

9 Le régime des sanctions associées au devoir de vigilance des grandes entreprises : la loi du 27 mars 2017 et au-delà



Pierre-Louis PÉRIN,
avocat associé, Bersay,
professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po



Frédéric FLATRÈS,
avocat associé, Bersay

La loi du 27 mars 2017 a conçu un nouveau devoir de vigilance des grandes entreprises à l'égard des droits humains et sociaux et de l'environnement, pouvant être affectés par l'activité des entreprises dans toute leur chaîne de valeur. Selon les auteurs de la loi, l'effectivité de ce nouveau devoir repose sur un régime de sanctions efficace, mais celui résultant de la loi s'avère difficile à mettre en œuvre. Le premier dispositif permet à toute personne ayant un intérêt à agir de mettre en demeure une entreprise au titre de ce devoir de vigilance, puis de saisir le tribunal judiciaire de Paris pour qu'il délivre une injonction à cette fin. Le deuxième fait jouer la responsabilité pour faute de l'entreprise, sur le fondement classique de l'article 1240 du Code civil, mais avec des difficultés particulières de définition de la faute et du lien de causalité, ainsi que de compétence territoriale. Le troisième prévoit une éviction des marchés et commandes publiques, difficile à mettre en œuvre. D'autres sanctions sont envisagées dans le cadre de la réflexion menée en Europe sur l'extension de ce devoir de vigilance. Cet article fait le point sur les premières jurisprudences et les débats en cours.

1 - **Le devoir de vigilance.** – La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, codifiée aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce, a institué un nouveau devoir de vigilance des grandes entreprises en matière de responsabilité sociale et environnementale¹.

Cette loi impose aux grandes entreprises² de donner certaines informations quant aux conséquences de leurs activités à l'égard des droits humains et des libertés fondamentales, de la santé, de la sécurité des personnes et de l'environnement. À cette exigence documentaire se traduisant par la publication d'un plan de vigilance dans le rapport annuel de la société, s'ajoute une responsa-

bilité pour les dommages causés du fait d'un éventuel manquement à cette obligation de vigilance.

2 - **Régime de sanctions et comparaisons internationales.** – La présente étude porte sur ce régime de responsabilité et plus largement sur le système de sanctions dont cette loi a été dotée, vus avec le recul de 5 années d'application de la loi, mais aussi au travers des débats qui se sont poursuivis et élargis depuis lors. Le débat est maintenant nourri par l'apparition de lois d'inspiration semblable dans d'autres juridictions, ainsi que de projets de législations au niveau européen voire mondial³.

Les promoteurs de la loi sur le devoir de vigilance ont toujours entendu dépasser la simple obligation documentaire et parvenir à une responsabilité effective des entreprises concernées, par l'instauration d'un système de sanctions efficace. Mais la loi votée par le Parlement a été amputée par le Conseil constitutionnel d'une sanction par amende civile, jugée contraire au principe de légalité des délits et des peines compte tenu de la définition insuffisamment claire et précise des obligations auxquelles doivent se soumettre les entreprises⁴.

Le système de sanction prévu par la loi allemande du 16 juillet 2021 régissant les devoirs de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, inspirée de la loi française du 27 mars 2017 mais s'en démarquant sur ce point, ne prévoit ni la mise en jeu d'une responsabilité civile, ni une compétence judi-

1. V. not. JCl. Sociétés Traité, fasc. 2450 : *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, par P.-L. Périn, H. Pascal et E. Mure, févr. 2022. – Et la bibliographie citée, parmi laquelle on signalera spécialement, s'agissant du régime des sanctions de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 : A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : D. 2017, p. 1610. – Table ronde *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres : premières mises en demeure et actions en justice* : CDE 2020, n° 2. – P. Métais et E. Valette, *Stratégie contentieuse et devoir de vigilance* : D. avocats – Exercer et entreprendre 2020, p. 235. – M. Hautereau-Boutonnet, *Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ?* : D. 2020, p. 609. – H. Muir-Watt, *Devoir de vigilance et droit international privé*, in *Dossier La loi relative au devoir de vigilance – une perspective pratique et multidimensionnelle*, S. Brabant et E. Savourey (dir.), Rev. int. Compliance, suppl. : JCP E 2017, n° 50, p. 51. – O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé* : D. 2016, p. 385. – S. Cossart, T. Beau de Loménie et A. Lubrani, *Extension du domaine de la vigilance : la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance* : RJSP 2019, n° 16. – E. Daoud et S. Sfoggia, *Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance* : RJSP 2019, n° 16.

2. Ce devoir de vigilance concerne les sociétés françaises (SA, SCA, SCE et SAS) employant au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 dans le monde, directement ou par leurs filiales : V. JCl. S. fasc. 2450, n° 14 et s.

3. Projet de traité porté à l'ONU pour une généralisation de l'obligation de vigilance en matière de droits humains (www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/), third revised draft, publié en août 2021.

4. Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : JurisData n° 2017-012604. – JCl. Sociétés Traité, fasc. 2450, n° 57.

ciaire, mais un système d'amende et d'astreinte confié à l'Office fédéral de l'économie et du contrôle des exportations⁵.

