

Stratégie contentieuse et devoir de vigilance



Trois ans après l'introduction en droit français de la loi sur le devoir de vigilance, les premières actions judiciaires ont été initiées et l'effectivité de la loi est au cœur des préoccupations des parties prenantes.



Par

Philippe Métais
Avocat associé -
White & Case LLP

&

Elodie Valette
Avocat counsel -
White & Case LLP

En France, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 impose aux grandes entreprises ayant un siège en France un devoir de vigilance au regard d'un large panel de risques liés aux droits de l'homme et aux dommages environnementaux que leur activité peut engendrer *via* leurs filiales et leurs fournisseurs et sous-traitants avec lesquels une relation commerciale est établie, en France ou à l'étranger.

Le 21 février 2020, le Conseil général de l'économie (CGE) a remis au ministre de l'Économie et des finances son rapport portant sur l'évaluation de la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance. Ce rapport souligne l'utilité de la loi pour promouvoir et renforcer la responsabilité sociale des entreprises (RSE) en France et dans le monde, au travers de leurs réseaux de filiales, partenaires et sous-traitants, et dresse un premier bilan mitigé de son application.

LE PÉRIMÈTRE DES ENTREPRISES CONCERNÉES

La loi sur le devoir de vigilance 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 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 [...] directement ou indirectement, ainsi que des

activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie [...] »¹.

Les sociétés tenues d'élaborer et de mettre en œuvre effectivement un plan de vigilance sont nécessairement en nombre limité en raison des critères arrêtés tenant au nombre de salariés et à la forme sociale. Ainsi, sont concernées les sociétés anonymes (SA), auxquelles s'ajoutent les sociétés de forme anonyme, les sociétés en commandite par actions (SCA) et les sociétés européennes immatriculées en France (SE) qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs :

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

Quant aux activités visées par les « mesures de vigilance raisonnable » mises à la charge des sociétés assujetties, elles émanent non seulement de la société mère mais également de ses sociétés contrôlées, ainsi que des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, c'est-à-dire de tous les acteurs qui participent à la chaîne de production et d'approvisionnement, en France comme à l'étranger, dont la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre est à l'origine.

Partant du constat que le périmètre du devoir de vigilance « est difficilement vérifiable en l'état » – en raison notamment de « l'impossibilité de dresser de façon fiable la liste des

¹ C. com., art. L. 225-102-4.

Le rapport remis par le Conseil général de l'Economie dresse un premier bilan de la loi sur le devoir de vigilance et propose une série de recommandations afin de sensibiliser les entreprises aux respects de leurs obligations et d'améliorer l'application du devoir de vigilance.

entreprises concernées » –, le rapport remis par le CGE préconise un élargissement du périmètre d'application de la loi sur le devoir de vigilance aux filiales françaises d'entreprises

étrangères ainsi qu'aux sociétés en nom collectif (SNC) et sociétés anonymes à responsabilité limitée (SARL). Le rapport recommande de clarifier et simplifier la définition des entreprises ciblées en incitant à « étendre l'application de la loi sur le devoir de vigilance aux formes juridiques non couvertes (SNC, SARL), voire harmoniser les critères avec ceux des "grandes entreprises" en France y compris pour les filiales de groupes étrangers (ajouter

des critères de bilan et/ou de chiffre d'affaires, outre le nombre de salariés en France et à l'étranger) de façon à rendre cette application plus lisible ».

Cette recommandation s'accompagne d'une seconde piste tendant à la création d'un service de l'État dédié à recueillir les données détenues par l'ensemble des administrations de manière à assurer la promotion du devoir de vigilance.

LES MÉCANISMES DE SANCTION JUDICIAIRE PRÉVUS

La loi sur le devoir de vigilance a édicté deux séries de dispositions visant à assurer le respect effectif du devoir de vigilance et à sanctionner les éventuels manquements et défaillances des sociétés assujetties.

D'une part, en application de l'article L. 225-102-4, II, du code de commerce, la société assujettie qui ne respecte pas ses obligations au titre de la loi sur le devoir de vigilance, c'est-à-dire celle dont le plan de vigilance serait inexistant ou considéré comme insuffisant, peut être mise en demeure de se conformer aux obligations

de vigilance. À défaut de satisfaire à une telle interpellation dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la société assujettie peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, être enjointe par la juridiction compétente, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. Ce premier mécanisme judiciaire intervient donc avant l'intervention d'un quelconque dommage.

Les premières actions judiciaires en matière de devoir de vigilance ont d'ailleurs été engagées sur le fondement d'une telle « action préventive en cessation de l'illicite ».

D'autre part, sur le fondement de l'article L. 225-102-5 du code de commerce, la société assujettie peut également faire l'objet d'une action en responsabilité par toute personne justifiant d'un intérêt à agir. Ce second mécanisme judiciaire intervient une fois le dommage intervenu.

À raison du renvoi opéré au droit commun, le demandeur devra justifier :

- d'une faute – manquement au devoir de vigilance ;
- d'un dommage – conséquence d'« atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » ;
- d'un lien de causalité entre le non-respect du devoir de vigilance et la survenance du dommage.

