

Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance



SANDRA COSSART

Directrice Générale, Sherpa

TIPHAINE BEAU DE LOMÉNIÉ

Juriste Globalisation et Droits humain,
Sherpa

ANTOINE LUBRANI

Étudiant à l'école de Droit de Sciences Po

Vilipendée par les milieux d'affaire, amputée par les sénateurs avant son adoption définitive par l'Assemblée nationale et partiellement censurée par le Conseil constitutionnel, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹ a vécu un long chemin de croix² avant son entrée en vigueur en mars 2017.

Toujours est-il que la responsabilité de certaines sociétés peut désormais être engagée pour tout manquement aux exigences du nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce, synonyme pour certains d'un "durcissement" de la RSE. En effet, il impose aux sociétés concernées l'établissement, la mise en œuvre effective et la publication de mesures de vigilances raisonnables, propres à identifier et prévenir les risques et atteintes graves aux droits humains et à l'environnement dans leur chaîne de valeur. Ces mesures sont formalisées dans un plan de vigilance (le Plan ou Plan de Vigilance). Ces

éléments rappellent la "diligence raisonnable" définie dans les référentiels de droit souple tels que les Principes Directeurs de l'OCDE et de l'ONU. La loi les sédentarise dans le droit positif. Tout manquement à ces obligations peut faire l'objet d'une injonction de faire de la part du juge et en cas de dommage, de poursuites sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil.

Certains auteurs s'accordent à voir dans la loi sur le devoir de vigilance une nouvelle preuve, s'il en fallait, de l'importance grandissante de la "compliance" dans le droit français. La loi devoir de vigilance marquerait selon eux le renouvellement de notre paysage législatif, s'inscrivant dans un phénomène de *compliance* "qui [la] précède et [la] dépasse", phénomène qui verrait donc "son importance renforcée à la lumière de ces nouveaux textes"³.

Le terme *compliance* est polysémique et les débats sémantiques sur sa traduction révèlent bien la

¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

² Voir C. Monnet, *Il était une fois une Loi*, Chronique d'Amnesty International France, 20 Septembre 2017, <https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/entreprises-il-etait-une-fois-une-loi> ; Voir également notamment les interventions de M. Gilles Lurton lors de l'examen du texte en première lecture à l'Assemblée Nationale ou celle de M. Lionel Tardy lors de l'examen du texte en nouvelle lecture à l'Assemblée Nationale après l'échec de la Commission Mixte Paritaire ; certains parlementaires s'étaient fait l'écho des réticences des grandes entreprises décrivant la loi en ces termes : "Nouvelle épée de Damoclès", "distorsion de

concurrence", "atteinte à la compétitivité", "vision culpabilisatrice et punitive".

³ S. Schiller, "La compliance extra-financière les risques de contradictions de domaines d'application", in N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda, (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 55.

⁴ X. Boucobza et Y.M Serinet, *Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance*, Recueil Dalloz, 2017, p. 1619.

⁵ *Idem*

⁶ E. Daoud et G. Peronne, *Loi Sapin 2, Loi Vigilance et RGPD, Pour une approche décloisonnée de la compliance*, Dalloz IP/IT, Numéro 11, Novembre 2017, p. 1

difficulté du monde juridique continental à appréhender ce qu'il recouvre. Les images qu'elle suscite, d'"auberge espagnole"⁷ ou de "bric à brac"⁸, soulignent son caractère flou et élastique. "Conformité" est fréquemment choisi, mais la traduction est sujette à controverse. Le terme conformité induit l'idée d'une obligation qui s'impose à tout sujet de droit, celle de se soumettre aux réglementations en vigueur, et qui s'inscrit dans un cadre normatif et sociétal représenté par l'apophtegme "Nul n'est censé ignorer la loi".