Le projet de directive européenne sur le devoir de vigilance publié en février 2022⁶ et détaillé ci-dessous⁷ reprend à la fois la sanction de la responsabilité civile et celle de l'amende civile proportionnée au chiffre d'affaires, mais prévoit aussi une responsabilité personnelle des dirigeants et mandataires sociaux. Cette directive laisserait une large place à la définition par chaque État membre du régime des sanctions en droit national. Ce texte très novateur connaît une genèse difficile et suscite encore des débats⁸.

3 - Dispositif de sanctions de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017. – Si la matière est donc vouée à évoluer, il est utile de faire le point sur le dispositif de sanctions de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, qui s'articule autour des dispositifs suivants :

- une injonction judiciaire est prévue pour les plans incomplets ou inadaptés (section 1) ;
- la responsabilité civile de la société peut être mise en cause pour les dommages résultant d'un manquement dans sa vigilance (section 2) ;
- des sanctions accessoires de publicité des jugements sont prévues (section 3) ;
- enfin, une loi de 2021 à application différée envisage la privation d'accès aux marchés et concessions publics pour les sociétés soumises à la loi mais ne satisfaisant pas à leurs obligations à ce titre (section 4).

Nous terminerons par un tour d'horizon des évolutions prévisibles de ce droit nouveau, aux plans européens et nationaux (section 5).

1. L'injonction

4 - Le dispositif d'injonction. – Conformément au II de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, lorsqu'une société ne remplit pas ses obligations au titre du devoir de vigilance (tel que défini par le I du même article⁹, la société peut être mise en demeure de se conformer à la législation. S'il n'est pas satisfait à cette mise en demeure dans un délai de 3 mois, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut demander en justice une injonction sous astreinte. Le tribunal compétent est le tribunal judiciaire de Paris, depuis une réforme de 2021. Il est aussi possible de saisir en référé le président de ce tribunal.

5 - Mise en demeure préalable et injonction. – Il existe un préalable à l'action en injonction : la société doit avoir été mise en demeure de respecter les obligations prévues au I de l'article L. 225-102-4 relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan de vigilance, et elle doit ne pas y avoir satisfait dans un délai de 3 mois à compter de la mise en demeure (*C. com.*, art. L. 225-102-4, II). Il est à noter que ce délai de 3 mois n'entre pas dans la logique annuelle de présentation du plan.

Les sociétés ainsi interpellées apprécient alors à la fois le sérieux et la pertinence de la demande. Il est légitime de refuser de communiquer à un tiers des informations relevant du secret des affaires, mais le débat judiciaire pourra porter sur la communication des pièces nécessaires, notamment sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile¹⁰.

Les actions intempestives peuvent être écartées : la jurisprudence commerciale refuse des demandes de complément d'information

formulées par des actionnaires, s'agissant de demandes excessives dans leur fréquence ou leur détail, ou non pertinentes dans leur propos¹¹. Par ailleurs, des demandes abusives ou des allégations infondées peuvent engager la responsabilité de leur auteur, surtout lorsqu'elles sont rendues publiques¹². Il a été jugé qu'un actionnaire minoritaire peut être condamné à un dédommagement pour harcèlement, pour avoir fait preuve d'un acharnement dans la critique, dépassant l'exercice de sa liberté d'expression¹³.

L'analyse des premières mises en demeure et les débats qui s'en sont suivis¹⁴ montre qu'elles sont utilisées de manière très différente, soit comme un « levier de dialogue » entre syndicats et direction, soit comme l'outil d'une campagne médiatique menée par des ONG « de plaidoyer ».

Une réponse ministérielle a précisé qu'« il n'appartient pas aux pouvoirs publics de mettre en demeure les entreprises assujetties qui n'auraient pas publié de plan de vigilance »¹⁵.

6 - Injonction et intérêt à agir. – Toute personne peut intervenir auprès d'une société sur le fondement de la loi. Ce rôle n'est pas réservé aux « parties prenantes », citées dans le cadre de l'élaboration du plan mais qui n'ont aucune définition légale¹⁶. Pour passer au stade de l'injonction, la loi ajoute l'exigence d'un intérêt à agir. À la lecture des travaux parlementaires, il apparaît que l'absence de définition de conditions qualifiant les personnes autorisées à agir n'est pas une inadvertance : différentes conditions (reconnaissance d'intérêt public ou agrément) ou seuils (constitution depuis au moins 2 ou 5 ans) ont été discutés, mais en l'absence d'un consensus, le législateur s'en est remis au juge pour valider ou non cet intérêt à agir. C'est au demandeur de justifier de son intérêt à agir, que le juge appréciera sur la base de conditions de sérieux, de compétence et de représentativité qui restent à préciser¹⁷. Il n'est pas question d'exiger un agrément ou une habilitation, que la jurisprudence a en pratique écartés au profit d'un simple contrôle de l'objet social de l'association¹⁸.

