



ARTICLE

LE DEVOIR DE VIGILANCE DES SOCIÉTÉS DONNEUSES D'ORDRE : BIENTÔT EN DROIT FRANÇAIS



Immobilier et Construction Droit de l'environnement Droit public et commande publique | 03/06/16 | Vincent Brenot

En adoptant lundi en première lecture la proposition de loi sur le devoir de vigilance, les députés ont posé la première pierre d'un édifice qui imposera aux plus grandes entreprises françaises de mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les atteintes aux droits humains et les dommages environnementaux dans l'ensemble de leur chaîne de production, y compris chez leurs sous-traitants et partenaires étrangers. Éclairage sur le dispositif à venir, les sanctions encourues et les moyens de s'y préparer.

Les députés ont adopté en séance publique, lundi 30 mars, la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre introduite par le groupe socialiste. Ce texte fait suite à une série de propositions de loi déposées courant 2014 en réaction au drame du Rana Plaza, lorsqu'un immeuble abritant plusieurs usines textiles s'est effondré au Bangladesh, causant la mort de 1138 personnes. Il avait alors été démontré que ces usines intervenaient comme sous-traitants de différentes marques occidentales, notamment françaises.

Les premières versions de ce texte n'ont pas passé le filtre des commissions de l'Assemblée nationale, au motif, notamment, de leur instabilité juridique, de leur incompatibilité avec le droit commun de la responsabilité et, sans doute de l'exposition injustifiée qu'elles provoquaient pour la compétitivité des entreprises françaises. Tirant les enseignements de ces renvois, le texte adopté cette semaine met en place un régime de responsabilité fondé sur l'article 1382 du Code civil.

Champ d'application

Sont concernées les entreprises comprenant, en leur sein et dans leurs filiales directes et indirectes, au moins 5.000 salariés lorsque leur siège social est en France, et 10.000 salariés lorsque leur siège est fixé à l'étranger. Ces seuils limitent à environ 150 le nombre d'entités ciblées. Toutefois, il ne peut être exclu qu'une fois ce principe acté, les seuils soient progressivement abaissés ou que des critères additionnels soient utilisés (inclusion d'une branche d'activité dans son ensemble par exemple).

Les entreprises visées doivent établir et mettre en oeuvre de manière effective un plan de vigilance, lequel doit comporter 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 ;
- de risques sanitaires ; et
- de comportements de corruption active ou passive.

Le plan a vocation à être rendu public et inclus dans le rapport annuel de l'entreprise.

Les mesures mises en place dans le plan doivent englober :

- la société mère ;
- les sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement au sens de l'article L 233-16 II du Code de commerce (c'est-à-dire dont elle détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote ; pour lesquelles elle a désigné pendant deux exercices successifs la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance ou sur laquelle elle exerce une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires) ;
- ses sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elle entretient une « relation commerciale établie » : cette notion a été substituée à celle d'« influence déterminante » lors des débats en Commissions, les députés se référant aux termes de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La notion de « relation commerciale établie » a été définie par la jurisprudence comme une relation durable, dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir. Les contractants occasionnels ne sont donc pas concernés. En revanche, une succession de contrats ponctuels suffit à caractériser la relation commerciale établie.

Plus précisément, la jurisprudence considère qu'il suffit que soient démontrés la régularité, le caractère significatif et la stabilité de la relation pour qu'une relation commerciale établie soit caractérisée (Cass, Com 15 septembre 2009, n°08-19.2009), peu importe que les relations soient contractuelles ou non.



Un décret en Conseil d'État viendra préciser les contours des notions utilisées par le texte législatif ; il pourra, le cas échéant, s'écarter de la définition jurisprudentielle.

Recours et sanctions en cas de non-respect des obligations

Les entreprises concernées pourront être sanctionnées sur deux fondements :

- En premier lieu, dans l'hypothèse où elles n'auraient pas établi leur plan de vigilance, ou si elles ne l'ont pas rendu public, elles pourront y être contraintes par le juge et faire l'objet d'une amende civile pouvant atteindre 10 millions d'euros.
- En second lieu, le juge pourra engager la responsabilité civile des sociétés donneuses d'ordre en cas de dommage intervenu dans l'une des entreprises visées dans le plan. C'est une responsabilité de droit commun, pour faute, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, la faute pouvant résider dans l'inexistence ou l'insuffisance du plan, mais également dans la défaillance à le mettre en oeuvre, s'il est prouvé que la société donneuse d'ordre aurait pu éviter ou minimiser le préjudice causé. Cette dernière pourra alors, en sus de l'amende civile, avoir à réparer le préjudice subi.

La survenance d'un accident dans une société filiale ou sous-traitante de l'entreprise concernée ne signifiera donc pas, ipso facto, qu'une faute aura été commise et que sa responsabilité sera engagée. Les sociétés concernées ne seront tenues que d'une obligation de moyen, consistant à mettre en oeuvre avec diligence le plan de vigilance, et non d'une obligation de résultat.

