

Le devoir de vigilance : un état des lieux avant la refonte du régime

La mise en œuvre d'un plan de vigilance est encadrée par la loi, mais l'ampleur attendue du plan est encore incertaine • Néanmoins, le juge et le droit européen précisent ou refondent la nature de cette obligation, qui pourrait progressivement constituer la boussole de la politique RSE des groupes de sociétés concernés •

Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été introduit en droit français par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017. Cette innovation était, à l'époque, inédite en droit et démontrait la volonté du législateur français d'intégrer une approche inclusive du rôle des sociétés de plus grande taille et de leurs partenaires dans la mise en œuvre d'un modèle vertueux sur le plan des droits humains et de l'environnement.

Grégory Gutierrez

Avocat associé

Arnaud Vermersch

Avocat

DS Avocats

L'introduction du devoir de vigilance en droit faisait suite à la survenance de divers drames, dont celui du Rana Plaza au Bangladesh, lors desquels il était apparu que des sociétés occidentales de premier plan avaient recours à des sous-traitants moins-disant sur le plan environnemental et social pour la production de produits à haute valeur ajoutée. En d'autres termes, la valeur ajoutée de certains produits résultait pour partie du fait d'une externalisation de certaines prestations au détriment du respect des droits humains et de l'environnement.

La démarche induite par la mise en œuvre du devoir de vigilance implique tout au contraire que la société mère porte une attention particulière à la conduite de ses partenaires quant à ces enjeux. Cette démarche, qui se traduit par la rédaction d'un plan de vigilance, est itérative et évolutive : il ne s'agit donc pas de refuser de commercer avec les sociétés les moins vertueuses, mais de s'assurer de la mise en œuvre d'un chemin et d'une perspective d'amélioration en matière de respect avec les droits humains.

La montée en puissance du devoir de vigilance s'est effectuée de manière progressive mais certaine. L'ensemble des entreprises concernées ont publié, rapidement, un plan de vigilance, dont la qualité a pu être variable. De fait, en présence d'un outil juridique neuf, il a pu être difficile d'appréhender, concrètement, la portée et l'ampleur du plan de vigilance attendu par le législateur. Sur le plan judiciaire, les premières actions initiées en présence de plans de vigilance jugés insuffisants par des associations ont été parasitées par des questions procédurales. Le législateur est depuis intervenu pour apporter les clarifications nécessaires. Les prochaines années devraient permettre de préciser les exigences attendues par le législateur et permettre de mieux orienter les sociétés concernées dans la rédaction de ces plans.

Néanmoins, dans l'attente de cet éclairage important, l'attention doit également se porter sur le droit européen. En effet,

le 23 février 2022, la Commission européenne a adopté un projet de directive visant à instituer un devoir de vigilance au niveau de l'Union européenne. Cette généralisation de l'expérimentation française et des autres législations des États membres adoptées depuis lors en ce sens pourrait permettre de rendre plus effective encore le devoir

de vigilance tout en simplifiant la tâche incombant aux sociétés qui y sont déjà soumises.

Ainsi, la mise en œuvre d'un plan de vigilance est encadrée par la loi, mais l'ampleur attendue du plan est encore incertaine (I). Le juge et le droit européen préciseront ou refonderont la nature de cette obligation (II).

I. LE DEVOIR DE VIGILANCE : UNE INNOVATION FRANÇAISE AUX CONTOURS INCERTAINS

A. L'introduction du devoir de vigilance

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a introduit dans le code de commerce les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 qui imposent aux entreprises donneuses d'ordre d'au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes en France, ou de 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes en France ou à l'étranger, d'établir et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

L'objectif poursuivi par ce plan est de définir « les mesures de vigilance raisonnables 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 au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, 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 ».

La démarche d'établissement du plan de vigilance est détaillée au sein de l'article L. 225-102-4 du code de commerce et comprend cinq mesures distinctes, qui sont autant d'étapes à respecter dans la définition du plan :