7 - Point de contact national de l'OCDE. – En cas de difficulté, il est recommandé par le Gouvernement¹⁹ de saisir le point de contact national français de l'OCDE²⁰, instance tripartite chargée de promouvoir les principes directeurs de l'OCDE et pouvant agir en tant qu'instance non juridictionnelle de règlement des différends en proposant ses bons offices aux parties en conflit. Certaines saisines reçues depuis 2017 visent des entreprises françaises soumises à la loi sur le devoir de vigilance au titre de leurs activités à l'étranger, dont certaines ont fait l'objet de mises en demeure. Le PCN peut adresser des recommandations aux entreprises et en faire le suivi.

8 - Compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris. – La loi de 2017 avait simplement indiqué qu'il conviendrait de saisir la « juridiction compétente ». Deux logiques se sont affrontées : les tenants d'une compétence du tribunal de commerce soulignaient

11. V. T. com. Paris, 11 mai 2004, SA Suez : BRDA 18/2004, n° 1.

12. V. T. com. Paris, 11 mai 2004, SA Suez : BRDA 18/2004, n° 1.

13. V. CA Paris, 16 sept. 2021, n° 20/07397, sté Altamir : BJS nov. 2021, p. 14, note A. Couret. – V. CEDH, 30 juin 2020, n° 21768/12, sur le droit de critique d'un actionnaire à l'encontre des dirigeants d'une société.

14. V. Table ronde Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres : premières mises en demeure et actions en justice : CDE 2020, n° 2.

15. Rep. min. Économie, Question n° 11950 : JO Sénat 21 janv. 2021, p. 393, Sueur J.-P.

16. V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 2450, n° 37 et s.

17. V. M. Hautereau-Boutonnet, Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? : D. 2020, p. 609.

18. Cass. 2^e civ., 18 sept. 2008 : une association même hors habilitation législative peut agir en justice au nom d'un intérêt collectif qui entre dans son objet social. – V. A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : D. 2017, p. 1617.

19. Rep. min. Économie, Question n° 11950 : JO Sénat 21 janv. 2021, p. 393, Sueur J.-P.

20. www.pcn-france.fr.

5. V. Lettre Creda Sociétés, n° 2021-13, par K. Deckert. – Pour d'autres comparaisons internationales, V. JCl. Sociétés Traité, fasc. 2450, n° 11.

6. Projet de directive Corporate Sustainability Due Diligence : Doc. COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022 – 2022/0051 (COD).

7. V. n° 20.

8. V. P.-H. Conac, La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes ? : RED n° 4, p. 129.

9. Sur le contenu du plan de vigilance et les obligations des grandes entreprises quant à son élaboration et sa publication, nous renvoyons au JCl. Sociétés Traité, fasc. 2450.

10. V. n° 15.

qu'il s'agissait de juger un acte de gestion d'une société commerciale, sur le fondement d'un article du Code de commerce ; ceux favorisant le tribunal judiciaire mettaient en avant la nature des litiges à trancher, portant sur des sujets de droits humains ou environnementaux. Cette question a donné lieu aux premiers contentieux, les associations tenant à s'éloigner des juridictions consulaires et les entreprises à s'en rapprocher. La cour d'appel de Versailles a rendu le 10 décembre 2020 un arrêt en chambres réunies²¹ confirmant la compétence du tribunal de commerce sur le fondement de l'article L. 721-3 du Code de commerce ; on ne détaillera pas ici cette solution qui n'a plus qu'un intérêt historique.

Insister sur cette question de compétence a permis de la remettre à l'agenda législatif : l'article 34 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 a créé un nouvel article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire selon lequel « *Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce.* ». Il s'ensuit deux conséquences : la loi écarte les juridictions consulaires, et les actions sont regroupées devant une juridiction spécialisée. Ce regroupement a été jugé nécessaire compte tenu de la complexité des questions juridiques en cause.

Le président du tribunal est également visé dans la loi, pour les saisines en référé concernant la procédure d'injonction.

9 - L'injonction sous astreinte. – La juridiction a le choix d'accueillir ou non la demande et, si elle le fait, d'assortir ou pas d'une astreinte son injonction de respecter les obligations du devoir de vigilance (emploi du terme « *le cas échéant* »). La nature ou le montant de l'astreinte ne sont pas précisés, ce qui laisse donc entière latitude aux juridictions d'utiliser ce procédé comme en matière civile et commerciale, en définissant son montant, sa périodicité (jour, semaine, mois) et les conditions de sa liquidation.

Le rôle du juge s'avérera particulièrement délicat pour la détermination des mesures à enjoindre, s'agissant de questions d'une extrême complexité pouvant mettre en jeu l'activité même de certaines entreprises : l'une des premières actions en justice a ainsi été engagée par plusieurs associations et collectivités locales, réunies sous la bannière « *Notre affaire à tous* » pour enjoindre le groupe TotalEnergies de mettre un terme à ses activités au vu de leur impact sur le climat²².

