^e éd., 2021, p. 116, spéc. § 129.

(26) Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveueur, Defrénois, 2009. – L. Marignol, *La prévisibilité en droit des contrats*, ss dir. J. Julien, thèse dactyl., Université Toulouse Capitole, 2017.

(27) V., sur la classification au travers de la fonction, F. Grua, *Les divisions du droit* : RTD civ. 1993, p. 59.

(28) G. Chantepie, *La contractualisation en droit privé* : RFDA 2018, n° 1, p. 10.

(29) Au regard de leur diversité, V. par ex. : contrats de subvention de recherche, accord de transfert de matériel (ATM), accord de confidentialité, contrats d'incubation, contrats de consortium, etc.

(30) S. Lequette, *Réforme du droit des contrats et intérêt commun*, op. cit.

(31) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-éd. JurisClassieurs, 1999, p. 636. – Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, p. 219, spéc. § 420. – F. Terré et al., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 142, spéc. § 115. – J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Economica, 2012.

(32) S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, LGDJ, 2012 ; du même auteur, *Entre contrat-échange et contrat-organisation : le contrat-coopération* : RDA févr. 2013, n° 7,

§ 1. – Des fonctions d'échange

232. – Les auteurs du Code napoléonien avaient conçu le droit commun des contrats sur le modèle du contrat de vente⁽³³⁾, la notion d'échange y occupe ainsi une place prépondérante⁽³⁴⁾, confirmée, voire renforcée par la réforme⁽³⁵⁾. Or, si les contrats de recherche et d'innovation peuvent porter sur un échange, de connaissances, de savoir-faire ou de technologies notamment, la spécificité de ces objets emporte une spécialité du contrat. Si cette singularité n'est pas au-delà du champ d'action du droit commun, lequel permet de les appréhender, elle se répercute sur la mise en œuvre de l'outil contractuel.

233. – Considérant que les contrats sur la recherche et l'innovation ne sont pas une catégorie de contrats, mais un ensemble hétérogène de contrats spéciaux ou de droit commun unis par une même finalité⁽³⁶⁾, il apparaît fondé que cette diversité ait diverses conséquences sur la technique contractuelle. Prenant exemple sur le contrat de soutien financier à la recherche, ou *Grant agreement* selon la dénomination anglophone⁽³⁷⁾. Celui-ci peut s'assimiler au contrat spécial d'entreprise⁽³⁸⁾, ou de la donation⁽³⁹⁾. Il est en réalité un contrat *sui generis* innomé expliqué « par le fait que les parties ont adapté un mécanisme de droit public qui s'éloigne (...) de la libéralité »⁽⁴⁰⁾. La spécialité de l'opération eut pour conséquence d'entraîner une adaptation de la technique. Il est, en somme, un contrat d'échange car il permet de troquer une somme d'argent contre un service de recherche, mais il ne peut se résumer à cette qualification. Tout d'abord, la recherche est par nature incertaine, il est impossible de prédire avec exactitude l'avènement d'une invention ou sa forme ; le débiteur de l'obligation de mener la recherche n'est tenu que par une obligation de moyen et non de résultat. L'existence même d'une obligation de moyen⁽⁴¹⁾ affaiblit l'idée représentant le contrat comme un échange, pour autant cette qualification n'est pas totalement à écarter.

L'échange subsiste entre le maître d'ouvrage et le prestataire de recherche, car les deux sont simultanément créanciers et débiteurs de l'autre, c'est un contrat synallagmatique. Le premier est débiteur d'une somme d'argent, d'une mise à disposition de matériel technique ou de l'accès à des connaissances par exemple, et il n'est créancier que d'une obligation de bonne exécution, de bonne foi⁽⁴²⁾, de la part du prestataire

p. 66 et s. – F. Descorps-Declère, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération, contribution à l'étude du contrat évolutif*, ss dir. H. Muir Watt, thèse, dactyl., Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000.

(33) R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mél. offerts à J.-L. Aubert*, LGDJ, 2005, p. 211.

(34) P. Didier, *op. cit.*, p. 636.

(35) S. Lequette, *Réforme du droit des contrats et intérêt commun*, *op. cit.*

(36) É. Vergès, *Introduction*, in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, ss dir. É. Vergès, Dalloz, 2018, p. 4, spéc. § 00.01.

(37) Bien que le *Grant agreement* vise davantage des subventions accordées par des institutions publiques : V. en ce sens le modèle du programme HorizonEurope : https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/common/guidance/aga_en.pdf.

(38) Nommé « louage d'ouvrage » par le Code civil : C. civ., art. 1779 et s. – Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 443, spéc. § 495 et s. – F. Terré et al., *Droit civil : Les obligations*, *op. cit.*, p. 906, spéc. § 848.

(39) V. en ce sens : C. civ., art. 894.

(40) M. Goubinat, *Chapitre 121 – Contrat de soutien financier à la recherche (Grant)*, in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, *op. cit.*, p. 181, spéc. § 121.71.

(41) Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 538, § 942 et s.

(42) D'ordre public et commune à l'ensemble des contrats : C. civ., art. 1104. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 112, spéc. § 134 et s.

qui va mener la recherche. À l'inverse, le second est débiteur de cette exécution, il doit tout mettre en œuvre afin de mener la recherche à bien, et il est créancier des obligations du maître d'œuvre. Cette qualification peut également être critiquée, puisqu'il est possible de dire que les obligations du prestataire relèvent de la bonne exécution du contrat, de la bonne foi⁽⁴³⁾, et non de l'échange *per se*.

L'échange subsiste car les obligations du maître d'œuvre peuvent aussi s'analyser comme parties à celui-ci, puisqu'il transfère une somme en argent et concède l'accès à des connaissances, à des techniques ou infrastructures, puis récupère le résultat transformé. Pour autant, il est également possible d'entrevoir ces contrats comme une participation commune à un dessein commun. Le maître d'œuvre fournit les ressources matérielles, immatérielles et financières, tandis que le prestataire met à disposition ses savoir et savoir-faire dans le but de réaliser la recherche. Ceux-ci peuvent aussi être qualifiés de contrats de prêt de main-d'œuvre, distincts du contrat d'entreprise selon la Cour de cassation⁽⁴⁴⁾. En tout état de cause, cette qualification dépend de l'existence et du sort des résultats. Entièrement dévolu au maître d'œuvre, le contrat peut être perçu comme un échange, mais leurs partage et répartition entre les parties semblent plutôt concorder avec l'idée que le contrat de recherche et d'innovation est un contrat d'organisation.

234. – L'échange subsiste, mais il ne subsiste pas seul. Les contrats de recherche et d'innovation opèrent un échange, matériel, immatériel ou intellectuel. Leur contenu étant toutefois l'innovation, laquelle produit parfois un ou plusieurs biens nouveaux, ils endossent également des fonctions servant à l'organisation économique de ces productions innovantes, où les parties peuvent gagner ou perdre ensemble⁽⁴⁵⁾.

§ 2. – Des fonctions d'organisation

235. – Pris dans une fonction économique, le contrat « peut aussi revêtir une dimension synergique et consister dans la création de richesses nouvelles dans l'intérêt commun des parties »⁽⁴⁶⁾. Il est possible de considérer que l'outil contractuel n'est pas uniquement un instrument d'échange, mais un instrument d'organisation ; il devient un vecteur, voire un catalyseur de l'innovation. Cette fonction est d'autant plus exacerbée lorsque les parties au contrat sont de multiples entités pratiquant la recherche ; il n'y a pas de lien établi entre un maître d'œuvre et un prestataire, les parties collaborant dans un « intérêt commun »⁽⁴⁷⁾.

236. – Ainsi, le contrat de *consortium* permet d'organiser la recherche collaborative⁽⁴⁸⁾. Il est le contrat qui se rapproche le plus d'un contrat-organisation, sans pour autant créer une organisation⁽⁴⁹⁾. Le contrat de *consortium* n'est ni

(43) Prise en son sens objectif, agir de bonne foi : M. Fabre-Magnan, *ibid*.

(44) V. not. : Cass. 3^e civ., 12 mai 2021, n° 20-14.902, F-D, inédit.

(45) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, *op. cit.* – F. Terré et al., *Droit civil : Les obligations*, *op. cit.*

(46) S. Lequette, *Réforme du droit des contrats et intérêt commun*, *op. cit.*, spéc. p. 1149.

(47) Caractéristique du contrat-organisation : F. Terré et al., *Droit civil : Les obligations*, *op. cit.*

(48) É. Vergès, *Chapitre 122 : Contrats de collaboration et de consortium*, in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, ss dir.

É. Vergès, Dalloz, 2018, spéc. § 122.23.

(49) É. Vergès, *ibid.*, § 122.24 et 122.71.

constitutif d'une société ni d'un groupement. Il n'est cependant pas un simple contrat-échange, car les intérêts des parties, aussi multiples soient-elles, tendent vers un même but⁽⁵⁰⁾. Pour autant, l'échange de ressources dans une finalité commune n'est pas nécessairement caractéristique d'un contrat-organisation. Celui-ci peut s'interpréter comme un contrat d'entreprise aux obligations croisées⁽⁵¹⁾. Toutefois, cette qualification occulte l'existence de modalités organisatrices de la recherche entre les parties. Des clauses spécifiques permettent de définir des rôles, d'attribuer précisément des ressources, de les distribuer, ou de les mettre à disposition. Au-delà du simple échange croisé, il y a une réelle volonté organisatrice commune de la mission de recherche. Pour autant, le contrat de *consortium* n'est pas aléatoire au sens du Code civil, mais commutatif, où « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage »⁽⁵²⁾. Si l'issue de la recherche est incertaine, la mise en commun des ressources et les contributions organisationnelles des cocontractants rendent *ipso facto* le contrat commutatif au sens de l'article 1108 du Code civil, laissant entrevoir de nouveau l'idée qu'il se classe plutôt comme un contrat-échange.

Par ailleurs, il convient aussi de souligner la particularité de ces contrats de *consortium* à finalité de collaboration scientifique, au regard du droit de la concurrence. Une telle alliance peut être perçue comme une entente, mais elle bénéficie de règlements d'exemption⁽⁵³⁾. Lorsque ces contrats de *consortium* organisent la recherche conjointe avec une entité publique, la question des aides d'État peut aussi être soulevée⁽⁵⁴⁾, mais l'existence de dispositions spéciales afférentes à ces contrats témoigne de leur spécialité.

237. – À cet égard, il apparaît que les contrats de recherche et d'innovation auxquels les entreprises recourent sont une catégorie spéciale de contrats innomés, des contrats-coopération, entre l'échange et l'organisation. Cette affirmation, bien qu'utile à la compréhension de l'objet étudié, n'apporte cependant pas de réponses à la pratique, car le droit positif ne leur consacre pas de régime spécial, et la réforme du droit des contrats spéciaux ne semble pas les considérer davantage. En absence de dispositions de droit positif qui leur consacraient un régime adapté à leur spécialité, il est à rechercher une unité dans leur pratique, en tant que vecteurs de l'innovation, au regard des droits qu'ils véhiculent. En somme, l'unité des contrats de recherche et d'innovation peut être recherchée dans les dispositions relatives au secret d'affaires, ou au sein du droit de la propriété intellectuelle.

(50) A. Delmotte, *Les aspects juridiques de la valorisation de la recherche*, préf. É. Vergès, Mare et Martin, 2016, p. 623, spéc. § 649.

(51) Y. Reboul, *Les contrats de recherche*, Litec, coll. « CEIPI », 1978, p. 112.

(52) C. civ., art. 1108.

(53) V. en ce sens : Comm. UE, règl. (UE) n° 1217/2010, 14 déc. 2010, relatif à l'application de l'article 101, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et développement : JOUE n° L 335/36, 18 déc. 2010. – Comm. UE, règl. (UE) n° 316/2014, 21 mars 2014, relatif à l'application de l'article 101, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie : JOUE n° L 93/17, 28 mars 2014.

(54) É. Vergès, *op. cit.*, § 122.26 ; Comm. UE, règl. (UE) n° 651/2014, 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides incompatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité : JOUE n° L 187/1, 26 juin 2014.

L'unité pratique des vecteurs contractuels de l'innovation

238. – L'unité au sein des contrats encadrant la recherche et l'innovation ne réside pas tant dans leur classification juridique que dans la convergence de la pratique à rechercher la valorisation des résultats et droits issus de leurs collaborations. Une distinction doit être opérée entre valorisation de résultats et des technologies. Alors que le transfert de technologies implique une « technologie », une invention⁽⁵⁵⁾ ou une création technique⁽⁵⁶⁾, protégeable par le droit de la propriété intellectuelle ; les résultats de la recherche ne sont pas toujours exploitables par l'industrie ou *per se*. Ils peuvent être des informations scientifiques, des découvertes cruciales, ou l'acquisition d'un savoir-faire. De ce fait, bien qu'exclus du champ de la propriété intellectuelle, n'étant ni inventifs, ni originaux, ils n'en sont pas moins dépourvus de valeur⁽⁵⁷⁾, et l'outil contractuel pallie les silences de la loi afin de la préserver et développer.

Les contrats de recherche et d'innovation sont emprunts d'une certaine unité pratique qui vise à protéger les résultats de la recherche lorsqu'aucun droit ne permet leur appropriation (§ 1), mais également à gérer et anticiper leurs répartitions dès lors qu'ils sont appropriables (§ 2).

§ 1. – La protection contractuelle diligente des connaissances de l'innovation

239. – Le contrat est un outil de protection des connaissances et informations indispensables à l'innovation. Si la doctrine a pu développer l'idée qu'une information était appropriable au travers de la possession⁽⁵⁸⁾, le droit positif, à juste titre, ne consacre pas de droit de propriété *stricto sensu* sur l'idée ou la connaissance. Également, le savoir-faire, c'est-à-dire « un ensemble de connaissances techniques, transmissibles et non immédiatement accessibles au public »⁽⁵⁹⁾, n'est pas appropriable. Soit sa non-appropriation résulte d'un défaut de conditions légales⁽⁶⁰⁾, soit

(55) J.-M. Mousseron et al., *Traité des brevets*, Litec, 1984. – M. Dhenne, *Technique et droit des brevets, L'invention en droit des brevets*, préf. J.-Ch. Galloux, LexisNexis, 2016 ; du même auteur, *La notion de caractère technique en droit des brevets : Propr. intell.* 2015, n° 56, p. 253. – M.-Ch. Piatti, *La nature, source d'innovations techniques, Le chercheur, l'ingénieur et le juriste*, in *Droit et Innovation*, ss dir. J. Mestre et L. Merland, PUAM, 2013, p. 101-124.

(56) C. Caron, *La coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même programme d'ordinateur*, in *Les inventions mises en œuvre par ordinateur : enjeux, pratiques et perspectives*, ss dir. M. Dhenne et Ch. Geiger, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2019, p. 201-207. – Ph. Gaudrat, *L'invention informatique : RTD com.* 2005, p. 323. – J.-P. Hauet, *Les applications industrielles et scientifiques des logiciels libres : aperçu général : REE* 2005, n° 11, p. 66-70. – M. Vivant, *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? : Propr. intell.* 2003, n° 6, p. 34.

(57) J.-M. Mousseron, *Valeurs, Biens, Droits*, in *Mél. en hommage à A. Breton et F. Ferrida*, Dalloz, 1991, p. 283, spéc. § 13.

(58) P. Catala, *La propriété de l'information*, in *Mél. offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97. – M. Vivant, *An 2000 : l'information appropriée*, in *Mél. offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651. – N. Mallet-Poujol, *L'appropriation de l'information : l'éternelle chimère* : D. 1997, n° 38, p. 65.

(59) J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, spéc. § 12.

(60) N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGD, 7^e éd., 2022, p. 447, spéc. § 681.

d'un choix de son détenteur⁽⁶¹⁾. La protection de ces éléments est, dès lors, l'apanage des contrats au travers des clauses de confidentialité et du droit relatif aux secrets d'affaires⁽⁶²⁾. Le recours au contrat apparaît indispensable, non seulement parce que la réglementation juridique ne concède pas un droit de propriété sur eux, mais également car leur ubiquité ne permet pas de matériellement les réserver de fait. L'information, la connaissance ou le savoir-faire doivent être préservés au travers du secret, leur divulgation entraînant automatiquement leur transmission irréversible⁽⁶³⁾.

240. – Si l'appropriation des savoirs et savoir-faire est impossible, leur protection est consacrée notamment depuis la directive « secret d'affaires » et sa transposition aux articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce⁽⁶⁴⁾. Ainsi, la divulgation d'informations secrètes, ayant une valeur commerciale et ayant fait l'objet de protections techniques ou contractuelles, entraîne des sanctions. En ce sens, le contrat revêt une fonction de protection des secrets, il est une des conditions de mise en œuvre de ce régime. Les accords de confidentialité, *Non Disclosure Agreements* (NDA) ou les clauses de confidentialité, permettent de juridiquement protéger les connaissances mises à disposition des parties lors de collaborations scientifiques ou d'innovation. L'outil contractuel revêt une fonction de protection *ex ante* à la recherche, en sécurisant en amont les diverses informations, connaissances et savoir-faire mis à disposition des parties. Il est ainsi possible de discerner, non seulement au sein des accords de confidentialité, mais également dans l'ensemble des avant-contrats de la recherche et de l'innovation⁽⁶⁵⁾, une fonction pratique commune visant la protection et valorisation des actifs immatériels, mobilisés à cet effet, qui par leur nature ne peuvent être autrement protégés.

241. – Un second point pratique commun à l'ensemble des contrats de recherche semble exister quant à la protection *ex post* des actifs immatériels des parties. Les accords de communication de savoir-faire, les accords de transfert de matériel (MTA), ou encore les clauses de restriction des publications des résultats de recherche, poursuivent cet objectif de protection des informations, connaissances ou savoir-faire. Les premiers visent à obtenir un échange de connaissances techniques entre les parties, la mise en commun permettant à chacun de s'en enrichir sans s'appauvrir de la perte des leurs. Les deuxièmes, particulièrement utilisés dans le cadre de matériel biologique, permettent de déterminer le sort des résultats obtenus par l'étude et l'utilisation de ce matériel, et d'encadrer l'utilisation des échantillons⁽⁶⁶⁾. En ce sens, ils sécurisent non seulement l'usage des objets de recherche étudiés, mais aussi les inventions qui pourraient en résulter⁽⁶⁷⁾. Enfin, les dernières

(61) Exprimé au travers de clauses contractuelles : J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017, p. 269, spéc. § 377.

(62) H. Skrzypniak, *La réservation du savoir-faire : l'apport du contrat*, thèse Lille II, 2014. – Ch. Caron, *Secret et propriété intellectuelle : Dr. & patr.* 2002, n° 102, p. 76. – J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Fr. Lefebvre, 5^e éd., 2017, § 597 et s.

(63) J.-M. Mousseron, *Secret et contrats – de la fin de l'un à la fin de l'autre*, in *Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 257.

(64) J.-M. Garinot, *Secret des affaires, la loi ne chasse pas le contrat* : AJC 2018, p. 412. – M. Dhenne, *Le décret n° 2018-1126 : l'heure du premier bilan pour la protection du secret des affaires en France* : *Propri. ind.* 2019, étude 11.

(65) F.-X. Testu, *Le term sheet en matière de licence internationale de brevet* : *Biotechnologies & Finances* 2005, n° 234, p. 5.

(66) F. Bellivier et Ch. Noiville, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, p. 165.

(67) F. Bellivier, Ch. Noiville et A.-L. Morin, *L'accord de transfert de matériel, du prêt-à-porter sur mesure ?* : *RDC* 2010, p. 737.

permettent de garder secrètes les informations utiles à l'exécution du contrat et d'encadrer la communication des résultats⁽⁶⁸⁾ : elles sont souvent accompagnées de clauses relatives à la responsabilité⁽⁶⁹⁾.

En somme, il est possible de déduire une certaine unité pratique dans la poursuite par les parties d'une protection de leurs actifs propres ou collectivement acquis : une recherche de leur valorisation. Mais cette unité se retrouve également dans la mise en œuvre et la gestion des droits de propriété intellectuelle.

§ 2. – La gestion contractuelle anticipée des droits sur l'innovation

242. – Les technologies issues de la recherche ont une valeur en tant que telles, mais c'est leur protection par des droits intellectuels qui va réellement la cristalliser en créant une nouvelle valeur certaine rattachée au titre de propriété⁽⁷⁰⁾. Par exemple, le brevet d'invention est l'outil de valorisation de l'innovation le plus répandu et le plus efficace. Les inventions intellectuelles ne transforment pas de la valeur, mais créent des « valeurs proprement nouvelles »⁽⁷¹⁾. Ainsi, l'obtention d'un brevet permet de multiplier la valeur de l'invention en créant une propriété nouvelle. Également, les droits d'auteur sur une création logicielle revêtent la même fonction. En ce sens, les technologies issues de la recherche ont *per se* un intérêt économique, mais c'est réellement l'obtention de droits de propriété intellectuelle qui est recherché par les entreprises afin de rentabiliser les coûts de la recherche. Or, si l'obtention de tels droits est l'apanage du droit de la propriété intellectuelle, leur gestion est celle du contrat de recherche et d'innovation.

243. – Concernant tout d'abord la copropriété des droits intellectuels⁽⁷²⁾, et particulièrement les brevets d'invention, un régime spécifique, excluant les régimes généraux⁽⁷³⁾, est consacré au sein des articles L. 613-29 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Il ne s'agit que d'un régime supplétif, étant précisé que « les copropriétaires peuvent y déroger à tout moment par un règlement de copropriété »⁽⁷⁴⁾. Le recours à l'outil contractuel est parfois même qualifié d'indispensable, notamment lorsqu'il est question de collaborations entre entreprises privées et organismes de recherche publique⁽⁷⁵⁾. Plus largement, les lacunes du régime légal, notamment sur la question de la réparation des quotes-parts ou la contribution aux charges

(68) A. Delmotte, *Chapitre 221 : Les clauses de secret et celles relatives aux publications des résultats de recherche, in Contrats sur la recherche et l'innovation, op. cit.*, p. 762 et s.

(69) M. Goubinat, *Chapitre 231 : Les clauses relatives à la responsabilité, in Contrats sur la recherche et l'innovation, op. cit.*, p. 794 et s.

(70) J.-M. Mousseron, *Valeurs, Biens, Droits, in Mél. en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 283, spéc. § 13.*

(71) J.-M. Mousseron, *ibid.*

(72) V. en ce sens : A. Robin, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, préf. Th. Revet, LGDJ, 2006.

