

Le devoir de vigilance

*Par Christine Guéguen
Présentation du 2 octobre 2024
Académie de comptabilité*

Nous avons tous un devoir de vigilance : un devoir de vigilance sur la route, sur notre santé celle de nos proches, l'éducation de nos enfants, sur la manière de nous comporter à l'égard des autres. Mais il s'agit là essentiellement d'une obligation morale.

Certains professionnels sont quant à eux astreints à un devoir de vigilance spécifique qui engage leur responsabilité, par exemple, les banquiers lorsqu'ils accordent des crédits sans vérifier la réalité des garanties qui leur sont données, et bien d'autres professions, notamment celles soumises au respect des règles relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Cette responsabilité contrainte, bien distincte de la simple obligation morale, est sans doute le corollaire de la perte de certaines valeurs individuelles et de la responsabilité morale qui y est associée, perte, qui rend nécessaire la création d'incitations externes ou d'obligations pour y pallier.

Le monde de l'entreprise, confronté à la mondialisation de très nombreux secteurs d'activités essentiels au bon fonctionnement de nos économies n'a pas échappé à ce mouvement, qui est à l'origine du concept de responsabilité sociale.

Actrices et parfois aussi victimes de la mondialisation galopante, les entreprises ont pris conscience, il y a déjà plusieurs années, de la nécessité de tenter d'en atténuer elles-mêmes les excès afin de se protéger et de répondre aux exigences de la société civile laquelle réclamait une "éthique de la mondialisation".

Mais la mondialisation faisant fi des pouvoirs territorialement limités des régulateurs nationaux, les premiers efforts de structuration en matière de vigilance sont venus d'organisations internationales.

C'est d'abord, l'OCDE (organisation coopération et de développement économiques), qui, dès 2008, a adopté un certain nombre de principes à l'intention des entreprises multinationales en faisant émerger l'idée de la nécessité de diligences raisonnables. Ces principes reposent sur l'idée que les entreprises doivent exercer un devoir de diligence fondé sur les risques afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les effets négatifs, réels ou potentiels de leurs activités, qu'elles doivent rendre compte de la manière dont elles y font face en s'efforçant d'empêcher ou d'atténuer un impact négatif, même dans le cas où elles n'y ont pas directement contribué mais où celui-ci est néanmoins directement lié à leurs activités en vertu d'une relation d'affaires, en

encourageant les entreprises avec lesquelles elles travaillent à avoir les mêmes pratiques.¹

De la même manière en 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sous l'impulsion du professeur John Ruggie a adopté des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en mettant en œuvre un cadre de référence articulé autour du socle "**protéger, respecter, réparer**".

Ces principes, dits principes Ruggie, ont pour but d'inciter les entreprises de taille significative à suivre des politiques et des procédures opérationnelles intégrant le respect des droits de l'homme, à anticiper les risques à cet égard et à utiliser aux mêmes fins tous les moyens dont elles disposent à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et aux autres acteurs de leur réseau de relations commerciales.

C'est dans ce contexte, qu'est intervenu le 24 avril 2013 le drame du Rana Plaza, qui a entraîné la mort de plus de mille ouvriers du textile et en a blessé plus de 2 500 autres dans l'effondrement de l'immeuble dans lequel ils travaillaient dans les faubourgs de Dacca, capitale du Bangladesh (non-respect des normes de sécurité malgré la multiplication des ateliers de confection au sein de l'immeuble).

Ce drame humain, qui mettait en cause quelques entreprises françaises donneuses d'ordres, a conduit en France des parlementaires, des ONG, des syndicats ainsi que des juristes et universitaires à réfléchir à un texte qui ne serait plus seulement incitatif comme l'étaient les règles relatives à la RSE (DPEF), mais qui serait contraignant pour les entreprises d'une certaine taille.

