

L'instrumentalisation politique du Conseil constitutionnel : le cas de la proposition de loi « devoir de vigilance » des sociétés mères

Après une épopée législative, la loi sur le devoir de vigilance des multinationales¹ risque aujourd'hui un dernier revers : la censure du Conseil constitutionnel.

Sa jurisprudence récente tend en effet à imposer au législateur et donc à la Nation, une conception très libérale de l'entreprise.² Si la nature éminemment politique des décisions constitutionnelles est inévitable, l'exercice d'un tel pouvoir politique devient difficilement acceptable lorsqu'il se substitue complètement à celui du législateur démocratiquement élu pour protéger des intérêts privés sous couvert d'arguments juridiques faussement objectifs.³ A plus forte raison lorsque la position de ce législateur reflète également celle d'une grande majorité de l'opinion publique.

L'opinion publique et le législateur s'étant montrés favorables à cette loi novatrice sur le devoir de vigilance (I), la dissimulation des intérêts privés des organisations patronales semble être fondée sur un raisonnement constitutionnel critiquable (II).

I- L'épopée législative d'une proposition de loi novatrice

A) Le contenu de la loi

- elle instaure dans le code de commerce un **devoir de vigilance** à l'égard des filiales, sous-traitants et fournisseurs avec lesquels la société entretient des relations commerciales établies. Ce devoir de vigilance consiste à **établir, rendre public et mettre en œuvre de façon effective un plan de vigilance**, qui comporte « les **mesures de vigilance raisonnable** propres à **identifier les risques et à prévenir les atteintes graves** envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Il s'agit d'une obligation de moyens.
- elle concerne uniquement les sociétés qui ont leur siège social en France et emploient au moins 5000 salariés et celles qui emploient plus de 10 000 salariés dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.
- la proposition **énumère cinq de ces mesures** : une cartographie circonstanciée des risques, des procédures de suivi des risques dans la chaîne de valeur, des actions de prévention et d'atténuation des risques, des mécanismes d'alerte et des mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre effective ;
- un décret en Conseil d'Etat pourrait compléter ces mesures ; à Sherpa, il nous a semblé en effet important de faire supprimer le recours obligatoire au décret compte tenu du contexte politique et de la probabilité que l'absence de décret serve à « enterrer » la loi.
- elle prévoit une **sanction en cas de défaut de plan de vigilance** et un **régime de responsabilité civile en cas de dommage**. En effet, le juge peut enjoindre aux sociétés défaillantes, y compris sous astreinte, de se conformer à l'obligation de vigilance. Il peut assortir sa décision d'une amende civile pouvant atteindre 10 millions d'euros. En cas de dommage dont la survenance aurait pu être évitée par la mise en place effective d'un plan de vigilance, la responsabilité de la société pourra également être engagée et le juge pourra multiplier par trois le montant de l'amende civile prévue.

- Tous ces éléments sont le fruit d'un compromis que Sherpa et ses partenaires (AI, CCFD, AT, ESE, CFDT, Peoples So, organisations membres du FCRSE) ont obtenu avec le gouvernement. Bien qu'il ne s'agisse pas de la loi que la société civile souhaitait (ni dans son champ d'application, ni dans son régime de responsabilité), il s'agit incontestablement d'un pas historique pour rendre juridiquement responsables les multinationales.

¹ Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>

² Voir notamment, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie » – Jean-Pascal Chazal – D. 2014. 1101 ; voir également, « La fondamentalisation d'un ordre libéral » – Tatiana Sachs – Stéphane Vernac – Rev. trav. 2014. 528. Pour une analyse plus générale de la notion de liberté d'entreprendre, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux » – Véronique Champeil-Desplats – Rev. trav. 2007. 1

³ Là encore, se reporter à l'article de Jean-Pascal Chazal.

- L'**action des lobbys** sur le gouvernement comme auprès des parlementaires a rendu le processus d'adoption de la loi long et pour le moins chaotique⁴. En effet, le texte a suscité une mobilisation d'ampleur des organisations patronales⁵. Des notes de position virulentes et de très nombreuses tribunes ont été publiées dans la presse à propos du texte⁶. Les arguments avancés se retrouvaient immanquablement dans les débats parlementaires, notamment au niveau du Sénat.

