

Le Devoir de Vigilance des Sociétés Mères

Maître Stéphane Choisez

Avocat au barreau de Paris

s.choisez@caa-avocats.com



Introduction

- Texte n° 924 adopté définitivement le 21 février 2017 par l'Assemblée Nationale, modifiant le **Code du commerce**
- Suite et Fin de la Proposition de Loi n° 2578 du 11 février 2015 :
 - Principale évolution, disparition des sanctions pénales,
 - 4 articles en tout, mais apport riche au droit positif.
- Recours en cours devant le **Conseil constitutionnel** (décision attendue avant fin mars) sur quatre moyens d'inconstitutionnalité avancés par les députés de l'opposition :
 - Accessibilité et intelligibilité de la Loi insuffisantes,
 - Proportionnalité et nécessité des peines remises en cause (amende civile),
 - Violation du principe général selon lequel on n'est pas responsable du fait d'autrui,
 - Violation du droit à un recours juridictionnel effectif (droit pour une association ou un syndicat d'agir pour un préjudice subi par la victime directe).

A) Les principes à l'origine de la Proposition de Loi

➤ Origines de la proposition de Loi :

- Drame du **Rana Plaza** à Dacca, Bangladesh, le 24 avril 2013 = 1127 morts à l'issue de l'effondrement d'un bâtiment abritant des ateliers de confection, alors que des consignes d'évacuation liées à des fissures apparues la veille avaient été ignorées = prise de conscience de nombreuses sociétés occidentales des excès du modèle de production.



- Le développement des **chartes et politiques RSE** des sociétés et de leur valeur juridique = la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *Choc c./ Hudbay Minerals Inc.* (2013 ONSC 1414) a jugé que les engagements des entreprises à respecter les droits de l'homme contribuent à la création d'un lien de proximité entre les tiers susceptibles de subir un dommage des activités de l'entreprise et la société mère.

A) Les Principes à l'origine de la Proposition de Loi

- « *Les Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* » ONU, 16 juin 2011
= résolution 17/4 du Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies qui insiste sur l'obligation sociale des entreprises.



- « *Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* » 2011 qui recommandent aux entreprises d'identifier et évaluer les incidences négatives de leurs politiques sur les droits de l'homme soit du fait de leurs propres activités soit du fait de leurs relations commerciales.

A) Les Principes à l'origine de la Proposition de Loi

- **En conclusion** = Influence forte de normes diverses tendant à dépasser au sein de groupes d'entreprises le principe de l'autonomie juridique de chaque personne morale.
- Difficulté légale : **l'Autonomie de la Personne Morale**
- **En droit français** le principe est celui de **l'indépendance juridique** de la filiale par rapport à la société mère, sauf exceptions :
 1. En cas de **faute** commise par la société mère, par exemple si la mère crée des apparences trompeuses, conduit la débitrice à la ruine ou transmet à un tiers des informations erronées sur la situation financière de la filiale,
 2. Si la société mère crée une **apparence d'unité** des sociétés du même groupe,
 3. En cas d'**immixtion** de la société mère dans la gestion de la filiale.
- **En droit européen** la Cour de Justice a jugé qu'un groupe de sociétés n'est pas une personne morale et ne peut donc pas se voir infliger une condamnation (CJCE 21 septembre 2006 n° C-167/04).

B) Les Critères de la Proposition de Loi

1. L'objet de la Vigilance

- Les **Droits et Libertés** reconnus par des instruments internationaux tels que la Charte internationale des droits de l'homme, à savoir la Déclaration universelle et les deux Pactes internationaux (droits civils et politiques, économiques et sociaux), ainsi que la Déclaration OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail ;
- La **santé** et la **sécurité des personnes** impliquées dans et par les activités des entreprises françaises ;
- Le **développement durable** ;
- Le débiteur de l'obligation de vigilance devra, en amont, **identifier les risques dont la probabilité de réalisation est élevée.**