(73) C. civ., art. 815 et s., 883 et s., 1873-1 et s.

(74) CPI, art. L. 613-29, al. 2.

(75) S. Agasse et P. Verriest, *L'organisation contractuelle de la copropriété des inventions entre organismes de recherche publique et industriels, in Les contrats de la propriété intellectuelle, ss dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, 2013, spéc. p. 55. – A.-E. Kahn, *Divorce d'entreprise : où la copropriété à la rareté du corbeau blanc... : RLDA 2007, n° 21.**

de copropriété⁽⁷⁶⁾, donnent au contrat une importance considérable. La gestion des droits sur le logiciel fait également l'objet d'un régime spécial ; puisque protégés par le droit d'auteur, il est possible de leur appliquer les dispositions relatives à l'œuvre de collaboration⁽⁷⁷⁾ ou à l'œuvre collective⁽⁷⁸⁾. Or, les régimes de copropriété issus du Code de la propriété intellectuelle ou du Code civil semblent inadaptés à la réalité de l'innovation, de sorte que la contractualisation apparaît comme un moyen d'organisation des propriétés *ex ante*⁽⁷⁹⁾.

244. – En absence de copropriété cependant, le contrat de recherche et d'innovation permet également de gérer le transfert des propriétés intellectuelles : sont dès lors mis en œuvre des contrats de cession. Ces derniers, qu'ils visent des titres de propriété industrielle ou des droits d'auteur, sont des contrats de vente qui permettent un échange. Cette cession est un moyen de valorisation privilégié pour les entités de recherche publiques, teintant ainsi ces contrats de l'obligation d'exploitation pour le cessionnaire⁽⁸⁰⁾. Généralement la cession n'est pas problématique⁽⁸¹⁾, mais elle le devient face à la complexité des créations techniques contemporaines⁽⁸²⁾ et notamment la présence de droits de copropriété supposant des cessions de quote-part d'après les dispositions de la convention qui les organise. En ce sens, il est nécessaire de concevoir les contrats de recherche et d'innovation comme un ensemble lié. Enfin, les mêmes réflexions peuvent être transposées au contrat de licence⁽⁸³⁾.

245. – Il apparaît, en somme, que la gestion des droits de propriété intellectuelle garantie par les pratiques contractuelles de l'innovation est également teintée d'une certaine unité pratique, car les conventions forment un ensemble accessoire de l'innovation recherchant la valorisation des droits qui en découlent. La singularité des contrats de recherche et d'innovation est affirmée au sein d'un but unique, la valorisation. Néanmoins, l'intégration de la notion et son articulation au sein du droit des contrats semblent difficiles, sauf, peut-être, à consacrer un droit spécial des contrats d'innovation, ou une refonte juridique des dispositions portant sur l'innovation.

(76) J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, p. 364, spéc. § 512 et 513.

(77) CPI, art. L. 113-3.

(78) CPI, art. L. 113-2.

(79) A. Robin, *Du mésusage de la licence d'exploitation entre copropriétaires d'une création intellectuelle* : *Propr. ind.* 2016, n° 1, étude 1.

(80) V. en ce sens : N. Bronzo, *Quelle stratégie de propriété intellectuelle pour les établissements publics de recherche après la loi du 22 juillet 2013 ?* : *Propr. ind.* 2013, étude 14.

(81) Sauf à considérer les formalités relatives au droit d'auteur protégeant le logiciel : CPI, art. L. 131-2 et L. 131-3.

(82) V. égal. le cas des engagements antérieurs, comme une copropriété ou un nantissement : C. civ., art. 2344.

(83) J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, p. 429, § 617 et s. ; V. égal. A. Boisson, *La licence de droit d'auteur*, préf. J. Raynard, LexisNexis, 2013.

**FACEBOOK, DỮ LIỆU NGƯỜI DÙNG VÀ HÀNH VI LẠM DỤNG
VỊ TRÍ THỐNG LĨNH THỊ TRƯỜNG TRÊN NỀN TẢNG KỸ THUẬT SỐ
TRUNG GIAN - RỦI RO ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP HAY GIỚI HẠN CỦA
PHÁP LUẬT CẠNH TRANH?**

FACEBOOK, DATA AND DOMINANT ABUSE ON DIGITAL INTERMEDIATION
PLATFORMS - RISKS TO BUSINESSES OR LIMIT OF COMPETITION LAW?

Đồng Thị Huyền Nga*

Tóm tắt: Các công ty công nghệ lớn vận hành trên mô hình nền tảng kỹ thuật số trung gian đã và đang thâm nhập sâu rộng vào nhiều khía cạnh trong lối sống của con người, từ hoạt động mua sắm đến giao tiếp xã hội. Các nền tảng kỹ thuật số trung gian mang đến nhiều lợi ích vượt trội nhưng đồng thời cũng giành được quyền kiểm soát đáng kể đối với nguồn dữ liệu người dùng, từ đó tạo ra dạng thức mới của sức mạnh thị trường. Trong bối cảnh đó, việc Văn phòng Cartel Liên bang Đức ra quyết định xử phạt hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của Facebook đối với hành vi thu thập, kết hợp và khai thác dữ liệu người dùng đã đặt ra câu hỏi lớn về mối quan hệ giữa pháp luật cạnh tranh và pháp luật về bảo vệ dữ liệu. Thông qua phân tích, đánh giá vụ việc của Facebook, bài nghiên cứu hướng đến làm rõ giới hạn của pháp luật cạnh tranh trong bảo vệ dữ liệu người dùng nhằm hạn chế rủi ro cho doanh nghiệp và đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao vai trò của pháp luật cạnh tranh trong kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường trên nền tảng kỹ thuật số trung gian.

Từ khoá: Facebook, dữ liệu, lạm dụng, vị trí thống lĩnh thị trường, nền tảng kỹ thuật số trung gian, rủi ro, pháp luật cạnh tranh.

* ThS.NCS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: ngadth@hul.edu.vn
LLM. PhD. Candidate University of Law, Hue University; Email: ngadth@hul.edu.vn

Abstract: Large technology companies have penetrated many aspects of people's lifestyles, from shopping to social interaction. Such digital platforms provide many benefits, but have also gained significant control of consumer data, which confers new forms of market power. In that context, the German Federal Cartel Office's decision to sanction the Facebook's dominant abuse for collection, combination and exploitation of users' data has raised worrisome questions about relationship between competition law and data protection law. Through analyzing and evaluating Facebook's case, the article aims to clarify the limits of competition law in protecting users' data for minimizing risks to businesses. In addition, the article also proposes solutions to enhance the role of competition law in dominant abuse controlling on intermediary digital platform.

Keywords: Facebook, data, abuse, dominant position, digital intermediation platform, risk, competition law.

1. Đặt vấn đề

Được mệnh danh là những «gã khổng lồ công nghệ» của thế giới, Google, Amazon, Microsoft, Apple và Facebook, tính đến năm 2020, có giá trị vốn hóa thị trường từ khoảng 500 tỷ đô la đến khoảng hai nghìn tỷ đô la Mỹ¹ và đồng thời cũng là những doanh nghiệp hiện đang nắm giữ vị trí thống lĩnh trên nền tảng kinh doanh của mình ở phạm vi toàn cầu². Những sự đổi thay tích cực mà các doanh nghiệp nền tảng này mang lại cho nền kinh tế thế giới và người tiêu dùng là thực tế không thể chối cãi. Tuy nhiên, các ông lớn công nghệ này cũng chính là những chủ thể đã và đang thực hiện hàng loạt các hành vi lạm dụng quyền lực của mình trên nền tảng trực tuyến để hạn chế cạnh

¹ Bursztynsky, Jessica (August 19, 2020), "Apple becomes first U.S. company to reach a \$2 trillion market cap", *CNBC* (truy cập ngày 15/3/2023).

² Đến năm 2017, Amazon được xác định là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trong lĩnh vực thương mại điện tử với 50% tổng doanh số bán hàng trực tuyến toàn cầu thông qua nền tảng này. Apple chia sẻ vị trí thống lĩnh với Google trong lĩnh vực hệ điều hành thiết bị di động: 27% thị phần thuộc về Apple (iOS) và 72% thuộc về Google (Android).. Ngoài mạng xã hội, Facebook còn thống trị trên thị trường ứng dụng chia sẻ hình ảnh trực tuyến (Instagram) và nhắn tin trực tuyến (WhatsApp). Google dẫn đầu trong lĩnh vực tìm kiếm trực tuyến (Google Tìm kiếm), chia sẻ video trực tuyến (YouTube) và điều hướng dựa trên bản đồ trực tuyến (Google Maps). Microsoft thống trị thị phần hệ điều hành máy tính để bàn (Microsoft Windows) và phần mềm văn phòng (Microsoft Office).

tranh, bảo vệ vị trí của mình và thu lợi bất chính. Chính vì vậy, nhiệm vụ định vị giới hạn của pháp luật cạnh tranh trong điều chỉnh cách thức mà các doanh nghiệp này cạnh tranh trên thị trường để vừa đảm bảo thúc đẩy các giá trị tích cực của chúng nhưng cũng vừa bảo vệ được các quy luật thị trường và phúc lợi người tiêu dùng đang trở nên khó khăn hơn bao giờ hết.

Trong một nỗ lực rất lớn của mình, vào năm 2019, Văn phòng Cartel Liên bang Đức (“FCO” hay Bundeskartellamt - cơ quan chống độc quyền của Đức) đã áp dụng các chế tài tương ứng đối với nền tảng mạng xã hội lớn nhất hiện nay - Facebook. Vụ việc thu hút sự quan tâm rộng rãi của giới nghiên cứu cũng như của các cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh bởi lần đầu tiên, cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh của một quốc gia đã xem xét, đánh giá các hành vi tác động vào dữ liệu người dùng trong điều tra và xử lý hành vi lạm dụng VTTLTT. Tuy nhiên, cách tiếp cận “đồng thời và mặc nhiên vi phạm” pháp luật cạnh tranh khi sử dụng dữ liệu người dùng trái với quy định của pháp luật về bảo vệ dữ liệu của FCO trong vụ việc này cũng dẫn đến nhiều tranh cãi gay gắt. Quyết định của FCO đặt ra hoài nghi về sự vượt giới hạn cần thiết của pháp luật cạnh tranh trong mối tương quan với pháp luật về bảo vệ dữ liệu, từ đó gây ra các rủi ro pháp lý quá mức cho doanh nghiệp.

2. Khái quát chung về pháp luật kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

2.1. Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và mối quan hệ với sức mạnh thị trường

Theo nhà nghiên cứu Archibald Nichol, khái niệm vị trí thống lĩnh thị trường (VTTLTT) bắt đầu xuất hiện trong tài liệu về kinh tế học từ khoảng những năm 1880 và sớm trở thành vấn đề trung tâm của lý thuyết kinh tế về tổ chức ngành công nghiệp³. Tuy nhiên, khái niệm VTTLTT ở thời kỳ đầu của khoa học pháp lý về cạnh tranh chủ yếu liên

³ Nichol, A. (1930), *Partial monopoly and price leadership*: Luận án tiến sỹ, Columbia University (US), pg. 38.

quan đến khái niệm “chỉ đạo giá” hay “dẫn dắt giá” (price leadership)⁴. Một định nghĩa điển hình về VTTLTT ở giai đoạn này được đưa ra bởi nhà nghiên cứu Frederik Zeuthen. Frederik Zeuthen cho rằng VTTLTT là vị trí mà tại đó doanh nghiệp nắm giữ một sức mạnh thị trường lớn đến mức cho phép doanh nghiệp này áp dụng mức giá vượt quá chi phí sản xuất mà vẫn thu về được lợi nhuận ngay cả khi thu giảm sản lượng⁵. Qua thời gian, các nhà nghiên cứu khác nhận thấy việc bó buộc hai khái niệm này đã dẫn đến những giới hạn đáng kể khi nghiên cứu VTTLTT ở từng ngành công nghiệp cụ thể. Vì vậy, sau đó, nhà nghiên cứu Alice Patricia White đã bắt đầu đưa ra khái niệm đầy đủ hơn về VTTLTT. Theo nhà nghiên cứu này, VTTLTT cần được hiểu là “*vị trí cho phép doanh nghiệp nắm giữ quyền kiểm soát mức độ cạnh tranh của của thị trường trong đó có các doanh nghiệp khác đang kinh doanh. Doanh nghiệp nắm giữ VTTLTT do vậy sẽ định hình đầu ra của thị trường mà không cần đến sự đồng thuận của các doanh nghiệp còn lại trên thị trường*”⁶. Đây cũng là cách tiếp cận thường được các thể chế của EU lựa chọn và đề cập trong các phán quyết hoặc văn bản pháp lý của mình⁷.

Mặc dù còn nhiều tranh luận trái chiều về cách thức định nghĩa VTTLTT, tuy nhiên, hầu hết các nhà nghiên cứu đều đồng thuận rằng VTTLTT có mối liên hệ rất mật thiết với sức mạnh thị trường đáng kể. Theo Carlton và Perloff, cạnh tranh có thể được coi là hiệu quả khi không có doanh nghiệp nào, dù hoạt động riêng lẻ hay phối hợp với nhau, có thể thực thi sức mạnh thị trường đáng kể⁸. Một trong số những chuẩn mực định nghĩa về sức mạnh thị trường được đưa ra bởi OECD trong các tài liệu của tổ chức này, theo đó sức mạnh thị trường được hiểu là “khả năng của một doanh nghiệp duy trì mức giá cao hơn hoặc chất lượng thấp hơn mức cạnh tranh nhưng vẫn thu về được lợi nhuận”. Ủy ban châu Âu đã phát triển và làm sâu sắc định nghĩa này và đề xuất cách hiểu về sức

⁴ Caves, R E. (1980), *Industrial Organization, Corporate Strategy and Structure*, Journal of Economic Literature, Vol. 18(1), pg. 56.

⁵ Frederik Zeuthen (1930), *Problems of Monopoly and Economic Warfare*, Routledge & Kegan Paul, pg. 91.

⁶ White, A P. (1983), *The Dominant Firm: A Study of Market Power*, Nxb UMI Research Press, p. 167.

⁷ Định nghĩa về VTTLTT được ghi nhận trong án lệ số 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] của Tòa án Công lý châu Âu.

⁸ Carlton and Perloff (2000), *Modern Industrial Organisation*, 5 Addison-Wesley, 7 et seq. (3rd ed. 2000), p. 215.

mạnh thị trường là “sức mạnh ảnh hưởng đến giá cả thị trường, sản lượng, sự đổi mới, sự đa dạng hoặc chất lượng của hàng hóa và dịch vụ, hoặc các thông số cạnh tranh khác trên thị trường trong một khoảng thời gian đáng kể”. Dưới góc độ của các nhà nghiên cứu luật học như Robert O’Donoghue và Jorge Padilla, sức mạnh thị trường là “khả năng tính giá cao hơn đáng kể so với mức cạnh tranh hoặc hạn chế sản lượng đáng kể dưới mức cạnh tranh trong một thời gian dài”⁹.

Với cách tiếp cận được giới nghiên cứu và thực tiễn chấp nhận rộng rãi trên đây về sức mạnh thị trường, việc đánh giá các hành vi lạm dụng VTTLTT hiện nay ở các quốc gia đã gần như đạt đến điểm đồng quy về mặt phương pháp luận. Cụ thể, mặc dù bản thân việc nắm giữ VTTLTT có thể không gây nguy hại nhưng việc lạm dụng VTTLTT lại có những tác động tiêu cực nhất định cho nền kinh tế và các chủ thể trên thị trường. Do đó nhà nghiên cứu Gerber, D. J. đã khẳng định rằng “*Hầu hết các nước công nghiệp hóa coi việc sở hữu sức mạnh kinh tế đáng kể của các công ty riêng lẻ là nguy cơ gây hại cho xã hội và do đó, áp dụng các biện pháp kiểm soát pháp lý đối với hành vi của các công ty có sức mạnh đó*”¹⁰.

Trên thực tế, “lạm dụng VTTLTT” là thuật ngữ được đề xuất và sử dụng bởi các thiết chế của EU và do đó không thực sự phổ biến đối với các nhà nghiên cứu và thực tiễn pháp lý Hoa Kỳ. Luật pháp Hoa Kỳ sử dụng khái niệm “lạm dụng độc quyền” (monopolization) để xác định giới hạn hành vi được phép đối với các doanh nghiệp thống lĩnh. Một số nhà nghiên cứu cho rằng đây là hai thuật ngữ có hàm nghĩa tương đương nhau và do đó có thể sử dụng thay thế cho nhau. Tuy nhiên, nhà nghiên cứu Eleanor M. Fox lại cho rằng hai thuật ngữ này đại diện cho hai cách tiếp cận đối với vấn đề sức mạnh kinh tế của doanh nghiệp¹¹. Trước sự khác biệt này, đa số các hệ thống pháp luật trên thế

⁹ O’Donoghue R. and Padilla J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edn, Hart 2013, p.142.

¹⁰ Gerber, D. J. (1987-1988), *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, *Tulane Law Review*, 62(1), pp: 57-108.

¹¹ Fox E M. ((2014), *Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different*, *The Antitrust Bulletin*, 59(1), pp: 129–152. Theo nhà nghiên cứu này, tuy hai thuật ngữ này có chung một mục tiêu nền tảng khi đều cố gắng bảo vệ xã hội khỏi những tác hại có thể xảy ra do việc sử dụng sức mạnh kinh tế mà không hạn chế quá mức hoạt động của các doanh nghiệp lớn. Tuy nhiên, hai cơ chế pháp lý này khác nhau lại ở nhiều khía cạnh cơ bản. Chúng

giới bao gồm tất cả các hệ thống pháp luật quan trọng của EU lựa chọn sử dụng khái niệm “lạm dụng VTTLTT”. Điều này dẫn đến thực tế rằng hầu hết các nghiên cứu lý luận về hành vi lạm dụng VTTLTT đều chủ yếu giải thích, phân tích hoặc chỉ trích các diễn giải khái niệm của các thiết chế EU hơn là đưa ra định nghĩa riêng.

Cũng theo kết quả nghiên cứu của Gerber, quá trình đưa ra định nghĩa về khái niệm “lạm dụng VTTLTT” tại EU khởi đầu vào giai đoạn 1958-1968 với sự thành lập nhóm cố vấn bao gồm chủ yếu là các giáo sư và giao nhiệm vụ cho nhóm này thiết lập các nguyên tắc cơ bản¹². Các kết luận của nhóm chuyên gia sau đó đã được xuất bản vào năm 1966 có tên gọi Bản ghi nhớ về sự tập trung (Memorandum on Concentration). Bản ghi nhớ xác định hai nguyên tắc cơ bản liên quan đến việc giải thích khái niệm “lạm dụng”. Đầu tiên là sự lạm dụng xảy ra khi một doanh nghiệp thống trị sử dụng các khả năng có được từ vị trí thống lĩnh của mình để đạt được những lợi ích mà nó sẽ không thể đạt được nếu bị “cạnh tranh hiệu quả”. Theo đó, cơ quan thực thi cần xác định mối liên hệ nhân quả trực tiếp giữa sức mạnh của doanh nghiệp và kết quả của nó trên thị trường. Nguyên tắc diễn giải thứ hai sử dụng một điểm quy chiếu khái niệm khác bằng việc sử dụng phương pháp mục đích luận. Nguyên tắc này xác định “lạm dụng” sẽ được khẳng định nếu hành vi của doanh nghiệp lạm dụng là “sai (fautif) đối với các mục tiêu cố định của Hiệp ước (tức Hiệp ước Rome)”.

Dựa trên hai nguyên tắc của Bản ghi nhớ, các thiết chế của EU tiếp tục phát triển khuôn khổ pháp lý trong việc diễn giải khái niệm “lạm dụng VTTLTT” ở giai đoạn tiếp theo và được thể hiện thông qua các án lệ quan trọng như án lệ Continental Can (1972) và United Brands (1974). Thông qua những phân tích của mình, các thiết chế của EU cho rằng việc áp dụng pháp luật về kiểm soát hành vi lạm dụng VTTLTT phải được giải thích theo cách “ngăn cấm hành vi bóp méo cạnh tranh” (competitive distortion). Do đó, khái

được phát triển từ các điểm khởi đầu lý thuyết và khái niệm luận khác nhau. Chúng cũng gắn liền với các truyền thống pháp lý khác nhau, đặc biệt là liên quan đến vai trò của chính phủ trong hoạt động kinh tế. Chúng được định hình bởi những áp lực xã hội và chính trị khác nhau. Việc thực thi chúng dựa trên các giả các giả định khác nhau về pháp luật cũng như về kinh tế.

¹² Gerber, D. J. (1987-1988), *tlđđ*.

niệm “bóp méo cạnh tranh” trở thành nguồn hướng dẫn chính trong việc áp dụng Điều 86 Hiệp ước Rome (tức Điều 102 TFEU). Cụ thể, trong án lệ *Continental Can*, tòa án tuyên bố rằng “*sự lạm dụng có thể xảy ra khi một doanh nghiệp giành được vị trí thống lĩnh làm suy yếu các mục tiêu của Hiệp ước bằng cách thay đổi đáng kể tình hình cung cấp và do đó gây nguy hiểm cho quyền tự do hành động của người tiêu dùng. Đây nhất thiết là trường hợp mà hầu như tất cả sự cạnh tranh đều bị loại bỏ*”.

Tuy nhiên, theo nhà nghiên cứu C. Bellamy và G. Child, việc xác định hành vi “lạm dụng” bằng cách tham chiếu đến khái niệm bóp méo cạnh tranh đã tạo ra một nguyên tắc diễn giải cực kỳ rộng: Bất kỳ hành vi nào ảnh hưởng đáng kể đến cấu trúc cạnh tranh đều có thể cấu thành vi phạm¹³. Do đó, trong các phán quyết tiếp theo, các thiết chế EU đã phát triển nguyên tắc áp dụng để xác định khi nào sự bóp méo cạnh tranh thể hiện sự lạm dụng VTTLTT và bao gồm các trường hợp sau: (i) Xâm phạm đến quyền lợi người tiêu dùng; (ii) Dẫn đến khả năng loại bỏ đối thủ cạnh tranh; (iii) Tác động tiêu cực đến doanh nghiệp vừa và nhỏ; (iv) Định giá quá cao; (v) Giao dịch độc quyền và định giá huỷ diệt; (vi) Vi phạm cạnh tranh công bằng. Hiện nay, tại EU và các quốc gia chịu ảnh hưởng của pháp luật cạnh tranh EU, các hành vi lạm dụng VTTLTT được phân loại thành các hành vi mang tính bóc lột (*exploitative conduct*) và các hành vi mang tính loại trừ (*exclusionary conduct*).