C'est ainsi qu'après deux propositions de lois, quatre ans de débats parlementaires et une censure constitutionnelle avant sa promulgation², est née la loi du 27 mars 2017 (n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre). Cette loi a inséré dans le code de commerce deux nouveaux articles, les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5, lesquels définissent le périmètre des sociétés soumises aux obligations qu'impose le devoir de vigilance, le contenu desdites obligations, ainsi que les conséquences de leur non-respect en prévoyant une procédure de mise en demeure préalable d'avoir à se conformer aux dites obligations, suivie le cas échéant d'une procédure d'injonction ordonnée par un juge (article L. 225-102-4), et/ ou d'une action en responsabilité civile dans les conditions du droit commun (article L. 225-102-5).

La loi sur le devoir de vigilance a prévu que ses dispositions seraient applicables aux rapports de gestion des entreprises concernées afférents aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2017, c'est-à-dire les rapports de gestion publiés en 2018 sur l'exercice ouvert le 1er janvier 2017, pour les sociétés clôturant au 31 décembre. Le premier plan de vigilance devait donc figurer dans le rapport de gestion 2018, et le

¹ Les principes de l'OCDE permettent de comprendre ce qu'est une démarche de diligence. Par exemple, en matière sociale, il est conseillé aux entreprises multinationales de proposer des conditions de travail similaires dans tous les pays dans lesquels elles interviennent sans distinguer suivant les règles existantes dans chaque pays. De la même manière, en matière environnementale, il est recommandé aux entreprises, en cas de menaces de dommages graves à l'environnement, de ne pas invoquer l'absence de certitude ou de voies scientifiques absolues pour remettre à plus tard l'adoption de mesures efficaces.

² CC n° 2017-750 DC du 23 mars 2017

premier compte-rendu de sa mise en œuvre dans le rapport sur l'exercice 2018 établi en 2019.

Quel est le champ d'application de ce devoir de vigilance ?

➤ SA, SCA, SE et SAS

Les deux articles du code de commerce précités (L. 225-102-4³ et L. 225-102-5) ont été intégrés parmi les dispositions applicables aux sociétés anonymes, mais par le système des renvois bien connu du droit des sociétés, le devoir de vigilance s'applique non seulement aux SA, mais aussi aux sociétés en commandite par actions (SCA, C. com., art. L. 226-1), aux sociétés européennes (SE, C. com., art. L. 229-8), et aux sociétés par actions simplifiées (SAS).

Les SA, SCA, SE et SAS du secteur public sont comprises dans ce périmètre (SNCF, France TV...), mais pas les établissements publics.

³ L'article L. 225-102-4, dans sa rédaction très légèrement modifiée par l'article 11 de l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés, énonce : " I. 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, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. / Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233 3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. / Le plan comporte 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 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. / Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

Il comprend 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.

Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225 100. / Un décret en Conseil d'Etat peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

II. Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. / Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins."

Sont donc concernées par le devoir de vigilance, les sociétés ayant l'une des formes sociales précitées, dont le siège social est en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères.

Le texte, dont la rédaction appréhende les filiales directes ou indirectes, s'applique aussi à un sous-groupe dont la mère serait française, bien qu'elle soit elle-même contrôlée par une société étrangère, dès lors que les conditions d'effectif sont vérifiées au niveau du sous-groupe contrôlé par la société-mère française.

En revanche, une société est exonérée de l'obligation d'établir un plan de vigilance si une société qui la contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce accomplit déjà cette obligation pour elle-même et l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

C'est donc bien souvent la holding de tête qui établit le plan.

➤ Seuil en nombre de salariés

Le seuil de 5 000 ou 10 000 salariés doit être dépassé à la clôture de deux exercices consécutifs, mais le texte ne précise pas le mode de calcul à retenir pour permettre ce dénombrement. À défaut de précisions, il semble possible de se référer au mode de calcul des effectifs prévu par le code du travail.

Selon le " Radar du devoir de vigilance " publié par des associations (il n'existe pas de liste officielle des sociétés concernées par le devoir de vigilance) 263 sociétés semblaient concernées en 2021 (je n'ai pas de chiffre plus récent).

Sur quelles activités une société ainsi définie doit-elle exercer son devoir de vigilance ?

Le troisième alinéa de l'article L. 225-102-4 du code de commerce répond à cette question en précisant que le plan de vigilance doit porter sur les activités de la société, mais aussi des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, ainsi que sur les activités des sous-traitants ou des fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

On le voit, le législateur a donc pris le parti d'englober les activités d'entités juridiques différentes : la société, ses filiales, ses sous-traitants et ses fournisseurs.