Les points de vue sur l'étendue des pouvoirs du juge sont à ce stade très opposés. Pour M^{me} Ophélie Claude et M. Antonin Levy, avocats de TotalEnergies : « *Se contentera-t-il de constater l'existence d'un plan, d'un compte rendu de mise en œuvre effective et de leur publication dans le rapport de gestion ? Ou procédera-t-il à une analyse qualitative du plan et du compte rendu ? Il doit être rappelé, à cet égard, que l'idée du législateur était de laisser une grande liberté d'appréciation dans l'élaboration de la mise en œuvre des moyens de vigilance mis en œuvre et que l'action en injonction ne visait à l'origine que les entreprises n'ayant publié aucun plan de vigilance ou un plan manifestement lacunaire* » ; tandis que pour M^{mes} Sandra Cossart et Lucie Chatelain de l'ONG Sherpa : « *le juge saisi d'une demande d'injonction serait compétent pour apprécier l'adéquation du plan aux risques identifiés et la carence du plan de vigilance, même partielle, pourrait être sanctionnée* »²³.

21. CA Versailles, ch. réunies, 10 déc. 2020, n° 20/01962, SA Total : BJS avr. 2021, note A. Reygrobelle.

22. V. le Radar du devoir de vigilance, publié par CCFD et Sherpa : affaires en cours. – M. Hautereau-Boutonnet, Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? : D. 2020, p. 609.

23. in Table ronde, Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres : premières mises en demeure et actions en justice : CDE 2020, n° 2.

Il faudra trancher la question de savoir si cette injonction doit ou non être considérée comme un préalable obligatoire à une action en responsabilité²⁴.

10 - Affaires en cours. – Le site du « *radar du devoir de vigilance* » opéré par les associations CCFD Terre solidaire et Sherpa²⁵ recense en juillet 2022 sept actions en cours contre des groupes, dont deux en sont restées au stade de la mise en demeure et cinq ont fait l'objet d'assignations. Comme indiqué ci-dessus, les premières décisions judiciaires rendues n'ont encore porté que sur les questions de compétence.

2. La responsabilité civile

11 - Principe de responsabilité. – L'élément fondamentalement novateur du dispositif en matière de sanction concerne la possibilité pour les victimes de mettre en œuvre la responsabilité civile de la société-mère ou donneuse d'ordre. Les premières propositions de loi sur le devoir de vigilance avaient imaginé une présomption de responsabilité pesant sur la société, mais les risques juridiques qu'elle pouvait occasionner ont conduit le législateur à l'écarter. Présumer de la responsabilité de la société aurait abouti à une obligation de sécurité-résultat que l'on connaît en matière de faute inexcusable²⁶, mais qui a paru mal adaptée à cette nouvelle obligation de vigilance raisonnable s'analysant comme une obligation de moyens.

C'est donc un régime de responsabilité de droit commun qui a finalement été prévu, fondé sur la démonstration de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre eux. Ce principe résulte du renvoi fait par l'article L. 225-102-5 du Code de commerce aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Cette approche a été validée par le Conseil constitutionnel et l'article L. 225-102-5 du Code de commerce prévoit donc :

Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

À notre connaissance, il y a encore peu d'actions en responsabilité intentées sur le fondement de cet article L. 225-102-5²⁷, ni a fortiori de jurisprudence. On en reste donc ci-dessous au stade de l'analyse prospective de ce dispositif.

12 - L'intérêt à agir pour l'action en responsabilité. – L'action est réservée aux personnes ayant un intérêt à agir, comme pour la procédure d'injonction, mais cette exigence a sans doute ici une signification plus restrictive. Le Conseil constitutionnel a relevé que ces dispositions « *ne sauraient permettre à une personne d'intro-*

24. A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : D. 2017, p. 1610.

25. <https://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/>.

26. Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.389, 99-18.390, 99-21.255 et 99-17.201 (arrêts dits « *amiante* ») : JurisData n° 2002-013258, 2002-013263 et 2002-013262.

27. Il semble que le groupe Casino ait été assigné sur ce fondement par des ONG pour exclure le boeuf issu de la déforestation et l'accaparement de territoires autochtones de sa chaîne d'approvisionnement au Brésil et en Colombie. Les organisations autochtones demandent à être dédommagées en raison des dommages causés à leurs terres ancestrales et de l'impact sur leurs moyens de subsistance. Une autre affaire mettrait en cause Yves Rocher concernant les droits des travailleurs d'une de ses filiales en Turquie.

duire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir »²⁸. Une association pourrait soutenir ou organiser l'action de la victime directe, mais non l'initier ou s'y joindre.

Le mécanisme exclut l'action de groupe, qui est réservée à certaines situations et spécialement à la réparation des préjudices subis par les consommateurs (*C. com.*, art. L. 623-1 et s.) ou par les usagers du système de santé (*CSP*, art. L. 1143.-1 et s.).

13 - Compétence du tribunal judiciaire de Paris, sous réserve des règles internationales de compétence. – La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 n'ayant pas spécifié les tribunaux compétents pour les actions en responsabilité civile (*C. com.*, art. L. 225-102-5), la question restait pendante. La loi pour la confiance dans l'autorité judiciaire n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 a regroupé ces litiges devant le tribunal judiciaire de Paris (*COJ*, art. L. 211-21).