- L'adoption finale du texte a eu lieu devant l'Assemblée nationale le 21 février dernier. Mais c'est désormais la menace d'une inconstitutionnalité qui plane sur le texte. La loi a en effet fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, reprise d'une même voix par les représentants des entreprises.

B) Le dernier obstacle de la loi : le contrôle du Conseil constitutionnel

- Les dix membres du Conseil constitutionnel (son président Laurent FABIUS, Valéry GISCARD D'ESTAING, Michel CHARASSE, Claire BAZY MALAURIE, Nicole MAESTRACCI, Nicole BELLOUBET, Lionel JOSPIN, Jean-Jacques HYEST, Michel PINAULT et Corinne LUQUIENS) auront à se prononcer sur la conformité à la constitution de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Le Conseil constitutionnel pourra juger que la loi est en partie ou intégralement inconstitutionnelle ou, juger que cette dernière est conforme à la constitution.

- Le Conseil constitutionnel a été saisi le 23 février par 60 députés et 60 sénateurs avant la promulgation de la loi, alors même qu'une seule saisine aurait permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité du texte à la Constitution, ce qui démontre une fois de plus l'ampleur de l'opposition à ce texte. Le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai d'un mois. L'instruction des affaires est confiée à un membre du Conseil, désigné comme rapporteur par le président du Conseil constitutionnel. La nomination du rapporteur est importante car ce dernier oriente les débats sur la conformité à la Constitution du texte déféré. Par exemple, la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Loi Sapin II ») avait entraîné une censure du dispositif de reporting « pays par pays », jugée contraire à la liberté d'entreprendre.⁷

- La procédure est contradictoire et écrite et le Conseil ne siège et ne juge qu'en formation plénière. Ses décisions et avis sont rendus par sept conseillers au moins (règle de quorum). En cas de partage, la voix du président est prépondérante. Il n'y a pas d'opinion dissidente possible, la décision est présentée comme étant celle de l'entièreté de ses membres. Contrairement aux audiences, les délibérés et votes ne sont pas publics.

- Cependant, les procédures devant le Conseil constitutionnel demeurent opaques. Ainsi, la « porte étroite » ne peut s'apparenter à une procédure classique d'*amicus curiae*, puisqu'une telle procédure n'est pas prévue par le règlement du Conseil constitutionnel. Il s'agit d'une procédure informelle et la prise en compte de la « porte étroite » n'est pas garantie. De plus, l'identité du rapporteur n'est jamais rendue public tout comme les voix minoritaires des sages. Ces lacunes de procédures tendent à faire du Conseil constitutionnel un organe politique et non juridique. Cette critique est d'ailleurs illustrée par sa composition, puisque la nomination de ses membres est souvent le fruit de considérations politiques plus que juridiques.

⁴ Voir par exemple la motion préjudicielle déposée par les Sénateurs les Républicains, http://www.senat.fr/amendements/commissions/2014-2015/376/Amdt_COM-4.html

⁵ Voir Fanny Roux, *Devoir de vigilance : récit du lobbying autour de la loi*, 01 avril 2015, Contexte, accessible en ligne https://www.contexte.com/article/pouvoirs/loi-sur-le-devoir-de-vigilance-retour-sur-le-lobbying-autour-du-texte_27997.html

⁶ Pour le MEDEF, ces quatre articles de loi sont rien de moins qu'une « menace » pour notre économie. « Une telle initiative va totalement à l'encontre de l'ensemble des discours du gouvernement en faveur de la compétitivité et de l'attractivité de notre territoire et concernera toutes nos entreprises (...) les sociétés mères ou donneuses d'ordre répercuteront nécessairement ces nouvelles obligations sur leurs fournisseurs et/ou sous-traitants (...) cette politique économique faite de zigs et de zags permanents nuit à la confiance des chefs d'entreprise, élément essentiel du redressement de la France. ». Voir, MEDEF, *Devoir de vigilance : une loi inefficace qui menace notre économie*, 01 Décembre 2016, <http://www.medef.com/medef-tv/actualites/detail/article/devoir-de-vigilance-une-loi-inefficace-qui-menace-notre-economie.html>. Voir également, MEDEF, *La PPL « devoir de vigilance » a été adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale*, 6 avril 2015, <http://www.medef.com/medef-tv/actualites/detail/article/la-ppl-devoir-de-vigilance-a-ete-adoptee-en-premiere-lecture-a-lassemblee-nationale.html> ; voir aussi, la CCI Paris Ile de France, *Proposition de loi instaurant une obligation de vigilance à l'encontre de certaines sociétés*, Rapport, 29 juin 2015 <http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/droit-entreprise/obligation-de-vigilance-etudes>. Voir enfin, pour l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP), *Proposition de loi sur la responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, Communiqué de presse, 31 mars 2015 <http://www.afep.com/uploads/medias/documents/Communique%20de%20presse%20PPL%20sur%20la%20responsabilite%20des%20soci%C3%A9tes%20meres%20et%20entreprises%20donneuses%20dordre.pdf>

