

Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance



EMMANUEL DAOUD

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA*

SOLENE SFOGGIA

*Avocate au Barreau de Paris, Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA*

Les premières mises en demeure d'entreprises sur le fondement de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ont été rendues publiques. En particulier, sept collectivités territoriales reprochent ainsi à Total de ne pas mentionner, dans sa cartographie des risques, le risque lié au changement climatique résultant de ses activités, ainsi que de ne mettre en œuvre aucune action adaptée d'atténuation et de prévention des risques d'atteintes graves qui en résultent¹.

La loi prévoit en effet en son premier article que toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut mettre en demeure toute société de respecter ses obligations relatives au devoir de vigilance. Si elle n'y satisfait pas dans un délai de trois mois, la juridiction compétente pourra lui enjoindre de respecter ses obligations sous astreinte. Le devoir de vigilance introduit donc de nouveaux « juges » - ONG, consommateurs, collectivités, syndicats voire concurrents - aux côtés des juges étatiques², devant lesquels l'entreprise aura désormais à répondre de mesures jusqu'ici considérées comme volontaires.

Ainsi, si le régime de responsabilité des entreprises au titre de leur devoir de vigilance, fondé sur les nouveaux

articles 1240 et 1241 du Code civil, a été abondamment commenté, ce sera en réalité certainement la possibilité d'être condamné à respecter ses obligations, sous astreinte, et en l'absence de tout dommage, qui sera le véritable enjeu de cette loi. En effet, elle offre un outil de choix aux personnes physiques et morales qui souhaiteraient engager la responsabilité des entreprises, sans devoir passer par les difficultés non négligeables de la responsabilité délictuelle appliquée au devoir de vigilance, que sont pour mémoire les enjeux de compétence, loi applicable, preuve, ou encore de lien de causalité entre la faute et le dommage.

Le nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce comporte ainsi un enjeu réputationnel significatif : l'entreprise peut être interpellée, en l'absence de tout dommage, par toute personne ayant un intérêt à agir (dont la notion généreusement définie ne manquera pas de faire débat) si elle n'a pas publié de plan de vigilance ou qu'il est considéré comme insuffisant. Au-delà des risques réputationnels, le risque financier reste également très incertain, dès lors que le montant de l'astreinte n'est pas défini. Ce risque est d'autant plus important que l'insécurité juridique liée au plan de vigilance est grande : à quel moment considèrera-t-on que l'entreprise s'est conformée à ses obligations ? Et,

¹ Dossier de presse, « 1,5°C : 13 collectivités réclament une vigilance TOTALE », 23 octobre 2018, accessible sur <https://notreaffaireatous.org/wp->

[content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf](https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf)

² I. Desbarats, *La RSE « à la française » : où en est-on ?* : Droit social 2018, n° 6, p.525.

surtout, comment déployer à temps un plan de vigilance dans un groupe ayant plusieurs milliers de salariés – et à quels coûts – si cette démarche doit avoir lieu dans l’urgence ?

Dans ce contexte, il nous semble indispensable de construire chaque plan de vigilance en anticipant les débats qui auront lieu devant le juge. La loi sur le devoir de vigilance est en effet une loi qui mobilise de nombreux concepts et dont la traduction juridique ne cesse d’interroger. Si les débats parlementaires, les référentiels nationaux et internationaux, les jurisprudences et autres prises de position du Conseil constitutionnel ou du gouvernement sont tous mobilisés pour préciser la loi, on ne peut en réalité que constater que l’interprétation qu’en fera le juge pourra changer le visage du niveau de vigilance effectif demandé aux entreprises.

A cet égard, les premiers contentieux annoncés pour 2019 constitueront un enjeu majeur pour les entreprises. S’il est toutefois ambitieux à ce stade de prétendre anticiper tous les débats qui se tiendront devant le juge, leurs principaux enjeux se dessinent d’ores et déjà clairement – et l’on ne peut que conseiller aux entreprises et à leurs avocats d’y porter une attention particulière dans le cadre de leur stratégie de conformité. Dans ce sens, le présent article a pour objet d’évoquer les principaux points d’attention, dont beaucoup ont été développés par la doctrine, au regard des premiers plans de vigilance publiés ainsi que des attentes d’ores et déjà exprimées par certaines organisations non gouvernementales (ONG).

