

Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre

Nicolas Cuzacq

Le concept de vigilance a connu, au sein de la RSE, une ascension « fulgurante » depuis le début des années 2000. La vigilance est une notion connue de longue date par les juristes dans des domaines spécifiques comme le droit bancaire¹ mais elle a pris une autre ampleur depuis l'adoption par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le 16 juin 2011, de principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ce Conseil a formalisé la diligence attendue des entreprises en leur demandant d'identifier les incidences de leurs activités dans le domaine des droits de l'homme et d'en atténuer les effets et de rendre compte de la manière dont elles y remédient². Les jalons du devoir de vigilance étaient posés et ils ont inspiré d'autres normes que nous mentionnerons. On trouve dans les principes directeurs des Nations Unies, l'ancêtre du plan de vigilance qui est au cœur de la proposition de loi votée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015³. En effet, ces principes directeurs précisent que : « pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information en externe »⁴. Ils utilisent la notion de « due diligence » qui est définie comme l'exigence d'un niveau minimum de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur au sein de la décision de l'entreprise⁵. À l'aune de cette définition, l'expression « due diligence » est généralement traduite par « devoir de vigilance ». Les principes directeurs des Nations Unies ont ensuite essaimé les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales⁶. On retrouve aussi le devoir de vigilance dans la norme ISO 26000⁷ ainsi que dans la directive du 22 octobre 2014 relative à la publication d'informations extra-financières⁸. La directive illustre un

¹ N. Mathey, « La portée du devoir de vigilance », *Revue de Droit bancaire et financier*, 2013, n° 5, Dossier 48.

² Principes directeurs, p. 20.

³ « Petite loi » n° 501.

⁴ Principes directeurs, p. 27.

⁵ B. Loeve, *Étude sphère d'influence* versus due diligence, www.diplomatie.gouv.fr, p. 5.

⁶ Version 2011, p. 37 et s.

⁷ Version 2010, p. 30 et s.

⁸ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la

COMMENT REpondre ?

élargissement du domaine d'application du devoir de vigilance car il dépasse la sphère des droits de l'homme en englobant aussi les questions sociales, environnementales et la lutte contre la corruption⁹. On retrouve ce devoir de vigilance, au domaine d'application élargi, dans l'article 8 alinéa 2 de la loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale qui dispose : « dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires ». Parfois, le droit français consacre une obligation de vigilance dans un domaine spécifique comme le fait l'article L. 4231-1 du Code de travail, à la charge du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre, en matière d'hébergement collectif des salariés.

Le devoir de vigilance, au domaine d'application élargi, était au cœur de quatre propositions de loi¹⁰ similaires¹¹, que nous appellerons les « quatre sœurs jumelles », mais l'efficace lobbying des organisations patronales a eu raison de leur sort. Ensuite, une autre proposition a été déposée le 11 février 2015 et, après un passage devant la commission des lois le 11 mars 2015, elle a été votée le 30 mars 2015 par l'Assemblée nationale¹². À la différence des « quatre sœurs jumelles », cette proposition ne prévoit pas un renversement de la charge de la preuve au profit des victimes et elle ne contient pas de dispositions pénales. Elle fonde la responsabilité des sociétés mères ou des donneurs d'ordre sur une faute de vigilance de leur part à

directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JO L*, 330 du 15.11.2014. V., dans cet ouvrage, V. Mercier, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises ».

⁹ Article 19 bis §1, b.

¹⁰ A. Danis-Fâtome, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réforme du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, 2014, p. 253 ; C. Hannoun, « Vers un devoir de vigilance des sociétés mères ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 51-52, p. 32 ; Y. Queinnec et S. Brabant, « De l'art et du devoir d'être vigilant », *RLDA*, 2013, n°88 ; N. Cuzacq, « Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RDT*, 2014, p. 265.

¹¹ Leur contenu est strictement identique. PPL n° 1519 de D. Auroi, PPL n° 1524 de B. Le Roux, PPL n° 1777 de J.-N. Carpentier, PPL n° 1897 de A. Chassaingne.

¹² E. Boursican et A. Pietrancosta, « Vigilance : un devoir à surveiller », *JCP*, 2015, éd. G, p. 922 ; S. Cossart et M.-L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, 2015, n° 104, p. 75, spéc. p. 77 ; Y. Queinnec et A. Constantin, « Devoir de vigilance-Les organes de gouvernance des entreprises en première lignes », *RLDA*, 2015, p. 68 ; C. Malecki, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *Joly sociétés*, 2015, p. 171 ; N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015.1049.

REPOUDRE DE L'AVENIR

l'égard des sociétés qu'ils contrôlent, de leurs sous-traitants ou fournisseurs¹³. Un auteur a proposé un dispositif alternatif fondé sur une garantie des risques octroyée aux victimes dans la lignée des travaux de B. Starck¹⁴. Le dispositif est similaire à celui qui existe en matière de travail dissimulé¹⁵. Il a une cohérence indiscutable mais il n'est pas certain que son contenu aurait davantage convaincu les entreprises surtout que son auteur lui apparie un périmètre de vigilance fondé sur la notion, trop vague selon nous, de sphère d'influence.

Dans un premier temps, il est séant d'étudier le devoir légal de vigilance instauré par la proposition de loi votée le 30 mars 2015 par l'Assemblée nationale.

1. Une obligation de vigilance fondée sur une démarche de prévention

La proposition de loi impose aux débiteurs de l'obligation de vigilance¹⁶ de rédiger un plan qui présente les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires¹⁷. Le plan doit aussi prévenir les comportements de corruption active ou passive. En gestion, l'on distingue la passivité, la réactivité et la prospective. La réactivité consiste à réagir à une difficulté à la suite de sa manifestation. La prospective vise à anticiper une difficulté en évitant sa réalisation. La démarche est conforme au bon sens populaire selon lequel il est préférable de prévenir que guérir. L'objectif du plan de vigilance est d'éviter la réalisation du dommage. Si l'objectif est atteint, on évite une atteinte aux droits des personnes ou à l'environnement, le droit à réparation n'étant qu'un pis-aller, et l'on permet à l'entreprise de ne pas payer des dommages-intérêts¹⁸.

La rédaction d'un plan de vigilance s'inscrit dans une démarche prospective qui rappelle l'opposition proposée par le philosophe P. Ricœur¹⁹ entre une responsabilité orientée vers le passé (recherche des causes, identification des auteurs) et une responsabilité fondée sur une mission tournée vers l'avenir (que faut-il faire ?, Comment ?). La doctrine juridique a aussi souligné

¹³ Pour une définition exacte du périmètre de l'obligation de vigilance v. *infra*.

¹⁴ C. Hannoun, « Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés mères », in *Mélanges M. Germain*, 2015.

¹⁵ Article L. 8222-1 et s. du Code du travail.

¹⁶ Selon l'article 1 de la proposition du 11 février 2015, le devoir de vigilance concerne : « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille 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 ». Pour un commentaire de ce domaine d'application v. N. Cuzacq, *op. cit.*

¹⁷ Nouvel art. C. com. L. 225-102-4-I al. 2.

¹⁸ Certes, dans la pratique les entreprises souscriront souvent un contrat d'assurance mais elles ont intérêt à éviter la réalisation d'un dommage afin de protéger leur capital réputationnel.

¹⁹ P. Ricœur, *Autour du politique*, Seuil, 1991, p. 282.