2.2. Cách tiếp cận và nội dung pháp luật về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

Nhìn chung, pháp luật về kiểm soát hành vi lạm dụng VTTLTT ở hầu hết các quốc gia đều dựa trên nguyên tắc pháp lý căn bản rằng bản thân các hành vi lạm dụng VTTLTT tiềm ẩn sẽ không bị coi là bất hợp pháp. Hay nói cách khác, một loại hành vi lạm dụng VTTLTT nhất định sẽ không luôn luôn bị cấm trong mọi trường hợp. Tuy nhiên, mỗi một hệ thống pháp luật, mỗi một khu vực tài phán lại lựa chọn cách tiếp cận khác nhau về mức độ phân tích cần thiết khi xây dựng khuôn khổ pháp lý kiểm soát dạng thức hành vi phản

¹³ Bellamy C và Child G. (1978), *Common Market Law of Competition*, London: Sweet & Maxwell, pp: 185-202.

cạnh tranh này. Theo Svend Albæk (Trưởng nhóm chuyên gia kinh tế của Tổng cục Cạnh tranh thuộc Ủy ban châu Âu), hàm ý của cách tiếp cận dựa trên tác động của hành vi bao gồm các nội dung lớn sau đây: Thứ nhất, việc xác định sức mạnh thị trường là yêu cầu bắt buộc và trở thành “bến an toàn” (safe harbours). Thứ hai, học thuyết về tác hại (theory of harm) sẽ được vận dụng để giải thích hành vi cụ thể dẫn đến hậu quả như thế nào đối với phúc lợi của người tiêu dùng. Hậu quả này có thể đã hoặc sẽ xảy ra, tức không nhất thiết là hậu quả thực tế. Hậu quả này không chỉ bao gồm những ảnh hưởng ngắn hạn đến giá cả mà còn là những ảnh hưởng mang tính trung và dài hạn đến chất lượng và sự đổi mới. Thứ ba, việc đánh giá công bằng những tác động tiêu cực và những tác động tích cực của hành vi là yêu cầu bắt buộc khi đưa ra các quyết định về kiểm soát hành vi lạm dụng VTTLTT¹⁴.

Theo Robert Anderson và các cộng sự, hiện nay, các hệ thống pháp luật cạnh tranh về kiểm soát hành vi lạm dụng VTTLTT dù còn nhiều khác biệt, nhưng cũng tìm được những điểm đồng quy quan trọng: Đầu tiên, trong mọi trường hợp, trước khi pháp luật có thể được áp dụng, cần phải xác định thị trường liên quan trong đó hành vi lạm dụng có thể xảy ra; Thứ hai, cần phải thiết lập sự tồn tại của vị trí thống lĩnh của một công ty hoặc một nhóm công ty; Thứ ba, xác định các hành vi cụ thể có thể gây hại cho cạnh tranh và đánh giá tác động tổng thể của chúng trên (các) thị trường liên quan¹⁵. Việc xác định VTTLTT của doanh nghiệp sau đó sẽ được tiến hành thông qua hai bước mang tính nguyên tắc gồm xác định thị trường liên quan (thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan) và mức độ thống trị được thực hiện bởi (các) công ty trên thị trường đó. Theo nhà nghiên cứu Pittman, Russell, trong hầu hết các trường hợp, việc xác định thị trường sản phẩm liên quan sẽ dựa trên các đặc điểm mang tính chức năng của sản phẩm và phản ứng của người tiêu dùng đối với sản phẩm đó. Những đặc điểm này bao gồm tính chất vật lý, mục đích sử dụng và sự “sẵn lòng” của người tiêu dùng trong việc

¹⁴ Được phát biểu tại Hội thảo St. Martin conference, Brno. 30 November 2011.

¹⁵ Anderson R. *et al.* (1988), *Abuse of Dominance (Chapter 5)*, book: “A framework for the design and implementation of competition law and policy”, The World Bank and OECD, pp: 69-88.

chuyển từ sản phẩm này sang sản phẩm khác khi giá tương đối thay đổi. Các yếu tố khác, chẳng hạn như chi phí chuyển đổi và biến động giá song song cho thấy khả năng thay thế, cũng có thể liên quan¹⁶. Tương tự như vậy, việc xác định thị trường địa lý liên quan có thể dựa trên các yếu tố, chẳng hạn như chi phí vận chuyển và tính dễ hư hỏng, hạn chế khả năng vận chuyển sản phẩm trên một quãng đường dài. Sau khi thị trường liên quan được xác định, vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp sẽ được xác định thông qua các tiêu chí chủ yếu bao gồm: thị phần, điều kiện gia nhập thị trường hoặc mở rộng kinh doanh và các yếu tố tài chính/kỹ thuật/sở hữu trí tuệ cũng như mức độ hội nhập ngành theo chiều dọc.

3. Nền tảng kỹ thuật số trung gian và vai trò của dữ liệu

3.1. Khái niệm và đặc điểm của nền tảng kỹ thuật số trung gian

Theo nhà nghiên cứu Julie E. Cohen, nếu như trong nền kinh tế công nghiệp truyền thống, địa điểm diễn ra các hoạt động trao đổi hàng hóa chính là “thị trường” (nơi gặp gỡ lý tưởng giữa người mua và người bán, trong đó các đặc tính, số lượng và giá cả của hàng hóa và dịch vụ được quy định một cách độc lập bởi quy luật cung và cầu) thì ngày nay, trong nền kinh tế thông tin mới nổi, địa điểm cho những hoạt động đó lại là các “nền tảng”¹⁷. “Nền tảng”, ”nền tảng trực tuyến”, “nền tảng kỹ thuật số” hoặc “nền tảng KTS trung gian” là một địa điểm gặp gỡ nơi các tương tác được trung gian về mặt vật chất và thuật toán. Theo nhà nghiên cứu này, các nền tảng KTS trung gian không chỉ đơn giản là một mô hình kinh doanh mới, một công nghệ xã hội mới hay một cơ sở hạ tầng mới. Thay vào đó, chúng là hình thức tổ chức cốt lõi của nền kinh tế dựa vào thông tin. Các nền tảng này không tham gia vào hay mở rộng thị trường mà là thay thế (cũng như tái vật chất hóa) chính thị trường đó. Các nền tảng KTS trung gian cũng chứa đựng cả các phương thức tái tổ chức nền kinh tế, tái cấu trúc các trao đổi kinh tế và các mô hình luồng thông tin nói chung.

¹⁶ Pittman, R. (1994), *The Heart of Antimonopol Investigation and Enforcement: The Choices of Consumers*, Remarks to a seminar for staff members of antimonopoly offices of Central and Eastern Europe, Vienna, Austria, p. 2.

¹⁷ Cohen E J. (2017), *Law for the Platform Economy*, University of California, Davis, Vol. 51, p. 133.

Trước hết, định nghĩa về nền tảng trực tuyến của Ủy ban Châu Âu được xây dựng từ học thuyết kinh tế về nền tảng đa chiều (multi-sides platform) của David Evans (giáo sư Trường Luật Chicago), Richard Schmalenese (giáo sư Howard W. Johnson Kinh tế và Quản lý, Viện Công nghệ Massachusetts). Học thuyết này khẳng định rằng nền tảng đa chiều là nơi có “a) hai hoặc nhiều nhóm khách hàng, b) những nhóm người này cần có nhau theo một cách nào đó, c) nhưng nhóm người này không thể tự mình nắm bắt được giá trị xuất phát từ sự thu hút lẫn nhau giữa họ; và d) do đó họ phải dựa vào chất xúc tác (nền tảng) để tạo điều kiện cho các giao dịch tạo ra giá trị giữa họ”¹⁸. Từ đó, nền tảng trực tuyến được Ủy ban châu Âu định nghĩa là “nơi mà các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường hai hoặc đa chiều, sử dụng Internet tạo môi trường cho sự tương tác giữa hai hoặc nhiều nhóm người dùng riêng biệt nhưng phụ thuộc lẫn nhau để tạo ra giá trị cho ít nhất một trong các nhóm”¹⁹.

Như vậy, định nghĩa về nền tảng trực tuyến của Ủy ban châu Âu đã giúp nhận diện các đặc trưng cơ bản của nền tảng trực tuyến, cụ thể như sau:

Thứ nhất, nền tảng trực tuyến đóng vai trò trung gian giữa các nhóm người dùng khác nhau. Ủy ban độc quyền của Đức đã mô tả rằng các nền tảng trực tuyến là “người trung gian tập hợp nhiều nhóm người dùng khác nhau để họ có thể tương tác về kinh tế hoặc xã hội” và nhấn mạnh rằng “*chức năng trung gian này là đặc điểm chung chính của các nền tảng trực tuyến.*”²⁰ Chức năng trung gian này khiến cho các doanh nghiệp nền tảng hình thành nên hình thái thị trường mới: thị trường song diện hoặc đa diện. Đây là dạng thức thị trường mà Lapo Filistrucchi cho rằng trong đó sẽ tồn tại một doanh nghiệp cung cấp nền tảng và các sản phẩm hoặc dịch vụ khác nhau cho từ hai nhóm khách hàng đồng

¹⁸ Evans D., Schmalenese R. (2012), *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*, National Bureau of Economic Research, p. 59.

¹⁹ Gorp N., Batura O. (2015), *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, p. 18.

²⁰ Monopolkommission—Written evidence (OPL0046), xem thêm tại: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23265.html> (truy cập ngày 10/5/2021).

thời thừa nhận rằng nhu cầu từ một nhóm khách hàng phụ thuộc vào nhu cầu từ nhóm kia và (có thể) ngược lại²¹.

Thứ hai, nền tảng trực tiếp luôn bao gồm việc sử dụng công nghệ thông tin và truyền thông để tạo thuận lợi cho các tương tác giữa những người dùng, cho thu thập và sử dụng dữ liệu về các tương tác đó và cho các hiệu ứng mạng. Hiệu ứng mạng được hiểu là “*Giá trị của những nền tảng này đối với người tiêu dùng tăng lên theo quy mô của chúng*”²² và do đó các hiệu ứng mạng sẽ luôn tận dụng các nền tảng có số lượng người dùng cao nhất và có giá trị nhất đối với những người dùng khác.

Thứ ba, dữ liệu chính là đối tượng trọng tâm trong hoạt động của các nền tảng trực tuyến hay nói cách khác, dữ liệu chính là “*mạch máu của các nền tảng trực tuyến*”²³ bởi vì như Cơ quan Cạnh tranh và Thị trường của Anh đã nhận định: “*rất nhiều trong số các nền tảng tham gia vào việc kết hợp các bên khác nhau, nếu nền tảng không biết gì về các bên mà chúng đang đối sánh, chúng thường không thể tăng thêm giá trị*”²⁴.

3.2. Vai trò của dữ liệu với tư cách là động lực kinh tế của nền tảng của kỹ thuật số trung gian

Cơ chế tác động của hiệu ứng mạng gián tiếp đối với cấu trúc thị trường được nhà nghiên cứu Stéphane Ciriani và Marc Lebourges (2017, *The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union*, SSRN Electronic Journal) mô tả thông qua việc nhận diện các bên của thị trường đa diện. Theo các nhà nghiên cứu này thị trường vận hành trên các nền tảng đa diện thường bao gồm một phân khúc người dùng (tức một bên của nền tảng) được “trợ cấp” và phân khúc tạo ra lợi nhuận

²¹ Filistrucchi L. (2018), *Market definition in multi-sided markets*, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (OECD), p. 37.

²² Commission Staff Working Document (2015), *A Digital Single Market for Europe: Analysis and Evidence* (Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe), SWD (2015) 100, trang 53.

²³ Written evidence from Skyscape Cloud Services Ltd (<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23103.html>) (truy cập ngày 18/3/2023).

²⁴ Written evidence from the Competition and Markets Authority (<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23391.html>) (truy cập ngày 18/3/2023).

ở bên kia của nền tảng. Chủ sở hữu của nền tảng sẽ cung cấp dịch vụ miễn phí cho phân khúc người dùng được trợ cấp và tạo ra thị trường không giá cả (zero-price market) hoặc với mức giá rất thấp. Các sản phẩm miễn phí này, một mặt sẽ đảm nhận vai trò thu hút người dùng, đặc biệt là người dùng cuối (end-users); và ở mặt khác được “tài trợ”, được bù đắp chi phí bởi chính doanh thu được tạo ra trong phân khúc tạo ra lợi nhuận. Dựa vào hiệu ứng mạng gián tiếp, mạng lưới của người dùng được “trợ cấp” càng lớn thì sẽ càng tăng tính hấp dẫn của nền tảng KTS trung gian đối với chiều còn lại của thị trường, từ đó làm tăng quy mô của bên tạo ra lợi nhuận hoặc có lợi nhuận.

Như vậy, việc cung cấp cho người dùng cuối các sản phẩm miễn phí là yêu cầu tối quan trọng để kích hoạt hiệu ứng mạng gián tiếp trên các nền tảng KTS trung gian. Tuy nhiên, về mặt bản chất, dữ liệu của người dùng cuối chính là một dạng thức tiền tệ mới mà người dùng cuối phải chi trả cho các nền tảng KTS trung gian, từ đó tạo ra các giá trị để các nền tảng này trao đổi với các phía còn lại của thị trường đa diện và thu về lợi nhuận. Các nhà nghiên cứu Olga Batura, Nicolai van Gorp và Pierre Larouche cho rằng các nền tảng KTS trung gian có thể được coi là một “mỏ dữ liệu” mà từ đó các doanh nghiệp sở hữu cố gắng khai thác dữ liệu để sử dụng nội bộ và/hoặc trao đổi ra bên ngoài²⁵. Việc sử dụng nội bộ đề cập đến việc sử dụng dữ liệu để tối ưu hóa trải nghiệm của người dùng cuối khi sử dụng nền tảng từ đó tiếp tục thu hút họ tham gia vào chính nền tảng đó. Việc sử dụng bên ngoài đề cập đến việc sử dụng dữ liệu để hỗ trợ hoạt động tạo doanh thu trực tiếp của chủ sở hữu nền tảng, ví dụ như bán dữ liệu cho bên thứ ba hoặc bằng cách sử dụng dữ liệu để hỗ trợ các chiến dịch quảng cáo được nhắm mục tiêu (targeted advertisement campaigns). Cũng theo các tác giả này khả năng cạnh tranh để thu hút sự chú ý tăng lên khi một công ty có nhiều nền tảng trong các lĩnh vực khác nhau và tạo ra sức mạnh tổng hợp bằng cách liên kết các nền tảng thông qua dữ liệu người dùng. Bằng cách kết hợp dữ liệu người dùng từ nhiều nền tảng, nhà điều hành đa nền tảng có thể tối ưu hóa trải nghiệm cho cả người dùng cuối và nhà quảng cáo trên tất cả các nền

²⁵ Batura O., Gorp N. and Larouche P. (2015), *Online Platforms and the EU Digital Single Market - A response to the call for evidence by the House of Lord's internal market sub-committee*, E-Conomics, p. 5.

tảng. Đồng thời, mỗi nền tảng có thể được coi là một mạch bổ sung trong mô dữ liệu của doanh nghiệp nắm giữ. Do đó, hoạt động của nhiều nền tảng được liên kết với nhau tạo ra hiệu ứng cấp số nhân cho người điều hành các nền tảng đó cũng như cho người dùng cuối ở tất cả các bên của nền tảng.

4. Vụ việc của Facebook và vấn đề về giới hạn của pháp luật cạnh tranh về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường trên các nền tảng kỹ thuật số trung gian

4.1. Sơ lược nội dung vụ việc của Facebook và Văn phòng Cartel Liên bang Đức

Sau ba năm điều tra, vào đầu năm 2019, FCO đã ra lệnh áp đặt các hạn chế đối với Facebook liên quan đến việc xử lý dữ liệu người dùng của Facebook. Lệnh cấm này xuất phát từ việc Facebook sử dụng và triển khai các điều khoản sử dụng cho phép Facebook thu thập và sử dụng dữ liệu người dùng cũng như dữ liệu liên quan đến thiết bị bắt nguồn từ việc sử dụng các dịch vụ không phải Facebook (ví dụ: WhatsApp) và liên kết dữ liệu đó với dữ liệu được tạo thông qua tài khoản Facebook, trừ khi người dùng đồng ý với việc xử lý dữ liệu đó theo Quy định bảo vệ dữ liệu chung của Châu Âu (“GDPR”). Theo ý kiến của FCO, Facebook có vị trí thống lĩnh thị trường trên thị trường nền tảng mạng xã hội ở Đức và dựa trên nền tảng này, sự đồng ý của người dùng không tuân thủ GDPR, nếu người dùng chỉ có thể sử dụng Facebook nếu có sự đồng ý, tức là nếu đồng ý với các điều khoản sử dụng được mô tả là điều kiện tiên quyết để sử dụng Facebook.

Facebook đã kháng cáo lên cơ quan toà án của Đức. Điều này đã gây ra một cuộc tranh cãi kịch liệt giữa Tòa án cấp cao khu vực Düsseldorf (“DHRC”, Oberlandesgericht Düsseldorf) và Tòa án Tư pháp Liên bang Đức (“FCJ”, Bundesgerichtshof, tức tòa án có thẩm quyền tối cao của Đức về các vấn đề luật hình sự và dân sự). Mặc dù DHRC đồng ý rằng việc lạm dụng quyền lực thị trường có thể xảy ra do vi phạm các tiêu chuẩn pháp luật, nhưng cơ quan này không nhận ra bất kỳ hành vi lợi dụng nào cũng như không thấy mối quan hệ nhân quả giữa việc vi phạm GDPR (nếu có) và vị trí thống lĩnh thị trường của Facebook.

4.2. Tranh cãi liên quan đến giới hạn của pháp luật cạnh tranh và rủi ro của doanh nghiệp trong vụ việc của Facebook

Theo nhà nghiên cứu Kirsten Wolgast (2021, German Federal Cartel Office Vs. Facebook – The one who wins the battle might not win the war) cộng đồng quốc tế đặc biệt quan tâm theo dõi vụ việc của Facebook trong những năm qua bởi một khi được giải quyết, câu hỏi rất lớn rằng: “*Liệu các tác động tiêu cực của hành vi thu thập dữ liệu và các điều khoản về quyền riêng tư của các doanh nghiệp thống lĩnh sở hữu nền tảng KTS trung gian đối với cạnh tranh và quyền lợi người tiêu dùng có thể được xem xét trong phạm vi luật cạnh tranh hay không*” sẽ tìm ra được câu trả lời xác đáng. Bên cạnh những ý kiến ủng hộ vai trò của pháp luật cạnh tranh đối với vấn đề giải quyết các thất bại của thị trường gây ra bởi hành vi lạm dụng VTTLTT của các nền tảng KTS trung gian thông qua dữ liệu mà đại diện là các nhà nghiên cứu như Wolfgang Kerber và Karsten K. Zolna²⁶, các chỉ trích đối với cách tiếp cận của Văn phòng Cartel Liên bang Đức cũng liên tục được đưa ra.

Từ góc độ của chính cơ quan thực thi, DHRC rõ ràng đã xem xét khả năng ít nhất một phần của quá trình xử lý dữ liệu có thể dựa trên lợi ích hợp pháp của chính Facebook. Đồng thời, DHRC cũng không đồng ý rằng việc tuân thủ GDPR thực sự có liên quan đến đánh giá chống độc quyền trong các vụ việc hạn chế cạnh tranh. Sau khiếu nại của FCO, FCJ đã bác bỏ quyết định của DHRC và từ chối yêu cầu của Facebook. Tuy nhiên, mặc dù FCJ có quan điểm khác biệt đáng kể so với DHRC về các câu hỏi chống độc quyền, nhưng dường như họ cũng không tin tưởng rằng việc Facebook tuân thủ GDPR sẽ có ý nghĩa quyết định đối với vụ việc chống cạnh tranh. Việc xem xét, đánh giá vấn đề của FCO đã gây ra tiền lệ nhiều rủi ro đối với các công ty công nghệ tương tự như Facebook. Mô hình kinh doanh nền tảng trung gian trong môi trường KTS như Facebook đòi hỏi việc khai thác dữ liệu để kích hoạt hiệu ứng mạng trung gian, tạo điều kiện để thu về lợi

²⁶ Kerber and Zolna K. (2022), The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law, *European Journal of Law and Economics*, 54, pp: 217–250.

nhuận. Hay nói cách khác, trong nền kinh tế thông tin, việc thu thập, xử lý dữ liệu người dùng, ở một mức độ nhất định, là một trong những cách thức kinh doanh cần thiết.

Dưới góc độ của các nghiên cứu, Roger van den Bergh cho rằng Facebook đã đưa ra các yêu cầu về thu thập và sử dụng dữ liệu của mình đối với người dùng trong bối cảnh Facebook là nền tảng mạng xã hội lớn nhất hiện nay. Tuy nhiên, thực tế là cũng không có gì chắc chắn rằng Facebook sẽ viết các điều khoản của mình khác đi nếu doanh nghiệp này hoạt động trên một thị trường thực sự cạnh tranh²⁷. Từ quan điểm kinh tế, sự thất bại của thị trường hiện tại là sự bất đối xứng về thông tin phổ biến hơn là sức mạnh thị trường. Do đó, vai trò của pháp luật cạnh tranh là không hề rõ ràng. Qua đó, nhà nghiên cứu này nhấn mạnh rằng nếu các quy tắc cạnh tranh phải được viết lại để đối phó với các thất bại thị trường trong môi trường KTS, thì có nguy cơ nghiêm trọng là hành vi lạm dụng bị điều tra, xử lý không phải là lạm dụng quyền lực thị trường mà là lạm dụng các quy định về quyền lực thị trường trong pháp luật cạnh tranh. Cuối cùng, Roger van den Bergh đề xuất rằng các phương án thay thế khả thi có thể tìm được tìm thấy trong pháp luật hợp đồng tiêu dùng, pháp luật cạnh tranh không lành mạnh hoặc pháp luật bảo vệ dữ liệu. Các phương án này có thể được áp dụng mà không cần tìm ra mối quan hệ nhân quả phức tạp giữa sự thống trị thị trường và việc sử dụng các điều khoản hợp đồng “không công bằng”.