1. L’enjeu de l’application et du périmètre de la loi sur le devoir de vigilance

A. L’entreprise est-elle concernée par la loi ?

La question de l’application de la loi à l’entreprise interpellée sera, dans un contexte d’imprécision et d’ambiguïté important de la loi, un axe de défense envisageable pour un certain nombre d’entreprises ; dans un premier temps du moins.

En effet, la loi prévoit que le plan doit être mis en œuvre par 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.

Si cette formulation donnait lieu à débat dès le premier alinéa de la loi, le Conseil constitutionnel en a, selon la doctrine, clarifié rapidement la rédaction en précisant que la société mère doit avoir son siège social en France – les filiales pouvant quant à elles se trouver en France ou à l’étranger, ce qui modifie alors le seuil de salariés en conséquence (5.000 si les filiales ont leur siège social en France et 10.000 si les filiales ont leur siège social à l’étranger)³. Il importerait toutefois peu de savoir si la société mère est la filiale d’une société étrangère ou non. La loi sur le devoir de vigilance n’ayant par ailleurs pas fait l’objet de précisions quant à son périmètre d’application (au contraire de la loi Sapin II utilement précisée par la fiche « Acteurs économiques » de l’Agence française anticorruption), certains auteurs choisissent d’appliquer la règle posée par le Code du travail s’agissant du calcul du nombre de salariés de l’entreprise (les articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail énumérant pour mémoire, les types de contrats retenus)⁴, qu’il reviendra au juge de confirmer ou d’écarter.

La deuxième difficulté concerne l’application de la loi aux SAS. En effet, si la loi vise « toute société », elle prévoit que le plan de vigilance doit être publié au titre de l’article L. 225-102 du Code de commerce, qui ne s’applique pas aux SAS. Toutefois, il s’avère que le législateur n’a pas exclu les SAS au titre de l’article L. 227-1 du même code, puisqu’elles sont bien soumises par renvoi aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 introduits par cette loi. Surtout, une approche téléologique de la loi plaide naturellement pour l’inclusion des SAS⁵, que l’on ne peut qu’approuver dans un souci de cohérence.

³ S. Brabant et E. Savourey, *Le champ de la loi – Les sociétés soumises aux obligations de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l’Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 92.

⁴ *Ibid*

⁵ *Ibid*

⁶ *Ibid*

En somme, le juge devra nécessairement clarifier l'application pratique des différents critères retenus par la loi. Néanmoins, l'on ne peut que conseiller aux entreprises de faire preuve de prudence si elles souhaitent s'engouffrer dans ces brèches législatives pour définir leur axe de défense : la SAS qui soutiendrait que le devoir de vigilance ne lui est pas applicable en raison de sa forme juridique – peu important le nombre de salariés ou la sensibilité au risque de ses activités – devra s'attendre à voir son image et sa réputation fortement mises en cause par la personne qui l'a interpellée, surtout s'il s'agit d'ONG qui joueront pleinement leur rôle à ce titre.

B. L'entreprise a-t-elle bien défini son périmètre de vigilance ?

La deuxième étape pour la société consiste à définir les sociétés incluses dans son périmètre de vigilance. Le texte prévoit à ce titre que le plan doit couvrir « *les 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 périmètre doit donc être défini à un double niveau : d'une part les sociétés contrôlées et d'autre part les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Pour son premier niveau de vigilance, l'entreprise doit définir les sociétés dont elle détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote, ou dont elle désigne la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance pendant deux exercices successifs (avec une présomption 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), ou sur laquelle elle exerce une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires. Cette notion de contrôle exclusif, direct ou indirect, aboutit ainsi à un premier périmètre élargi.