B) Les Critères de la Proposition de Loi

2. Le Domaine d'application

- Article 1^{er} de la Loi adoptée par l'Assemblée Nationale :
 - « *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
 - toute société qui emploie « *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*** ».
- Remarque : sont visés les grands groupes de sociétés qui ont, pour la plupart, déjà adopté plusieurs instruments de droit souple en matière de **Responsabilité Sociale d'Entreprise** ;
- Sociétés dont la maison mère française doit désormais surveiller les activités :
 - sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce,
 - sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie lorsque ces activités sont rattachées à une telle relation ;

B) Les Critères de la Proposition de Loi

- Selon les dispositions du II de l'article L. 233-16 du code du commerce, une société est considérée sous **contrôle exclusif** d'une autre lorsque :

1° la société mère détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° la société holding a désigné, pendant deux exercices successifs, la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° la société mère dispose du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet ;

B) Les Critères de la Proposition de Loi

- La notion de **relation commerciale établie**, bien connue en droit français et définie par la jurisprudence qui a interprété l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, permet de recouvrer des relations contractuelles fréquentes et de longue durée, mais aussi des relations d'affaires durables mais caractérisées par des contrats et des commandes ponctuels ;
- Remarques : La version définitive du texte de loi écarte la référence à **l'influence déterminante** qu'une société mère doit exercer sur ses fournisseurs et ses sous-traitants afin qu'elle soit tenue d'être vigilante sur ses activités externalisées ;
- Cette notion était trop restrictive et ambiguë (quid de l'influence non déterminante?) pour apporter des solutions aux affaires telles que celle de l'effondrement de l'atelier textile Rana Plaza au Bangladesh ;

B) Les Critères de la Proposition de Loi

3. Le Contenu du Devoir de Vigilance :

- La nouvelle loi impose d'établir et de mettre en œuvre 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 propres, de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs habituels ; **obligation de moyen**
- Remarque : Il est exigé des sociétés qu'elles assurent un réel suivi des mesures de prévention mises en place pour se conformer à cette obligation ;
- Le pouvoir réglementaire interviendra prochainement via **un décret** pour mieux définir et compléter les mesures de vigilance ;
- Ce décret pourra comporter également l'explication des procédures spécifiques de vigilance à respecter ainsi qu'une définition claire des droits humains, des normes des sociales, environnementales et sanitaires que les entreprises sont censées respecter aux termes de cette nouvelle loi ;

B) Les Critères de la Proposition de Loi

- **Le contenu minimal du Plan de Vigilance en cinq points :**
 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 ;

B) Les Critères de la Proposition de Loi

- Selon les travaux parlementaires, le Plan de Vigilance devrait prévoir des dispositifs concrets de contrôle de la chaîne de valeurs des entreprises :
 - des procédures d'alerte et de protection des lanceurs d'alerte,
 - des audits sociaux et environnementaux aussi à l'égard des fournisseurs et sous-traitants,
 - les mesures de prévention de la sous-traitance en cascade,
 - des mesures d'information et de consultation des organisations syndicales,
 - la formation et sensibilisation des salariés à ces thèmes ;
- Apport du futur Décret d'application de la Loi : la définition d'une **structure type de rédaction** à suivre pour rédiger le Plan de Vigilance ce qui permettrait de comparer facilement les plans des différentes groupes de sociétés.
- La définition d'un modèle de structure du Plan aiderait le juge à établir la responsabilité civile d'une entreprise qui aurait mis en œuvre des procédures de vigilance en deçà de celles mises en œuvre par d'autres entreprises de taille comparable = **appréciation in concreto**.

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

1. Qui peut agir ?

- Toute personne « *justifiant d'un intérêt à agir* » peut saisir le juge au fond et en référé :
 - Victime directe,
 - Association ou Syndicat.

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

2. Le Pouvoir d'Astreinte du juge :

- Toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut mettre en demeure une société mère de respecter son obligation de vigilance telle que prévue par la nouvelle loi et son (futur) décret d'application ;
- Si la mise en demeure reste infructueuse pendant trois mois, la personne ayant un intérêt à agir peut saisir la juridiction compétente (celle du ressort dans lequel se trouve le siège social de la maison mère) ;
- Le juge aura le pouvoir d'enjoindre à la société holding, le cas échéant sous astreinte, de respecter son devoir de vigilance.