Deux caractéristiques de la *compliance* méritent cependant d'être mises en avant : le caractère *ex-ante* de l'obligation d'une part, sa visée auto-régulatrice d'autre part. *Ex-ante* car ces nouvelles règles de *compliance* visent à réguler en amont tout risque ou dommage. Les règles de droit dites "de *compliance*" s'intéressent avant tout à la dimension préventive⁹. La dimension punitive existe, mais elle sanctionne en amont bien plus qu'elle ne répare en aval. La *compliance* repose par ailleurs sur l'auto-régulation car elle se concentre sur les processus mis en place en interne à chaque organisation pour respecter ces règles. "La *compliance* s'affirme comme un ensemble de stratégies internes (...) au sein de la structure de l'entreprise"¹⁰. La *compliance*, "indissociable de la gouvernance"¹¹ est le reflet d'une "logique organisationnelle" et relève de ce fait aussi bien de la science de gestion que du droit¹².

La loi devoir de vigilance est en partie construite sur ces deux socles que sont la prévention et l'attention portée aux stratégies internes. La vigilance, définie comme la somme des efforts que l'entreprise doit mettre en œuvre pour empêcher l'occurrence d'un dommage, est consubstantiellement préventive, mais elle ne suffit à elle-seule à attirer la loi devoir de vigilance dans le giron de la *compliance*. En effet, comme nous venons de le rappeler, la loi devoir de vigilance comprend une dimension réparatrice tout aussi centrale, par le renvoi explicite aux articles fondateurs de la responsabilité civile.

Ainsi, bien que le Plan de Vigilance présente quelques traits caractéristiques de la *compliance*, il serait néanmoins erroné de le réduire à cette technique. En effet, les travaux parlementaires autour de la loi devoir de vigilance comme sa rédaction l'en éloignent (1). L'insertion de cette nouvelle obligation de vigilance dans un régime de responsabilité de droit commun répond quant à elle à une logique qui diffère grandement de celle des programmes de *compliance* (2).

1. Le Contenu de l'obligation de vigilance : la vaine tentative de la *compliance*

Le Plan requis par le devoir de vigilance s'inscrit dans la culture de la *compliance* développée par l'entreprise (A) mais le contenu et la portée du devoir de vigilance ne se limitent pas à cet exercice documentaire (B).

A. Le Plan de Vigilance

C'est l'introduction d'une obligation d'information et de procédures déterminées, par le biais du Plan de Vigilance, qui constitue la prétendue porte d'entrée du devoir de vigilance dans la *compliance*.

Le nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce prévoit en effet l'établissement, la mise en œuvre et la publication par les sociétés débitrices de l'obligation d'un Plan de Vigilance, dont l'objectif est d'identifier et de prévenir les risques d'atteintes aux droits humains et à l'environnement. Le Plan formalise l'obligation de vigilance raisonnable en la figeant apparemment en cinq mesures, "faisant écho aux démarches dites de *compliance*"¹³.

A travers ce Plan, le législateur contraint l'entreprise à adapter son fonctionnement interne. La logique organisationnelle transparaît alors : est mise en place une méthode précise que l'entreprise doit s'approprier si elle veut être "en conformité" avec la législation. L'entreprise est guidée dans sa démarche par le *modus operandi* fourni par le texte de loi. Analysé à l'aune de ce phénomène, le Plan de Vigilance devient un "programme de conformité"¹⁴

⁷ M.-A. Frison-Roche, *Le Droit de la Compliance*, Working Paper, 2016. <http://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance/>

⁸ M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après" in N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda (dir.), *op.cit.*, p. 25.

⁹ Or, "la "responsabilité *ex-ante*", c'est justement le droit de la *compliance*" M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation*, Recueil Dalloz 2018, p.1561.

¹⁰ A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 254.

¹¹ M.-A. Frison-Roche, "Compliance", *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, <http://mafr.fr/fr/article/compliance/>

¹² A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 254.

¹³ T. Sachs, *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation*, Revue du droit du travail, 2017, p. 380.

¹⁴ X. Boucobza et Y.M Serinet, *op.cit.*

dont l'objectif est de "contraindre les sociétés importantes à s'inscrire dans une démarche coordonnée (...) de *compliance*"¹⁵.

La première mesure listée dans le Plan, la cartographie des risques, est elle-même une référence expresse à la méthode caractéristique de la *compliance*, qui favorise "une approche par le risque"¹⁶. La publication dudit Plan démontre aux parties extérieures à l'organisation que l'entreprise, transparente, a bien mis en place un processus visant à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement. La production de documents spécifiques, ici le Plan lui-même, apparaît symptomatique d'un "droit de la *compliance*"¹⁷.