Ensuite, l'entreprise doit définir son deuxième niveau de vigilance, moins traditionnel, puisqu'il inclut les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Ce deuxième périmètre devrait cristalliser une bonne partie des débats et certaines ONG annoncent d'ailleurs déjà leurs intentions à ce titre : elles attendent des entreprises d'attirer largement tous les fournisseurs et sous-traitants de la société et de ses filiales, quelle que soit leur position dans la chaîne de valeur, chaque fois qu'ils entretiennent avec eux une relation commerciale établie qui va au-delà d'une notion de relation contractuelle directe ou de « rang 1 ».

En réalité, la loi sur le devoir de vigilance mobilise une notion bien connue du Code de commerce en cas de rupture brutale. La relation commerciale établie suppose en effet que soit rapportée la preuve d'un caractère suivi, stable et habituel ; les parties doivent raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec leur partenaire commercial⁹. L'on rappellera que le montant du chiffre d'affaires n'est pas déterminant dans cette notion, et ne doit donc pas conduire à ne retenir que les sous-traitants et fournisseurs avec les chiffres d'affaires les plus significatifs.

Cependant, les solutions rendues sous l'empire de la rupture brutale des relations commerciales établies ne seront pas nécessairement mobilisées par le juge du devoir de vigilance. Selon une partie de la doctrine, cette notion de relation commerciale établie aurait au contraire pour effet pervers de privilégier des relations courtes et ponctuelles¹⁰, aux

⁹ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

¹⁰ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapage-min.pdf].

⁹ G. Jazottes, *Sous-traitance et « relation commerciale établie » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ?* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} juillet 2018, n° 139.

¹⁰ B. Parance et E. Groulx, avec la collaboration de V. Chatelin, *Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care* : Journal du Droit International (Clunet), janvier 2018, n° 1.

antipodes de la prévention des risques pensée et maîtrisée recherchée par la loi.

Par exemple, il est intéressant de noter que la Cour de cassation a pu considérer que le fait de recourir à un appel d'offres systématique plaide en faveur de l'absence de relation stable et établie, quand bien même le fournisseur avait été retenu plusieurs fois de suite¹¹. Si une telle solution était entendue strictement par les juges dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance, cette pratique pourrait avoir pour effet de réduire considérablement le périmètre de vigilance pour les entreprises dont l'appel d'offres est devenu le mode privilégié d'achats à la faveur de la loi Sapin II.

Néanmoins, la loi sur le devoir de vigilance devrait amener ses propres solutions et conduire le juge à retenir un faisceau d'indices : par exemple, certaines clauses RSE pourraient aboutir à caractériser la relation commerciale établie dès lors qu'elles feraient naître des attentes légitimes d'une relation qui s'inscrit dans le temps, en raison des engagements qu'elles impliquent pour le fournisseur¹². La notion de relation commerciale établie devrait en tout état de cause exclure la sous-traitance sauvage, c'est-à-dire la sous-traitance en cascade qui n'est, ni autorisée, ni connue, par la société donneuse d'ordre. A ce titre, l'on ne peut en revanche que conseiller aux entreprises d'accorder une attention particulière à leurs contrats et aux stipulations relatives à la sous-traitance de leur prestation, qu'elle soit autorisée ou non, afin d'écartier toute ambiguïté sur ce point.

Outre ce contexte d'insécurité juridique, les entreprises sont inévitablement confrontées à la difficulté pratique d'identifier l'ensemble des sociétés composant leur périmètre de vigilance, non seulement à leur niveau mais aussi au niveau du groupe. Cet exercice est d'autant plus difficile que la vigilance devra porter sur les seules activités des fournisseurs et sous-traitants rattachées à ladite

relation commerciale établie. Il est d'ailleurs intéressant de noter que Sherpa recommande de façon pratique, pour les sociétés n'étant pas en mesure d'identifier précisément la totalité de ce périmètre ou de ces informations dans l'immédiat, d'indiquer clairement dans leur plan le calendrier et les objectifs intermédiaires qu'elles se fixent¹³.