- l'établissement d'une cartographie des risques, qui vise à les identifier, les analyser et les hiérarchiser. Ainsi, elle permet de comprendre que l'objectif poursuivi par le plan de vigilance est bien d'identifier les risques les moins acceptables pour hiérarchiser les efforts de l'entreprise donneuse d'ordre ;
- la définition de procédures d'évaluation régulière de la chaîne de production de valeur (filiale, sous-traitant ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie). Cette procédure est calibrée en fonction de la cartographie des risques et de la hiérarchisation de ces derniers ;
- la mise en œuvre d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. Les mesures devant être prises au titre du plan de vigilance portent sur des actions de nature raisonnable que l'entreprise doit prendre au regard des risques d'atteintes qu'il y a lieu de prévenir ou, le cas échéant, d'atténuer ou auxquelles il y a lieu de remédier en cas de survenance. Le terme « raisonnable » doit être apprécié de façon concrète au regard de l'activité de l'entreprise, des moyens humains et financiers qu'elle est susceptible de mettre en œuvre en raison de ses activités, de la relation d'affaires avec ses sous-traitants et fournisseurs, de même qu'au regard des normes internationales. Ce faisant, le législateur a repris à son compte les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) aux termes desquels, il convient d'entendre « (...) par diligence raisonnable le processus qui, en tant que partie intégrante [du plan de prévention adopté] de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question » ;
- l'existence d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs aux risques identifiés et établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de la société concernée ;
- la mise en œuvre d'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation.

B. Les enjeux de la définition du devoir de vigilance

Si le législateur a fait preuve de pédagogie en décrivant les différentes étapes de la démarche attendue par les sociétés soumises au devoir de vigilance, il n'en demeure pas moins que certaines notions peuvent le rendre difficile à appréhender. Les questions auxquelles sont confrontées les sociétés mères soumises à cette obligation réside bien souvent dans le périmètre de l'obligation et dans celle des normes applicables.

En premier lieu, le périmètre de l'obligation n'est pas clairement explicité. En choisissant – et c'est à notre sens l'intérêt principal de cet outil – d'aller au-delà du périmètre du groupe de sociétés pour inclure dans l'objet de la vigilance « les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie », le législateur a introduit une notion subjective qui peut être difficile à cerner. La notion de « relation commerciale établie » peut être appréhendée au sens classique de l'article L. 442-1 du code de commerce, à savoir l'hypothèse où la relation commerciale revêt « un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption

pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial »¹. Néanmoins, il doit d'abord être souligné que le texte est silencieux sur les sous-traitants de second rang. Ensuite, l'absence de relation commerciale établie n'écarte pas pour autant la mise en œuvre d'une vigilance accrue vis-à-vis de ces partenaires. De fait, au titre de l'évaluation régulière de la chaîne de valeur et des mesures à mettre en œuvre, il apparaît clairement qu'un processus d'achat prenant en compte les risques identifiés en termes environnementaux et humains doit être prévu. Dès lors, il apparaît ainsi que la notion de relation commerciale établie est d'une précision toute relative et incertaine.

De même, l'appréciation du *corpus* textuel applicable est délicate. La définition des normes servant de référentiel au devoir de vigilance résulte d'un ensemble de textes non limitativement énumérés. Ces textes définissent « une bonne gouvernance » au sens des principes directeurs de l'Organisation des Nations unies (Onu) et de l'Ocde, mais cette notion floue gagnerait à être précisée pour permettre aux entreprises de cibler plus concrètement les axes d'amélioration et les exigences attendues. D'ailleurs, c'est précisément au regard du caractère imprécis du *corpus* réglementaire invocable que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2017-50 DC du 23 mars 2017, censuré l'amende civile de 10 millions d'euros initialement envisagée pour méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines.

Ainsi, le périmètre du devoir de vigilance devra être clarifié tant au regard des sociétés incluses (jusqu'où faut-il aller dans la vigilance au regard de ses partenaires ?) que du *corpus* textuel (quels sont les droits fondamentaux concernés ?). La jurisprudence et le droit européen aideront à éclairer ces questions.

II. LA CLARIFICATION ATTENDUE DES JUGES ET DU DROIT EUROPÉEN

A. La mise en cause de la responsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre : une source de jurisprudence attendue

Afin de rendre effectifs l'établissement et la mise en œuvre des plans de vigilances, le législateur a prévu deux actions judiciaires ouvertes aux parties tierces :

- sur le fondement de l'article L. 225-102-4 II du code de commerce, une action préventive visant à contraindre les sociétés défaillantes à adopter un plan de vigilance. Après mise en demeure d'établir un plan de vigilance restée sans effet dans un délai de trois mois, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut saisir le juge pour obtenir une injonction de produire ledit plan, le cas échéant sous astreinte ;
- sur le fondement de l'article L. 225-102-5 du code de commerce, une action en responsabilité délictuelle, aux termes de laquelle « le manquement aux obligations définies à l'article