Si la présomption de faute est exclue, les juges saisis pourraient décider d'un assouplissement du lien de causalité ou de la mise en œuvre d'un mécanisme de présomption de causalité².

LA COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION

Par deux ordonnances en date du 30 janvier 2020, le président du Tribunal judiciaire de Nanterre s'est déclaré incompétent au profit du Tribunal de commerce de Nanterre pour connaître d'une action en cessation de l'illicite engagée sur le fondement de l'article L. 225-102-4, II, du code de commerce aux termes d'un raisonnement en plusieurs étapes. Ainsi, après avoir relevé que « les dispositions de l'article L. 225-102-4, sur lesquelles les associations fondent leur action, sont inscrites dans le code de commerce, dans son titre II por-

² A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2017. 1610.

tant dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales, dans le chapitre V concernant les sociétés anonymes et plus particulièrement la section 3 relative aux assemblées d'actionnaires », le président ajoute que le plan de vigilance « est au cœur de la vie sociale, avec une éventuelle incidence sur le pacte social dès lors que ces informations sont soumises à ses organes décisionnels » et que « la mise en œuvre du plan de vigilance implique l'organisation (actions d'atténuation, de prévention et d'alerte) et le fonctionnement de la société (suivi des mesures et évaluation de leur efficacité) soit par un contrôle de ses filiales, soit par l'influence exercée sur ses sous-traitants », avant de conclure que « le plan de vigilance et son compte rendu de mise en œuvre font ainsi partie intégrante de la gestion de la société », de sorte qu'« au regard des obligations incombant aux sociétés commerciales au titre du devoir de vigilance, l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance participent donc directement du fonctionnement de ces sociétés ». Le président se déclare ainsi incompétent au profit du tribunal de commerce de Nanterre statuant en référé pour connaître de la demande d'injonction sous astreinte relative à la mise en œuvre du plan de vigilance³.

À la lumière de ces toutes premières décisions, on pourrait également considérer que le tribunal de commerce, plutôt que le tribunal judiciaire, sera compétent pour connaître d'une action en responsabilité sur le fondement de l'article L. 225-102-5 du code de commerce. Les ONG ont annoncé interjeter appel des ordonnances susvisées le 25 mars 2020 pendant la période d'urgence sanitaire⁴. Une décision de la Cour d'appel de Versailles sera donc attendue à ce sujet.

LA COMPÉTENCE TERRITORIALE ET LA LOI APPLICABLE AU LITIGE

D'une part, la compétence du juge français dans le ressort duquel se situe la société mère pour connaître des dommages qui ont eu lieu à l'étranger du fait de sa filiale étrangère ne fait guère de doute sur le fondement de l'article 42, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, qui énonce le principe de la compétence du juge où réside le défendeur. Les dispositions de l'article 42, alinéa 2, du même code selon lesquelles s'il y a plusieurs défendeurs, le de-

mandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux, permettront au demandeur de saisir le juge français du domicile de la société mère même si son action vise également des filiales étrangères.

On ne peut exclure également que le ou les demandeurs fassent le choix de saisir un juge étranger, soit celui où le dommage a été réalisé, soit celui où l'une des filiales du groupe a son siège, en considérant que son action pourrait être envisagée plus favorablement que si celle-ci était portée devant le juge français.

D'autre part, la question de la loi applicable doit être envisagée sous l'angle de l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance et sous l'angle de la réparation du manquement commis par une société assujettie à son devoir de vigilance.

La loi du siège de la société mère, soit la loi française, aura vocation à s'appliquer en ce qui concerne l'établissement et à la mise en œuvre du plan de vigilance.

Sur le terrain de l'action en réparation, il y a lieu de procéder par renvoi aux dispositions du règlement Rome II. L'article 4, § 1, du règlement Rome II retient la loi du dommage. En matière environnementale, l'article 7 du règlement Rome II pose une option entre la loi du pays où le dommage survient et la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.

La loi étrangère pourrait toutefois être écartée au profit du droit français applicable en matière de responsabilité civile afin d'assurer l'effectivité du devoir de vigilance⁵. L'article L. 225-102-5 du code de commerce fait d'ailleurs référence aux articles 1240 et 1241 du code civil sur la responsabilité civile de telle sorte que :

« la loi sur le devoir de vigilance pourrait tout d'abord être qualifiée de loi de police et serait ainsi applicable à toute société mère ayant son siège social en France ;

Le 30 janvier 2020 le juge des référés du Tribunal judiciaire de Nanterre s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce pour juger en référé d'une action préventive sur le fondement du devoir de vigilance.

³ TJ Nanterre, ord. réf., 30 janv. 2020, n° 19/02832 et 19/02833.

⁴ <https://www.business-humanrights.org/en/node/205719>

⁵ O. Boskovic, Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, D. 2016. 385.