Un mot enfin s'agissant des parties prenantes de l'entreprise, dont la définition est nécessairement liée à son périmètre de vigilance. Si leur association n'est pas obligatoire, le plan « *a vocation* » à être co-construit avec elles selon la loi. L'entreprise est ainsi invitée à définir ses parties prenantes (filiales, sous-traitants, fournisseurs, syndicats, ONG, riverains, gouvernements locaux, investisseurs, consommateurs, etc.) en tenant compte de leur représentativité (notamment d'une pluralité d'opinions), crédibilité et indépendance¹⁴. Le fruit de ces discussions devrait en effet constituer un atout non négligeable pour l'entreprise qui aura à justifier de la pertinence de son plan devant le juge, dès lors qu'il aura été défini et validé avec ses parties prenantes.

Il est donc essentiel pour l'entreprise de préparer un dialogue constructif et de ne pas sous-estimer la difficulté d'une association large de ses parties prenantes, même des moins conciliantes. Surtout, si ces parties prenantes sont diverses, elles peuvent logiquement avoir une pluralité d'intérêts. Il est donc important de cadrer les discussions, de s'adapter, et d'en faire un exercice régulier pour qu'il ait un sens pour l'entreprise – l'avocat pouvant utilement y jouer son rôle de médiateur naturel. L'on notera enfin que Sherpa recommande à ce titre de donner des précisions sur la fréquence, les espaces et le mode d'interaction privilégiés : information préalable, entretiens, auditions, consultations, questionnaires ou encore discussion en conseil d'administration¹⁵.

¹¹ G. Jazottes, *Sous-traitance et « relation commerciale établie » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ?* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} juillet 2018, n° 139.

¹² Y. Queinnec et F. Feunteun, *La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} mai 2018, n° 137.

¹³ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018

¹⁴ T. Beau de Lomé et S. Cossart, *Parties prenantes et devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 94.

¹⁵ Sherpa, *Guide de Référence pour les plans de vigilance*, première édition, 2018.

C. Le plan de vigilance couvre-t-il tous les risques visés par la loi sur le devoir de vigilance ?

C'est l'une des principales critiques faites à la loi : les risques concernés sont extrêmement larges et imprécis. D'ailleurs, les premiers plans de vigilance publiés reflètent cette difficulté des entreprises à se saisir de ce périmètre élargi – ils font état de risques relativement classiques, tirés d'une première analyse des activités opérationnelles, dont on peut toutefois penser que les associations ne se suffiront pas.

En effet, les risques visés par le devoir de vigilance relèvent des droits humains et libertés fondamentales, de la santé et sécurité des personnes ainsi que de l'environnement. Or, les travaux préparatoires montrent que, si ces notions larges n'ont pas été précisées, c'est parce qu'elles renvoient aux engagements internationaux de la France, considérés comme suffisamment précis sur le sujet¹⁶. S'il revient donc aux entreprises de définir ces risques au regard d'un corpus constitué de nombreux engagements, l'approche et le texte retenus par elles ne manqueront pas de faire l'objet de débats. Un exemple simple peut être donné : les tests sur les animaux relèvent-ils des risques devant être pris en compte au titre du devoir de vigilance ?

L'entreprise doit ensuite, parmi ces risques, déterminer ceux qui relèvent d'un certain niveau de gravité aux termes de la loi. Certains auteurs ont pu rapprocher cette gravité de la notion d'ordre public international, bien connu des juridictions internationales¹⁷. Ainsi, en matière de droit du travail, l'atteinte grave pourrait concerner la violation directe d'une des huit conventions fondamentales de l'OIT, mais pas, par exemple, de faire respecter effectivement une parité hommes-femmes dans les organes de direction des entreprises¹⁸. Si cette notion n'est pas définie et laisse présager de longs débats, l'on ne peut que recommander aux entreprises de s'appuyer sur les référentiels existants et des

méthodes de cotation précises pour objectiver au maximum ce test de gravité devant le juge. Ainsi, les Principes Directeurs offrent des guides d'interprétation intéressants sur ce point : l'incidence grave se mesure par rapport à sa dimension (impacts, nombre d'individus concernés...), son objectif et son caractère irrémédiable¹⁹.

2. L'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de vigilance conforme aux standards de la loi

Les deux notions qui permettront au juge d'évaluer la conformité du plan de vigilance seront au cœur des débats : le plan doit être établi et mis en œuvre de manière effective et il doit comporter des mesures de vigilance raisonnable.