1. Rapport de la Cour de Cassation 2008, p. 307.

L. 225-1°2-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

À ce jour cependant, les contentieux initiés à ce titre – exclusivement sur le fondement de l'article L. 225-102-4 du code – n'ont permis d'éclairer qu'un point de compétence. En effet, dans la mesure où le législateur renvoyait libéralement ou imprudemment à « la juridiction compétente », la question de la compétence du juge judiciaire ou du juge consulaire a été immédiatement soulevée ; dès la première action préventive initiée, elle fut l'objet d'un âpre combat judiciaire. Pour mémoire, plusieurs ONG avaient mis en cause le groupe Total de publier un rapport de vigilance en tenant compte de son action en Ouganda. Après une mise en demeure infructueuse, elles avaient assigné le groupe devant le tribunal judiciaire de Nanterre le 29 octobre 2019². Celui-ci s'est déclaré incompétent par deux ordonnances de référé en date du 30 janvier 2020³, incompétence confirmée par la cour d'appel de Versailles. Par un arrêt du 15 décembre 2021, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴ a estimé qu'une option de compétence était laissée aux demandeurs non-commerçants. Pour se faire, elle se fondait sur la solution dégagée dans un arrêt *Uber* en date du 18 novembre 2020, aux termes de laquelle l'option de compétence pour les parties non-commerçantes était ouverte très largement et au-delà des seuls actes mixtes⁵.

Néanmoins, concomitamment, le législateur s'est saisi de cette question. À la suite d'un amendement sénatorial, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a déterminé la juridiction compétente. Désormais, l'article L. 211-21 du code de l'organisation judiciaire dispose que « le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce ». Il est à espérer que, cette incertitude levée, les juges puissent apporter des éléments substantiels permettant de clarifier la portée du devoir de vigilance lui-même. Ces clarifications pourraient cependant intervenir tardivement et en décalage des travaux communautaires en cours sur ce sujet.

B. Vers une européanisation du devoir de vigilance

L'innovation française, imitée en 2021 par l'Allemagne, a inspiré la Commission européenne. Ainsi, le 23 février 2022, la Commission a adopté une proposition de directive visant à instaurer un

devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, entendue au sens large.

Tout d'abord, les entreprises concernées seront toutes les sociétés à responsabilité limitée de l'Union européenne employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros à l'échelle mondiale ainsi que les sociétés à responsabilité employant plus de 250 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros dans un « secteur à fort impact ». Les secteurs à fort impact identifiés sont ceux du textile, de l'agriculture et de la pêche, et de l'exploitation de ressources minérales. Les entreprises de pays tiers pourraient être concernées si leur chiffre d'affaires réalisé au sein de l'Union européenne atteint les seuils ci-dessus définis.

Ensuite, la proposition de directive apporte certaines précisions attendues. Ainsi, la notion de « relation commerciale établie » est définie comme « une relation commerciale, directe ou indirecte, qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur ». La mention de relation directe ou indirecte laisse penser que les sous-traitants de second rang sont intégrés. De même, la mention de relations qui « devrait être durable » permet de prendre en compte les relations naissantes.

Enfin, la proposition de directive ajoute certains éléments inexistant : en matière environnementale par exemple, les mesures adoptées devront permettre d'assurer le respect des objectifs de l'Accord de Paris. Concernant la sanction du dispositif, la Commission propose qu'elle puisse être pécuniaire, à rebours de la décision du Conseil constitutionnel susmentionnée.

Au final, le devoir de vigilance semble au début de son histoire et devrait, au cours des années à venir, prendre une envergure bien plus importante, en incitant l'ensemble des entreprises faisant partie d'une chaîne de valeur à modifier leurs comportements dans un sens plus vertueux. Il pourrait même progressivement constituer la boussole de la politique RSE des groupes de sociétés concernés, en les obligeant à repenser et à replacer leur action au cœur de préoccupations essentielles que constituent la protection des libertés fondamentales et de l'environnement, patrimoines communs à l'échelle mondiale, par-delà les crises successives (climatiques, sanitaires...) qui sont autant d'occasion de réinterroger le sens même de leurs activités et, au fond, leur « raison d'être ».

2. Le tribunal judiciaire statuera en sens contraire dans un jugement du 18 novembre 2021, n° 21/01661 dans le cadre d'une nouvelle action initiée contre Total

3. T.J Nanterre, réf., 30 janv. 2020, n° 19/02832 et 19/02833.

4. Cass. com., 15 déc. 2021, n° 21-11.882 : Bull. com. (FB).

5. Cass. com., 18 nov. 2020, n° 19-19.463 : Bull. com. (FB).