5. Một số gợi mở về hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường trên các nền tảng kỹ thuật số trung gian

Với việc hình thành các động lực mới của nền kinh tế và mô hình kinh doanh dựa trên các thành tựu của cuộc cách mạng khoa học công nghệ, các nền tảng KTS trung gian đang như Facebook rõ ràng đang thay đổi cách thức mà chúng cạnh tranh trên thị trường. Các thị trường vận hành trên nền tảng KTS trung gian hiện đại ngày nay đã không còn tuân theo cấu trúc giá truyền thống. Do đó, sức mạnh thị trường của hệ sinh thái nền tảng

²⁷ Bergh R. (2021), *The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law?*, World Competition, 44(1), pp: 29 - 52.

KTS trung gian cũng không thể được đánh giá chỉ dựa trên giá cả - tiền tệ²⁸. Các động lực cạnh tranh truyền thống, chẳng hạn như hiệu quả về giá và chi phí thấp cần phải được thay thế hoặc ít nhất là nên được mở rộng để tích hợp thêm các tiêu chí khác như sự đổi mới, chi phí chuyển đổi (tức sự khác biệt giữa các nền tảng) và tác động khóa của các nền tảng thống trị (hoặc hiểu rộng hơn là hệ sinh thái của các nền tảng KTS trung gian), quyền riêng tư, lựa chọn của người tiêu dùng và đặc biệt là dữ liệu cá nhân.

Tuy nhiên, cách tư duy “vi phạm mặc định” mà FCO sử dụng trong vụ việc của Facebook cũng không thực sự thuyết phục. Việc FCO cho rằng Facebook có VTTLTT và có hành vi vi phạm GDPR đã hội tụ đủ các điều kiện để khẳng định hành vi lạm dụng VTTLTT không phải là cách tiếp cận được ủng hộ trong pháp luật cạnh tranh ngày nay. Ngược lại, FCO cần chứng minh hai yếu tố: (i) khả năng sở hữu sức mạnh đối với dữ liệu người dùng của Facebook và (ii) Facebook đã thực sự sử dụng sức mạnh này để gây tác động hoặc gây nguy cơ hạn chế cạnh tranh trên thị trường liên quan, tức thông qua việc đánh giá tác động của hành vi. Theo tác giả, cách tiếp cận này, trước hết, là hoàn toàn phù hợp để đặt pháp luật cạnh tranh vào đúng giới hạn của nó trong bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thông qua đảm bảo tính chính xác của các quy luật thị trường. Hay nói cách khác, dữ liệu người dùng không nên trở thành công cụ để gây ra các ảnh hưởng xấu đến môi trường cạnh tranh. Việc bảo vệ quyền về dữ liệu người dùng theo các cách thức chung cần được trao về cho các lĩnh vực pháp luật khác. Điều này đảm bảo loại trừ các rủi ro pháp lý cho các doanh nghiệp công nghệ nền tảng và từ đó thúc đẩy vai trò tích cực của các doanh nghiệp công nghệ nền tảng trong bối cảnh mới.

Ở khía cạnh ngược lại, việc đưa dữ liệu người dùng vào các đánh giá liên quan đến sức mạnh thị trường và tác động của hành vi lạm dụng là hoàn toàn cần thiết. Từ góc độ này, tác giả đồng tình với nhà nghiên cứu Beatriz Kira và cộng sự. Cụ thể, cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh sẽ nên cân nhắc về mối quan hệ giữa thị phần và quyền kiểm soát dữ liệu khi đánh giá sức mạnh thị trường của các nền tảng KTS trung gian trong từng vụ

²⁸ Nhóm chuyên gia liên chính phủ về luật và chính sách cạnh tranh của UNCTAD (2019), *Competition issues in the digital economy*, Note by the UNCTAD secretariat, UNCTAD, p.3.

việc cụ thể. Đồng thời, cơ quan thực thi cũng nên áp dụng cách tiếp cận “dựa trên quy trình” đối với các nền tảng KTS trung gian²⁹. Điều này đòi hỏi cơ quan thực thi phải tập trung vào việc xác định các rào cản gia nhập, xung đột lợi ích, sự xuất hiện của những người gác cổng (gatekeepers) và điểm nghẽn (bottlenecks), việc sử dụng và kiểm soát dữ liệu và động lực của quyền lực thương lượng (bargaining power). Cuối cùng, cơ quan thực thi cũng cần được cung cấp các cân nhắc về bảo vệ dữ liệu phục vụ việc đánh giá và ra quyết định xử lý hành vi lạm dụng VTTLT của nền tảng KTS trung gian. Điều này bao gồm việc xem xét vai trò của dữ liệu đối với việc thiết lập các tham số cạnh tranh như giá phi tiền tệ, đổi mới và chất lượng, đồng thời cũng là tiêu chuẩn để đánh giá hành vi bóc lột.

6. Kết luận

Trên thực tế, bảo vệ dữ liệu của người dùng cũng có thể giúp giải quyết các thất bại thị trường phát sinh từ các mô hình kinh doanh của nền tảng KTS trung gian. Tuy nhiên, điều này không đồng nghĩa rằng pháp luật cạnh tranh có thể “xâm lấn” đến các vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của các lĩnh vực pháp luật khác, đặc biệt là pháp luật về bảo vệ dữ liệu người dùng. Qua vụ việc của Facebook và Văn phòng Cartel Liên bang Đức, chúng ta có thể thấy rằng, việc tiếp cận thiếu cẩn trọng của cơ quan thực thi trong việc đánh giá các hành vi liên quan đến dữ liệu của người dùng của các doanh nghiệp nền tảng thống trị có thể dẫn đến những rủi ro pháp lý khôn lường cho chính bản thân các doanh nghiệp công nghệ nền tảng. Qua bài viết này, tác giả muốn hướng đến việc đưa ra một số gợi mở về sử dụng tiêu chí “dữ liệu người dùng” trong các đánh giá, phân tích của các cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh để vừa bảo vệ được môi trường cạnh tranh tích cực nhưng đồng thời cũng tôn trọng đặc thù kỹ thuật - kinh tế của mô hình kinh doanh nền tảng. Hi vọng rằng, các giải pháp được đưa ra trên đây sẽ góp phần thúc đẩy vai trò “đầu

²⁹ Kira B. *et al.* (2021), *Regulating digital ecosystems: Bridging the gap between competition policy and data protection*, Industrial and Corporate Change, Volume 30, Issue 5, pp: 1337–1360.

tàu” của các doanh nghiệp nền tảng KTS trung gian có vị trí thống lĩnh trong dẫn dắt sự tiến bộ của khoa học công nghệ vì chính lợi ích của người tiêu dùng.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Anderson R. *et al.* (1988), *Abuse of Dominance (Chapter 5)*, book: “A framework for the design and implementation of competition law and policy”, The World Bank and OECD, pp: 69-88.
2. Batura O., Gorp N. and Larouche P. (2015), *Online Platforms and the EU Digital Single Market - A response to the call for evidence by the House of Lord’s internal market sub-committee*, E-Conomics.
3. Bellamy C và Child G. (1978), *Common Market Law of Competition*, London: Sweet & Maxwell.
4. Bergh R. (2021), *The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law?*, *World Competition*, 44(1).
5. Bursztynsky, Jessica (2020), "[Apple becomes first U.S. company to reach a \\$2 trillion market cap](#)". *CNBC* (truy cập ngày 15/3/2023).
6. Carlton and Perloff (2000), *Modern Industrial Organisation*, 5 Addison-Wesley, 7 et seq. (3rd ed. 2000).
7. Caves, R E. (1980), *Industrial Organization, Corporate Strategy and Structure*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 18(1).
8. Cohen E J. (2017), *Law for the Platform Economy*, University of California, Davis, Vol. 51.
9. Commission Staff Working Document (2015), *A Digital Single Market for Europe: Analysis and Evidence* (Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe), SWD (2015) 100.

10. Evans D., Schmalenese R. (2012), *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*, National Bureau of Economic Research
11. Fox E M. ((2014), *Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different*, *The Antitrust Bulletin*, 59(1), pp: 129–152.
12. Gerber, D. J. (1987-1988), *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, *Tulane Law Review*, 62(1).
13. Gorp N., Batura O. (2015), *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs.
14. Filistrucchi L. (2018), *Market definition in multi-sided markets*, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (OECD).
15. Kerber and Zolna K. (2022), *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*, *European Journal of Law and Economics*, 54.
16. Kira B. *et al.* (2021), *Regulating digital ecosystems: Bridging the gap between competition policy and data protection*, *Industrial and Corporate Change*, Volume 30, Issue 5.
17. Nhóm chuyên gia liên chính phủ về luật và chính sách cạnh tranh của UNCTAD (2019), *Competition issues in the digital economy*, *Note by the UNCTAD secretariat*, UNCTAD.
18. Nichol, A. (1930), *Partial monopoly and price leadership: Luận án tiến sỹ*, Columbia University (US).
19. O'Donoghue R. and Padilla J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edn, Hart 2013.
20. Pittman, R. (1994), *The Heart of Antimonopol Investigation and Enforcement: The Choices of Consumers*, Remarks to a seminar for staff members of antimonopoly offices of Central and Eastern Europe, Vienna, Austria.
21. White , A P. (1983), *The Dominant Firm: A Study of Market Power*, Nxb UMI Research Press.

22. Zeuthen F. (1930), *Problems of Monopoly and Economic Warfare*, Routledge & Kegan Paul.

Gouvernance de l'entreprise « post-Covid » et érosion de la biodiversité :

Le temps de la RSE « *biodiversitaire* » des acteurs économiques.

Marie-Pierre Blin Franchomme,

Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires,

Directrice du M2 Droit et Gestion de la RSE

Et tout à coup le pangolin... Même si le lien direct entre la destruction du patrimoine naturel et l'apparition du virus Covid-19 n'a jamais été clairement établi, le pangolin n'en est pas moins devenu le symbole malheureux de notre relation à la Nature et de la crise de la biodiversité. La pandémie, donnant à voir le spectacle de la Nature « reprenant ses droits » grâce au confinement des humains, a indéniablement servi de prise de conscience. Elle a augmenté les préoccupations à l'échelle collective, rythmées par plusieurs Sommets internationaux autour de l'enjeu de la biodiversité : nouveau *One Planet Summit*, Congrès mondial de la nature de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) accueilli en France pour la première fois en 2021, COP15 Biodiversité enfin ouverte en décembre 2022 à Montréal...

Dans ce qui a été qualifiée de « guerre suicidaire » (A. Guterres, Secrétaire général de l'ONU, propos inaugural, « Lisbonne - Capitale verte européenne », 2020) que l'humanité mène à la Nature, les entreprises ont évidemment leur part et elles sont symétriquement attendues sur le chemin de « paix »¹ qu'il faut emprunter.

Cette période post-covid est donc propice à une reconfiguration du rôle de *l'entreprise au regard du déclin de la biodiversité*. Entre volontarisme et contraintes, le cadre normatif/juridique actuel ouvre le chapitre de la *RSE biodiversitaire*² des décideurs que sont aussi les acteurs du marché.

Au regard de l'effondrement de la biodiversité, la relance du cadre politique. Le champ de la biodiversité, ou diversité biologique, est large et selon la définition issue de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) signée dans le cadre du Sommet de Rio en 1992, elle englobe trois cercles : diversité des espèces, des individus au sein d'une même espèce

¹ V. ONU, *Making Peace With Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*, 2019

² Pour transposer ici l'expression de Philippe Clergeau, *Manifeste pour la ville biodiversitaire - Changer pour un urbanisme inventif, écologique et adaptatif* », éd. Apogée, 2015

(diversité génétique) et celle des écosystèmes terrestres, marins, aquatiques... Avec un écho retentissant, le dernier rapport de l'IPBES³, plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques -équivalent du GIEC, pour la biodiversité-, a fait état d'une altération considérable des écosystèmes terrestres et marins. Certaines populations sont plus concernées que d'autres : une espèce d'oiseau sur huit est actuellement menacée d'extinction et, sur la totalité des espèces mondiales d'oiseaux recensées, 49% sont considérées comme en déclin.

D'où l'urgence de repenser -enfin- notre relation à une Nature dont nous nous considérons « maîtres et possesseurs ». Pour certains, la reconnaissance des « droits de la nature » et l'attribution de la personnalité juridique aux éléments/milieus naturels est l'étape juridique nécessaire, voie dans laquelle quelques -rares- Etats se sont d'ailleurs récemment engagés⁴. A ce stade, ce n'est pas la réponse choisie par le cadre mondial protecteur initié en 1992, complété notamment par le Protocole de Nagoya en 2010 et l'adoption des 20 Objectifs d'Aichi pour la période 2011-2020 : il s'est agi de formuler un Plan stratégique global, devant être traduit dans des Stratégies et plans d'action nationaux pour la biodiversité (SPANB)... Or en cette fin 2022, l'échec des objectifs d'Aichi sera acté à la COP15 de Montréal. Avec pour but que le cadre mondial dessiné pour l'après-2020, fondé sur la « théorie du changement » et la « Vision 2050 pour la biodiversité », relance efficacement la dynamique internationale de sauvetage. Sans pouvoir ici entrer dans le détail, quatre objectifs à long terme et la réalisation de mesures d'urgence d'ici 2030 -sous la forme de 23 cibles immédiates « dans l'ensemble de la société » -, sont au cœur du nouveau dispositif. Et sur plusieurs de ces cibles, les acteurs économiques et financiers sont attendus.

Le nécessaire engagement des entreprises. En effet les ambitions politiques internationales -sous réserve qu'elles se concrétisent- restent à la fois limitées et insuffisantes pour inverser la tendance sans une participation conjointe du monde économique -une nécessité d'ailleurs admise de manière globale depuis le Sommet de Johannesburg de 2002 sur le développement durable-. Dans le champ de la biodiversité, l'adoption, lors de la 12^{ème} Conférence des Parties, de la Décision XII/10. *Engagement des entreprises* a officialisé

³ IPBES, *Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019

⁴ L'Espagne est ainsi le premier pays en Europe à avoir accordé, en octobre 2022, la personnalité juridique à la lagune Mar Menor.

l'importance de la contribution de ces acteurs -quelle que soit leur taille- pour la réalisation du Plan et ses objectifs d'Aichi associés. Le cadre mondial négocié à la COP 15 contient à nouveau plusieurs cibles -**en particulier la cible 15**- intéressant les entreprises, et devrait donc accentuer l'intégration de la biodiversité dans les politiques des acteurs économiques. Ce qui est d'autant plus crucial que, selon l'ONU, d'ici 2025 il faut trouver 384 milliards de dollars par an d'investissements pour la Nature et s'attaquer aux 1800 milliards de dollars annuels d'investissements néfastes pour la biodiversité... Quant à l'Europe engagée dans le Green Deal, sa Stratégie en faveur de la biodiversité 2020-2030⁵ : la proposition de Règlement sur la restauration de la nature (COM (2022) 304 final, Brussels, 22.6.2022) a pour objectif de réparer 80% des habitats européens afin de couvrir 20% des zones terrestres et marine de l'UE d'ici à 2030 par des mesures de restauration de la nature. Est prévue la participation des entreprises : *“(...) si l'industrie et les entreprises ont une incidence sur la nature, elles sont également à l'origine des innovations, compétences et partenariats importants qui sont susceptibles de contribuer à enrayer l'appauvrissement de la biodiversité”*.

Une préoccupation que l'on retrouve au niveau interne, dans le premier volet de la Stratégie française pré COP15.

Une volonté et une nécessité d'adaptation des entreprises. Si l'on regarde du côté des entreprises, la biodiversité est encore le plus souvent une affaire de communication externe, se résumant à l'obtention d'un label ou à un soutien financier à des associations environnementales. Bien que ces deux problématiques soient interconnectées, la lutte contre le réchauffement climatique – défi mieux connu, mieux maîtrisé- et l'adaptation à ses conséquences, demeurent la priorité des entreprises. **L'enjeu « biodiversité » a toutefois pris de l'importance dans la gouvernance des entreprises : c'est ce qu'illustre la « make it mandatory campaign »⁶ signée en amont de la COP 15 par 330 acteurs économiques et financiers demandant aux États de leur imposer d'évaluer et divulguer leurs impacts et dépendances sur la biodiversité d'ici 2030.** Ainsi la citation de Hubert Reeves fait son chemin : *« Si vous ne vous occupez pas de la biodiversité, la biodiversité s'occupera de vous. Un autre modèle économique est à construire »*.

⁵ Commission européenne, *Stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030 - Ramener la nature dans nos vies*, 2020.

⁶V. la "Déclaration des entreprises pour la COP 15, sous l'égide notamment de la coalition Business for Nature : <https://www.businessfornature.org/make-it-mandatory-campaign>

Après le climat, la RSE « biodiversitaire ». Le défi climatique a ouvert la voie et chacun sait que l'appel explicite aux acteurs infra-étatiques dans l'Accord de Paris a scellé le chapitre climatique de la responsabilité sociétale des entreprises. Des démarches désormais loin d'être seulement volontaires, puisque les enjeux carbone et plans d'alignement 1.5° des entreprises ont été juridicisés -notamment- par le Green Deal européen, et même judiciairisés dans le cadre de procès climatiques de plus en plus nombreux. **Désormais, c'est l'effondrement de la biodiversité, dépassant les questions environnementales classiques -déchets, pollutions...-, qui suscite une dynamique comparable : se construit une RSE que l'on qualifiera de « biodiversitaire ».** La progression n'est pas le fruit du hasard, les entreprises devant prendre en compte la mutation progressive du cadre tant économique que juridique dans lequel elles évoluent.

Plusieurs instruments, allant de la contrainte à l'incitation, conduisent les acteurs économiques et financiers à intégrer cet enjeu global dans leur stratégie et fonctionnement (II). Une évolution fondée sur la rationalité économique, compte tenu de l'interdépendance des risques subis par la Nature et les entreprises (I).

I - La prise de conscience de l'interdépendance des risques

« *There is no future for business as usual* ». La prise en compte de la Nature est portée par une approche renouvelée : celle d'une biodiversité considérée comme un enjeu global.

Une analyse prospective du risque à moyen et long terme est aujourd'hui à l'œuvre en matière de biodiversité, avec une alerte faite au niveau macro-économique : depuis 2020, le rapport du *World Economic Forum* sur les risques mondiaux est dominé par l'environnement et l'érosion de la biodiversité est considérée en 2022 comme le troisième plus grand risque pour la prochaine décennie, après l'échec de l'action climatique et les événements météorologiques extrêmes⁷. Autrement résumé : notre économie mondiale dépend à 40 % de la biodiversité dont 60 % est directement menacé. Le Forum économique a lancé **la série des *New Nature Economy Reports* (NNER) : selon « *Nature Risk Rising* »⁸ la perte de biodiversité est une urgence planétaire, en particulier parce que **44 000 milliards de dollars de création de valeur****

⁷ https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2022.pdf

⁸ <https://fr.weforum.org/reports/nature-risk-rising-why-the-crisis-engulfing-nature-matters-for-business-and-the-economy/>

économique – plus de la moitié le PIB mondial total – est potentiellement menacé en tant que résultat de la dépendance de l'entreprise vis-à-vis de la nature et ses prestations. Le deuxième rapport « *The Future of Nature and Business* » appelle donc une transition vers une économie « nature-positive », dans laquelle les entreprises doivent être une partie de la solution.

La biodiversité relève ainsi pour le monde économique d'une vision stratégique à moyen et long terme. Au fil des études menées dans ce domaine, il a été établi qu'à l'instar du changement climatique, les entreprises, évidemment impactantes, sont également vulnérables à plusieurs risques liés au déclin de la nature : le constat de l'interaction des systèmes socio-économique et écosystémiques (A) est associé à de nouveaux risques d'entreprise (B).

A- De l'interaction des systèmes socio-économique et écosystémiques

Une nouvelle approche. Un recensement exact des impacts du monde économique sur la nature n'est pas l'objet central de cette contribution, mais l'empreinte écologique des entreprises sera rappelée (1) et mise en regard de la valorisation économique des écosystèmes (2) : une des clés de l'évolution dans l'approche de la Nature réside en effet dans un autre apport des travaux de l'IPBES sur la biodiversité, à savoir la lecture par les services écosystémiques, lesquels sont essentiels à la vie y compris économique.

1- L'empreinte écologique des entreprises

Très largement documenté dans le rapport d'évaluation mondiale de l'IPBES, l'effondrement de la biodiversité trouve sa source dans l'empreinte des activités humaines dont font partie les activités économiques. Les causes majeures de cette érosion sont bien connues : la destruction progressive et de la fragmentation des zones d'habitats terrestres et marins des espèces, en lien avec l'artificialisation des sols et la déforestation et l'agriculture intensive ; la surexploitation des ressources et des espèces sauvages, illustrée par le phénomène de surpêche ; la pollutions des sols, des eaux -notamment par le plastique- et de l'air, inhérente à l'industrialisation et aux modes de production et de consommation ; mais aussi changement climatique, aggravant la dégradation des écosystèmes et compliquant l'adaptation des espèces ; et enfin prolifération des espèces exotiques envahissantes, introduites volontairement ou accidentellement par l'humain dans un contexte de mondialisation.

Les secteurs de l'agriculture intensive et de l'agro-alimentaire viennent immédiatement à l'esprit, et l'ODD 2 « Agriculture et alimentation » de l'Agenda 2030 est logiquement identifié

comme déterminant pour l'évolution des facteurs directs d'érosion de la biodiversité⁹. De même que le sont ceux de l'énergie (ODD 7) et de l'urbanisation (ODD 11 : villes et communautés durables), en raison de la lutte contre le réchauffement climatique et l'artificialisation des sols. Sur ces enjeux, on comprend qu'en réalité l'ensemble des entreprises participe des causes de l'érosion de la biodiversité, qu'elles soient à l'origine de dégradations directes lors de pollutions majeures -marée noire, accident chimique etc.- ou d'atteintes chroniques et rampantes découlant et de leur implantation économique et industrielle et de leur fonctionnement.