- le juge pourrait également considérer la loi sur le devoir de vigilance comme faisant partie intégrante de l'ordre public international. Toute loi étrangère contraire à la loi sur le devoir de vigilance serait alors écartée pour contradiction à l'ordre public international français. À l'heure où le Conseil constitutionnel a reconnu que la protection de l'environnement constituait un nouvel objectif à valeur constitutionnelle⁶, il pourrait être considéré qu'un droit étranger n'imposant pas un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères serait contraire aux valeurs françaises ;
- l'article 4, § 3, du règlement Rome II pourrait en outre servir de fondement à une application extraterritoriale de la loi française sur le devoir de vigilance. Ces dispositions

permettent en effet, dans des circonstances exceptionnelles, l'application d'une autre loi que la loi du dommage, à savoir la loi d'un État qui aurait des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable que la loi du lieu du dommage visé à l'article 4, § 1. Dans ces circonstances,

la loi de la société mère pourrait être appliquée. Encore faudrait-il démontrer que la loi du siège de la société mère a des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable ;

- le juge pourrait encore fonder son raisonnement sur l'article 17 du règlement Rome II qui permet, alors même que la loi du lieu du dommage est appliquée, d'apprécier le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée au regard de la loi du fait générateur du dommage. Ce faisant, la loi sur le devoir de vigilance serait prise en compte pour apprécier la faute de la société visée.

L'INTÉRÊT À AGIR EN QUESTION

Contrairement à ce qui a été prévu en matière d'action de groupe dont l'initiative est réservée à un certain nombre d'associations, en matière de devoir de vigilance, 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.

Il sera toutefois rappelé que le Conseil constitutionnel a considéré que les textes instaurés par la loi sur le devoir de vigilance « ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir ». La recevabilité des actions qui seraient engagées par les organisations non gouvernementales (ONG), les associations, les syndicats, les collectivités territoriales ou encore les lanceurs d'alerte est susceptible de poser question comme la possibilité d'engager une action de groupe en matière de devoir de vigilance.

L'APPRÉCIATION DES MANQUEMENTS ALLÉGUÉS AU DEVOIR DE VIGILANCE

Il appartiendra aux juridictions d'évaluer le plan de vigilance mis en œuvre par les entreprises visées par une action sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance et d'apprécier l'effectivité d'un tel plan au regard des risques identifiés.

La loi sur le devoir de vigilance a un effet indirect sur de nombreuses entreprises en France comme à l'étranger, dès lors que les entreprises assujetties s'emploient à contractualiser leurs obligations en la matière au sein des relations intra-groupes avec leurs filiales et des relations d'affaires avec leurs sous-traitants et fournisseurs.

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 qui leur est reproché. Le standard de « vigilance raisonnable » devra être précisé par la jurisprudence. À ce sujet, le rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance se référerait à une obligation de moyens qui « consiste en une série de mesures appropriées dans le but de réaliser un objectif défini dans une norme nationale ou internationale, à respecter un niveau minimal de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur »⁷.

Les victimes alléguées d'un manquement d'une société à son devoir de vigilance devront établir la réalité et l'étendue de leur préjudice.

⁶ Cons. const. 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC, AJDA 2020. 264 ; *ibid.* 425, tribune V. Goessel-Le Bihan ; D. 2020. 218, et les obs.

⁷ Rapport n° 2628 de M. Dominique Potier sur la proposition de loi n° 2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre enregistré le 11 mars 2015.

En tout état de cause, même si la responsabilité de la société est retenue, aux termes de l'article L. 225-102-5 du code de commerce, seule peut être mise à sa charge la réparation du « préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter » et non de l'entier dommage survenu. Une réparation en nature pourra être envisagée.

Le rapport établi par le CGE invite à mesurer la nécessité de préciser certains points de la loi sur le devoir de vigilance – portant notamment sur le degré de précision de la cartographie des risques dans sa publication dans le plan de vigilance, la fréquence des mesures d'évaluation, le degré de détail des actions adaptées d'atténuation ou de prévention élaborées et mises en œuvre – afin de réduire les incertitudes juridiques.

VERS UNE EXTENSION DU DEVOIR DE VIGILANCE ?

L'article 1833 du code civil, dans sa version issue de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « 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.

Alors que la loi sur le devoir de vigilance ne concerne que les grandes entreprises, la loi Pacte impose aux dirigeants de l'ensemble des sociétés civiles et commerciales une nouvelle obligation de « prise en considération des 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.

Il pourrait en être déduit que les enjeux sociaux et environnementaux constitueraient des composantes de l'intérêt social.

Les ONG, les associations de défense des consommateurs et autres organismes soucieux 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 celles visées par l'article L. 225-102-4 du code de commerce.

Enfin, le rapport remis par le CGE préconise un élargissement au niveau européen du devoir de vigilance, en profitant de la révision prochaine de la directive n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014 dite « MIF 2 » pour y intégrer les obligations correspondantes, en complément du *reporting* extra-financier, et pour éventuellement faire avancer la position de l'Union européenne au groupe de travail de l'Organisation des Nations unies (ONU) visant à rendre obligatoire le respect des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011.

La loi Pacte crée une obligation, pour l'ensemble des entreprises françaises et plus précisément pour leurs organes dirigeants, de gérer leur société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».