

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER

Les préoccupations sociales dans les entreprises

*Jean-Michel DO CARMO SILVA, Hugues BOUTHINON-DUMAS, Olivier PRADES, Nadège ANDRÉ,
Griffin Toronjo PIVATEAU et J.D., Isabelle DESBARATS*

– Vers une amélioration de la distribution transfrontalière des OPC
Michel STORCK

– Le devoir de vigilance et les enjeux en matière de responsabilité civile
Philippe MÉTAIS et Élodie VALETTE

– L'impact de la loi de programmation et de réforme pour la justice sur la vie des entreprises
Emmanuel DAOUD, Léa HUFNAGEL et Dalia BOUDJELLAL

– Directive restructuration & insolvabilité : le déroulement de la restructuration préventive
Mathias LAMY

153 | MENSUEL
NOVEMBRE 2019

Analyse

RLDA 6845

Le devoir de vigilance et les enjeux en matière de responsabilité civile⁽¹⁾

La France s'est posée en modèle à l'international en adoptant le 27 mars 2017 la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁽²⁾. Depuis, des initiatives similaires sont envisagées en Europe et l'idée d'un devoir de vigilance est en discussion à l'ONU.

Le 26 juin 2014, le Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies a établi par la résolution 26/9 un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme afin « d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises ». Ce groupe a entamé sa cinquième session de négociations du 14 au 18 octobre 2019, au Conseil des droits de l'Homme de l'ONU en vue de voir adopté un projet de traité contraignant.

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, élaborée dans le contexte du drame du Rana Plaza survenu le 24 avril 2013 au Bangladesh, impose

aux sociétés qui y sont tenues d'élaborer un plan comportant « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes 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 (...) directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie (...) »⁽³⁾. Cette loi s'est rapidement inscrite au cœur de l'actualité.

Deux ans après l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, plusieurs ONG⁽⁴⁾ ont publié des études en début d'année dressant un bilan « alarmant » de la mise en œuvre de cette dernière, appelant les entreprises à veiller à prendre en compte au plus haut niveau la vigilance et le respect des droits humains et de l'environnement, en les intégrant à leurs décisions stratégiques.

Alors que des sénateurs et députés multiplient les questions au gouvernement relatives à la mise en œuvre effective de la



Philippe MÉTAIS
Avocat associé,
White & Case LLP



Élodie VALETTE
Avocat,
White & Case LLP

(1) Cet article fait suite à une intervention qui s'est tenue au cours de la session Campus Avocats – Barreau de Paris 2018 présentée par les auteurs, Philippe Métais et Elodie Valette, avec la participation d'Antoine Tadros, Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université de Picardie – Jules Verne (<https://avocatcampus.org/lesclauses-abusives-dans-le-contrat-de-credit/>).

(2) S. Schiller, Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, JCP 2017. 62.

(3) C. com., art. L. 225-102-4.

(4) ActionAid, Les Amis de la Terre France, Amnesty International, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'étiquette et Sherpa.

loi⁽⁵⁾, le ministre de l'Économie et des Finances a confié au Conseil Général de l'Économie une mission d'évaluation de la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance qui a précisément pour objectif d'établir la liste des entreprises assujetties aux obligations relatives au devoir de vigilance et d'évaluer le respect par les entreprises concernées de leurs obligations au titre de la nouvelle loi. Le rapport, initialement attendu le 31 juillet 2019, n'a pas encore été rendu public.

Plusieurs grandes sociétés françaises ont été mises en demeure, au cœur de l'été, de se mettre en conformité avec la loi sur le devoir de vigilance, à raison, pour l'une, des conditions de travail de ses employés dans certains pays étrangers et, pour l'autre, d'un projet d'exploitation d'un champ pétrolier en Afrique. Les tribunaux ont été récemment saisis des premières assignations.

Quarante-six députés et dix-sept ONG ont récemment cosigné une tribune⁽⁶⁾ à propos des incendies en Amazonie, dans laquelle ils appellent les entreprises françaises concernées par le commerce des produits agricoles en provenance du Brésil à respecter leurs obligations au titre de la loi sur le devoir de vigilance.

Si les sociétés tenues d'élaborer et de mettre en œuvre effectivement un plan de vigilance sont nécessairement en nombre limité en raison du critère de taille arrêté, celles dont les activités sont comprises dans le périmètre du plan seront beaucoup plus nombreuses⁽⁷⁾.

En application de l'article L. 225-102-4, I du code de commerce, est tenue de mettre en œuvre un plan de vigilance toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs :

- au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ;
- au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Dans la mesure où cet article figure dans le chapitre du code consacré aux sociétés anonymes (SA), il est considéré que celui-ci s'applique uniquement aux sociétés de forme anonyme – et par renvoi aux sociétés en commandite par actions (SCA) et aux sociétés européennes immatriculées en France (SE) – et ne concerne pas les autres formes de société, y compris les sociétés par action simplifiées (SAS)

ni, de manière plus générale, les autres personnes morales de droit public ou de droit privé comme les coopératives ou les associations. Il est néanmoins probable qu'à terme, les formes de personnes morales assujetties seront plus étendues.