A titre d'illustration, le Fonds Mondial pour la Nature (ici WWF France) estime ainsi que « transformer les marchés, (est) un levier de conservation » dès lors que la chaîne d'approvisionnement de 500 à 700 entreprises (depuis les extracteurs jusqu'aux distributeurs en passant par les financeurs) contrôle environ 70 % de la demande de consommation : une étude a ainsi recensé les 25 entreprises françaises à la tête de chaînes d'approvisionnement impactant le plus les écosystèmes mondiaux¹⁰, en se fondant sur 16 matières premières dont les modes d'exploitation menacent directement 35 écorégions prioritaires (Amazonie, Bassin du Congo, Borneo et Sumatra, Triangle du Corail...). Quant à la lutte contre le commerce illégal des espèces, le rapport et l'initiative « *Break the chain* » visent et impliquent les secteurs de la logistique et du transport¹¹.

2- La valorisation économique des écosystèmes

Cette nouvelle incursion des outils économiques et de la logique de marché dans le champ de la protection de l'environnement, ouvrant une approche « mercantile » de la nature ne fait pas l'unanimité.

Toutefois l'opération de monétisation permettant de donner une valeur à l'environnement est aujourd'hui considérée comme un exercice délicat mais nécessaire. La valorisation économique du patrimoine naturel¹² constitue un des axes pour que les décideurs -et donc des entreprises- intègrent - enfin, et pour certains, de manière plus efficace que par la seule

⁹ Pour cette identification en France : S. Paillard, V. Virat, C. Cazé, H. Moersberger, H. Sharma, N. Valin ? *La biodiversité et l'Agenda 2030 : Quelle trajectoire pour zéro perte nette de biodiversité en France métropolitaine ?* Future Earth, Paris, 2020.

¹⁰ <https://www.wwf.fr/vous-informer/actualites/le-wwf-revele-les-25-entreprises-francaises-impactant-le-plus-les-ecosystemes-mondiaux>

¹¹ https://www.wwf.fr/sites/default/files/doc-2020-04/20200423_Rapport_Break-The-Chain_WWF.pdf

¹² V. not. M. Antona, M. Bonin, M. Bonnin M. Hrabanski M., JF Le Coq (dir.), *Émergence et mise en politique des services environnementaux et écosystémiques*. Vertigo, 2012, 12 (3).

contrainte administrative de leurs activités impactantes- dans leurs choix la protection de la biodiversité.

Très soutenue par l'Union européenne, consacrée en droit français de l'environnement -la biodiversité fait partie du « patrimoine commun de la nation », lequel « génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage ¹³-, une telle conception des éléments naturels a été initiée par les Nations Unies avec le lancement en 2001 d'un programme de travail international visant à analyser les conséquences des changements subis par les écosystèmes sur le bien-être humain. **L'une des résultantes de ce travail est le fameux rapport du *Millennium Ecosystem Assessment*, paru en 2005 : les services écosystémiques y sont désignés comme "les bénéfiques que les humains tirent des écosystèmes"**¹⁴. Et ils sont répartis en quatre catégories distinctes : les services d'approvisionnement en biens et produits nécessaires à la pérennité de la vie humaine sur Terre - la nourriture, l'eau douce, les matériaux (bois, fibres) et combustibles, les plantes utilisées en médecine et en pharmacologie ; les services de régulation tels que la pollinisation, ou encore la régulation de l'eau, du climat et des maladies; les services culturels liés à l'esthétisme des espaces naturels et aux possibilités de détente qu'ils offrent ; les services de support, à la fois indispensables et complémentaires au fonctionnement des autres services écosystémiques et à l'existence humaine, comme la photosynthèse.

La plupart de ces services possèdent évidemment une valeur immatérielle, mais ce que souligne cette approche est leur portée économique conséquente. Exemple : le poids des secteurs du loisir et du tourisme qui ne sauraient exister sans les environnements naturels que sont les plages, les forêts, la montagne, etc... Idem pour l'alimentation et la santé humaines : très dépendantes des services rendus par la nature car plus de 75% des cultures alimentaires mondiales reposent sur la pollinisation animale et environ 70% des médicaments utilisés dans le traitement des cancers proviennent de plantes ou sont eux-mêmes des produits naturels¹⁵.

Il n'est donc pas étonnant qu'un nombre croissant d'études s'attachent à quantifier et évaluer les services écosystémiques. **L'OCDE évoquait en 2019 une valeur annuelle allant de 125 000 à 140 000 milliards de dollars, ce qui correspond à plus d'une fois et demie le PIB**

¹³ Article L. 110-1 I du code de l'environnement.

¹⁴ *Millennium Ecosystem Assessment, Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*, 2005

¹⁵ IPBES, *Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019

mondial¹⁶. *A contrario*, le coût de l'inaction, c'est-à-dire l'absence de mesures supplémentaires et adéquates pour la protection de la biodiversité, serait de l'ordre de 479 milliards de dollars chaque année d'ici 2050.

L'ensemble du monde économique est et sera -avec une intensité variable- impacté par l'érosion de la biodiversité, laquelle est donc devenue globalement un point de vulnérabilité de l'entreprise.

B- La vulnérabilité du monde économique aux « multirisques biodiversité »

Jusqu'ici l'impact et l'utilisation des biens-environnementaux ont été considérés comme des « externalités » qu'il conviendrait -au mieux- dans la logique du principe pollueur-payeur « internaliser » dans les coûts de production. L'approche par les services écosystémiques permet d'« imbriquer » l'économie et la nature afin de comprendre leur interdépendance. Un nombre croissant d'entreprises identifient dans leurs dernières publications des risques directement en lien avec la biodiversité et déclarent se faire accompagner dans l'analyse de leurs impacts et dépendances. Plusieurs points critiques ont été théorisés et catégorisés dans ce champ, avec d'une part les risques « physiques » (1) et d'autre part les risques dits « de transition » (2).

1- Les risques physiques

Ces risques physiques liés à la perte de biodiversité impactent directement l'activité opérationnelle de l'entreprise. Les écosystèmes fournissent en effet des services d'approvisionnement en matières premières que les entreprises utilisent ensuite dans leur processus de production. Une chute drastique de la biodiversité pourrait occasionner une pénurie de certaines ressources ou une dégradation de leur qualité, et par conséquent une augmentation des coûts ou des délais de production. Les écosystèmes fournissent également des services de régulation qui participent à la prévention ou à l'atténuation des catastrophes naturelles (inondations, tornades, incendies) et des épidémies. Un déclin des écosystèmes signifie donc une exposition accrue des entreprises à ce type d'événements et conjonctures qu'elles ne peuvent maîtriser.

L'épidémie de COVID-19 en a été une bonne illustration, un grand nombre de pans de l'économie mondiale ayant connu un arrêt brutal et forcé durant une certaine période. Ce risque

¹⁶ OCDE, *Financer la biodiversité, agir pour l'économie et les entreprises, rapport préparé pour la réunion des ministres de l'Environnement du G7, les 5 et 6 mai 2019*, 2019

physique prend aussi la forme de transformations tendancielle de long terme, la crise de la biodiversité amplifiant d'ailleurs celle du climat, et donc la hausse progressive de la température moyenne dont les effets induits (élévation du niveau des eaux, hausse de la température) auront des conséquences macro-économiques majeures (notamment la réduction du nombre d'heures de travail en raison des vagues de chaleur, la diminution des rendements agricoles...).

Sur ces impacts physiques directs -pouvant être néfastes au processus productif des entreprises-, la plateforme *ENCORE (Exploring Natural Capital Opportunities, Risks and Exposure)*¹⁷ livre une carte avec des données spatiales des « hotspots » de l'épuisement du capital naturel, analyse dépendances et impacts des activités commerciales, secteur par secteur, métier par métier, ainsi que les mesures d'atténuation envisageables.

2- Les risques de transition

Ils affectent *indirectement* le modèle économique de l'entreprise. Ils proviennent de la vulnérabilité des entreprises aux politiques de transition, dès lors que leurs activités ne prennent pas ou insuffisamment en compte leurs impacts sur le climat ou -ce qui nous retient ici- sur la biodiversité-. Ces risques résultent de l'incapacité (ou de la très grande difficulté) de l'entreprise à s'adapter à un nouvel environnement socio-économique et juridique et à l'évolution des attentes de ses parties prenantes. **Réputationnel, financier et/ou réglementaire**, ces risques sont d'ores et déjà des réalités pour certaines sociétés.

Risque réputationnel. Tout d'abord en effet, au-delà de la mise à l'arrêt de pans entiers de l'économie, la pandémie a engendré une prise de conscience du grand public sur l'état des écosystèmes et sur la nécessité de les préserver. Un sondage réalisé par le cabinet de conseil BCG en mai 2020 établissait qu'une majorité de sondés se disent extrêmement préoccupés par la destruction des habitats naturels et la perte de biodiversité, avec pour certains un clair renforcement des inquiétudes lié à l'épidémie. Une entité dont l'activité a un impact nocif sur la biodiversité et ne prenant pas les mesures suffisantes pour le réduire, court le risque -considéré de premier rang - d'une forte atteinte à sa réputation¹⁸ et à son image de marque. Ce risque est évidemment amplifié par les réseaux sociaux, démultipliant les actions militantes, individuelles ou collectives -y compris sur des plateformes dédiées¹⁹-. De la même manière, les citoyens sont

¹⁷ V. <https://encore.naturalcapital.finance/en>

¹⁸ D'après une étude menée par le Forum économique mondial (WEF), la réputation d'une entreprise représente 25% de sa valeur : v. not. Novethic, <https://www.novethic.fr/lexique/detail/risque-de-reputation.html>

¹⁹ Par ex. <https://www.change.org/> ou <https://www.i-boycott.org/>

aussi des consommateurs, ayant un poids non négligeable par le biais de leur comportement d'achat. Les entreprises ne répondant pas à une évolution de leurs attentes en matière d'environnement prennent le risque d'être hors marché, d'autant plus si leurs concurrents directs, eux, s'engagent sur le sujet et mettent en place des actions concrètes.

Risque financier. Le secteur financier n'est pas épargné par ces évolutions. Si les investisseurs sont aujourd'hui beaucoup plus regardants que par le passé sur les pratiques et stratégies environnementales des entreprises, c'est qu'ils sont eux-mêmes exposés, au-delà des critiques médiatiques, à une potentielle dépréciation soudaine et subie de leurs actifs. Ce phénomène dit des "actifs échoués" (« *stranded assets* »), déjà matérialisé dans le contexte de la lutte contre le réchauffement climatique, est dorénavant clairement identifié dans le cadre du déclin de la biodiversité. Ce qu'a montré par exemple en 2020 le rapport "*Indebted to nature, Exploring biodiversity risks for the Dutch financial sector*"²⁰.

Au-delà du financement, c'est la couverture du risque d'exploitation des acteurs économiques qui est concernée. Les sociétés d'assurances sont particulièrement impactées par les catastrophes naturelles, et les coûts engendrés pour les assureurs sont en constante augmentation, ce qui les pousse progressivement à revoir leurs politiques d'assurance. Comme en matière de réchauffement climatique, le secteur de l'assurance est sensible à la perte de la biodiversité porteuse de risques sociaux, économiques et environnementaux²¹... Ainsi « *le défi, aujourd'hui, consiste à faire changer d'échelle les nouveaux produits d'assurance, à davantage sensibiliser aux risques les parties prenantes, à atteindre un plus grand nombre de personnes et de communautés et à assurer une protection efficace à long terme des ressources naturelles* »²². **Un défi par ailleurs renforcé par l'essor et la reconfiguration du marché de l'assurance de responsabilité environnementale du fait de la reconnaissance du dommage écologique**²³...

Risques réglementaires et contentieux. Un autre point majeur du risque de transition, provient ainsi du renforcement du cadre légal et réglementaire visant les entreprises dans le champ de la protection des écosystèmes.

En France, sans prétendre à l'exhaustivité, dans un contexte il est vrai d'allègement administratif pour les entreprises « installations classées pour la protection de l'environnement »

²⁰ VAN TOOR et al., en ligne : <https://www.dnb.nl/media/4c3fqawd/indebted-to-nature.pdf> ; Banque de France et alii., A 'Silent Sprint' for the Financial System? Exploring Biodiversity-Related Financial Risks in France, 2021

²¹ Pour ne donner qu'un exemple : celui du rôle des mangroves dans la lutte contre les inondations.

²² <https://axa.foleon.com/biodiversity-guide/biodiversity-at-risk-fr/biodiversit-et-assurance/>

²³ V. infra

(ICPE) et de soutien à la réindustrialisation, le code de l'environnement connaît cependant un durcissement des sanctions aux mains du préfet, et impose en aval des projets impactant la biodiversité une obligation de compensation écologique -non sans certaines critiques- que la loi Reconquête de la biodiversité de 2016 a consolidée.

Des mesures compensatoires existent aussi en aval, prévues dans le dispositif de « responsabilité environnementale » de la loi de 2008²⁴ implantant dans le code de l'environnement une police de la prévention et de la réparation des atteintes graves portés à *certaines écosystèmes* par des activités professionnelles. Eu égard à la portée limitée de ce cadre hybride, **l'un des apports majeurs de la loi de 2016 est d'avoir « écologisé » la responsabilité civile.** Ainsi au-delà de l'environnement immédiat, la réparation du dommage subi par les « biens-environnementaux » dispose d'un régime dédié aux article 1246 ss. du code civil : toute entreprise peut donc être tenue de réparer -par priorité en nature- le préjudice écologique consistant en « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». La mise en jeu de cette responsabilité civile environnementale, incluant des mesures de prévention, devrait par ailleurs bénéficier d'une autre avancée de la « Justice pour l'environnement » avec **la création de pôles régionaux spécialisés**²⁵. Lesquels seront également saisis²⁶ pour traiter au pénal de certains délits environnementaux, étant observé que **la loi Climat et résilience de 2021 a créé de nouvelles infractions générales assorties de lourdes sanctions** : délit de mise en danger de l'environnement, délit général de pollution des milieux et délit d'écocide. Alors que le droit pénal de l'environnement souffrait d'une « dépenalisation de fait », le risque infractionnel des entreprises portant atteinte à la nature est désormais bien réel. Pour réprimer mais aussi réparer le dommage environnemental, le juge pénal dispose d'ailleurs avec la Convention Judiciaire d'intérêt public environnementale d'un instrument -certes de transaction- facilitant, dans des délais contraints, la remise en état de la biodiversité impactée par l'infraction²⁷.

Enfin, pour les acteurs économiques et financiers, il faut se souvenir que cet ensemble des risques transitionnels dans le champ de la biodiversité est également alimenté par

²⁴ C. env. Art L. 160-1 ss.

²⁵ C. Org. Jud. art. L211-20, création par l'article 17 de la loi 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée ; v. Décret n° 2021-286 du 16 mars 2021 désignant les pôles régionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement.

²⁶ Article 706-2-3 du code de procédure pénale, créé par l'article 15 point 3 de la loi n° 2020-1672 préc.

²⁷ C. proc. Pénale, art. 41-1-3, issu de la loi 2020-1672 victime mais aussi du préjudice écologique. Les CJIP sont publiées : <https://www.ecologie.gouv.fr/convention-judiciaire-dinteret-public-cjip>

l'écosystème normatif de la RSE. Or ce cadre peut être sollicité pour qualifier la responsabilité civile pour faute d'une multinationale, comme l'a montré **la solution historique adoptée par le juge néerlandais dans le procès climatique contre Shell²⁸**, demain peut-être transposable à l'enjeu de la biodiversité : sur le fondement de l'ensemble des référentiels mondiaux RSE de respect des droits humains et de l'environnement et de bonne gouvernance d'entreprise, incluant ici les travaux de l'IPBES et l'accord mondial de la COP 15, la faute d'une multinationale pourrait en effet être admise, et lui serait enjoint de modifier son modèle d'affaires (chaîne d'approvisionnement incluse) pour respecter la « trajectoire biodiversité » de 30 % de protection des terres et des mers d'ici 2030. Une possible mise en cause -ou à tout le moins une nécessaire intégration des enjeux de biodiversité dans l'entreprise- favorisées par l'adoption en France et en Europe de plusieurs « instrumentaux légaux » de RSE.

II - L'intégration de la biodiversité dans l'entreprise : entre contraintes et incitations

Les outils de la RSE *biodiversitaire*. Conformément au cadre mondial envisagé post-2020, c'est une approche entre contraintes et incitations à l'adresse des entreprises qui est exposée dans plusieurs axes de la stratégie française²⁹ pré COP15, au-delà du seul secteur agricole. Ainsi au cœur de l'Axe 2 « **des ressources et des services de la biodiversité utilisés de manière durable et équitable** », l'objectif 7 vise à « **intégrer la biodiversité dans les stratégies des entreprises** » : outre une meilleure prise en compte de la biodiversité dans les projets ICPE, dans la filière de construction et le soutien de l'innovation en matière de biodiversité et des solutions fondées sur la nature, il s'agit de renforcer cette dimension dans les labels ou normes des secteurs économiques, d'accompagner les approvisionnements durables et les pratiques favorables à la biodiversité -un encouragement aux bonnes pratiques repris à l'axe 3-, mais aussi d'intégrer la biodiversité dans les *reporting* et choix d'investissement. **Ces dispositifs légaux supposent des démarches intégrées de l'entreprise, exigences par ailleurs souvent diffusées dans la chaîne économique par la voie contractuelle, ou encore déployées de manière volontaire dans le cadre d'une prise de conscience et d'une anticipation des risques de la part des entreprises.**

²⁸ Les Etats ne sont plus les seuls à voir contester leur politique climatique, v. not. l'affaire Shell : jugement de la Cour de district de la Haye, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26 mai 2021.

²⁹ V. https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/strategie%20Biodiversit%C3%A9%202030_1er%20volet.pdf

Au sein de la question environnementale, la *RSE biodiversitaire* est donc désormais amenée à se déployer sur la base d'outils imposés (A) et d'incitations (B) par ailleurs souhaités par le nouveau cadre mondial.

A- La *compliance* RSE à l'heure de la protection de la biodiversité

La défense juridique de la biodiversité s'est développée en France sur la base de divers outils environnementaux législatifs et réglementaires à destination des entreprises -police des ICPE, de l'eau, des déchets...-, complétés par des dispositifs locaux tels les arrêtés de biotope, l'identification d'espaces protégés, les documents d'urbanisme et de planification... Ces voies classiques encadrant ou contraignant dans certains cas la liberté d'entreprendre sont désormais complétées -la France étant pionnière en ce domaine- par l'« écologisation » du droit des sociétés et des groupements et du droit financier, ce qui impacte davantage d'acteurs économiques. Aux obligations de vigilance en voie d'extension (1) s'ajoute un cadre d'« *accountability* » (2) renforçant l'intégration des enjeux environnementaux et en particulier de la biodiversité dans les entreprises .

1- Un devoir légal de vigilance environnementale étendu

Voie d'un contentieux dans le champ de la biodiversité. Sans revenir en détail sur le devoir de vigilance que la France a été le premier pays dans le monde à légaliser³⁰, rappelons que cet outil de *compliance* -publié dans le rapport annuel de gestion- vise les risques d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement dans la chaîne de valeur des grosses sociétés mères et donneuses d'ordre françaises, et est désormais mobilisé dans le champ contentieux. Certes la matière est dominée à ce jour par les procès climatiques, mais plusieurs cas concernent d'ores et déjà la biodiversité, comme le montre l'affaire CASINO. **Ainsi outre une action en cessation de l'illicite pour défaut ou insuffisance de plan³¹**, le distributeur est l'objet d'une **action en réparation du fait de son implication dans la déforestation provenant de sa filière de produits carnés en Amérique du Sud³²** : cette affaire, portée par des représentants des populations autochtones soutenus par des associations françaises comme *Sherpa* et *Notre affaire à tous*, pourrait fournir un bon exemple d'introduction de **l'action en responsabilité civile pour**

³⁰ S'inspirant de la « due diligence » et de la « sphère d'influence » des Principes OCDE à l'intention des multinationales : C. com. Art. L. 225-102-4, Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF 28 mars 2017.

³¹ C. com. art. L225-102-4 II

³² V. sur le site Le radar de la vigilance : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/VF-Casino-en-Amazone.pdf>

faute de vigilance³³, et aboutir, pour les atteintes aux écosystèmes, à une application du régime français de réparation du dommage écologique causé dans ce pays tiers...

Vigilance étendue *rationae materiae et rationae personae*. En France, déjà en pointe depuis l'adoption en 2018 d'une stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée, la loi Climat et résilience du 22 août 2021 a étendu ce devoir légal de vigilance à la déforestation, enjeu majeur pour la biodiversité -également pour le climat-. A compter du 1^{er} janvier 2024, « pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière, ce plan comporte en particulier des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation associée à la production et au transport vers la France de biens et de services importés. ». **La France a également pesé dans l'adoption du nouveau règlement européen anti-déforestation (EUDR) sur lequel un accord a été obtenu fin 2022**³⁴. **Seuls les produits récoltés dans le respect des forêts dans le monde après le 31 décembre 2020 seront bientôt autorisés à entrer sur le marché UE**, des contrôles annuels permettant de vérifier le respect de ce cadre par les entreprises importatrices comme distributrices, ce qui suppose leur adoption d'un système de vigilance sur un large éventail de produits ayant un impact sur l'environnement (bois, soja, café, cacao, bœuf, huile de palme et certains produits dérivés). Plus largement enfin, on sait aussi que le cadre français aura inspiré la *proposition de Directive européenne sur la vigilance*³⁵.

2- Le vecteur de responsabilisation imposé par l'*accountability*.

Réorienter les flux financiers : du *reporting* biodiversité de la finance... C'est par la porte du secteur financier que, dans le cadre de son **Plan d'Action pour la finance durable et du Green Deal**, l'Europe a d'abord souhaité relancer -et faire ruisseler dans l'ensemble de la chaîne économique- la transparence sur les enjeux globaux du climat d'abord et de la biodiversité ensuite. Ainsi **la *Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR)***³⁶ **impose aux acteurs financiers de rendre des comptes sur les activités de leur portefeuille de participations ayant un impact négatif sur la biodiversité**, en publiant la « part des

³³ C. com. art. 225-102-5.

³⁴ Proposition COM(2021) 706 final 2021/0366 17.11.2021, a été adoptée avec des amendements par le Parlement européen en 1^{ère} lecture le 13 sept. 2022 : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0311_FR.pdf

³⁵ V. ici la contribution de G. Jazottes.