⁷ Voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-148310.pdf>

II- L'instrumentalisation du raisonnement constitutionnel contre la proposition de loi devoir de vigilance.

Les critiques des parlementaires, qui portent sur des aspects aussi bien formels (A) que substantiels (B) manquent néanmoins de fondements juridiques solides.

A) Critiques des sénateurs et des députés sur les aspects formels de la loi

- Selon les parlementaires, dans sa rédaction la loi **ne contiendrait pas moins de neufs expressions et termes imprécis ou ambigus**. Elle méconnaîtrait ainsi l'**objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ainsi que le principe de légalité criminelle** qui exige lui aussi une rédaction claire de la loi pour assurer la sécurité juridique des personnes visées.

- Les imprécisions concerneraient en particulier les notions d'effectivité de la mise en œuvre du plan, la notion de droits humains, le champ des fournisseurs et sous-traitants concernés, la mise en demeure, le terme parties prenantes, les délais d'application et dispositions transitoires, ou encore du régime de responsabilité et l'amende civile prévue par le texte.

- Pourtant, les exigences de clarté et d'intelligibilité de la loi sont **pleinement satisfaites lorsque les termes utilisés sont d'ores et présents ailleurs dans le droit positif et régulièrement utilisés par les juges**. Or en l'espèce, c'est le cas de chacune des notions ainsi critiquées par les parlementaires. Leur critique sur ce point n'est donc **pas fondée en fait**.

B) Critiques des députés et des sénateurs sur le fond de la loi

1. La responsabilité : d'après les parlementaires, le dispositif de responsabilité mis en place par le texte méconnaîtrait l'exigence du caractère personnel de la responsabilité, l'interdiction faite au législateur d'établir des présomptions irréfragables de responsabilité ainsi que l'interdiction des actions en responsabilité pour des tiers. Les sénateurs et députés estiment en effet que le texte créerait, en cas de dommage au sein des filiales ou de la chaîne d'approvisionnement, une responsabilité automatique du fait d'autrui, c'est-à-dire de la société mère pour les agissements d'une société distincte (société filiale ou sous-traitant ou fournisseur). Ils estiment également que les associations qui ont présidé à la rédaction du texte ont essayé de formuler l'intérêt à agir dans un sens leur permettant de déclencher des procédures en responsabilité en nom et place des victimes directes de dommages.

Ces arguments relèvent néanmoins d'une lecture politique et non juridique du texte. Ils constituent un procès d'intentions envers les ONG de la coalition plutôt qu'un raisonnement fondé en droit. En effet, il ressort clairement du texte que c'est le manquement à l'obligation incombant à la société mère et à elle seule (établir, mettre en œuvre et publier un Plan de vigilance) qui permettrait d'établir sa responsabilité en cas de dommage. Si elle a respecté ses obligations, sa responsabilité ne sera pas engagée du fait de la filiale.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de préciser dans sa décision du 22 janvier 2016⁸, que l'article L. 4231-1 du Code du travail, qui impose lui aussi des obligations aux maîtres d'ouvrages et donneurs d'ordre à l'égard de leurs cocontractants ou sous-traitants, est bien conforme au principe de responsabilité. En outre s'agissant d'une obligation de moyens et non de résultat, la responsabilité de la société mère ne sera engagée que si le respect de ses obligations aurait permis d'éviter le dommage : il est donc évident que la responsabilité ne sera pas automatique et qu'elle nécessitera, comme toujours en droit civil, la démonstration d'un lien de causalité entre le dommage et le défaut de vigilance de la société mère.