Cependant, cette compétence n'est pas évidente pour les dommages survenus à l'étranger du fait d'un manque de vigilance d'une société-mère ou donneuse d'ordres française. Les promoteurs de la loi ont souhaité donner aux victimes l'accès aux tribunaux français, et le Conseil constitutionnel a relevé que les règles de responsabilité « permettent, le cas échéant, que la responsabilité d'une société puisse être engagée, sur le fondement [des règles générales du droit de la responsabilité], à raison de dommages survenus à l'étranger »²⁹. Mais les règles de compétence internationale rendent cette action incertaine.

Au sein de l'Union européenne tout d'abord, la compétence spéciale en matière délictuelle et quasi-délictuelle du règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit que le juge compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. En matière internationale ensuite, la compétence est régie le plus souvent suivant l'adage « *locus regit actum* » qui renvoie également au lieu de réalisation du dommage.

En ce qui concerne la loi applicable au litige, celle-ci sera aussi rarement la loi française : en matière extracontractuelle et dans l'UE, la règle de conflit désignera le plus souvent la loi étrangère du lieu de survenance du dommage³⁰, sauf dommages spéciaux tels qu'une atteinte à l'environnement³¹. C'est aussi la solution que l'on retrouvera le plus souvent hors Union européenne.

Il pourrait en aller autrement si le devoir de vigilance était considéré comme une loi de police ou comme faisant partie de l'ordre public international. Les travaux parlementaires avaient remarqué que l'existence de pénalités était un élément qui permettrait de conférer à ce texte la valeur d'une loi de police³². La définition donnée par la CJCE³³, impose que la disposition soit jugée cruciale au point d'en imposer le respect à toute personne. Mais la disparition de l'amende civile rend cette qualification plus difficile, dans un contexte général où l'application des articles 14 et 15 du Code civil fondant la compétence du juge français est en retrait³⁴. On a évoqué également l'exception de l'article 4, § 3 du règlement Rome II qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, l'application d'une loi autre que la loi du dommage, s'il s'agit de la loi d'un État qui aurait des liens manifestement plus étroits avec

le fait dommageable³⁵. Les exceptions d'ordre public ou l'invoication de règles de sécurité ne paraissent pas aisées à suivre³⁶.

Le principe d'autonomie des personnes morales pourra être invoqué pour marquer l'éloignement de la société mère des décisions ayant causé le préjudice.

14 - Preuve de la faute. – La faute se démontre par la preuve d'un manquement aux obligations légales³⁷, et peut résulter de l'absence de plan de vigilance ou d'un plan non conforme aux objectifs de la loi. C'est à l'occasion de ce débat que les juges auront à préciser les termes vagues de la loi (vigilance, raisonnable, prévention des atteintes graves, actions adaptées, suivi d'évaluation régulière...). La définition d'une faute dans ce contexte paraît malaisée. L'abstention ou la négligence dans la conception ou dans l'application des mesures de prévention énumérées au plan de vigilance sont des fautes susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur³⁸. Mais les idées de responsabilité de plein droit, présumée ou pour dépendance économique ne font pas partie du dispositif du devoir de vigilance.

Certains commentateurs ont proposé une vision volontairement élargie de la notion de faute dans ce contexte³⁹. D'autres ont envisagé un élargissement de la portée du devoir de vigilance par une interprétation souple de l'alinéa 3 de l'article L. 225-102-4⁴⁰. Mais il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel n'a validé la loi, et spécifiquement la mesure relative à la responsabilité pour faute, qu'en écartant expressément toute forme de responsabilité pour la faute d'autrui.

Il a également semblé à certains observateurs étrangers que la responsabilité pour défaut de vigilance s'apparenterait à une responsabilité par procuration ou « *vicarious liability* », difficile à transposer⁴¹.

15 - Preuve du préjudice et expertise *in futurum*. – La preuve sera tout aussi difficile pour la matérialisation du préjudice, qui est celui « que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter » (*C. com.*, art. L. 225-102-5). Ce préjudice évitable sera-t-il susceptible d'une démonstration comptable étayée ? Lorsque le manquement à la vigilance aura seulement fait perdre une chance d'éviter le dommage, le préjudice ne sera redevable que d'une réparation partielle.

La preuve du préjudice sera d'autant plus difficile à rapporter que l'accès aux éléments relatifs aux divers manquements ne pourra pas être obtenu par une action *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

La cour d'appel de Paris⁴² a ainsi débouté les ONG Sherpa et Les Amis de la Terre France de leur demande de mesure d'instruction formée contre la société pétrolière Perenco SA sur le fondement de cet article.

28. *Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, préc., cons. 28.

29. *Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, préc., cons. 28.

30. Règl. (CE) 864/2007, 11 juill. 2007, art. 4 (règl. Rome II).

31. Règl. (CE) 864/2007, 11 juill. 2007, art. 7 (règl. Rome II).

32. *Rapp. Commission des lois AN n° 2628, 11 mars 2015, fondé sur la situation prévalant avant la suppression de ces pénalités*, p. 30.

33. CJCE, 23 déc. 1999, aff. C-369/96.

34. *Pour une analyse tendant à reconnaître le caractère de loi de police à la loi du 27 mars 2017*, V. H. Muir-Watt, *Devoir de vigilance et droit international privé*, in *Dossier La loi relative au devoir de vigilance – une perspective pratique et multidimensionnelle*, S. Brabant et E. Savourey (dir.) : *Rev. int. Compliance*, suppl. ; JCP E 2017, n° 50, p. 51.