Il n'est cependant pas exigé que le plan de vigilance énumère chacune des filiales, ni chacun les sous-traitants et fournisseurs, ce qui au demeurant poserait sans doute à la fois des problèmes pratiques tant ces différents acteurs peuvent être nombreux, et des difficultés au regard du secret des affaires.

A cet égard, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 mars 2017 a retenu que la loi sur le devoir de vigilance ne portait pas atteinte à la liberté d'entreprendre dans la mesure où elle n'imposait pas aux sociétés de rendre publiques des informations relatives à leur stratégie industrielle ou commerciale, ce qui signifie a contrario qu'il aurait censuré la loi si elle avait exigé que soient rendues publiques des informations de cette nature.

- Les filiales dont l'activité est prise en compte sont celles visées à l'article L. 233-16, II du code de commerce ce qui renvoie au périmètre de consolidation comptable et permet de conserver l'unité habituelle concernée par le rapport de gestion (sociétés contrôlées directement et indirectement par la détention de la majorité des droits de vote, par le pouvoir de désignation des dirigeants (présupposé si l'on détient plus de 40 % des droits de vote et que personne n'en détient davantage), ou encore par le droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou des statuts. Seul le contrôle exclusif est visé, et non le contrôle conjoint).
- Les sous-traitants et fournisseurs dont les activités doivent être prises en compte sont uniquement ceux avec lesquels la société entretient une relation commerciale établie, c'est-à-dire selon une définition parfois donnée dans le cadre de la rupture d'une telle relation, une relation revêtant un caractère suivi, stable et habituel et qui permet aux parties d'anticiper raisonnablement pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires (Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-15.796 : JurisData n° 2016-024702).

Sur ce dernier point, il semble que de manière pragmatique, les plans de vigilance déjà réalisés se concentrent sur les sous-traitants et fournisseurs importants dans les zones et secteurs à risque, sans se disperser dans le détail de tous les intervenants occasionnels (mais cela pose la question de l'occasionnel qui ferait peser un risque).

Le périmètre des activités concernées reste néanmoins très large, d'autant plus qu'il semble comprendre aussi les sous-traitants et fournisseurs des filiales (traces dans les travaux parlementaires et dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017).

Ce périmètre très étendu des activités soumises au devoir de vigilance interroge inévitablement sur la fiabilité et la granularité des données recueillies par les sociétés assujetties au devoir de vigilance auprès de ces multiples intervenants.

Sur quoi porte le devoir de vigilance dans ce périmètre ?

La loi vise " les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ".

Il ne s'agit donc pas de prévenir et d'atténuer toutes les conséquences négatives des activités concernées, mais uniquement « les risques et atteintes graves » que ces activités font courir à l'extérieur de l'entreprise à l'environnement qu'il soit humain ou naturel.

- Qu'entend-on par « risques et atteintes graves sur les droits humains et les libertés fondamentales »

Les travaux préparatoires de la loi donnent des indications sur les normes à prendre en compte pour évaluer le respect des droits humains et libertés fondamentales.

Il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), du Préambule de la Constitution de 1946, des engagements internationaux de la France parmi lesquels : la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), les Pactes internationaux sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels (1966), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000).

Il faut sans doute y ajouter la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998) de l'Organisation International du Travail (OIT) qui porte notamment sur la liberté d'association, le droit de négociation collective, l'abolition du travail des enfants, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, et la non-discrimination en matière d'emploi et de profession.

- Qu'entend-on par « risques et atteintes graves sur la santé et la sécurité des personnes » ?

Les entreprises appréhendent plus facilement les atteintes graves envers la santé et la sécurité des personnes notamment au travers des règles applicables à leurs salariés.

Néanmoins, la santé et la sécurité des personnes posent deux questions complexes pour les sociétés assujetties au devoir de vigilance. Tout d'abord celle du standard de protection minimum à retenir dans des pays qui ont des niveaux de protection sociale très différents, puis celle du standard de protection pour les personnes qui ne sont pas salariées des entités comprises dans le périmètre des activités soumises au devoir de vigilance, par exemple les riverains desdites activités.

