



Maria Lancri,
Avocat à la Cour,
Of Counsel, GGV Rechtsanwälte Avocats à la Cour

Le devoir de vigilance à la Française

La loi sur le devoir de vigilance est désormais publiée (1). Que faut-il faire pour s'y conformer ?

Les débats sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance ont donné lieu à des échanges houleux entre les deux côtés des hémicycles. Non pas parce que les uns seraient opposés à la mise en place d'un contrôle et ne comprendraient pas l'importance de la question, alors que les autres seraient porteurs d'un projet permettant de s'assurer d'un comportement éthique de la part des entreprises françaises. Le débat portait plutôt sur l'approche à adopter de façon à s'assurer que les obligations mises à la charge des entreprises françaises seraient effectivement utilement mises en œuvre.

Mais avant d'en venir aux méthodologies à mettre en application, il convient de définir ce qu'est le devoir de vigilance et comment les entreprises le mettent d'ores et déjà en œuvre.

Le tissu industriel a énormément évolué ces dernières décennies au niveau mondial. Schématiquement et principalement pour des raisons de coûts, la production et la fabrication ont quitté les pays occidentaux pour être reprises par des pays dans lesquels les conditions de production sont moins réglementées et la main-d'œuvre plus flexible.

Les entrepreneurs ont tout à fait conscience de ces faiblesses et ont pris depuis de longues années des mesures pour mieux contrôler leurs sources d'approvisionnement. Ils ont amélioré leur sélection des sous-traitants, en leur imposant d'accepter de se conformer à des codes de conduite, en les soumettant à des audits préalables à la relation contractuelle ou tout au long de celle-ci. Ils ont adhéré à des codes de bonne conduite, tel que celui des Nations Unies (2) et publient un rapport annuel sur les mesures prises à cet effet.

I. Le contexte de la loi et les textes préexistants

Par ailleurs, plusieurs réglementations, qu'elles soient internationales ou européennes, se sont déjà emparées du sujet.

Au niveau international, l'organisation internationale du travail (« OIT ») a depuis longtemps mis en place des conventions internationales limitant le temps de travail auxquelles nombre de pays ont adhéré. On notera que l'OIT a récemment révisé sa Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (3) afin, dit-elle de répondre « aux nouvelles réalités économiques, notamment

l'augmentation des investissements internationaux et des échanges commerciaux, et la croissance des chaînes d'approvisionnement mondiales ».

Au niveau européen, on prendra l'exemple de la Directive relative à la sécurité générale des produits (4) qui prévoit que les produits mis sur le marché de l'UE doivent être sûrs et contenir des informations garantissant leur traçabilité, telles que l'identité du fabricant et la référence du produit ou encore le Règlement REACH adopté pour mieux protéger la santé humaine et l'environnement contre les risques liés aux substances chimiques (5). Au niveau français, les textes européens sont bien entendu transposés.

Tous ces textes obligent à mettre en œuvre des procédures de contrôle chez les fabricants sous-traitants afin de s'assurer de la conformité des produits. Que ce soient par voie de questionnaires, visites ou audits ou contrôles de qualité des produits.

Au niveau français, le Code de commerce prévoit déjà à son article L. 225-102-1 des obligations de reporting pour les sociétés soumises aux règles de RSE (« *responsabilité sociale des entreprises* »), qui devraient être renforcées avec la transposition de la directive précitée.

La proposition de loi française a été introduite dans le contexte post-Rana Plaza. Le Rana Plaza est cet immeuble, abritant des ateliers de confection au Bangladesh, qui s'est effondré en 2013, faisant 1 138 morts et de très nombreux blessés. Or, les règles de sécurité n'avaient manifestement pas été respectées et les ateliers en question se sont avérés être « *sous-sous-traitants* » de grandes marques européennes dont la réputation s'est immédiatement trouvée entachée. Ces entreprises, qui se sont retrouvées sur le devant de la scène et ont vu leur réputation et leur image atteintes du fait du manque de contrôle de leur chaîne d'approvisionnement, ont ensuite de cela, sous l'égide de l'OIT, abondé à un fonds d'indemnisation à hauteur de 30 millions de \$ et ont communiqué autour de leur participation à ce fonds, tout en rappelant qu'elles n'avaient pas de relation contractuelle avec ses ateliers (6). Ce sont leurs sous-traitants directs qui en avaient.