35. P. Métais et E. Valette, *Stratégie contentieuse et devoir de vigilance : D. avocats – Exercer et entreprendre 2020*, p. 235.

36. O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé : D. 2016*, p. 385. – A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : D. 2017*, p. 1610.

37. V. JCl. *Sociétés Traité*, fasc. 2450, n° 23 et s.

38. A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : D. 2017*, p. 1610.

39. P. Abadie, *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises : Gaz. Pal. 2015, hors-série n° 2*, p. 2019 s., fait un parallèle avec la responsabilité des hébergeurs sur internet, pour le « rôle actif » joué dans la commission du dommage, et voit la possibilité d'un mécanisme de responsabilité personnelle sans faute mais du fait d'autrui, tout en notant toutefois les différences avec les mécanismes de responsabilité des entreprises donneuses d'ordre (constatation préalable du manquement du sous-traitant).

40. V. A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : D. 2017*, p. 1610.

41. V. E. O'Shea, *Un regard extérieur sur les nouvelles lois françaises*, in *Dossier Compliance & transparence en 2018*, S. Schiller et P.-L. Périn (dir.) : *Actes prat. ing. sociétaire 2018*, n° 157, p. 54.

42. CA Paris, pôle 1, ch. 2, 17 sept. 2020, n° 19/20669 : *JurisData n° 2020-019769*.

L'action des ONG visait à obtenir des éléments de preuve relatifs aux divers manquements et causes de responsabilité sollicitées, notamment le manquement par Perenco à son obligation de vigilance.

La cour d'appel indique ainsi :

Il est exact comme le font valoir les deux associations demanderesse que le juge saisi au visa de l'article 145 du code de procédure civile n'a pas à préjuger du fond du litige.

Il est tout aussi exact que la jurisprudence affirme de manière claire et établie la compétence du juge français pour autoriser toute mesure d'instruction devant s'exécuter contre un défendeur français, indépendamment de la loi applicable au litige au fond et que la procédure exercée au visa de l'article 145 du code de procédure civile est suivie en principe suivant la *lex fori* à savoir la loi française.

Cependant, en dépit du fait qu'elle consiste par définition à anticiper un futur procès, la demande fondée sur l'article 145 n'en reste pas moins l'exercice d'une action en justice. Or l'action portée devant le juge pour qu'il ordonne une mesure d'instruction in futurum est soumise, comme toutes les autres, à l'adage 'pas d'intérêt, pas d'action'. Aux termes de l'article 31 du code de procédure civile, la recevabilité d'une prétention est conditionnée à la démonstration d'un intérêt légitime, voire à la caractérisation d'une qualité particulière lorsque la loi a entendu restreindre le cercle des personnes titulaires du droit d'agir.

Or, dans ce cadre, il ne peut être fait abstraction de la loi étrangère et il ne peut être question de faire droit à la demande de mesure d'instruction in futurum si cette loi étrangère ne nécessairement applicable au litige au fond, quel que soit le juge compétent pour en connaître, et si cette loi ne reconnaît pas d'action à la partie qui sollicite la mesure d'instruction. Comme l'indique la société Perenco dans les cas d'action 'attitrée', c'est-à-dire réservée à certaines personnes, c'est en fait le droit substantiel lui-même qui est réservé, et la *lex fori* n'est donc pas compétente.

Pour cette raison et bien d'autres, l'accès aux informations utiles sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile a été décrit comme « inadéquat en pratique »⁴³.

16 - Preuve du lien de causalité direct. – La difficulté principale repose dans la preuve du lien de causalité. Il existera le plus souvent de multiples causes à l'origine du dommage, dont certaines auront un lien de causalité plus évident avec le préjudice que la défaillance de vigilance de la société-mère ou donneuse d'ordre. Il faut rappeler que le texte n'a franchi le filtre de constitutionnalité que parce que la responsabilité est bien celle du droit commun des articles 1240 et 1241 du Code civil, y compris pour l'exigence d'un lien de causalité direct (le terme direct figure dans le considérant du Conseil constitutionnel) entre les manquements au devoir de vigilance et les dommages⁴⁴.

La causalité directe fera sans doute dans bien des cas l'objet d'une « preuve malaisée », ce qui a conduit certains à plaider pour un assouplissement du lien de causalité, tout en reconnaissant les difficultés d'une telle interprétation ou réforme⁴⁵. Mais de tels assou-

plissements ne font pas partie du droit positif, non plus que toute forme de présomption, qu'elle porte vers une responsabilité sans faute ou pour autrui.

Il a été également proposé que le juge puisse apprécier la preuve du lien de causalité sous le prisme de la théorie de l'équivalence des conditions. Cette théorie conduit à retenir comme cause tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit⁴⁶.

Il reste que la jurisprudence n'a jamais vraiment tranché en faveur de l'une ou l'autre de ces théories sur la causalité, même si l'équivalence des conditions a pu être retenue dans certaines matières spécifiques (accident de la circulation ou responsabilité médicale).