³⁶ Règlement (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers JOUE 9.12.2019

investissements dans les entreprises bénéficiaires dont les sites/opérations sont situés dans ou à proximité de zones sensibles du point de vue de la biodiversité et où les activités de ces entreprises ont un impact négatif sur ces zones ». Ce dispositif a été implanté en France par l'article 29 de la loi Énergie Climat de 2019³⁷ et son décret d'application publié en mai 2021³⁸ impose à tous les investisseurs gérant plus de 500 millions d'euros d'intégrer dans leur *reporting* ESG, les risques climatiques et l'impact sur la biodiversité.

...**A la Taxonomie verte.** Une nouvelle étape dans l'orientation des investissements financiers a été franchie avec le **Règlement UE « Taxonomie verte » publié en juin 2020³⁹** : d'effet direct dans les Etats membres, ce texte fournit **une classification d'activités économiques considérées comme durables en matière environnementale**. Elle repose sur six objectifs environnementaux : l'atténuation du changement climatique, l'adaptation, l'eau, l'économie circulaire, la pollution et la "*protection et restauration de la biodiversité et des écosystèmes*". Pour être considérée comme durable, une activité doit contribuer significativement à l'un des six objectifs, tout en ne causant préjudice à aucun des cinq autres et en respectant les droits humains.

Cette mesure est un vrai tournant, à la fois par sa complexité, son niveau de détail, et par l'étendue des thématiques environnementales couvertes. L'entrée en application complète, incluant donc la protection de la biodiversité, **se fera toutefois dès l'exercice fiscal 2024**, ce qui, au regard du champ d'informations à fournir, arrive vite. L'idée est donc pour une société donnée de passer en revue l'ensemble de ses activités et de distinguer celles qui répondent au critère de durabilité de celles qui n'y répondent pas. Une activité ayant un impact nocif sur la biodiversité ne pourra donc pas rentrer dans ce cadre. **Par exemple en matière de biodiversité, le critère de l'artificialisation des sols, de la déforestation, pourraient devenir centraux pour nombre de secteurs...**

Si les acteurs des marchés financiers doivent publier la proportion de leurs investissements effectués dans des activités « alignées avec la Taxonomie », **toute société**

³⁷ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

³⁸ Décret n° 2021-663 du 27 mai 2021 pris en application de l'article L. 533-22-1 du code monétaire et financier, JORF n°0122 du 28 mai 2021

³⁹ Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, JOUE 22.6.2020

aujourd'hui soumise à la directive européenne sur le *reporting* extra financier (NFRD)⁴⁰ - transposée en France avec la DPEF⁴¹- devra publier dans ce support annuel des éléments de la taxonomie : à savoir la part de son chiffre d'affaires, de ses dépenses d'investissement (CapEx) et d'exploitation (OpEx) associés à des activités établies comme durables.

De la DPEF à la CSRD... A n'en pas douter, ce cadre de la Taxonomie devrait donc donner une densité plus grande aux informations relatives à la biodiversité dans les rapports extra-financiers des sociétés. Car à ce jour force est de constater que dans l'obligation réglementaire de *Déclaration de performance extra financière* (DPEF, 2017), la rubrique « Protection de la biodiversité : les mesures prises pour préserver ou restaurer la biodiversité » reste bien souvent non renseignée. De ce point de vue, **des progrès devrait être apportés par l'entrée en vigueur de la directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) adoptée par le Conseil UE le 28 novembre 2022⁴².**

Le rapport attendu est dit de « durabilité », **basé sur la double matérialité** : les sociétés européennes soumises à la CSRD seront alors tenues de publier pour chaque pilier **les risques identifiés, leurs impacts mais aussi les stratégies et actions mises en place ainsi que des indicateurs de performance appropriés attestant du résultat de ces politiques**. Au total, environ 50 000 entreprises européennes ou opérant sur le territoire européen sont progressivement concernées⁴³, soit près de cinq fois plus qu'actuellement. Reste à proposer des métriques précises : un des enjeux principaux reste le manque de données fiables et vérifiables pour étayer les informations qualitatives publiées.

Vers des standards uniformisés. Un des points notables de la CSRD est l'utilisation obligatoire **de normes communes** : les *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS), élaborées par l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*). En avril 2022, a été présenté un projet de 39 pages sur les indicateurs *Biodiversity and ecosystems*⁴⁴. Le premier indicateur – *Plan de transition conforme aux objectifs d'aucune perte nette d'ici 2030, gain net*

⁴⁰ Principalement les entreprises de plus de 500 salariés, domiciliées au sein de l'Union européenne

⁴¹ C. com art. L. 225-102-1 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non-financières par certaines grandes entreprises et certains groupes.

⁴² Directive 2021/0104 sur la publication d'informations en matière de durabilité par certaines entreprises

⁴³ Seules les entreprises présentes dans le scope de la directive NFRD seront concernées pour l'exercice fiscal 2024. Dès l'exercice 2025 seront concernées toutes les sociétés cotées sur les marchés européens réglementés, et celles réunissant 2 des 3 critères suivants : un nombre moyen de salariés supérieur à 250, un bilan supérieur à 20 millions d'euros, ou un chiffre d'affaires net supérieur à 40 millions d'euros.

⁴⁴ EFRAG ESRS E4 Biodiversity and ecosystems

à partir de 2030 et rétablissement complet d'ici 2050- reprend logiquement la trajectoire désormais donnée aux entités par l'accord mondial post-2020. Mais alors l'accord de Paris fournit en matière de climat un indicateur unique, la biodiversité quant à elle ne peut pour le moment pas compter sur une mesure comparable à la tonne de CO₂, d'où la difficulté de rapporter sur la rubrique E4-3 « objectifs mesurables pour la biodiversité et les écosystèmes ».

Plusieurs initiatives mondiales travaillent à l'élaboration d'un cadre mondial d'évaluation et de mesure, avec en toile de fond le choix entre une approche « relative » - « faire mieux »- et une vision absolue pour la protection de la biodiversité : alors que la première se focalise sur la performance économique et intègre les questions environnementales dans le fonctionnement courant des acteurs économiques, l'autre cherche la performance écologique en intégrant les activités des acteurs économiques dans les limites du fonctionnement des écosystèmes. **Deux initiatives font l'objet d'un certain consensus.**

La première est la *Taskforce on Nature-related Financial Disclosures (TNFD)*⁴⁵ : lancé en juin 2021, ce groupe de travail élabore un cadre permettant aux institutions financières et aux entreprises de mieux identifier et rendre compte de leurs risques et opportunités liés à la nature.

La seconde, la plus connue, est considérée comme un outil de performance écologique « absolue » : la trame du *Science-Based Targets for Nature*, issue des travaux du réseau SBTN⁴⁶, propose une série d'objectifs environnementaux à la fois basés sur les connaissances scientifiques actuelles, compatibles avec le concept de limites planétaires⁴⁷ et la philosophie du développement durable, tout en étant mesurables et temporellement définis.

Si l'on résume, dans un horizon de trois ans, le panorama du *reporting* environnemental européen aura complètement évolué, en accord avec la 15^{ème} cible du cadre mondial pour la biodiversité. Les entreprises concernées n'ayant pas encore abordé la thématique biodiversité vont devoir déployer des efforts importants afin d'être en mesure de présenter une information

⁴⁵ V. le site : <https://tnfd.global/>

⁴⁶ *Science Based Targets Network* : <https://sciencebasedtargetsnetwork.org/>

⁴⁷ Le concept de limites planétaires (au nombre de 9), proposé en 2009 par l'équipe du scientifique suédois Johan Rockström, délimite un espace de sécurité pour la survie de l'humanité. 6 de ces limites seraient déjà dépassées, notamment en matière d'érosion de la biodiversité celle de la diversité génétique. Ce concept figure désormais dans le code de l'environnement, l'article L110-1-1 posant que « la transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires (...) »

fiable et exhaustive. **Car même si les sanctions pénales prévues en cas de non-divulgation n'ont pour le moment pas été réellement précisées, les rapports extra-financiers sont aujourd'hui de plus en plus scrutés, et la sanction par le marché peut, elle, être conséquente.** Notons enfin également l'effet de « ruissellement » de cette réglementation, les sociétés soumises au *reporting* souhaitant faire remonter de leurs entreprises sous-traitantes, fournisseurs ou clientes des informations, si ce n'est des garanties, dans le champ de leur propre démarche environnementale... **C'est une des raisons pour lesquelles à côté des démarches de « redevabilité », les pouvoirs publics soutiennent également le déploiement volontaire de la RSE biodiversitaire.**

B- Un écosystème incitatif pour réduire l'empreinte biodiversité

Un écosystème incitatif a émergé, au soutien d'une diffusion de la logique conceptuelle du « **Eviter-Réduire-Compenser** » par tout acteur économique. D'autres dispositifs d'accompagnement et/ou de valorisation des démarches « biodiversitaires » sont mobilisables. C'est le cas, des dispositifs de certification (1) et des plateformes et programmes institutionnels pour la biodiversité (2).

1- Les dispositifs de certification

Une multitude de labels. Difficile de ne pas évoquer l'approche « produit » lorsqu'est envisagée l'empreinte biodiversité d'une activité économique. **C'est tout l'enjeu des démarches d'écoconception, pour diminuer l'impact global -du berceau à la tombe- d'un produit sur les écosystèmes naturels :** approvisionnement plus responsable en matières premières et en ressources naturelles, amélioration de la recyclabilité ou de la biodégradabilité des emballages... Pour valoriser ces démarches, -sans pouvoir ici envisager l'ensemble des cadres de certification des produits ou des entreprises-, **il existe des labels publics** tels que l'Ecolabel européen, le label Agriculture Biologique (AB), le Haute Valeur Environnementale (HVE) certifiant les pratiques agricoles d'une exploitation, le label Pêche durable...

Et, en plus grand nombre encore, **des labels privés :** par exemple, pour le respect des forêts, le Forest Stewardship Council (FSC), le Programme de reconnaissance des certifications forestières (PEFC), le label Rainforest alliance ; dans le secteur cosmétique, le COSMOS - COSMetic Organic Standard- ; dans le secteur textile le Oeke-tex 100 ; en matière alimentaire le

Fairtrade Max Havelaar...-, labels privés dont la gouvernance **associe parfois les pouvoirs publics** comme le label « CERA 4in1 » en matière de minerais ou le « Ocean Approved »...

Une norme AFNOR au soutien de la RSE biodiversitaire. Au titre du cadre normatif de soutien de l'intégration de l'enjeu de la biodiversité dans les entreprises, il faut **citer la norme NF X 32-001 éditée en janvier 2021 par l'Association française de normalisation**. Le processus recommandé se décompose logiquement **en trois temps** : analyse et hiérarchisation des impacts et dépendances de l'entreprise vis-à-vis de la biodiversité ; formalisation d'une stratégie et d'un plan d'action ; mise en œuvre et le suivi de la démarche. Avec une structure qui est donc classique au regard des autres guides accompagnant l'intégration de la biodiversité dans les entreprises, ce cadre se caractérise toutefois par des éléments caractéristiques des normes de responsabilité sociétale -ISO 26000- puisqu'il s'attache aux enjeux de gouvernance et d'implication des parties prenantes -notamment les ONG-.

2- Des programmes institutionnels et plateformes pour la biodiversité

Des initiatives institutionnelles en France. Au niveau interne, un accompagnement est proposé par l'**Office Français de la Biodiversité en charge du programme *Entreprises engagées pour la nature - act4nature France***. Il requiert, pour les sociétés adhérentes, la présentation d'un plan d'action répondant aux principaux facteurs de perte de biodiversité, et faisant l'objet d'une évaluation régulière. En échange, leur est donnée l'opportunité de bénéficier d'un accompagnement dans la structuration et l'application de leur démarche. Par ailleurs la filiale Biodiversité de la Caisse des Dépôts et Consignations, outre son offre de service en tant qu'acteur majeur de la compensation écologique en France, propose plusieurs dispositifs : soit d'évaluation comme le ***Global Biodiversity Score (GBS)*** mis au point en 2020 pour mesurer son empreinte biodiversité ; soit d'accompagnement dans un cadre contractuel comme le Contrat de Performance Biodiversité (CPB) proposée aux acteurs de l'immobilier comportant des indicateurs de moyens et de résultats, notamment sur la performance en matière de faune, de flore, de diversité biologique, de diminution de l'utilisation d'amendements chimiques et de produits phytosanitaires dans les espaces verts.

Réseaux participatifs. De nombreuses plateformes réunissant entreprises, scientifiques et institutions publiques ont par ailleurs rapidement émergé sur l'enjeu de la biodiversité. Au niveau international, la **coalition *Business for Nature*** rassemble des organismes comme le

Forum Économique Mondial, des instituts de recherche, des entreprises et des organisations non gouvernementales, en se donnant surtout pour mission d'influer sur les prises de décisions politiques en faveur de la biodiversité. De son côté, le ***Global Partnership for Business and Biodiversity (GPBB)*** porté par la Convention sur la Diversité Biologique des Nations Unies a été lancé lors de la COP10 de Nagoya pour stimuler l'engagement des acteurs économiques en faveur de la biodiversité. Réseau international, constitué d'antennes nationales et régionales, son point d'entrée en France est la ***Plateforme de l'Initiative Française pour les Entreprises et la Biodiversité*** : elle permet « un partage de pratiques et de connaissances », expose « des études de cas » et « fournit des ressources ». **Quant à l'Union Européenne, elle dispose de sa propre initiative, dans la lignée de sa stratégie biodiversité : la plateforme *Business @ Biodiversity*** se veut aussi une interface de dialogue entre acteurs publics et privés, destinée à faciliter la prise en compte du capital naturel dans les processus décisionnels des entreprises et des institutions financières européennes.

Approche par la ressource économique, approche par l'objet réglementaire (droit de l'environnement comme droit des affaires), et/ou par la valorisation de démarches volontaires : pour répondre au défi du nouveau cadre mondial, les entreprises disposent de plusieurs leviers de prise en compte de la biodiversité. **Sur la trajectoire de protection de 30% puis de « nature positive 2050 », comme sur les « solutions fondées sur la nature », reste à maîtriser les concepts et passer à l'action :** les acteurs non gouvernementaux actifs dans le champ environnemental sont eux-aussi très mobilisés pour soutenir le chantier de la RSE biodiversitaire pour laquelle ils seront les parties prenantes essentielles des entreprises.

Avant peut-être de siéger au Conseil d'administration de sociétés souhaitant que les droits de la nature soient représentés dans leur gouvernance, à l'instar d'un premier -et très médiatique- exemple britannique⁴⁸.

⁴⁸ La société Faith in Nature, dans le secteur de la cosmétique, basée à Edimbourg est la première au monde à avoir nommé en septembre, un représentant de la nature dans son conseil, avec droit de vote sur les décisions stratégiques. Un appel à candidats pour un projet pilote est lancé en France par Notre affaire à tous : <https://notreaffaireatous.org/cp-un-vote-et-une-voix-pour-la-nature-dans-les-conseils-d-administration-des-entreprises-francaises>

Protection de la biodiversité et régulation de la propriété intellectuelle :
une alliance encore infructueuse?

par Alexandra MENDOZA-CAMINADE

Lors du colloque organisé en 2018 par l'université de Hué, ma présentation avait porté sur l'articulation entre la protection de l'innovation et le respect de l'environnement. Pour ce deuxième colloque organisé par l'université de Hué, j'ai choisi de revenir sur cette thématique pour évaluer la situation et voir si 5 ans après, une évolution était constatée et le cas échéant dans quel sens : est-on parvenu à un équilibre entre d'une part l'indispensable protection de la biodiversité et le droit de la propriété intellectuelle, est-on parvenu à une alliance fructueuse, ou comme le laisse à penser l'intitulé de ma contribution, l'alliance est-elle encore infructueuse ?

Rappelons que les ressources génétiques contenues dans la biodiversité sont à la base de l'innovation dans de nombreux domaines industriels, par exemple dans l'industrie pharmaceutique et cosmétique ou encore semencière. Les composantes génétiques des végétaux, des animaux mais aussi les différentes molécules présentes dans ces êtres vivants peuvent permettre de déposer des brevets. Or la brevetabilité de cette biodiversité conduit indirectement à une forme de privatisation du vivant puisque le brevet d'invention confère un droit exclusif d'exploitation pendant 20 ans à son titulaire empêchant une utilisation de l'objet breveté. Cette démarche de prospection biologique, appelée bioprospection, constitue un enjeu particulièrement important pour certains secteurs et l'obtention d'un brevet participe de la valorisation des recherches menées par ces entreprises. Or cette prospection a donné lieu à de nombreux excès au détriment des populations détenant les ressources biologiques et les connaissances traditionnelles qui y sont associées.

De tels excès ont justifié l'adoption en 1992 de la Convention sur la diversité biologique (CDB) dont l'objectif est de réguler la bioprospection et de lutter contre l'extinction des espèces. Le protocole de Nagoya, adopté dans le cadre de la 10^{ème} conférence des parties à la Convention de Rio sur la biodiversité le 29 octobre 2010 a été signé par la France le 20 septembre 2011, et est entré en vigueur le 12 octobre 2014. Ce protocole crée un engagement en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages découlant de leur utilisation. Le but est à la fois de préserver la biodiversité et de d'introduire plus d'équité dans les relations entre le Nord et le Sud. Pour assurer la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, l'Union européenne a adopté le règlement n° 511/2014 du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union européenne dudit protocole. Puis le législateur français a décidé, par une politique volontariste, de préciser les modalités de mise en œuvre du dispositif pour le territoire français. A ce titre, la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages veut promouvoir une politique de répartition des richesses naturelles dans la lignée de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole de Nagoya. Parmi les principes consacrés figure la lutte contre la biopiraterie afin de donner suite aux engagements internationaux pris par la France, signataire du Protocole de Nagoya, et la loi encadre l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages. Mais la mise en œuvre de ces règles s'est avérée extrêmement

délicate au point d'interroger sur l'effectivité du dispositif et sur son effet bloquant pour la recherche.

1. La prise de conscience de la nécessité d'une réglementation de l'accès aux ressources génétiques de la biodiversité

Le terme biodiversité est d'apparition très récente. Le mot « biodiversité » est issu de l'expression « diversité biologique » qui désigne aujourd'hui la variété des organismes vivants et des écosystèmes dans lesquels ils vivent et interagissent. Le mot « biodiversité » a été utilisé pour la première fois en 1988 pour contracter l'expression « diversité biologique ».

Longtemps, le principe de l'accès aux plantes reposait sur la liberté : liberté d'accès, de circulation des ressources, d'échanges. Autrement dit, l'accès était gratuit et libre : les ressources biologiques étaient considérées comme des biens communs circulant librement au gré des recherches et des échanges botaniques. Mais progressivement, une inquiétude est apparue chez certains chercheurs et cette préoccupation à l'égard de la préservation de la nature a été relayée au niveau international au sein de l'ONU. Diverses réunions ont été organisées, avec un premier sommet de la terre à Stockholm en 1972, un deuxième sommet à Nairobi au Kenya en 1982, et l'inquiétude n'a fait que croître avec le développement des atteintes à la nature par l'homme. En effet, la biodiversité connaît une certaine marchandisation : les ressources génétiques deviennent l'objet d'enjeux économiques considérables, en particulier à partir des années 80 où débute la recherche sur le vivant et où apparaissent les brevets biotechnologiques. Désormais, l'homme est capable de manipuler les ressources génétiques et se les approprier/réserver par la voie du brevet : il s'opère alors une industrialisation des ressources et de la biodiversité. Par les droits de propriété intellectuelle, il se produit une confiscation de l'accès à la ressource manipulée par l'homme et cet accès devient payant.

C'est dans ce contexte de préoccupation accrue des chercheurs que la communauté internationale va à nouveau se réunir à Rio et va adopter des règles éthiques en matière d'utilisation d'une ressource génétique : il s'agit d'imposer en matière d'accès et de partage des avantages (APA) un partage juste et équitable des avantages avec le pays qui a fourni cette ressource génétique. La ressource doit être utilisée de manière durable et les avantages doivent contribuer à la conservation de la biodiversité. C'est un texte fondamental, la Convention sur la Diversité Biologique CDB qui va inaugurer la prise en compte de considérations éthiques pour réguler l'accès à la biodiversité.

2. L'apparition d'une régulation juridique de la biodiversité

Lors du 3^{ème} sommet de la Terre à Rio (Brésil), sous l'égide de l'ONU, la communauté internationale décide de protéger la biodiversité et adopte pour cela trois conventions internationales environnementales lors du troisième sommet de la Terre à Rio de Janeiro (3-14 juin 1992) : La Convention sur la Diversité Biologique, la Convention-cadre sur les changements climatiques et la Convention sur la lutte contre la désertification.

Entrée en vigueur le 29 décembre 1993, la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) compte 196 Etats parties (on compte un absent important : ce sont les États-Unis). Ce texte présente trois objectifs principaux, à savoir assurer la conservation de la diversité biologique, garantir l'utilisation durable de la biodiversité ainsi que le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Les

pays riches en biodiversité admettent le principe de l'accès à leurs ressources en échange d'une contrepartie versée par les pays utilisateurs. Le partage des avantages sera le plus souvent monétaire, mais il peut également être non monétaire, comme un transfert de connaissances ou encore le partage des résultats de la recherche.

Ainsi, les pays « sources » peuvent demander le partage des bénéfices, en contrepartie de l'accès, grâce au dispositif de l'Accès et Partage des Avantages (APA). Les pays dotés des ressources ont désormais le droit d'exiger des contreparties et ainsi de mettre fin à l'accès libre et gratuit qui dominait jusqu'à la convention sur la diversité biologique. En outre, la Convention sur la Diversité Biologique permet la reconnaissance officielle des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques (CTA) : l'accès et l'exploitation de ces connaissances ne sont plus librement possibles par les entreprises qui doivent associer les communautés détentrices de ces savoirs à leur utilisation. L'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées (CTA) doit être réalisée doit être partagée de manière juste et équitable, l'objectif ultime étant la conservation de la biodiversité.

Des négociations ont été conduites et ont abouti à l'adoption du Protocole de Nagoya en octobre 2010, lors de la dixième Conférence des parties à la CDB, visant à permettre la mise en œuvre de la régulation décidée par la CDB. Le Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010 est entré en vigueur le 12 octobre 2014 et précise les dispositions de la CDB afin de rendre applicable le dispositif d'accès et de partage des avantages. Toutefois, la Convention sur la Diversité Biologique comme le Protocole de Nagoya ne sont contraignants que pour les Etats qui les ont ratifiés. En outre, ces textes n'ont pas d'effet direct, ce qui suppose pour chaque Etat d'adopter des textes spécifiques pour permettre l'application nationale du dispositif. Cette adaptation du cadre international peut se faire au niveau d'un Etat mais également à un niveau régional, comme celui de l'Union européenne. Mais cette « transposition » des textes internationaux est indispensable pour permettre l'application et donc l'opposabilité des obligations aux utilisateurs des ressources concernées.