Toute personne justifiant d'un intérêt à agir pourra engager la responsabilité des sociétés donneuses d'ordre devant les juridictions civiles et commerciales. La proposition de loi initiale permettait, en outre, à « toute association agréée ou régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts visés dans le plan de vigilance » d'engager une telle action, mais cette disposition a été supprimée par les députés, considérant que l'intérêt à agir était déjà défini de la manière « la plus large qui soit », et que par conséquent, il était inopportun de réaffirmer la capacité d'action de certaines associations plus que d'autres.

Comment s'y préparer ?

L'importance du décret d'application

Les termes de la proposition de loi sont assez génériques et le contenu du plan reste flou. Le décret d'application sera fondamental, en ce qu'il précisera les modalités de présentation et d'application du plan, les notions employées ainsi que les conditions du suivi de sa mise en oeuvre effective. Les formulations retenues dans le décret vont conditionner l'applicabilité du texte et les contraintes pesant sur les entreprises. S'il met en place des conditions très spécifiques, il pourra réduire significativement son incidence pour les entreprises visées.

Les entreprises concernées ont, dès lors, intérêt à prendre toute leur part dans les discussions et notamment dans la rédaction de ce décret, afin d'obtenir des précisions sur le contenu du plan, le caractère « établi » d'une relation commerciale ou encore sur la portée de l'aspect « raisonnable » des mesures de vigilance (voir en ce sens l'article paru sur LesEchos.fr le 1er avril 2015 <http://business.lesechos.fr/directions-juridiques/0204268249649-devoir-de-vigilance-quel-impact-pour-les-entreprises-concernees-109702.php>).

La plateforme RSE est un moyen parmi d'autres pour faire connaître leur point de vue et leurs contraintes quant au contenu de ce décret.

Le contenu du plan

L'exposé des motifs de la proposition de loi prévoit que le plan devra comporter, a minima, une cartographie des risques pays par pays, la contractualisation des obligations de responsabilité sociétale des entreprises (RSE), la procédure d'alerte et les mesures de protection des lanceurs d'alerte, des audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, l'adhésion à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux, des mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, des mesures d'information et de consultation des organisations syndicales ou encore de formation des salariés. Il devrait faire l'objet d'une consultation entre l'entreprise et ses parties prenantes.

Le décret en Conseil d'État viendra ensuite définir plus précisément le contenu de ce plan. En tout état de cause, il est vraisemblable que se dégagera, à moyen terme, une forme de standardisation des plans de vigilance.

Dès à présent, les entreprises susceptibles d'être concernées peuvent, sans craindre de dépasser les exigences légale et réglementaire, s'engager dans des démarches d'identification de leurs risques, d'information et de formation interne ou encore approfondir leurs audits sectoriels.

Les contrats commerciaux ou de sous-traitance

En pratique, dans les contrats liant la société donneuse d'ordre et ses partenaires, il sera vraisemblablement nécessaire d'introduire des stipulations permettant la mise en oeuvre des obligations pesant sur la société donneuse d'ordre, sur l'ensemble de la chaîne de valeurs (engagement des partenaires en matière de droits de l'Homme et d'environnement, organisation des audits de la société donneuse d'ordre, etc.).



D'ores et déjà, les entreprises visées par la proposition de loi peuvent introduire de telles stipulations dans leurs nouveaux contrats commerciaux ou de sous-traitance, afin d'éviter de se trouver engagées dans des contrats à long terme, le cas échéant soumis à un droit étranger, qui ne leur donneraient pas les moyens de respecter les futures obligations mises à leur charge par le droit français. A minima, il s'agit, par anticipation, d'ouvrir la porte à la conclusion d'avenants prenant compte des nouvelles contraintes, lorsqu'elles seront applicables.

Un futur instrument probatoire et de communication positive

Actuellement, une entreprise affectée, ne serait-ce que sur le plan réputationnel, par un manquement imputable à l'une de ses filiales ou sous-traitants, ne dispose pas nécessairement d'éléments de nature à démontrer sa bonne foi, en prouvant qu'elle a accompli toutes les diligences nécessaires pour prévenir ce dommage. Elle peut donc être lourdement affectée, sans avoir les moyens de se défendre à l'aide de données tangibles.

L'un des effets collatéraux positifs de la loi relative au devoir de vigilance sera de mettre, au contraire, les sociétés-mères et les sociétés donneuses d'ordre en capacité de disposer de modes de preuve efficaces en cas de dommage.

Si la société assure un suivi sérieux et efficace de son plan de vigilance, si elle réalise des audits réguliers sur l'ensemble de sa chaîne de production, elle se constituera de facto un dossier de preuves complet et solide pour démontrer qu'elle n'a pas failli dans son devoir de vigilance.

Enfin, dans la lignée de la communication positive engendrée par les engagements RSE de certaines entreprises, qui ont pu générer de la valeur et accroître leur réputation grâce à leurs bonnes pratiques, une société faisant preuve de vigilance pourra profiter d'un bénéfice en termes d'image. Elle pourra communiquer sur l'exemplarité de l'ensemble de sa chaîne de production, là encore, en disposant de l'ensemble des éléments lui permettant de prouver la réalité de son propos et donc d'éviter d'être taxée de greenwashing ou de fairwashing.

Porteur de risque pour la compétitivité des entreprises françaises, le plan de vigilance pourrait donc également se révéler être une arme juridique et de communication très utile en cas de dommage.

Vincent Brenot, associé