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

3. L'amende civile

- Le juge se voit octroyer le pouvoir d'infliger une amende dite « civile » à la société mère défaillante à son Devoir de Vigilance ;
- Le montant de cette sanction doit être déterminé en proportion du manquement constaté, des circonstances de celui-ci ainsi que de la personnalité de son auteur ;
- Le montant de l'amende civile ne peut jamais être supérieur à 10 M € ;
- Afin que la société ne tire **aucun avantage fiscal** de son manquement au Devoir de Vigilance, la loi prévoit que l'amende ne constitue pas une charge déductible du résultat fiscal ;
- **Remarque** : le montant potentiellement très élevé de l'amende civile est certainement plus dissuasif que le montant des dommages-intérêts qui pourraient être alloués à une victime d'une activité non respectueuse des droits de l'homme ou de l'environnement, obtenus à l'issue d'un procès au résultat très incertain.

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

4. La responsabilité civile fondée sur le défaut de vigilance de la société mère à l'égard de ses filiales, ses fournisseurs et ses sous-traitants :

- Le manquement aux obligations de Vigilance du code de commerce engage la **responsabilité de la société mère** sur le fondement du nouvel article 1240 du Code civil (responsabilité pour faute) et du nouvel article 1241 du Code civil (chacun est responsable du dommage causé par son propre fait, par sa négligence ou par son imprudence) ;
- Remarque : La responsabilité du fait d'autrui et la responsabilité fondée sur une présomption de faute, initialement envisagées par le législateur, ont été abandonnées au fur et à mesure de l'avancée des travaux parlementaires ;
- La victime des activités menées par des sociétés filiales, des fournisseurs ou des sous-traitants d'une *holding* pourra opposer au débiteur de l'obligation de vigilance une faute intentionnelle, rare dans la pratique, ou une faute de négligence ou imprudence ;

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

- La victime pourra soutenir que le fait dommageable a été causé par une chose dont la société contrôlée, le fournisseur et le sous-traitant ont la garde ou par une personne dont ils doivent répondre ;
- Il sera difficile pour la victime de prouver que le préjudice n'aurait pas existé si le débiteur avait correctement mis en œuvre le plan de vigilance ; **perte de chance**
- Le juge pourrait alléger la charge de la preuve du lien de causalité, comme il a déjà fait en ce qui concerne la responsabilité pour les préjudices causés par une personne soumise à la surveillance d'une autre ;
- Les juges pourraient constater, dans le but de favoriser l'administration de la preuve pour la victime, que le manquement à l'obligation de Vigilance a augmenté la probabilité que le dommage se réalise ;

C) Les Sanctions dans la Proposition de Loi

- Le juge sera amené à définir plusieurs standards de comportement applicables à différentes catégories d'entreprises, de sorte qu'une société mère avec à disposition des moyens plus limités ne sera pas soumise au même niveau d'obligations des plus puissantes multinationales françaises ; **à nouveau analyse in concreto**
- Le juge concentrera son contrôle surtout sur la fréquence et la qualité des audits sur les conditions de travail, sur les normes de protection des droits de l'homme de la population locale ainsi que sur les règles de protection de l'environnement, effectués par la société *holding* auprès de ses filiales, ses fournisseurs et ses sous-traitants ;
- Le juge français pourrait également être inspiré par la jurisprudence anglaise et canadienne en la matière et retenir que **l'adhésion des entreprises à des instruments RSE** de droit souple est l'un des indices permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le manquement au Devoir de Vigilance et le dommage subi par des victimes provenant potentiellement du monde entier.

Conclusion

- Un texte s'inspirant de principes internationaux et de règles issues de la RSE (*soft law*) ;
- Charte d'entreprise : marqueur potentiel de la responsabilité ?
- Problème = le caractère contraignant de la Loi Française va-t-il créer un « désavantage concurrentiel » ?
- Malgré le choix du droit civil – les solutions pénales ont été écartées – on note que peuvent solliciter une astreinte et une amende civile :
 - toute personne intéressée (« *justifiant d'un intérêt à agir* ») peut saisir le juge pour forcer la tenue d'un Plan de Vigilance,
 - action d'un syndicat ou d'une association possible au nom de la victime directe ?
- La création du concept d' « amende civile » relance le débat sur son assurabilité.