Ce sont donc des textes juridiques régionaux et/ou nationaux qui régulent en pratique l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées.

3. L'adoption de textes nationaux pour permettre l'effectivité du dispositif : l'exemple français
En s'engageant avec la CDB et le protocole de Nagoya, les pays doivent ensuite adopter des réglementations consacrées à l'accès à la biodiversité et aux connaissances associées. Pour cela, ils disposent d'une certaine marge de manœuvre afin de fixer les modalités concernant l'APA au nom de leur souveraineté. Des orientations différentes ont ainsi été adoptées selon les Etats, le cadre fixé à l'international restant assez large.

En France, c'est la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, loi du 8 août 2016 qui a procédé à la déclinaison du cadre international à l'échelle nationale. A l'égard des autres pays membres de l'Union européenne, la situation de la France particulière puisqu'elle est à la fois fournisseur et utilisateur de ressources génétiques. Elle est en effet fournisseur car elle est dotée d'une riche biodiversité grâce à ses territoires ultramarins et ses eaux territoriales. La France est également un important utilisateur de biodiversité située dans des pays tiers en raison du dynamisme de la recherche dans certains secteurs, par exemple l'agroalimentaire et la cosmétique.

Deux procédures essentielles d'accès sont désormais prévues en France :

- la déclaration pour mener des activités de recherche impliquant l'accès à des ressources génétiques sans objectif direct de développement

- la demande d'autorisation préalable pour établir les conditions d'accès à des ressources génétiques pour mener des recherches avec un objectif de développement commercial.

Par ailleurs, une procédure a été établie pour l'accès à des connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques concernant les communautés d'habitants de la Guyane et de Wallis-et-Futuna.

En vertu du dispositif applicable, le chercheur qui souhaite accéder à des ressources végétales doit respecter de nombreuses obligations liées aux règles d'accès aux ressources génétiques en vigueur dans le pays source. Pour déterminer précisément les précautions à prendre, il faut contacter l'autorité nationale compétente avec laquelle le partage des avantages sera négocié qui délivrera un permis de collecte à l'utilisateur de la ressource. Un « certificat de conformité internationalement reconnu » sera aussi délivré par le Centre d'échange de la Convention sur la biodiversité, basé à Montréal (Canada).

4. L'adoption de textes régionaux pour permettre l'effectivité du dispositif : l'exemple de l'Union européenne

C'est par le règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation que l'Union européenne a procédé à la mise en application du protocole de Nagoya. Ce règlement européen n° 511/2014 s'applique directement à tous les Etats membres de l'UE depuis le 12 octobre 2014 (sous réserve de quelques articles entrés en vigueur le 12 octobre 2015).

Ce règlement porte sur le respect des règles sur l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles qui y sont associées, et sur le partage des avantages découlant de leur utilisation. L'objectif global de ce règlement consiste à ce que les utilisateurs s'assurent que les avantages soient partagés de manière juste et équitable selon des conditions convenues d'un commun accord. Pour cela, les utilisateurs de ressources génétiques sont tenus de soumettre une déclaration de diligence raisonnable ; cette déclaration intervient lors du financement des travaux de recherche en cas de besoin d'utiliser des ressources génétiques, ainsi que lors de l'étape finale de développement d'un produit.

Cette règle de la diligence raisonnable vise à vérifier que les utilisateurs d'Etats membres de l'Union Européenne ont eu accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées dans les pays sources dans le respect des réglementations nationales en vigueur et que les avantages sont bien partagés au regard des conditions négociées. Dans certains, cas, pour plus de garanties, un permis peut être nécessaire pour les utilisateurs.

Chaque pays de l'Union doit désigner une autorité responsable de la mise en œuvre de ce règlement, ce qui constitue donc un niveau d'application régional pour les Etats membres de l'Union européenne non dotés d'une législation spécifique pour la mise en œuvre de la CDB. Or la majorité des Etats membres a choisi de laisser l'accès à la biodiversité libre de tout cadre de réglementation internationale et pour ceux qui ont réglementé l'accès à la biodiversité, des disparités importantes existent. Cela fait partie des difficultés de mise en œuvre du cadre de réglementation prévu par le Protocole de Nagoya.

5. Conclusion : l'évolution normative a-t-elle permis de rendre les normes éthiques applicables et effectives ?

Chaque nation est souveraine pour réglementer l'accès à sa biodiversité et les conditions de cet accès peuvent donc être très variables : libre ou contraignant, rapide et gratuit ou plutôt complexe et onéreux pour l'utilisateur.

Au niveau français, l'éthique a été intégrée et les objectifs fixés ont été atteints, à savoir un contrôle strict de l'usage des ressources. Mais il existe de nombreux problèmes de mise en œuvre du fait de la complexité juridique du nouveau dispositif applicable.

Pour les chercheurs universitaires et privés, la recherche et développement sur les végétaux était beaucoup plus simple à mettre en œuvre avant les réglementations APA : ces dernières exigent désormais une attention particulière préalable à tout travail de laboratoire. Les procédures administratives visant à obtenir les autorisations nécessaires avant de commencer les travaux de laboratoire sur les RG ne peuvent que rajouter des délais supplémentaires.

Ces nouvelles contraintes conduisent parfois à des effets paradoxaux sur la conservation en décourageant des chercheurs, notamment ceux du secteur public, de mener des programmes en écologie ou de systématique botanique en raison d'une bureaucratie complexe.

Face à une compétition scientifique et industrielle mondiale, les organismes de recherche et les entreprises peuvent redouter une extrême lenteur du système auquel on a abouti, pour ne pas parler de blocage.

Avec la réglementation APA, la mise en œuvre du Protocole de Nagoya ne facilite pas l'accès aux ressources et à leur exploitation. En outre, les obligations qui en découlent ne sont pas toujours très claires pour les utilisateurs. Le point essentiel qui pose difficulté est celui des négociations APA qui sont décrites par les protagonistes comme fastidieuses et déséquilibrées. Là où les pays fournisseurs recherchent une forme de développement économique, les utilisateurs du secteur public et privé ne peuvent s'engager qu'à la mesure des moyens développés pour l'activité de recherche et des résultats obtenus.

Les visions sont en effet radicalement différentes et les risques pris divergent totalement. Il apparaît en outre délicat de déterminer l'objet du partage, tout comme la contrepartie concédée et son montant.

Conclusion : un changement de paradigme s'est produit et a conduit d'une marchandisation excessive des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à une exclusivité très contrôlée par certains Etats sources. On peut bien sûr se réjouir que les grands principes édictés par la CDB et le Protocole de Nagoya soient intégrés dans un certain nombre de législations et mis en œuvre. Pour autant, il est possible de s'interroger concernant l'effet de ce dispositif sur l'activité de la recherche en matière de biodiversité : cette recherche est désormais plus complexe et laborieuse, ce qui est parfois dissuasif pour les entreprises, en particulier celles du secteur privé. Le dispositif apparaît à certains égards comme constituant une imposition financière à la charge de ces entreprises, à contre-courant des moyens de valorisation pratiqués dans d'autres secteurs : autrement dit, de par sa lourdeur et son caractère administratif, le dispositif n'a pas encore totalement atteint ses objectifs vertueux, à savoir convaincre l'ensemble des acteurs de la recherche de contribuer activement à la préservation de la biodiversité. Espérons que des ajustements normatifs permettront à l'avenir d'aboutir à une alliance fructueuse des intérêts respectifs de tous les acteurs.

Perfectionnement le droit du travail sur la négociation collective dans l'entreprise pour pratiques commerciales responsables – Le cas du Vietnam

Thi Hai Yen HOANG¹, Duc Luong DOAN², Dinh Lanh CAO³

Résumé

La relation entre les employés et les employeurs est qualifiée de « relation inégale » depuis la nuit des temps. En interne, cette relation a toujours des risques potentiels de conflits et de litiges sur les droits et les intérêts de chacun des parties. Les employés sont presque toujours dans une position vulnérable dans presque tous les conflits, et ils peuvent à peine utiliser leur force limitée pour faire valoir leurs droits légaux. De nombreux travailleurs subissent l'injustice et l'exploitation en raison de ce déséquilibre, nécessitant l'intervention d'un tiers pour protéger les droits des travailleurs difficiles en particulier et des travailleurs en général. Après avoir ratifié la convention n° 98 sur Droit d'organisation et de négociation collective de l'Organisation internationale du travail ainsi que la signature d'accords de libre-échange de nouvelle génération, Le Vietnam a codifié de nombre de ses engagements primordiaux dans le nouveau Code du travail de 2019 qui prévoit pour la première fois les dispositions permettant aux travailleurs dans l'entreprise du droit de former leur propres organisations représentatives dans l'entreprise non affiliées au syndicat. Cet article de recherche donne un aperçu et une analyse des réformes du Vietnam de la législation sur la négociation collective dans l'entreprise ainsi que les moteurs des réformes et les implications potentielles des changements.

Mots-clés: *Vietnam; négociation collective dans l'entreprise; organisation représentative des travailleurs au niveau local; syndicat; organisation représentative des travailleurs dans l'entreprise; pratiques commerciales responsables.*

Introduction

La réforme économique et politique du Viet Nam sous « Doi Moi » depuis 1986 a résulté dans une transformation remarquable, voyant le le pays passe de l'une des nations les plus pauvres en Asie vers un pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure et l'une des économies à la croissance la plus rapide dans la région Asie-Pacifique. Avec une planification économique

¹ L'auteur, Docteur en droit, Directrice du Département de Droit civil de l'Université de Droit de l'Unisersité de Hue, Vietnam.

² Co-auteur, Professeur en droit, Recteur de l'Université de Droit de l'Unisersité de Hue, Vietnam.

³ Co-auteur, Docteur en droit, Directeur du Département des sciences et technologies – Coopérations internationales de l'Université de Droit de l'Unisersité de Hue, Vietnam

astucieuse à long terme, la stabilité politique, et une forte main-d'œuvre nationale, le Viet Nam est devenu une destination attrayante pour investissements directs étrangers et un important pays exportateur vers les chaînes d'approvisionnement mondiales, aider à intégrer davantage le pays dans l'économie mondiale. Avant la pandémie de COVID-19, en 2019, le brut réel le produit intérieur a augmenté d'environ 7 pour cent, qui est l'une des croissances les plus rapides tarifs dans la région⁴.

Après la pandémie de COVID-19, la reprise économique du Vietnam s'est accélérée au cours des six derniers mois de l'année 2022 grâce à une fabrication résiliente et à un rebond robuste des services. L'économie a rebondi après les blocages liés au COVID du T3-2021, augmentant de 5,2 % au T4-2021 et de 6,4 % au premier semestre 2022. À l'avenir, le PIB devrait augmenter de 7,5 % en 2022 et de 6,7 % en 2023. L'inflation devrait se maintenir à environ 4 % en 2022 et 2023. Cependant, ces perspectives positives sont soumises à des risques accrus qui menacent les perspectives de reprise. Les défis nationaux comprennent les pénuries de main-d'œuvre persistantes, le risque d'une inflation plus élevée et les risques accrus du secteur financier. La reprise des entreprises est en marche mais reste fragile⁵.

Alors que les efforts visant à améliorer l'environnement des affaires sont essentiels pour les activités des entreprises, les décideurs politiques devraient également prendre des mesures pour promotion de la mise en œuvre des pratiques commerciales responsables au Vietnam. Où sont les affaires libre de poursuivre ses intérêts économiques sans réglementation efficace, le respect de les normes sociales et environnementales peuvent être miné. Clé pour trouver l'équilibre entre la poursuite de la croissance économique du Viet Nam la croissance et le développement durable, est le promotion de pratiques commerciales responsables⁶.

Tandis que le concept des pratiques commerciales responsables reste largement méconnue au Viet Nam⁷, les efforts de promotion de la mise en œuvre des pratiques commerciales

⁴ UNDP, *Report Preliminary Assessment of the Regulatory Framework on Responsible Business Practice in Viet Nam*, 2020, <https://www.undp.org/vietnam/publications/preliminary-assessment-regulatory-framework-responsible-business-practice-viet-nam>

⁵ The World Bank, *Taking Stock: Vietnam Economic Growth Update, August 2022. Educate to grow*, 2022. <https://www.worldbank.org/en/country/vietnam/publication/taking-stock-vietnam-economic-growth-update-august-2022>

⁶ UNDP, *Report Preliminary Assessment of the Regulatory Framework on Responsible Business Practice in Viet Nam*, *op. cit.*, p. 8.

⁷ *Ibid.*, p. 14.

responsables au Vietnam ont été conduit à travers le prisme de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁸.

Fondé sur une approche renouvelée de l'entreprise, la RSE est alors apparue comme un nouveau mode de régulation des rapports de travail. La RSE a donc participé à l'émergence d'un cadre juridique destiné à promouvoir la mise en œuvre de pratiques commerciales responsables des entreprises⁹.

Le Vietnam a ratifié un certain nombre de traités et accords internationaux qui décrivent les engagements à respecter normes minimales sur les pratiques commerciales responsables des entreprises à introduire et à mettre en œuvre en droit interne. Si le cadre réglementaire général sur la pratique commerciale responsable est assez forte, il faut souligner que l'alignement sur les normes pourraient être encore renforcées dans le domaine des relations de travail, en promouvant la mise en place de mécanismes de réclamation au niveau de l'entreprise, avec les critères d'efficacité définis dans le cadre des UNGP, en assurant l'accessibilité, transparence et en basant ces processus sur consultation et dialogue social.

En tant qu'une forme de dialogue social et se situant au cœur du dialogue social, la négociation collective a joué un rôle important dans l'atténuation de l'impact de la crise du COVID-19 sur l'emploi et les revenus, aidant à amortir certains des effets sur les inégalités tout en renforçant la résilience des entreprises et des marchés du travail en soutenant la continuité de l'activité économique. Dans l'avenir, la négociation collective contribuera à une reprise centrée sur l'humain. Il souligne la nécessité de principes et de droits démocratiques qui donnent aux employeurs et à tous les travailleurs une voix dans la gouvernance du travail – la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective – essentiels pour des organisations de travailleurs et d'employeurs fortes et représentatives, et une reprise inclusive, durable et résiliente¹⁰.

⁸ À savoir qu'il existe une pénurie de recherche contextuelle sur la RSE au Vietnam, et que les études existantes ne tendent qu'à s'appuyer sur des théories et des cadres développés à partir de études entreprises en Occident pour leur investigation, le concept de RSE n'est pas bien défini au Vietnam. A cet égard, la RSE peut être compris comme un terme générique qui vise à rendre les entreprises responsables vis-à-vis des autres acteurs de la société. Voir Nguyen, M., Bensemann, J. et Kelly, S., « Corporate social responsibility (CSR) in Vietnam: a conceptual framework », *Int J Corporate Soc Responsibility* 3, 9 (2018). <https://doi.org/10.1186/s40991-018-0032-5>

⁹ LECOEUR. C, « La responsabilité sociale de l'entreprise, expression d'un nouveau mode de régulation des relations de travail », *Journal d'Economie, de Management, d'Environnement et de Droit*, 2022, 5(1), 1-21.

¹⁰ Bober, Magdalena, Elizabeth Echeverria Manrique, Susan Hayter, Mélanie Jeanroy, Dora Sari, Mária Sedláková et Tvisha Shroff, *Social Dialogue Report 2022 : Collective Bargaining for an Inclusive, Sustainable and Resilient Recovery*. 1st ed. Geneva: ILO, 2022, <https://doi.org/10.54394/VWWK3318>.

1. Le droit de la négociation collective à tous les niveaux et dans l'entreprise – La fonction traditionnelle des Syndicats

Au Vietnam, le «Syndicat» était la seule organisation dédiée à la protection des droits et intérêts légitimes des employés depuis la mise en œuvre du premier Code du travail en 1994 jusqu'à la promulgation du Code du travail de 2012. Après la mise en œuvre du processus Doi Moi (Réforme) du pays - surtout après 1990, avec les consciences de la nécessité de s'adapter aux évolutions de l'économie vietnamienne, les autorités vietnamiennes ont adopté le système juridique sur le dialogue social dans l'entreprise qui a commencé à se former et à se développer. Cela s'est suivi en l'application de la Loi sur les syndicats de 1990, le Code du travail de 1994 et un certain nombre d'autres instruments liés à la démocratie mécanisme au niveau de l'entreprise.

La loi de 1990 sur les syndicats rappelle d'emblée que le syndicat est placé sous la supervision du Parti communiste (l'article 1, al.1). Dans le premier Code du travail de 1994, l'État confirme la structure tripartite des relations professionnelles et le droit de grève des travailleurs pour la première fois depuis la création de la République socialiste du Vietnam (article 173 al.2)¹¹. Le Code du travail de 1995 avait pour priorité de protéger et défendre les droits des travailleurs grâce à des normes d'emploi détaillées, portant notamment sur le salaire minimum, les heures de travail et la rémunération des heures supplémentaires, le temps de repos, des conventions collectives, les dispositifs ciblant les femmes et les jeunes actifs, ainsi que les cotisations et les prestations sociales¹². Le Code du travail de 1994, fondateur de la législation du travail à l'époque laisse peu de matière à négociation au niveau de l'entreprise¹³.

Après près de 30 ans de mise en œuvre du Doi Moi (réforme) politique, la nature des relations de travail au Vietnam a changé. En tant que relations industrielles acteurs ont mis en avant des conflits d'intérêts qui nécessitent des mécanismes et institutions pour les concilier, donnant lieu à la nécessité d'un dialogue social qui doit être effectuée de manière régulière, authentique et manière généralisée. Issu de ce exigence pratique, pour la première fois le Code

¹¹ Cox A.N., « Vietnam : la montée en puissance des représentants non officiels des travailleurs dans les entreprises multinationales de confection et de textile », n° spécial, « Regards croisés sur les relations professionnelles en Asie du Sud-Est », *Chronique internationale de l'IRES*, 2017, n° 156, 104-115, p. 107, <https://bit.ly/3Gxc9EN>.

¹² Schweisshelm E. et Do Q.C., « Vietnam : des syndicats en transition : la Confédération générale du travail face aux mutations économiques et politiques », n° spécial, « Regards croisés sur les relations professionnelles en Asie du Sud-Est », *Chronique internationale de l'IRES*, 2017, n° 156, 89-103, <https://bit.ly/34tKjMH>.

¹³ Cox, A. N., et Le Queux, S., « Le nouveau Code du travail: vers une représentation collective indépendante? », *Chronique Internationale de l'IRES*, 2022, 177(1), p. 18-26.

du travail de 2012 prévoit une structure tripartite des relations professionnelles au niveau national - le Conseil national des salaires, et le dialogue social sur le lieu de travail. Le gouvernement a délivrer des documents détaillant mise en œuvre de ces formes de dialogue social. Bien qu'il existe limitations, dans les réglementations légales générales sur dialogue social sont mieux développés et plus conforme aux exigences et principes des relations professionnelles dans un économie de marché¹⁴.

D'un côté, le Code du travail de 2012 a accordé aux sections locales le droit de représenter les travailleurs dans les entreprises non syndiquées, et notamment le droit de négocier des accords collectifs et d'organiser des grèves mais, pour pouvoir exercer ce droit, les travailleurs doivent suivre une procédure longue et complexe et satisfaire à de nombreuses conditions – en particulier, il appartient au syndicat officiel d'organiser la grève. D'un autre côté, le Code du travail de 2012 impose le dialogue social (réunions trimestrielles entre le personnel et la direction et d'organiser chaque année un congrès des travailleurs) dans chaque entreprise : les travailleurs peuvent élire leurs propres représentants qui participent à ce dialogue avec la direction, aux côtés des responsables du syndicat d'entreprise.

Tandis que le Code du travail de 1994 autorise les syndicat d'entreprise à représenter les travailleurs pour négocier des conventions collectives au niveau de l'entreprise, le Code du travail de 2012 étend ce droit en permettant aux syndicats de niveau supérieur immédiat de représenter les travailleurs des entreprises non syndiquées pour négocier et signer des conventions collectives. Néanmoins, tous ces mécanismes de participation des travailleurs reposent sur le rôle central du syndicat d'entreprise en tant que représentant du personnel¹⁵.

Concernant le règlement des conflits du travail, d'après la nouvelle Loi de 2013 sur les syndicats entrant en vigueur le 01 mai 2013, les syndicats sont chargés de représenter, devant les tribunaux, les travailleurs, collectivement ou individuellement, et d'organiser des grèves conformément à la loi (chapitre 2, article 11).

Selon d'une étude effectuée avant la pandémie de Covid -19, dans les entreprises au Vietnam, le dialogue social n'est pas une pratique courante effectuée par les employeurs¹⁶.

¹⁴ ILO, *Industrial Relations Report 2019 - Towards Genuine Collective Bargaining*, 2021
https://ilo.org/hanoi/Whatwedo/Publications/WCMS_831338/lang--en/index.htm

¹⁵ Schweisshelm E. et Do Q.C, « Vietnam : des syndicats en transition : la Confédération générale du travail face aux mutations économiques et politiques », *op. cit.*, p. 93.

¹⁶ ILO, *Industrial Relations Report 2019 - Towards Genuine Collective Bargaining*, *op. cit.*, p. 21.

Pendant la période de la crise sanitaire de la Covid-19, l'une des raisons de l'absence de dialogue social est le fait que de nombreux employeurs n'ont jamais adopté une culture du dialogue social eux-mêmes. Dans cette situation, il faut noter que les rôles des syndicats dans l'entreprise dans la période avant la pandémie de COVID-19 ne sont pas bien appréciés, car le système syndical du Vietnam, qui est resté largement inchangés depuis la période de l'économie dirigée, ont eu du mal à remplir leur rôle de représentants des droits et intérêts des travailleurs dans les négociations avec les employeurs¹⁷.