17 - Recours subrogatoire. – Il a été suggéré qu'une société mère amenée à verser des dommages-intérêts disposerait d'un recours subrogatoire contre la personne (par exemple, le sous-traitant) par la faute directe de laquelle les dommages réparés se sont produits, sur le fondement de la subrogation légale de l'article 1346 du Code civil⁴⁷.

3. La publicité des sanctions

18 - Publication, diffusion et affichage des condamnations. – L'article L. 225-102-5 du Code de commerce relatif à l'action en responsabilité précise que la juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise, les frais étant supportés par la personne condamnée. Cette sanction n'est pas prévue pour la procédure d'injonction de l'article L. 225-102-4, II du Code de commerce.

Ce type de sanction accessoire a paru bien adapté à un domaine où la réputation revêt une importance évidente. Notons que la sanction n'est pas univoque et qu'elle pourrait aussi s'appliquer en cas de procédure abusive d'un demandeur.

4. L'exclusion des marchés publics et concessions publiques

19 - Exclusion facultative et différée. – L'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite « loi Climat ») a introduit deux sanctions complémentaires à l'égard d'entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance au titre de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce et qui ne rempliraient pas leurs obligations à ce titre : elles pourront se trouver exclues de la procédure de passation d'un marché public (CCP, art. L. 2141-7-1) ou d'un contrat de concession publique (CCP, art. L. 3123-7-1). L'entrée en vigueur de ces sanctions est toutefois différée et doit être précisée par décret, dans un délai maximum de 5 ans à compter de la promulgation de la loi.

Il s'agira toujours d'une faculté pour l'autorité concédante, et il est précisé que l'éventuelle prise en compte de ce critère « ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ». On peut en effet se demander si une telle exclusion ne faussera pas la concurrence entre une société soumise à cette obligation et d'autres sociétés, françaises mais demeurant sous la taille requise, ou étrangères et non soumises à la loi.

La condition négative posée par ces textes, c'est-à-dire le manquement à l'obligation de l'article L. 225-102-4, est rédigée de manière différente dans les deux textes, qui restent relativement obscurs à cet égard : le premier relatif aux marchés publics évoque l'exclusion des entreprises « qui ne satisfont pas à l'obligation

43. V. S. Cossart et L. Bourgeois, *Sherpa, L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux* : SSL n° 1923. – V. aussi : RLDA, *Compliance et Éthique en droit des affaires*, suppl., déc. 2020, p. 41.

44. *Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *préc.*, cons. 27.

45. A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : D. 2017, p. 1610 : ces auteurs évoquent le rôle actif de la société, ou la présomption de causalité du gardien de la chose. – C. Hannoun, *Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés-mères*, in MéL. Germain : LexisNexis Lextenso, 2015, p. 390, propose une obligation spéciale de garantie, préférable à la fiction d'une présomption de responsabilité ou de causalité. – L. d'Ambrosio, *Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures*, in Dossier *Le devoir de vigilance des entreprises nationales*, L. d'Ambrosio et P. Barraud de Lagerie (dir.) : Dr. et société 2020, n° 106, p. 646, propose un système de responsabilité objective, accompagné par une cause d'exonération de la responsabilité par la preuve que la société a mis en œuvre un plan de vigilance susceptible de prévenir un tel dommage.

46. V. M. Hautureau-Boutonnet, *Répertoire de droit civil, Responsabilité civile environnementale, Conditions processuelles de la responsabilité civile environnementale*, nov. 2019, Actualisation : mai 2021.

47. *Formulaire Lamy Stés com.* – *Éléments du devoir de vigilance – Conseils pratiques*, n° 161.

d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues » ; le second relatif aux concessions permet d'exclure les entreprises qui « ne sont pas en mesure de présenter un plan de vigilance dûment réalisé ». L'appréciation de ces défauts ne sera pas aisée pour les administrations, qui pourront craindre des recours.

Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé directement sur ces mesures, qui ont été ajoutées par un amendement parlementaire. Mais il avait eu l'occasion de mentionner, à propos du sujet connexe de la prise en compte dans les appels d'offre des caractéristiques environnementales des offres, qu'un tel critère ne saurait avoir pour effet de déroger à l'exigence du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni à la condition que les critères d'attribution soient objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution⁴⁸.

5. Perspectives européennes et nationales

20 - Le projet de directive « Corporate Sustainability Due Diligence ». – La Commission européenne a – enfin – publié le 23 février 2022 sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité⁴⁹.

Cette proposition était très attendue. Cependant, le caractère très novateur de la démarche, les écueils du projet et les divergences entre les États, dont certains renâclent à légiférer en la matière, rendent incertain l'aboutissement de cette harmonisation⁵⁰.