- Qu'entend-on par « risques et atteintes graves à l'environnement » ?

En France, le principe de protection de l'environnement est intégré dans la Charte de l'environnement de 2004, qui fait partie du bloc de constitutionnalité.

Le code de l'environnement indique par ailleurs les mesures de prévention des dommages environnementaux, il définit les dommages causés à l'environnement, et fixe les principes de protection de la biodiversité.

Enfin, l'article 1247 du code civil définit le préjudice écologique comme une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ou aux

bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement, et prévoit que toute personne responsable d'une telle atteinte doit en assurer la réparation.

Plus largement, il est possible de se référer aux normes internationales tels que les Objectifs de développement durable adoptés par les Nations Unies, en sachant que les atteintes à l'environnement peuvent être comprises de deux manières : les atteintes portées aux écosystèmes mais également les atteintes aux personnes en raison de dommages causés à l'environnement.

Enfin, il y a lieu de préciser que la loi du 22 août 2021 dite loi Climat et résilience a ajouté à l'article L. 225-102-4 du code de commerce une obligation de vigilance particulière concernant la déforestation pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits importés issus de l'exploitation agricole ou forestière. Cette disposition particulière est entrée en vigueur le 1er janvier 2024.

Le respect du devoir de vigilance par les sociétés qui y sont soumises nécessite qu'elles établissent un plan de vigilance et justifie de sa mise en œuvre effective.

Qu'est-ce que le plan de vigilance, comment doit-on l'élaborer et justifier d'une mise en œuvre effective ?

Je n'ai pas la prétention de savoir précisément comment élaborer en pratique un plan de vigilance.

Je m'en tiendrai donc uniquement à la loi et à la lecture que j'en ai, avant d'évoquer ultérieurement l'interprétation d'ores et déjà donnée à celle-ci par la jurisprudence.

L'article L.225-102-4 nous enseigne plusieurs choses :

- le plan de vigilance doit comporter 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 ; Il s'agit donc d'une simple obligation de moyens et non de résultat, et d'une obligation de moyens proportionnés à la taille de l'entreprise ;
- le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ; le texte dit bien « A vocation à », c'est donc une incitation, mais pas une obligation, dont le non-respect pourrait nuire à sa validité. C'est d'ailleurs ainsi que l'a interprété le Conseil constitutionnel en 2017, ce qui l'a conduit à écarter le grief d'inintelligibilité de la loi ; la loi ne précise pas qui sont les parties prenantes, mais il s'agit d'un concept que les entreprises connaissent bien et depuis longtemps, et qui ne devrait pas poser de réelles difficultés d'interprétation car il n'est pas propre au devoir de vigilance ; en outre, pour comprendre cette expression, il est possible de se

référer aux principes de l'OCDE sur la diligence raisonnable lesquels retiennent que les parties prenantes sont les personnes ou les groupes dont les intérêts peuvent être affectés par les activités d'une entreprise.

- Le plan doit comprendre :

1/ une cartographie des risques visant tout d'abord à les identifier, les analyser et les hiérarchiser ;

2/ des procédures d'évaluation régulières de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs au regard de cette 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.

Vous l'avez compris, la cartographie des risques est primordiale dans le dispositif ainsi mis en place. C'est une technique connue des entreprises depuis longtemps pour la gestion de leur propre exposition aux risques, et qu'il s'agit désormais de mettre en œuvre pour les risques créés par leurs activités. La hiérarchisation des risques doit se faire par la gravité de leurs conséquences sur les personnes ou sur l'environnement.

Le risque peut être inhérent à la localisation géographique ou à la nature d'un produit ou d'un projet. Il peut concerner des effets négatifs indirects de l'activité de la société.

S'agissant de l'énumération de ces risques, il convient d'observer qu'elle peut le cas échéant révéler des informations relevant du secret des affaires, voire mettre en cause certains pays ou partenaires qui n'apprécieront peut-être pas cette publicité à sa juste valeur (droits humains en Chine ?), de sorte que la question du degré de précision à donner et de la formulation à retenir à l'occasion de leur présentation peut se poser avec une certaine acuité.