À savoir que la Confédération générale du travail du Vietnam représente les travailleurs vietnamiens, il convient de noter que le rôle et la nature des syndicats au Vietnam ne correspondent pas au modèle démocratique libéral occidental¹⁸. Dans cette situation, l'une des directions du développement social dialoguer efficacement dans l'entreprise au Vietnam est améliorer la loi sur le dialogue social vers : i) assurer et renforcer l'indépendance et la représentation des entités participant au dialogue social; ii) garantir les principes du dialogue social dans relations de travail d'une économie de marché; iii) assurer la véritable participation des travailleurs dans le processus de dialogue ; iv) améliorer les institutions d'organisation et de soutien dialogue social; et v) améliorer les mécanismes d'exécution et les conditions nécessaires à une action sociale efficace dialogue.

2. L'extention du droit de négociation collective dans l'entreprise – Autorisation d'une représentation collective des travailleur dans l'entreprise non affiliée à la Confédération générale du travail du Vietnam

En juin 2019, le Vietnam a ratifié l'OIT Convention 98 concernant le droit à Organisation et négociation collective – un des huit conventions fondamentales. La Convention 98 comprend trois contenus principaux : la protection des travailleurs et des syndicats contre les actes de discrimination antisyndicale ; protection des syndicats contre les actes d'ingérence des

¹⁷ Public-Private Partnerships Working Group for the Sustainable Apparel and Footwear sector in Vietnam, *Rapport "Sustainability re-defined in the pandemic? Disruption, resilience and adjustment in the apparel and footwear industries of Vietnam"*, 2021, p.34.

<https://api.fairwear.org/wp-content/uploads/2021/05/Sustainability-Report-Vietnam-Pandemic-April-2021.pdf>

¹⁸ Cox A.N, « Vietnam : la montée en puissance des représentants non officiels des travailleurs dans les entreprises multinationales de confection et de textile », *op. cit.*, p. 106.

employeurs; et l'introduction de mesures visant à promouvoir la négociation collective volontaire¹⁹.

Pour répondre aux nouvelles exigences de développement socio-économique et d'intégration économique internationale, le nouveau Code du travail de 2019²⁰ a été approuvée par l'Assemblée nationale (14e législature) le 20 novembre 2019, dans le cadre de sa 8e session. Il se compose de 17 chapitres avec 220 articles et est entré en vigueur le 1er janvier 2021. Dans son préambule et l'article 4 al.6, le Code du travail de 2019 vise à créer un cadre juridique nouveau et moderne pour la construction de relations de travail harmonieuses, stables et progressives via le dialogue et la négociation collective. Il cherche également à aider les entreprises à accéder aux normes internationales du travail et à protéger et harmoniser les intérêts des employés, des employeurs et du pays dans son ensemble.

Les améliorations du nouveau Code du travail 2019 sont importantes et nombreuses. D'abord, le Code du travail de 2019 s'appliquent à tous les travailleurs, y compris ceux n'ayant pas signés de contrat. Ensuite, les protections contre la discrimination et le harcèlement sexuel au travail sont renforcées — garantie d'un salaire égal à travail égal, droits à la maternité, définition de ce qui constitue le harcèlement sexuel et obligation faite aux entreprises d'établir des règlements internes et de mettre en place des mécanismes de prévention du harcèlement. L'âge de la retraite va par ailleurs être progressivement porté à 62 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes, réduisant ainsi l'écart homme-femme de cinq à deux ans.

Plus décisif encore, le Code du travail de 2019 crée des dispositions juridiques permettant aux travailleurs et aux employeurs de décider des salaires et des conditions de travail par le dialogue social et la négociation collective, reléguant le rôle de l'État à la définition des normes. En particulier, le nouveau Code de 2019 complète les dispositions relatives à la négociation collective aux niveaux multi-employeurs et sectoriel (articles 72 & 73 du Code du travail 2019). On peut dire que le cadre juridique de la négociation collective à tous les niveaux est relativement complet et proche des exigences des normes internationales du travail²¹.

¹⁹ UNDP, *Report Preliminary Assessment of the Regulatory Framework on Responsible Business Practice in Viet Nam*, *op. cit.*, p. 34.

²⁰ Code du travail du Vietnam No. 45/2019/QH14

https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=110469&p_lang=fr

²¹ ILO, *Industrial Relations Report 2019 - Towards Genuine Collective Bargaining*, *op. cit.*, p. 20.

Enfin, le Code permet aux employés de créer et d'adhérer à des organisations représentatives au niveau local des travailleurs de leur choix, affiliées ou non à la Confédération générale du travail du Vietnam, et bénéficiant des mêmes pouvoirs. Plusieurs articles visent à garantir la protection de ces organisations et à prévenir toute discrimination anti-syndicale, établissant des règles plus claires et obligeant notamment les employés et les cadres à adhérer à des organisations distinctes. Les mécanismes de résolution des conflits du travail ont par ailleurs été simplifiés : en cas d'échec d'une médiation, les travailleurs peuvent désormais choisir de faire (légalement) grève ou bien d'entamer une procédure d'arbitrage.

Relative à la détermination de la couverture légale des droits de négociation collective, pour la première fois depuis l'établissement de la République socialiste du Vietnam, le Code du travail de 2019 reconnaît que *les organes officiels de représentation au niveau local des travailleurs* (article 3 al. 3 et article 170) incluent à la fois *les organisations syndicales représentatives au niveau local* (article 171) et *les organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise* (article 170) [en vietnamien “*tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp*”], bien que ces dernières non affiliées à la Confédération générale du travail du Vietnam. Cette disposition du nouveau Code du travail de 2019 est donc en rupture avec l'article 3 al.4 du Code du travail de 2012 précédente qui, dans la lignée du Code du travail de 1994, spécifiait que seuls les syndicats locaux affiliés au CGTV pouvaient assumer la fonction de représentation collective au plan local, ou à défaut le niveau supérieur de la structure syndicale dans les milieux non syndiqués.

Autrement dit, les dispositions les plus modifiées du Code du travail de 2019 visent à la protection des droits et intérêts des travailleurs dans l'entreprise en mettant en exergue le droit à l'autodétermination et le rôle de négociations collectives. Le Code de 2019 favorise la capacité des travailleurs dans l'entreprises à exercer leur droit de de former ou d'adhérer à une organisation représentative locale de leur choix, qui ne doit pas obligatoirement être affiliée à la Confédération générale du travail du Vietnam. Les travailleurs qui ne travaillent pas dans l'entreprise n'ont pas de droit de constituer ou de s'affilier à une organisation représentative autre que les syndicats locaux, autrement dit seulement les syndicats affiliées à la Confédération générale du travail du Vietnam peuvent être représentatifs des travailleurs qui se trouvent dans les milieux qui ne sont pas d'entreprise. Ces dispositions mettent donc la législation du travail au Vietnam plus en conformité avec la Convention No. 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, à laquelle le pays a adhéré en 2019, et prépare la ratification de la Convention No. 87

sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical que le gouvernement vietnamien s'est engagé à ratifier en 2023 — deux conditions essentielles de l'Accord de partenariat transpacifique entré en vigueur le 30 décembre 2018 et l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam effectif depuis le 1er août 2020.

3. Le droit de constituer ou de s'affilier à une organisation représentative des travailleurs au niveau local selon le Code du travail de 2019

Au Vietnam, avant le Code du travail de 2019, le «Syndicat» était la seule organisation représentative dédiée à la protection des droits et intérêts légitimes des travailleurs à tous les niveaux. Par rapport au Code du travail de 1994, le Code du travail de 2012 a remplacé le terme «syndicat» par le terme «organisation représentative d'un collectif de travailleurs au niveau local» défini par l'article 3 al. 4 comme suivant: «Organisation représentative d'un collectif de travailleurs au niveau local désigne le comité exécutif d'un syndicat local ou le comité exécutif du syndicat de niveau supérieur immédiat dans une entreprise non syndiquée».

À son tour, le Code du travail de 2019 a révisé le terme en « Organisations représentatives des travailleurs au niveau local», comprenant les syndicats locaux et les organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise. Plus précisément, l'article 3 al.3 du Code du travail de 2019 stipule : «Les organisations représentatives des travailleurs au niveau local désignent une organisation interne volontairement établie par les travailleurs d'une entreprise qui protège les droits et intérêts légitimes des salariés dans les relations de travail par la négociation collective ou d'autres méthodes prescrit par la législation du travail. Les organisations représentatives des travailleurs au niveau local comprennent le syndicat local et l'organisation représentatives des travailleurs dans l'entreprise»²².

Concernant les organisations représentatives des travailleurs au niveau local Le Code du travail de 2019 prévoit en détail les paramètres dans une série de dispositions :

- L'article 175 fixe les actes interdits de l'employeur à l'encontre de la formation et du fonctionnement des organisations représentatives des travailleurs au niveau local;

²² Article 3 al.4 du Code du travail du Vietnam No. 45/2019/QH14, version en anglais. *“Representative organization of employees” means an internal organization voluntarily established by employees of an employer which protects the employees’ legitimate rights and interests in labor relations through collective bargaining or other methods prescribed by labor laws. Representative organizations of employees include internal trade unions and internal employee organizations.*” https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=110469&p_lang=fr

- L'article 176 sur les droits des membres du conseil d'administration d'une organisation représentative des travailleurs au niveau local;

- L'article 177 prévoit les obligations de l'employeur envers l'organisation représentative des travailleurs au niveau local;

- L'article 178 prévoit les droits et obligations de l'organisation représentative des travailleurs au niveau local dans les relations de travail

Les articles de 175 à 178 s'applique aux organisations représentatives des travailleurs au niveau local, autrement dit s'adressent indifféremment aux syndicats officiels locaux et aux organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise. L'article 178 est important en substance car il donne le droit aux organisations représentatives des travailleurs au niveau local d'engager la négociation collective dans l'entreprise, de conduire une action de grève (dans le cadre du droit sur les actions de grève) et de veiller à l'application des droits, y compris l'inspection du respect des conditions salariales (taux horaire, échelles des salaires, politiques de récompenses, etc.)

Concernant les organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise, elle sont dûment établies et gérées après enregistrement auprès de l'autorité compétente de l'État. Ces organisations édictent leur propre charte et disposent de ressources financières indépendantes des Syndicats locaux. Leur conseil d'administration est composé des travailleurs vietnamiens dans l'entreprise qui sont élu. Contrairement aux syndicats locaux, les organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise formées au niveau local d'une entreprise, ne sont pas autorisées à croître au niveau sectoriel ou régional, au-delà de l'entreprise où elles sont nées; leurs activités sont confinées à ce niveau local (dans l'entreprise).

Bien que les dispositions du Code du travail de 2019 relatives à la formation d'organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise soient entrées en vigueur le 1er janvier 2021, aucune organisation de ce type n'a été créée à ce jour. Cela est dû à l'absence d'arrêtés d'application du Gouvernement sur la formation, l'adhésion et le fonctionnement de ces organisations ainsi que la gestion par l'État des questions financières de ces organisations. Il est à espérer que le gouvernement accélérera la publication des orientations et des réglementations nécessaires pour appliquer les dispositions du Code du travail de 2019 sur l'organisations représentatives des travailleurs dans l'entreprise pour favoriser la négociation collective dans l'entreprise afin de protéger plus efficacement les intérêts des employés.

La lutte contre la discrimination, le travail forcé et le travail des mineurs font partie, en parallèle de la liberté d'association, des quatre principes énoncés dans les huit conventions fondamentales de l'OIT dans le cadre de sa Déclaration de 1998. Pour rappel, le Vietnam a ratifié six parmi elles. Le gouvernement, les organisations de travailleurs et les employeurs vietnamiens ont démontré leur attachement à la réforme, comme en témoignent sa ratification de la Convention 98 sur la négociation collective en juin 2019 et l'adoption d'un plan concret pour la ratification de deux conventions fondamentales restantes. Les deux restantes : la Convention 105 sur le travail forcé et la Convention 87 sur la liberté d'association seraient ratifiées en 2020 et 2023. L'OIT affirme que le respect de ces conventions fondamentales est une exigence essentielle des accords de libre-échange de nouvelle génération, dont l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP) et l'Accord de libre-échange Union européenne - Vietnam, ainsi que le pivot des politiques de responsabilité sociale d'entreprise de nombreuses sociétés multinationales.

Quelle gouvernance de l'entreprise post covid ?
Regards croisés Travail et environnement

L'impact des enjeux climatiques sur le droit du travail

Vers un changement de logique?

Isabelle Desbarats,

Professeur, Université Toulouse Capitole, CDA

Isabelle.desbarats@ut-capitole.fr

Quel constat?

Dans un contexte marqué par un **réchauffement climatique** provoquant des **événements climatiques violents** & des **impacts dévastateurs** (voire irréversibles), **sur la population, les milieux naturels et la biodiversité ...**

Un impératif :

- **limiter les conséquences du changement climatique** (le pic des émissions de GES devant être atteint au plus tard en 2025, avant d'être abaissé de 43 % d'ici à 2030, pour un maintien de la hausse de la température mondiale à 1,5°C).

- **Ie. prévenir, gérer, maîtriser les risques « environnementaux »**
 - **risques naturels, « externes »**, provoqués par la dégradation environnementale, dont les victimes sont les milieux naturels/ les populations /les organisations et leurs salariés (inondation, mouvement de terrain, tempête, foudre, sécheresse...)

Dans ce contexte :

- Quelle **contribution du droit du travail** à la *prévention/gestion/réparation* des **risques environnementaux** ?
- **Quelle articulation avec le droit de l'environnement** pour une meilleure protection des milieux naturels & de travail?
- **Le droit du travail : un levier de protection des milieux naturels ?**



Des enjeux majeurs, cf impacts des risques environnementaux :

- pour les **milieux naturels** (eau, air, sols, paysage...),
- pour **l'entreprise** (pertes financières, dégradation de l'image...),
- Pour les **hommes au travail**

En France : des évolutions règlementaires => lois Climat & Résilience + Waserman

(Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets & L. n° 2022-401 du 21 mars 2022)

Objectifs? Assurer une prise en compte générale des questions relatives au DD et à la transition écologique dans les entreprises.

Enjeux? L'urgence climatique : vecteur d'évolution du droit du travail ?

L'urgence climatique : vecteur d'évolution du droit du travail ?

Le constat : défi climatique & nouveaux risques liés (professionnels, environnementaux, mixtes)

=

Des leviers de transformations normatives

Cf. **entrecroisement de normes** publiques / privées ; normes « dures » / « souples » ; normes « éthiques » / RSE

Cf. **évolutions des normes publiques** => *Loi Climat & Résilience + Loi Waserman*

A) Une réorientation des règles légales.

Le défi climatique : nouveau fil conducteur du droit du travail ?

B) Un enrichissement des règles conventionnelles.

La transition écologique : thème d'avenir ?

A) Une réorientation des règles légales ... une double évolution

- **Au niveau collectif** : une contribution du dialogue social à la stratégie environnementale de l'entreprise
=> *Loi Climat & Résilience*
- **Au niveau individuel** : les prémices d'une ouverture des droits salariaux aux enjeux écologique
=> *Loi Wasserman*

1) Au niveau collectif – Une contribution du dialogue social à la stratégie environnementale de l'entreprise

D'abord : un enrichissement des prérogatives d'ordre environnemental du CSE, cf :

- consultations **ponctuelles** (ie. organisation, gestion & marche générale de l'entreprise) (ex: pour un projet de déménagement : transmission au CSE du diagnostic énergétique des futurs locaux + évaluation de l'empreinte carbone du déménagement ...)
- consultations **récurrentes** (orientations stratégiques/ situation économique et financière/politique sociale)

Ensuite : de nouveaux moyens d'action

- Un enrichissement des informations (cf. : « les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise »).
 - Dans tous les cas de recours à l'expertise => un expert comptable aux compétences élargies à l'empreinte écologique de l'activité de l'entreprise
 - Des élus au CSE formés aux thématiques environnementales.

Comment mieux
impliquer le CSE
dans la transition
écologique ?

(dans les entreprises
de + 50)

Quels impacts?

Certes:

- une *nouvelle dimension environnementale dans les relations collectives du travail* (analyse, par le CSE, des décisions patronales au regard de leur impact sur *la situation sociale* mais aussi de leurs *effets environnementaux*)
- & le *choix d'une approche transversale* (=> *disposition d'OP* : pas de suppression possible par un accord qui pourrait définir le contenu, la périodicité et les modalités des consultations)

⇒ **Le CSE ? interlocuteur inévitable & incontournable en matière d'environnement.**

Cependant:

- **Un risque de dilution de la question environnementale** dans les thématiques de consultations déjà complexes du CSE
 - **Une prise en main difficile des sujets écologiques**, cf. imperfections de la nouvelle format^o des élus aux « conséquences environnementales de l'activité des entreprises »
 - **Un accès limité** (seuls bénéficiaires visés : titulaires du CSE élus pour la 1^{iere} fois).
 - **Une portée limitée** (thématique env. facultative lors du stage de format^o économique des élus au CSE).
 - **Pas d'heures supp** en cas de format^o intégrant un volet environnemental
 - **Des risques contentieux** cf. imprécisions de la notion de « *conséquences environnementales* »...

2) Au niveau individuel : les prémices d'une ouverture des droits salariaux aux enjeux écologique

=> Loi Waserman (Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 / Dir. UE du 23 octobre 2019)

Un triple apport

- Une **simplification** de la définition du lanceur d'alerte
- Une **rénovation** des procédures de signalement
- Un **renforcement** des protections & sanctions

Quels impacts attendus?

- Un **statut rénové** favorisant une *ouverture aux enjeux écologiques & une implication des salariés* dans la lutte c/ l'urgence climatique
- En ce sens? peut être désormais qualifié de lanceur d'alerte celui désireux de signaler ou de divulguer une menace ou un préjudice pour « **l'intérêt général** »

=> une formule susceptible de couvrir une éventuelle atteinte écologique causée par l'entreprise

A) Une réorientation des règles légales.

Le défi climatique : nouveau fil conducteur du droit du travail ?



B- Un enrichissement des règles conventionnelles.

La transition écologique : thème d'avenir ?

B- Un enrichissement des règles conventionnelles.

La transition écologique : thème d'avenir ?

la négociation collective :

un levier d'association des salariés et de leurs représentants à la politique environnementale de l'entreprise ?

=> 2 problématiques complémentaires

1 - La question climatique :

un **objet** de négociation collective.

2- Quelles **parties** à la négociation collective?

=> **Les syndicats** : des acteurs prêts à un décentrement de leur action revendicatrice historiquement axée sur les enjeux d'emploi et de travail et à sa réorientation vers des enjeux sociétaux ?

1 - La question climatique : un **objet** de négociation collective

=> **2 évolutions**

□ **d'abord :**

au niveau international & européen : le jeu des accords-cadres européens (**ACE**), accords-cadres transnationaux (**ACT**), accords-cadres mondiaux (**ACM**) et autres accords-cadres internationaux (**ACI**)

- élaborés par une entreprise transnationale, pour imposer une même norme comportementale dans tous les pays d'implantation
- s'appuyant sur des instruments et des principes internationaux (conventions OIT ; Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales ; Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales...).
- constituant des **outils de régulation privée à géométrie variable**, mais soulevant des **problématiques (juridiques) communes**

La transition écologique : thème prometteur de négociation collective ?

- Au niveau international (ACI, ACI...) **mais aussi national**
 - En raison d'une intégration – **en 2 temps** - de la question climatique dans le champ de la Neg. Coll

Evolution 1, cf mobilité des salariés

Depuis le 1^{er} janvier 2020, dans les entreprises de plus de 50 salariés :

- Élargissement de la nég. obligatoire sur l'égalité prof & QVT aux « **mesures visant à améliorer la mobilité des salariés entre leur lieu de résidence habituel et leur lieu de travail, notamment en réduisant le coût de la mobilité, en incitant à l'usage des modes de transport vertueux** »



Enjeux ?

- Soutien à des modes de mobilité « souples » (trajets domicile/lieu de travail)
- Vers un « verdissement » des droits et libertés des salariés : *quelles conditions (& quelles limites) d'une ouverture à l'écologie?*

Evolution 2, cf. Gestion des Emplois et des Parcours Professionnels

=> **Une thématique importante, face aux défis de la transition écologique, énergétique & numérique :**

- Comment gérer les risques sociaux de la lutte c/le réchauffement climatique, du point de vue des métiers et des compétences...
 - & quel partage de responsabilité (Etat/entreprises/individus) ?
- Une problématique complexe...

La transition vers la baisse des GES:

un levier de création d'emplois « verts » et « verdissants »?

- dans l'économie circulaire (activités de recyclage, tri, réparation, location, réutilisation d'objet)
- dans les secteurs du bâtiment et de la construction (nouveaux matériaux et renouvellement des infrastructures)
- dans la production d'énergie renouvelable
- Dans l'agriculture bio

Vs

Une menace pour les emplois, sp. ceux des activités les plus polluantes

- Déclin des emplois dans le secteur des énergies fossiles
- Difficile reconversion des salariés du pétrole et du gaz (en fin de carrière? Employés par des sous traitants?)

Dans ce contexte :

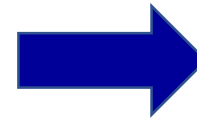
Les apports de la loi Climat, cf enjeux des compétences nécessaires à la transition bas carbone

Des impacts au niveau institutionnel :

Accompagnement des entreprises & individus, dans un objectif de prévention de l'obsolescence des compétences.

Des changements au niveau des branches & entreprises cf. intégration de la question climatique dans les négociations sur la GEPP

- Désormais ? Obligation patronale d'engager des négociations cf. « *la mise en place d'un dispositif de GPEC, notamment pour répondre aux enjeux de la transition écologique* »
- Objectif ? Anticipation des effets de la transition écologique sur l'évolution des emplois & besoins futurs de formation des salariés.



Quels enseignements ?

Aujourd'hui ?

La question climatique : un objet de négociation

Mais :

quelle sensibilisation des acteurs sociaux au « verdissement » des négociations?

2- Les syndicats, au soutien de l'environnement ?

Le constat ?

Vers une **intégration** des enjeux environnementaux dans les **revendications syndicales**

En ce sens:

Emergence de « **syndicats verts & « éco-syndicats** » (cf. « promotion de pratiques écoresponsables à toute échelle (...), anticipation des mutations de l'emploi pour concilier transition écologique et justice sociale, (encouragement à) la neutralité carbone» - J.-E. RAY).

Mais ce qui était vrai hier le sera-t-il demain ?

- *Quid* pérennisation de **revendications environnementales** dans le contexte de **crise économique, énergétique & géopolitique?**
- Quel règlement du « **cruel dilemme** » entre **protection des entreprises**, de **l'emploi** et/ou de **l'environnement** ?

Merci pour votre attention