Dès lors que le critère qui a été retenu par le législateur est celui de la forme sociale, il est possible d'en conclure que seules les sociétés françaises entrent dans le périmètre du devoir de vigilance. Les sociétés étrangères ne pourront être concernées que dans la mesure où leurs filiales françaises rempliraient elles-mêmes le critère tenant à la forme sociale et celui du nombre de salariés.

À cet égard, le texte couvre les sociétés françaises qui auraient plus de 5 000 salariés en France et peu de salariés à l'étranger comme celles qui auraient peu de salariés en France mais au moins 10 000 salariés en comptant ceux employés dans leurs filiales à l'étranger.

La notion de filiale ne devrait pas poser de difficultés particulières dans la mesure où elle est définie clairement par l'article L. 233-1 du code de commerce selon lequel lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme filiale de la première.

Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépasseraient de manière autonome les seuils ne sont pas tenues de mettre en place un plan de vigilance distinct dès lors que celui-ci est mis en œuvre pour l'ensemble du groupe par la société mère.

À l'heure actuelle, le nombre de sociétés concernées par le devoir de vigilance est évalué à moins de 300⁽⁸⁾.

En revanche, le plan de vigilance à définir et à mettre en œuvre de manière effective pour chacune des sociétés assujetties pourra concerner un très grand nombre d'entreprises, en particulier situées à l'étranger.

D'une part, sont visées les activités des sociétés contrôlées par la société assujettie. Le critère de contrôle est nettement plus large que celui de la notion de filiale dans la mesure où il ne prend pas en compte seulement le contrôle majoritaire du capital mais plus largement le pouvoir de décision exercé sur la société (à travers les droits de vote ou encore la désignation des dirigeants)⁽⁹⁾.

D'autre part, sont également visées les activités des sociétés qui ne sont pas contrôlées par la société assujettie mais avec lesquelles celle-ci entretient des relations de fournisseurs ou de sous-traitants, c'est-à-dire, en définitive, tous les acteurs qui participent à la chaîne de produc-

(5) Question écrite n° 11950 de M. Jean-Pierre Sueur, publiée dans le JO Sénat du 8 août 2019, page 4172 ; Question écrite de M. Olivier Falorni n° 22608 publiée au JO le 3 septembre 2019.

(6) <<https://www.lejdd.fr/International/amazonie-des-deputes-et-ong-francais-appellent-a-agir-pour-ne-pas-etre-complices-de-la-deforestation-3916960>>.

(7) S. Brabant et E. Savourey, Le champ de la loi – Les sociétés soumises aux obligations de vigilance, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n°4, déc. 2017, étude 92.

(8) <<https://www.amisdelaterre.org/Rapport-Deux-ans-apres-l-adoption-de-la-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-les.html>>.

(9) P.-L. Perin, Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises: qui trop embrasse mal étreint, *RTD Com*, avril-juin 2015, p. 221.

tion et d'approvisionnement, en France comme à l'étranger, dont la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre est à l'origine. Le texte limite le groupe des sous-traitants ou fournisseurs concernés à ceux avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Toutefois, même s'il s'agit d'un critère connu dans le droit et la jurisprudence française, ses contours peuvent être interprétés de manière plus ou moins extensive. En d'autres termes, les sociétés assujetties devront probablement veiller à ne pas limiter le périmètre du plan de vigilance aux seules sociétés avec lesquelles elles entretiennent des relations formellement établies⁽¹⁰⁾.

Le législateur a instauré un régime de responsabilité civile qui ouvre la possibilité pour une société assujettie de répondre des dommages consécutifs aux activités des sociétés qu'elle contrôle, de ses fournisseurs ou de ses sous-traitants et qui constitueraient une atteinte grave envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement.

En pratique, l'action civile ainsi prévue expressément à l'article L. 225-102-5 du code de commerce sera précédée d'un certain nombre d'étapes prévues à l'article L. 225-102-4, II du code de commerce.

Dans l'hypothèse d'un plan de vigilance qui serait inexistant ou même incomplet ou encore inadapté⁽¹¹⁾, la société assujettie peut être mise en demeure de se conformer aux obligations de vigilance avant d'être enjointe par un juge de les respecter.

Ainsi, la mise en demeure est entendue comme une condition préalable pour délivrer une injonction. L'article L. 225-102-4, II, al. 1^{er} du code de commerce ne se réfère pas à l'auteur d'une telle mise en demeure mais le Conseil constitutionnel a indiqué que la mise en demeure ne pourra être formée « *que par une personne ayant un intérêt légitime à agir* ».