Ces deux critères renvoient directement au souci du législateur de concilier, d'une part, les attentes des parties prenantes et, d'autre part, les craintes des entreprises de se voir imposer des engagements déconnectés de la réalité.

A. Le plan est-il effectif ?

Le premier niveau concerne donc l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de vigilance, « de manière effective ». Cette précision semble directement adressée aux entreprises qui seraient tentées de faire une déclaration de principes et de bonnes intentions dans leurs rapports de gestion, principalement descriptive, sans que ce plan n'ait de réelle consistance en pratique.

En effet, cette notion d'effectivité est à rattacher directement à l'obligation de communication du plan. L'entreprise devra s'attendre à devoir justifier devant le juge – et en conséquence documenter – la mise en œuvre d'un plan effectif, c'est-à-dire d'un plan appliqué en pratique par les collaborateurs (rapport de visites ou audits, formations, rupture de relations, évaluations de tiers...), sans se contenter de codes de conduite et de clauses contractuelles.

¹⁶ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

¹⁷ P. Mougeolle, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 février 2017, consulté le 11 octobre 2018

[<http://journals.openedition.org/revdh/2970> ; DOI : 10.4000/revdh.2970].

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

Une précision qu'il ne nous semble pas inutile de rappeler au regard de certaines pratiques répandues chez les entreprises, consistant notamment à imposer des engagements éthiques extrêmement détaillés à leur chaîne de valeur, sans se soucier du réalisme ni de l'application en pratique de ces engagements par ses fournisseurs. A titre d'exemple, les associations peuvent attendre des entreprises, pour chaque mesure, de prévoir un calendrier, des objectifs qualitatifs et quantitatifs et des indicateurs permettant de démontrer son effectivité et son efficacité²⁰. L'on peut aussi s'attendre au développement de stratégies judiciaires aux fins de communication de documents clefs ; par exemple en sommant l'entreprise de communiquer certaines pièces, voire en actionnant l'article 145 du Code de procédure civile afin de se les faire communiquer avant tout procès.

Néanmoins, si cette communication devra refléter l'effectivité du plan, elle aura toutefois aussi à tenir compte de la stratégie de l'entreprise quant à ses informations confidentielles. La communication du plan devra en ce sens associer en interne les fonctions juridiques, de RSE et de communication afin de ne pas engager la responsabilité de l'entreprise ni divulguer d'informations protégées. A ce titre, certaines entreprises ont d'ailleurs déjà invoqué leur secret des affaires pour ne pas publier un plan de vigilance détaillé.

B. Le plan est-il raisonnable ?

Le deuxième niveau concerne la mise en place de mesures de vigilance raisonnable. L'appréciation de la notion de « raisonnable » sera tout autant essentielle à la définition du devoir de vigilance : les entreprises ne devraient a priori pas pouvoir être appelées à prévenir des risques ne relevant pas de leur activité ou à mettre en place une politique de risque zéro.

Néanmoins, sur ce sujet sensible, les entreprises peuvent légitimement craindre un manque de sécurité juridique important : la notion de

« raisonnable » pose traditionnellement de nombreuses questions quels que soient les domaines du droit où elle est mobilisée (l'on peut par exemple citer la notion très fluctuante de « délai raisonnable »).

Un parallèle particulièrement intéressant peut être fait avec la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), laquelle définit « l'aménagement raisonnable » comme « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* » (article 4.3.2) . Ainsi, les moyens cessent d'être raisonnables s'ils imposent des charges disproportionnées aux entreprises en fonction d'une situation donnée. Il s'agit donc d'une notion relative : le standard du devoir de vigilance pourra de la même manière varier en fonction du niveau de gravité du risque, de sa nature, de la maturité des entreprises et des outils à leur disposition, dans un contexte, il faut le rappeler, d'obligation de moyens.