Au-delà de la cartographie des risques, l'objet principal du plan réside bien entendu dans les "actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves" que la société indique mettre en œuvre ou envisage de mettre en œuvre.

Ici encore la notion d'action adaptée se réfère à celle de vigilance raisonnable adaptée à la société et à ses possibilités d'actions plus ou moins grandes face à l'existence ou à la réalisation du risque.

S'agissant de la création d'un mécanisme d'alerte, il faut souligner que celui-ci se distingue des mécanismes déjà connus pour les lanceurs d'alerte qui sont relatifs au fonctionnement interne de l'entreprise.

Dans le cadre du devoir de vigilance, il s'agit de prévoir des mécanismes permettant d'alerter sur l'existence de risques ou la réalisation de ceux-ci en lien avec l'activité de l'entreprise. Ces mécanismes doivent obligatoirement être élaborés en concertation avec les organisations syndicales représentatives de la société.

Enfin, le dispositif de suivi des mesures et d'évaluation de leur efficacité doit couvrir toutes les mesures figurant dans le plan, de la cartographie des risques au mécanisme d'alerte. Il s'agit tout à la fois de s'assurer de l'effectivité des mesures prises, de faciliter l'amélioration de celles-ci et le compte rendu de leur mise en œuvre.

Je ne m'attarderai pas sur la nécessité de mise en œuvre effective du plan, car vous aurez compris que sur ce point les contestations seront nombreuses et que le juge, appelé à dire si oui ou non il y a eu mise en œuvre effective, ne pourra s'en rapporter qu'aux preuves qu'il aura sous les yeux. Il faut donc documenter le plus possible la mise en œuvre effective.

Le plan de vigilance étant inclus dans le rapport de gestion présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale annuelle des actionnaires, il est soumis comme le rapport de gestion à une revue d'ensemble par le commissaire aux comptes (article L. 823-10 du code de commerce), sans cependant que les informations contenues dans le plan fassent l'objet de vérifications spécifiques par ce dernier, qui se doit néanmoins de relever le cas échéant les informations non financières qui lui apparaîtraient manifestement incohérentes au regard de sa connaissance de l'entité contrôlée (CNCC, Norme d'exercice professionnel 9510, 2018, n° 8).

Il convient d'ajouter que même si la loi ne précise pas la manière dont le plan de vigilance est rendu public autrement que par sa jonction au rapport de gestion, celui-ci est le plus souvent rendu public sur le site internet de la société. Au demeurant, pour les sociétés assujetties au devoir de vigilance dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le RG de l'AMF leur fait obligation de procéder à une telle publication.

Comment le non-respect du devoir de vigilance est-il sanctionné ?

La sanction pénale initialement proposée par les parlementaires a rapidement été abandonnée au cours des débats en raison de l'absence de définition précise du devoir de vigilance. L'amende civile qui l'avait remplacée dans le texte voté par les assemblées a, quant à elle, été censurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la légalité des délits et des peines en raison de l'absence de clarté et de précision des termes utilisés pour définir les obligations auxquelles doivent se soumettre les entreprises.

Le non-respect des obligations de vigilance est donc uniquement sanctionné par un mécanisme d'injonctions, et par la mise en œuvre de la responsabilité civile.

La loi Climat et résilience de 2021 y a ajouté, avec une entrée en vigueur différée de 5 ans, l'interdiction le cas échéant d'accéder aux marchés et concessions publics.

➤ L'injonction

Le II de l'article L 225-102-4 du code de commerce énonce : « *II. Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. / [...]* »

Le juge ne peut donc enjoindre, le cas échéant sous astreinte, à une société de respecter les obligations nées du devoir de vigilance que si celle-ci a été préalablement mise en demeure de le faire et n'a pas rempli lesdites obligations dans les trois mois suivants cette MD. Il convient d'observer que si la mise en demeure peut être faite par toute personne, devant le juge le demandeur à l'injonction devra justifier de son intérêt à agir.