Dans ce contexte, le Royaume-Uni a adopté le *Modern Slavery Act*. L'article 54 de la loi met à la charge des donneurs d'ordre entrant dans le champ d'application (fournisseurs de biens ou de services, réalisant un chiffre d'affaires de 36 millions de £ et ayant une entreprise dont une partie de l'activité est réalisée sur le territoire du Royaume-Uni) des obligations annuelles de déclaration des contrôles effectués sur leur chaîne d'approvisionnement.

1) Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&dateTexte=&categorieLien=id>

2) Pacte mondial des Nations Unies, Global Compact, <https://www.unglobalcompact.org>

3) Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale – 5^e édition (mars 2017), http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124923/lang--fr/index.htm

4) Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32001L0095>. Cette directive est en cours de révision, la Commission européenne ayant proposé un Règlement afin de renforcer les obligations des producteurs :

5) Règlement (CE) 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ri=CELEX%3A32006R1907>

6) <http://ranaplaza-arrangement.org/>

7) The California Transparency in Supply Chains Act, https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/cybersafety/sb_657_bill_ch556.pdf?

8) <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>

9) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&dateTexte=&categorieLien=id>

10) Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-750-dc/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017.148843.html>

La Californie avait déjà adopté un texte similaire pour encadrer les chaînes d'approvisionnement (7).

II. Le texte de loi adopté par l'Assemblée nationale

La loi française telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale en dernière lecture (8) a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Elle prévoit dans la version soumise au Conseil ce qui suit :

A l'article 1, le champ d'application de la loi est théoriquement assez restreint puisqu'il ne touche que : « 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... » et sur le modèle de ce qui est prévu dans la loi Sapin II (9), l'adoption d'un programme de compliance dit « plan de vigilance » destiné 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 ».

Cette identification doit se faire tant au niveau des activités de la société soumise à l'obligation qu'à celui des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, ainsi qu'à celui des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie.

Ce plan de vigilance, qui a vocation à être élaboré avec les parties prenantes de la société et éventuellement dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières doit comprendre les mesures suivantes :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

« 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

« 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

« 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

« 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Un décret en Conseil d'Etat devrait venir compléter ces mesures.

Le plan de vigilance doit être rendu public par le biais du rapport de gestion consolidé de l'article L. 225-202 du Code de commerce.

Ce même article 1 de la loi prévoyait enfin des mesures de contrôle pour s'assurer de la mise en œuvre des plans de vigilance : (i) une mise en demeure adressée à la société soumise à la loi ; (ii) si la société n'y satisfait pas dans le délai de trois mois, le juge peut, éventuellement saisi en référé, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant, sous astreinte, de les respecter ; et enfin (iii) une amende : « Le juge peut condamner la société au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne peut être supérieur

à 10 millions d'euros. Le juge fixe le montant de cette amende en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur. L'amende ne constitue pas une charge déductible du résultat fiscal. »

L'article 2 tel qu'adopté par l'Assemblée nationale prévoit que le manquement aux obligations de vigilance décrites plus haut engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. A cet effet, une action peut être introduite par toute personne y ayant intérêt et la décision peut être publiée et diffusée.

Il y était ajouté une sanction qui permettait de majorer « jusqu'à trois fois, en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage » la sanction de 10 millions d'euros prévue à l'article 1, soit un montant maximal de 30 millions d'euros en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage.

III. La décision du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel, après examen des saisines de 60 députés et de 60 sénateurs a, dans sa décision du 23 mars 2017 (10), partiellement censuré la loi et est également venu interpréter de manière restrictive certaines de ces dispositions et ainsi en limiter la portée.