A ce titre, certaines associations avancent d'ores et déjà que le caractère raisonnable suppose « *que le niveau maximum possible de ressources techniques humaines et financières soit investi en fonction de la gravité de chaque risque, ce qui correspond également à la notion d'obligation de moyens qui caractérise le devoir de vigilance* »²¹. L'on retiendra pour notre part un standard plus nuancé. En réalité, si les entreprises sont invitées à s'appuyer, ici encore, sur les référentiels existants tels que les guides de l'OCDE²², on ne peut que leur conseiller d'anticiper les débats sur ce point : documenter ses essais et ses échecs, afin d'apporter au débat son expérience pratique et opérationnelle indispensable à la définition de la notion de « vigilance raisonnable ». Cette anticipation est particulièrement importante dès lors que le critère « raisonnable » s'accommodera mal, en tout état de cause, de

²⁰ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapage-min.pdf].

²¹ *Ibid.*

²² B.Parance et E. Groulx, avec la collaboration de V. Chatelin, *Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care* : Journal du Droit International (Clunet), janvier 2018, n°1.

l'absence de prise en considération évidente de certains risques graves expressément visés par la loi.

Comme pour la loi Sapin II, la loi précise certaines des mesures de vigilance devant être mises en œuvre dans le cadre de ce plan. Il s'agit des outils classiques de la RSE : cartographie des risques, procédures d'évaluation des tiers, actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. S'agissant plus particulièrement des procédures d'évaluation, la formulation du texte ne semble toutefois pas imposer une évaluation de chaque fournisseur, sous-traitant, filiale, mais bien de leur situation. Ainsi, des évaluations pourraient utilement être menées, au moins dans un premier temps, par secteur d'activités et zones géographiques afin d'évaluer la situation et les actions pouvant être mises en œuvre en fonction des risques inhérents à certains tiers présentant des situations similaires. Cette démarche, si elle a le mérite de rationaliser utilement les mesures, s'inscrit par ailleurs en cohérence avec la loi qui préconise la mise en œuvre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

L'appréciation du caractère adapté des mesures prises par les entreprises pourra enfin susciter des interrogations, notamment lorsque la loi locale autorise un standard différent de celui qui devrait être mis en place dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance. Il est d'ores et déjà possible de penser que, si une loi locale autorise une pratique, cela ne suffira pas à exonérer l'entreprise de son devoir de vigilance dès lors que cette pratique est porteuse de risques et qu'elle devra le faire figurer sur son plan.

L'appréciation du juge aura nécessairement un retentissement économique fort : va-t-il considérer que l'entreprise doit nécessairement arrêter ses activités dans le pays concerné si elle n'est pas en mesure de prévenir le risque de façon adaptée ? Dans ce sens, plusieurs options sont d'ores et déjà évoquées selon les associations, la première étant effectivement de ne pas conduire d'activités dans le pays, mais aussi de pratiquer une forme de désobéissance pacifique, de recourir aux voies légales et judiciaires pour contester cette norme ou

encore de réaliser un travail d'influence auprès des partenaires commerciaux et autorités locales²³. L'on peut également y ajouter l'octroi de meilleures conditions à ses salariés ou partenaires ou l'interdiction de certaines pratiques dans ses procédures internes.

Conclusion

En définitive, le devoir de vigilance s'accompagne d'une insécurité juridique indéniable, mais les entreprises jouissent en contrepartie d'une réelle liberté dans la définition et la mise en place des mesures prescrites, et plus largement dans la construction de ce nouveau devoir leur incombant.

Aussi, si la loi est aujourd'hui conçue et perçue comme un outil concret pour les parties prenantes de l'entreprise, l'on ne peut que recommander aux entreprises et à leurs avocats de se saisir à leur tour de cet outil sans attendre les premiers contentieux d'ores et déjà prévus par les ONG, afin d'y apporter leurs réponses, solutions et plus largement leur vision d'un référentiel à co-construire.

Dans ce sens, la pratique des affaires incite à ne pas céder à une diabolisation mutuelle entre les acteurs de ce nouveau devoir de vigilance : le dialogue entre les entreprises et leurs parties prenantes s'avère souvent être une vraie valeur ajoutée pour les premières comme pour les deuxièmes et doit se développer avec leurs avocats, tant en dehors que dans les prétoires.

²³ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [<https://www.asso-sherpa.org/wp->

[content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf](https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf)].