Ce mécanisme d'injonction est complété par un dispositif de mise en œuvre de la responsabilité civile de l'entreprise prévu par l'article L. 225-102-5 du code de commerce.

➤ La responsabilité civile

L'article L. 225-102-5 du code de commerce prévoit que le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

Ce mécanisme de responsabilité n'a rien d'original. Il est fondé sur le régime de la responsabilité pour faute des articles 1240 et 1241 du code civil et nécessite par conséquent la réunion des trois conditions classiques que sont la faute, le dommage et le lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

✓ De quelle faute parle-t-on ?

La faute réside dans un manquement au devoir de vigilance qui peut prendre plusieurs formes : absence ou incomplétude du plan de vigilance, défaut de publicité de celui-ci, absence de mise en œuvre effective du plan, inadéquation de celui-ci aux risques et atteintes graves constatés et aux moyens de la société qui l'a élaboré.

Il appartiendra bien entendu au demandeur de rapporter la preuve de l'existence d'une telle faute dès lors que le législateur n'a pas prévu d'autre mécanisme que celui du droit commun.

✓ Quel est le dommage susceptible d'engager la responsabilité ?

Le dommage est celui que l'exécution des obligations de vigilance aurait permis d'éviter, et la preuve de son existence incombera également au demandeur à l'action en responsabilité.

- ✓ Le lien de causalité à établir par le demandeur entre la faute et le dommage sera sans doute difficile à établir, car il existera souvent de multiples causes à l'origine du dommage, dont certaines auront un lien de causalité certainement plus direct avec le préjudice que la simple défaillance de vigilance de la société assujettie à ce devoir.

Vous le comprenez au travers de mes propos obtenir l'indemnisation d'un dommage consécutif à l'inexécution de devoir de vigilance ne sera pas forcément simple.

Comme pour la procédure d'injonction, l'action en responsabilité est en outre réservée aux personnes ayant un intérêt à agir, mais cette exigence a sans doute ici une signification plus restrictive que dans le cadre de l'injonction, car pour obtenir réparation il faut être réellement victime du dommage causé.

L'article L. 225-102-5 prévoyant que l'auteur du dommage est tenu de « réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », il appartiendra au juge de déterminer la nature et l'importance de cette réparation eu égard aux demandes qui lui sont faites, étant précisé que l'indemnisation comme toujours en matière de responsabilité civile ne peut pas excéder la simple réparation de l'entier préjudice.

Enfin, sur le fondement de la subrogation légale de l'article 1346 du code civil, le recours subrogatoire entre sociétés, même s'il n'est pas spécifiquement prévu, pourra être mis en œuvre.

Mais qui peut enjoindre ou ordonner la réparation ?

Cette question, qui est celle du juge compétent pour ce type de contentieux, a été à l'origine des premiers contentieux sur le devoir de vigilance.

En effet, le texte évoquant la juridiction compétente sans préciser sa nature, certains ont soutenus que seul le tribunal de commerce était compétent s'agissant de juger un acte de gestion d'une société commerciale, alors que d'autres au contraire mettaient en avant la nature des litiges à trancher droits humains, libertés fondamentales, environnement, pour réclamer l'intervention du juge civil. Ce conflit, qui laissait percevoir des craintes qui n'avaient rien de juridiques entre ceux redoutant que le tribunal de commerce ait une vision trop économique ou de simple gestionnaire du plan de vigilance, et ceux estimant que le tribunal judiciaire ferait fi des contraintes qui pèsent sur l'entreprise et paralyserait sa gestion, a d'abord été tranché en décembre 2020 par la cour d'appel de Versailles, laquelle a retenu la compétence du tribunal de commerce.

Mais cette décision a été cassée par la Cour de cassation le 15 décembre 2021. Celle-ci en effet, faisant application des règles traditionnelles d'attribution de

compétence a retenu au cas d'espèce (affaire Total) la compétence du juge judiciaire en considérant que les demandeurs à l'injonction n'étant pas eux-mêmes commerçants (ONG et syndicats) pouvaient choisir de saisir le juge civil ou le tribunal de commerce (droit commun de l'article 721-3 du code de commerce).