On remarquera que la proposition de directive porte sur un périmètre d'application aux entreprises plus large que la loi française et distingue trois catégories de sociétés concernées, à savoir premièrement toutes les sociétés à responsabilité limitée établies au sein de l'UE qui emploient plus de 500 salariés – soit un seuil plus réduit que ceux prévus par la loi française (5000 salariés en France ou 10000 dans le monde) – et réalisent un chiffre d'affaires net mondial supérieur à 150 millions d'euros, deuxièmement toutes les sociétés à responsabilité limitée établies au sein de l'UE qui exercent leurs activités dans des secteurs à fort impact (industrie textile et de la chaussure, agriculture, pêche, agroalimentaire, extraction de ressources minérales), qui emploient plus de 250 salariés et dont le chiffre d'affaires net mondial est supérieur à 40 millions d'euros. Troisièmement, les sociétés étrangères ayant des opérations d'une même importance sur le territoire de l'Union seraient également concernées, ce qui est aussi fondamental pour l'équilibre du système que novateur.

Les sanctions prévues par la Commission européenne sont également plus développées que celles de la loi française. Il est demandé aux États membres de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, calculées en fonction du chiffre d'affaires des entreprises.

Une autorité administrative nationale désignée par chacun des États membres serait chargée de contrôler le respect de ces nouvelles règles, et pourrait infliger des amendes en cas d'infraction, selon un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par la contrevenante.

Les victimes auraient également la possibilité d'intenter une action en responsabilité civile pour les dommages occasionnés qui

auraient pu être évités grâce à des mesures de vigilance appropriées.

Cette responsabilité devrait pouvoir être mise en œuvre quand bien même la loi d'un État membre ne trouverait pas à s'appliquer en application de la règle de conflit de loi désignant la loi de réalisation du dommage.

Enfin, la mise en œuvre du devoir de vigilance constituerait une nouvelle composante de l'obligation des dirigeants sociaux d'agir dans l'intérêt social de la société, et en conséquence leur responsabilité personnelle pourrait être mise en cause à ce titre.

Il faut ajouter sur le plan national qu'au lendemain de la publication de la proposition de directive, une mission d'information a déposé son rapport sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017⁵¹. Ce rapport promeut, parmi ses 10 recommandations, un élargissement du périmètre de la loi et la création d'une autorité administrative de contrôle.

21 - Le système de sanctions entre incantation et réalisme. – Le régime des sanctions associé au devoir de vigilance, nouvelle obligation émergente en droit national et international pour les grandes entreprises, vise à donner de l'effectivité à ce nouveau devoir imprégné de responsabilité sociale et environnementale. L'arsenal de sanctions peut cumuler amende et responsabilité civile, mise en cause de la société tête du groupe ou donneuse d'ordres et de ses dirigeants, sous la surveillance d'une autorité administrative indépendante, des juges et des associations et ONG représentant les intérêts à agir, tous voués à mettre en lumière les manquements. Tandis que le projet de directive UE retient à ce stade l'éventail complet des sanctions, tout en laissant une large latitude aux États membres pour les définir au risque de fortes disparités, la loi française du 27 mars 2017 s'en tient à un plus modeste tryptique injonction/responsabilité civile/privation d'accès aux marchés publics.

Cependant, la nouvelle sanction édictée en 2021 concernant les marchés publics, mal conçue et mal rédigée⁵², montre que le fossé se creuse entre le droit incantatoire issu des débats parlementaires, et la réalité plus prosaïque vécue par les entreprises et les administrations. Lorsque l'on arrive à cette granularité, la distorsion est trop marquée entre l'injonction politique censée protéger nos valeurs sociales, sociétales et environnementales, et la charge que doivent supporter les seules entreprises. Les ruptures de régimes selon les juridictions de rattachement, mais aussi les tentatives du projet de directive pour étendre les devoirs et les sanctions aux entreprises étrangères opérant sur le territoire de l'Union, créent un risque encore faible mais potentiellement systémique, dont l'appréciation pourrait changer en ces temps de risques récessionnistes. Se pose alors la question de l'autorité de contrôle de ce devoir de vigilance : certains craignent qu'une autorité administrative, même indépendante, soit moins sévère que le juge judiciaire qui serait inspiré par les actions des associations spécialisées ; d'autres redoutent que le juge, même spécialisé auprès d'un seul ressort, manque des ressources nécessaires pour analyser toutes les composantes d'un devoir et d'une responsabilité aussi complexes que novateurs.

La RSE est passée, avec la loi du 27 mars 2017, d'un âge incitatif et volontaire à son âge légal et sanctionné, non sans interrogations conceptuelles et difficultés d'application. La loi nationale, vouée à une harmonisation européenne par le projet de directive en cours d'examen, est encore à peine appliquée qu'il faut compter sur une réforme. Le risque de l'impasse légale et judiciaire reste présent.■

Mots-Clés : Devoir de vigilance - Sanctions - RSE

48. CE, avis, 4 févr. 2021, n° TREX2100379L/Verte-1, n° 25, se référant aux directives européennes (Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 67. – Et dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014, art. 82) et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, p. 69. – V. I. Parachkéoვა-Racine, *Les incidences de la loi Climat et résilience en droit des sociétés* : BJS déc. 2021, p. 53 et spéc. p. 60).

49. Doc. COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022 – 2022/0051 (COD).

50. V. P.-H. Conac, *La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes ?* : RED n° 4, p. 129.

51. Rapp. d'information AN n° 5124, 24 févr. 2022.

52. V. n° 19.