Ainsi, les termes employés dans le texte étant trop généraux, le principe de légalité des délits et des peines a été considéré comme étant méconnu et ont été considérées comme contraires à la constitution les dispositions suivantes : le dernier alinéa de l'article 1^{er} relatif à l'amende de 10 millions d'euros, le troisième alinéa de l'article 2 majorant de trois fois l'amende et l'article 3 permettant de prononcer l'amende en monnaie locale.

Le Conseil constitutionnel a en outre utilement commenté certaines des dispositions qu'il a validées. Ainsi, le Conseil considère que le texte ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre, car si le plan de vigilance doit être rendu public, il n'impose pas « aux sociétés tenues à l'établissement d'un tel plan de rendre publiques des informations relatives à leur stratégie industrielle ou commerciale ».

Le fait que le plan de vigilance doit porter sur les fournisseurs ou sous-traitants avec lesquels la société a une relation commerciale établie ne présente pas un caractère inintelligible. Pour le Conseil, la notion de relation commerciale établie doit être interprétée (au regard des articles L. 420-2 et L. 442-6 du Code de commerce) et les « dispositions selon lesquelles le plan de vigilance » a vocation « à être élaboré avec les « parties prenantes de la société » ont une portée incitative ».

L'article 2 de la loi prévoit que le manquement aux obligations de plan de vigilance oblige à réparer le préjudice. Le Conseil précise que la responsabilité est engagée « dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage. Les dispositions contestées n'instaurent donc pas un régime de responsabilité du fait d'autrui » et qu'ainsi les « dispositions ... ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir ».



Le Conseil constitutionnel rappelle dans sa doctrine que l'autorité juridique de ses décisions s'attache tant au dispositif de ses décisions qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire (11). Son interprétation s'imposera donc aux autorités judiciaires et administratives. Le texte n'est donc pas entièrement censuré, mais son application est fortement encadrée. La loi a ainsi été signée par le président de la République le 27 mars 2017 et publiée le lendemain.

IV. La mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance

Les conditions de mise en œuvre du plan de vigilance sont ainsi un peu plus clarifiées, mais au final, si les bonnes intentions de cette loi sont indéniables, elle reste d'application difficile.

Le périmètre des sociétés concernées (sociétés de plus de 5 000 salariés) n'est pas le même que celui applicable à la loi Sapin 2 et aux obligations de RSE. D'ailleurs, dans la mesure où ces entreprises doivent appliquer le plan à leurs sous-traitants, les contrats qu'elles signeront avec ces sociétés plus petites mettront à la charge de celles-ci des obligations similaires si ce n'est identiques. En conséquence, ces entreprises plus petites devront sans doute elles aussi adopter un plan de vigilance « contractuel ».

Le plan de vigilance a vocation à être élaboré avec les parties prenantes de la société. Or, d'une part, ces parties ne sont pas définies dans le texte, et, d'autre part, la loi n'envisage pas la question du secret des affaires quand elle demande d'associer les parties prenantes. Le texte ne précise pas non plus quelles sont les conséquences attachées à l'échec des discussions avec les parties prenantes. Une partie prenante non satisfaite des discussions avec la société pourrait-elle envisager un recours à l'encontre de celle-ci ? Pourrait-elle faire usage de la ligne d'alerte prévue par cette loi ou même de celle qui doit être mise en place dans le cadre de la loi Sapin II (12) si elle considère que le plan de vigilance n'était pas suffisamment abouti et qu'il, à son sens, existe une situation de risques ?

Enfin, si le plan de vigilance est effectivement inspiré de celui adopté par la loi Sapin 2, il n'a pas été prévu ici d'autorité de contrôle dont la mission aurait été d'émettre des lignes directrices ou des recommandations sur le modèle de l'Agence anticorruption et également de guider les interventions des parties prenantes.