Mais, quelques jours plus tard, le législateur interdisait cette possibilité de choix en imposant à l'article 34 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021 l'unique compétence du tribunal judiciaire de Paris, ainsi devenu juridiction spécialisée dans ce domaine.

Il convient de souligner en référence à une actualité toute récente, que pour mettre en œuvre au mieux cette compétence, le TJ de Paris a créé le 2 septembre 2024 une nouvelle chambre, la 34^{ème}, pour traiter spécifiquement ce contentieux. La cour d'appel de Paris avait d'ailleurs elle aussi créé plusieurs mois auparavant une chambre spécialisée pour ce type de contentieux, dénommée la chambre des contentieux émergents (5-12).

Les premières interprétations des textes par les décisions de justice

C'est cette chambre de la cour d'appel de Paris qui, le 18 juin dernier, a rendu ses premiers arrêts dans 3 affaires déjà jugées en première instance.

Dans l'une des affaires, il était reproché à EDF de violer les droits d'une communauté locale mexicaine en prévoyant de développer un parc éolien (non-respect de l'intégrité physique des habitants, de leur droit à la terre et de leur droit à être consulté). Dans une autre, TotalEnergies, était assignée par plusieurs ONG et des collectivités locales sur le fondement du devoir de vigilance, mais également de l'article 1252 du code civil, qui permet d'agir en cessation de l'illicite afin de prévenir ou faire cesser un dommage écologique – l'objectif étant de contraindre la société à prendre les mesures nécessaires pour respecter l'Accord de Paris sur le climat. Enfin, la troisième affaire concernait la société Vigie Groupe, anciennement Suez, assignée en justice par des associations lui reprochant son rôle dans la contamination d'un réseau d'eau potable au Chili par des hydrocarbures.

Dans ces affaires, le tribunal avait estimé que la mise en demeure préalable à l'injonction faite par le juge devait s'accompagner d'une « phase obligatoire de dialogue et d'échange amiable » à peine d'irrecevabilité de l'action. La cour d'appel s'écarte totalement de cette solution en rappelant que le dialogue pré-contentieux n'est ni une condition de validité de la mise en demeure, ni en conséquence une condition de recevabilité de l'action.

Invalidant là encore la décision du tribunal dans les affaires Total, la cour d'appel a retenu que le texte n'exigeait pas une identité des demandes figurant dans la mise en demeure et l'assignation, de sorte que cela ne pouvait pas être un motif d'irrecevabilité desdites demandes, pas plus qu'il n'était exigé que la mise en demeure et l'assignation visent le même plan de vigilance dès lors que ce plan avait vocation à évoluer, ce qui veut dire en pratique que les parties peuvent

mettre en demeure une société sur la base d'un plan de vigilance puis assigner celle-ci sur la base d'un plan de vigilance ultérieurement amendé.

La cour d'appel s'est également prononcée à cette occasion sur la notion d'intérêt à agir. Elle a retenu une interprétation large de cet intérêt au profit des associations, dès lors que les intérêts défendus entrent dans leur objet statutaire, mais elle a été beaucoup plus restrictive à l'égard des collectivités locales, au motif que l'action fondée sur le devoir de vigilance ou le préjudice écologique a pour objet un intérêt public global, qui excède le simple intérêt local dont les communes doivent justifier pour être recevables à agir. Elle a ajouté que seule la démonstration d'une atteinte ou d'un retentissement particulier du réchauffement climatique sur le territoire de la collectivité concernée, permettrait de caractériser cet intérêt public local.

La cour d'appel a encore considéré que l'action fondée sur le manquement au devoir de vigilance et l'action en réparation du préjudice écologique pouvaient être utilisées de façon complémentaire par les demandeurs ce que les premiers juges avaient refusé d'admettre.

Elle a en revanche confirmé les premiers juges en retenant qu'il convient d'attirer en justice la société mère, seule débitrice de l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de vigilance, et non la filiale – même si cette filiale est l'auteur du plan, la seule exception étant la défaillance de la mère qui fait retomber l'obligation sur la filiale.