Enfin le texte de loi ne prévoit aucunement une action de groupe ou une action de substitution. L'exigence de l'intérêt à agir se trouve formulée simplement et précisément comme l'article 31 du code de procédure civile français qui prévoit les conditions subjectives d'accès au juge civil.

2. Principe d'égalité : le texte y contreviendrait en **imposant des obligations uniquement à certaines sociétés, à l'égard de certains fournisseurs et sous-traitants et en faisant varier le montant de l'amende civile** selon que le juge relève une absence de plan ou la réalisation d'un dommage dont la société serait responsable.

Néanmoins, **un traitement différent de situations différentes ne constitue pas, juridiquement, une rupture d'égalité**. En effet, la discrimination est comprise en droit, soit comme le traitement différent imposé à des situations pourtant identiques ou bien le traitement identique de fait différentes. Ainsi, faire varier les obligations et les sanctions en fonctions des sociétés, des relations commerciales et des manquements considérés, ne constitue pas une rupture d'égalité puisque les situations visées ne sont pas identiques.

⁸ Décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016

3. Les principes de légalité et de proportionnalité des peines : les parlementaires soutiennent que les dispositions de la loi relatives aux amendes civiles méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et le principe de nécessité des peines. Cependant, la loi déferée fixe un plafond correspondant au montant maximum de l'amende civile susceptible d'être infligée dans deux séries d'hypothèses. La première hypothèse correspond à l'obligation d'établir un plan de vigilance et de le mettre en œuvre. Un manquement à cette obligation est punissable par une amende dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. La seconde hypothèse correspond à la réparation du préjudice que cette obligation auraient permis d'éviter et le montant de l'amende ne peut alors être supérieur à 30 millions d'euros.

En fixant ce montant maximum, le quantum de l'amende encourue ne s'expose pas au grief d'imprécision et l'exigence de proportionnalité de la peine est remplie dès lors que l'amende est suffisamment dissuasive pour remplir la fonction de prévention assignée à la sanction. La loi est dans une parfaite cohérence avec son objectif qui consiste à rendre les entreprises et groupes importants vigilants quant aux risques que leurs activités font courir aux droits humains.

4. Principe de la liberté d'entreprendre: le texte y porterait atteinte en imposant la révélation d'informations pouvant porter atteinte au secret des affaires. Il y porterait également atteinte en organisant une ingérence importante des sociétés mères dans les activités des sociétés avec lesquelles elles entretiennent des relations commerciales établies. La liberté d'entreprendre, érigée au rang de norme constitutionnelle depuis 1982 par le Conseil constitutionnel, connaît actuellement la faveur de ses membres.

Néanmoins, la liberté d'entreprendre doit être **conciliée avec toutes les autres libertés et peut faire l'objet de limitations sous réserve de proportionnalité quant à l'objectif poursuivi**. A plus forte raison lorsque l'objectif en question relève de la protection d'exigences constitutionnelles ou de l'intérêt général, comme les droits humains⁹. Le conseil a rappelé en effet que le législateur pouvait apporter des limites à cette liberté d'entreprendre¹⁰.

L'objectif poursuivi par l'instauration d'un devoir de vigilance est de prévenir, autant que possible, « 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 économiques au sein des chaînes de valeur. Le plan de vigilance se présente dès lors comme un instrument de garantie effective de droits fondamentaux, constitutionnellement protégés. En effet, la valeur constitutionnelle « **des droits humains** » et des « **libertés fondamentales** » est consacrée par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution consacrant un droit à la santé et à la sécurité. Enfin, depuis la révision constitutionnelle du 1er mars 2005, la Charte de l'environnement fait également partie du bloc de constitutionnalité et consacre dans son article 1^{er} le « **droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé** ».

Ainsi, l'exigence de mise en œuvre d'un plan de vigilance aussi bien que sa publicité constitue des restrictions à la liberté d'entreprendre qui sont proportionnées. Le caractère mesuré du dispositif est d'autant plus net quand il est rapporté aux objectifs poursuivis par le législateur.

⁹ Décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001

¹⁰ Décision n°2013-682 DC du 19 décembre 2013