Ensuite, il n'est possible de saisir le juge à fin d'injonction que si la société assujettie ne satisfait toujours pas à ses obligations trois mois après que la mise en demeure lui ait été délivrée. Le texte impose que le demandeur justifie d'un « *intérêt à agir* »⁽¹²⁾.

L'article L. 225-102-5 du code de commerce renvoie au droit commun des articles 1240 et 1241 du code civil, pour prévoir que le manquement aux obligations définies

à l'article L. 225-102-4 « *engage la responsabilité de son auteur* ».

Une première question se pose en ce qui concerne la qualité des personnes pouvant mettre en jeu cette responsabilité civile extra-contractuelle. Le texte précise que la juridiction compétente peut être saisie « *par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin* »⁽¹³⁾.

Contrairement à ce qui a été prévu en matière d'action de groupe dans le domaine de la consommation ou des données personnelles dont l'initiative est réservée à un certain nombre d'associations, en la matière, la catégorie des personnes ayant intérêt à agir, à mettre en demeure, à demander une injonction et à saisir le juge d'une action en responsabilité pourrait être particulièrement large.

La responsabilité de la société visée ne sera susceptible d'être engagée que s'il est établi un lien de causalité entre le non-respect de ses obligations de vigilance et la survenance du dommage

Cependant, le Conseil constitutionnel a déduit du renvoi au droit commun du code civil, que « *les dispositions contestées n'instaurent donc pas un régime de responsabilité du fait d'autrui* », de sorte qu'elles « *ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir* ». Un doute existe dès lors sur la possibilité pour les associations, les syndicats ou encore les lanceurs d'alerte de se substituer aux victimes et par conséquent, la possibilité d'engager une action de groupe en matière de devoir de vigilance.

À raison du renvoi opéré au droit commun, il y aura lieu pour le demandeur de justifier d'une faute, d'un dommage et enfin d'un lien de causalité.

La faute relèvera d'un manquement au devoir de vigilance et la question de la mise en œuvre effective du plan de vigilance sera nécessairement au cœur des débats judiciaires à venir.

Seuls les dommages qui seront la conséquence d'« *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » pourront être réparés. Seront pris en considération toutes les conséquences préjudiciables de ces atteintes, qu'elles soient d'ordre patrimonial ou extra-patrimonial et même moral. De même, les risques avérés de dommages futurs pourront être pris en compte.

(10) D. Gallois-Cochet, Le périmètre du devoir de vigilance, Le devoir de vigilance, ouvrage sous la direction de S. Schiller, Lexisnexis, p. 45.

(11) S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, Le plan de vigilance, clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance, Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, n°4, déc. 2017, étude 93.

(12) C. com., art. L. 225-102-4, II, al. 1^{er}.

(13) C. com., art. L. 225-102-5, al. 2.

Enfin, la responsabilité de la société visée ne sera susceptible d'être engagée que s'il est établi un lien de causalité entre le non-respect de ses obligations de vigilance et la survenance du dommage. L'existence d'un tel lien de causalité sera probablement l'élément de la responsabilité qui sera le plus difficile à établir, sauf à ce que, comme certains commentateurs de la loi le soutiennent⁽¹⁴⁾, les juges privilégient un mécanisme de présomption de causalité.

La société assujettie pourra tenter de démontrer que les mesures de vigilance mises en œuvre étaient conformes aux exigences légales et, en toute hypothèse, impuissantes à prévenir la réalisation du dommage invoqué. On soulignera aussi que, même si la responsabilité de la société est retenue, seul peut être mis à sa charge « *le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* » et non l'entier dommage survenu. Une réparation en nature pourra être envisagée.

Toutes ces questions dépendront également de la détermination de la loi qui sera applicable au litige⁽¹⁵⁾.

L'article 1833 du code civil, dans sa version issue de la loi Pacte entrée en vigueur le 24 mai 2019, indique immédiatement après avoir consacré le principe d'une gestion conforme à l'intérêt social que doivent également être pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Tel que le texte est rédigé, il laisse penser qu'il appartient au gérant raisonnable de réaliser un contrôle de proportionnalité pour s'assurer que l'acte réalisé dans l'intérêt social ne contrevient pas, au moins de manière significative, à ces nouveaux enjeux. Certains en déduisent que les enjeux sociaux et environnementaux constitueraient des composantes de l'intérêt social. Les ONG, les associations de défense des consommateurs et autres organismes sociaux des enjeux sociaux et environnementaux seront probablement très attentifs au comportement adopté par les sociétés et pourraient envisager de se prévaloir d'un manquement aux nouvelles dispositions de l'article 1833 auquel sont assujetties toutes les sociétés et non pas simplement visées par l'article L. 225-102-4 du code de commerce. ■

(14) A. Danis-Fatôme, G. Vinez, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Recueil Dalloz 2017 p. 1610.

(15) O. Boskovic, Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, Recueil Dalloz 2016 p. 385.