On le voit, à la lumière de ces divergences d'interprétation entre les premiers juges et la cour d'appel, la jurisprudence n'est pas encore stabilisée, elle est en train de se construire, et il est encore trop tôt pour avoir des certitudes sur chacun des points précédemment examinés, certitudes qui ne pourront venir que de la Cour de cassation.

C'est la raison pour laquelle je ne reviendrai pas sur la première décision de condamnation sur le fondement du devoir de vigilance, c'est-à-dire le jugement du tribunal judiciaire de Paris du 5 décembre 2023 qui a condamné La Poste pour des manquements de son plan de vigilance (en mettant en exergue la nécessité d'associer les parties prenantes à l'élaboration du plan et d'être précis et exhaustif).

Mais ces difficultés d'interprétation de la loi de 2017 s'expliquent à la fois par la généralité de ses termes et par l'absence de publication du décret évoqué par l'article L. 225-102-4 du code de commerce, décret qui devait en principe « compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° » de l'article L. 225-102-4, mais qui n'a pas encore vu le jour sans doute parce que l'exécutif était jusqu'au printemps dans l'attente des évolutions à intervenir au niveau européen.

La directive CSDD

En effet, en 2021, le Parlement européen a invité la Commission européenne à proposer un instrument normatif portant sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

En réponse à cette invitation, la Commission a publié sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité le 23 février 2022, et à l'issue de longs débats, la version définitive de la directive a été adoptée par le Parlement européen le 24 avril 2024 et approuvée par le Conseil le 24 mai 2024.

Elle est entrée en vigueur le 20^e jour suivant sa publication au Journal officiel de l'Union Européenne, point de départ du délai de transposition de deux ans pour les États membres (PE et Cons. UE, dir. 2024/1760, 13 juin 2024, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859).

Cette directive, dite CSDD, sans doute moins ambitieuse que le projet initial, a néanmoins le mérite d'établir un dispositif de vigilance européen en matière de durabilité commun à tous les états de l'union.

Relèvent du champ d'application de la directive : les sociétés commerciales des états membres ou la société mère européenne d'un groupe employant plus de 1 000 salariés et ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 450 millions d'euros au niveau mondial, ainsi que les entreprises étrangères, ou la société mère étrangère d'un groupe, ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 450 millions d'euros au sein de l'UE.

Les entreprises relevant du champ d'application de la directive devront intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques et leurs systèmes de gestion des risques, en recensant et évaluant les incidences négatives réelles ou potentielles de leurs activités et, si nécessaire, en les hiérarchisant, pour prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur, réparer les incidences négatives réelles, mener des échanges constructifs avec les parties prenantes, établir et maintenir un mécanisme de notification et une procédure relative aux plaintes, contrôler l'efficacité de leur politique et de leurs mesures de vigilance et communiquer publiquement sur le devoir de vigilance.

Elles devront adopter et mettre en œuvre un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique qui vise à garantir, en déployant tous les efforts possibles, la compatibilité du modèle économique et de la stratégie économique de l'entreprise avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris.

La directive pose le principe de la responsabilité civile des entreprises à l'origine d'un dommage lorsqu'elles ont manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations de vigilance lesquelles couvrent toutes leurs activités ainsi que celles de tout « partenaire commercial », direct ou indirect, dans sa « chaîne d'activités ».

Enfin, elle prévoit la désignation d'une autorité de contrôle spécifique dont la mission consistera à superviser son application.

On le voit, s'il existe un certain nombre de convergences entre notre droit national et le droit de l'UE quant au devoir de vigilance des entreprises, la transposition à intervenir nous réserve sans doute encore quelques surprises par rapport à l'existant que je viens de tenter de vous décrire.

Pour achever cette intervention, il faut souligner que les textes relatifs au devoir de vigilance doivent être bien distingués de ceux concernant le reporting, autrement dit la publication par les sociétés d'informations sur les incidences de leurs activités sur la durabilité : à savoir, la directive du 14 décembre 2022, dite CSRD, et l'ordonnance du 6 décembre 2023 qui la transpose.

En effet, si ces deux catégories de textes ont trait à la durabilité, le devoir de vigilance, comme nous venons de le voir, va bien au-delà de la simple publication d'informations.