On notera par exemple que le *California Transparency in Supply Chains Act* et le *Modern Slavery Act* sont des textes plus progressifs qui visent plus clairement à donner aux consommateurs une meilleure information des conditions de productions des biens achetés. Le *Home Office* britannique a conduit de nombreuses consultations auprès des entreprises avant de publier ses lignes directrices sur la chaîne d'approvisionnement (13). De même, l'Etat de Californie a publié en 2015 une méthodologie pour les plans de conformité (14).

La commission des lois du Sénat qui avait fait une étude comparée était fort opposée au texte qu'elle considère comme excessif et de ce fait risquant de porter atteinte à la compétitivité des sociétés françaises devant s'y conformer. C'est dans ce sens que cette commission a

proposé (15) et le Sénat a adopté en deuxième lecture un texte qui aurait permis de mettre en œuvre le devoir de vigilance au travers de la transposition de la directive informations non-financières (16) et ainsi d'assurer une uniformité des règles au niveau européen. La commission des lois proposait ainsi que : « *le rapport annuel du conseil d'administration aux actionnaires devrait rendre compte des principaux risques sociaux, environnementaux et de corruption auxquels sont confrontées la société et ses filiales, en France et à l'étranger, au regard de la loi applicable localement, et des mesures de vigilance raisonnable mises en œuvre par la société afin de prévenir ces risques.* »

Cette proposition n'a toutefois pas été retenue en dernière lecture devant l'Assemblée nationale. De son côté, le gouvernement a prévu d'opérer la transposition de la Directive attendue par voie d'ordonnance, en intégrant à l'article 216 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté (17) l'autorisation pour le gouvernement de procéder ainsi.

V. Les plans de vigilance

Il n'y a plus de sanction, mais les plans de vigilance doivent être mis en place ; comme on l'a vu dans différentes affaires, les conséquences d'une atteinte à l'image et à la réputation d'une entreprise peuvent être encore plus grandes que le coût d'une amende.

Pour ce faire, les entreprises pourront utilement s'inspirer des Recommandations que l'Agence française anticorruption créée par la loi Sapin II doit prochainement émettre pour aider les entreprises à la mise en œuvre de leur programme de conformité anticorruption. De même, bien que les risques couverts soient moins larges que ceux couverts par la loi sur le devoir de vigilance, ces entreprises pourront également s'inspirer des premiers retours d'expérience britanniques. Les premiers rapports des entreprises soumises au *Modern Slavery Act* sont en effet disponibles en ligne sur le site du *Business & Human Rights Resource Centre* (18). Ce même Centre fait des recommandations sur la conception et le contenu des programmes (19).

Le point le plus difficile reste et demeure, comme dans toutes les matières de conformité ou de compliance, de documenter les démarches entreprises et de déterminer jusqu'à quel niveau les audits ou investigations sur les tiers (fournisseurs ou sous-traitants) doivent intervenir afin de considérer que, même si une difficulté ou une faille est découverte ultérieurement, la responsabilité du dirigeant de l'entreprise soumise à cette loi ne peut être recherchée.

Il reste maintenant à espérer que la mise en œuvre de ces deux textes : loi sur devoir de vigilance et transposition de la Directive informations non-financières pourra, à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel, se faire harmonieusement et permettre aux entreprises françaises à la fois de remplir leurs obligations de contrôle et d'assurer leur développement commercial en toute sécurité pour les consommateurs.

11) Portée des décisions du Conseil constitutionnel, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf

12) Si elle correspond aux critères fixés par l'article 8 de cette loi, précitée

13) https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc_A_practical_guide_final.pdf

14) https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657_resource-guide.pdf

15) Proposition de loi adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, texte de la commission, <http://www.senat.fr/leg/pp16-011.pdf>

16) Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la 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 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/XT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

17) Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033934948&categorieLien=id>

18) <https://business-humanrights.org/en/uk-modern-slavery-act-registry>

19) Beyond Compliance : Effective Reporting under the Modern Slavery Act http://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2016/03/CSO_TISC_guidance_final_digitalversion_16.03.16.pdf