C'est l'introduction de cet aspect plus "documentaire" de l'obligation qui a poussé certains auteurs à rapprocher parfois la loi devoir de vigilance d'autres obligations de *compliance* adoptées à la même période, à l'instar de la loi Sapin II. Il est vrai que l'article 17 de la loi Sapin II sur les obligations des sociétés couvertes présente une terminologie quasiment identique à celle de la loi sur le devoir de vigilance.

Néanmoins, en restreignant le devoir de vigilance à des procédures internes de vigilance, il est à craindre que le changement de comportement visé soit remplacé par une approche symbolique de "tick-boxing" des procédures exigées sans que celles-ci induisent un véritable changement de paradigme dans l'approche des droits humains. "Cette liste limitative pourrait alors borner l'avancée considérable du devoir de vigilance à une obligation de *reporting* améliorée"¹⁸.

La vigilance, censée servir de "nouveau contour au standard de l'entreprise citoyenne raisonnable et responsable" pourrait, lorsqu'elle devient *reporting*, être utilisée par les entreprises pour se pré-constituer une défense de bonne foi¹⁹.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ E. Daoud et G. Peronne, *op.cit*

¹⁷ E. Daoud et H. Partouche, *Loi Sapin II, RGPD et loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance*, Revue LAMY Droit des Affaires, Avril 2018, p. 30.

¹⁸ S. Cossart et M.-L. Guislain, *Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable, Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques*, Revue LAMY Droit des Affaires, Mai 2015, p. 77.

¹⁹ H. Muir Watt, *Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017*, Revue

Ce danger n'est pas réductible à la loi devoir de vigilance, il guette toutes les obligations marquées par le sceau de la *compliance*. Car si la législation impose seulement une production documentaire certifiant la mise en conformité, l'entreprise soumise à ces obligations pourra limiter ses nouvelles pratiques au simple *reporting* avant de se reposer sur celui-ci, ne répondant aux exigences posées par la loi qu'"en façade seulement"²⁰. La démonstration de la prise en compte des obligations se cantonnera-t-elle à la remise du rapport de la mise en œuvre que devront faire les entreprises annuellement, "du type de ses rapports de développement durable ?"²¹

Les mêmes reproches ont par exemple été adressés au "*Modern Slavery Act*", législation britannique sur l'esclavage moderne. Ont déjà été soulignés les "risques [qui] existent quant à l'application du Modern Slavery Act et autres lois imposant des obligations similaires. Au lieu de mettre en place des processus de diligence raisonnable substantiels et complets, [ces législations] risquent de contribuer au développement d'une forme de transparence centrée uniquement sur la *compliance* et le *reporting*"²².

Praticiens du droit, nous mesurons à quel point cette production documentaire peut servir le propos des entreprises, quand bien même celui-ci ne serait basé sur aucun fait tangible, notamment à des fins de "greenwashing"²³.

Cette dérive des obligations dites "de *compliance*" vers le *reporting* porte atteinte à l'effectivité des lois qui les imposent. Par ailleurs, la conformité de façade garantit l'immunité des multinationales, alors que la loi sur le devoir de vigilance vise précisément à y mettre fin.

B. Au-delà du Plan, une obligation de comportement vigilant

Inscrire l'obligation de vigilance dans la lignée des obligations de *compliance*, ou pire, de *reporting*, va à

Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°4, Décembre 2017.

²⁰ A. Gaudemet, *op.cit*, p. 254.

²¹ S. Cossart et M.-L. Guislain, *op.cit*, p. 77.

²² Traduction libre, O. Martin-Ortega, "Due Diligence, Reporting and Transparency in Supply Chains, The United Kingdom Modern Slavery Act" in Angelica Bonfanti (dir.), *Business and Human Rights in Europe*, p. 120.

²³ Un phénomène que des organisations comme Sherpa tentent d'appréhender et de contraindre par le recours à la notion de pratiques commerciales trompeuses, voir l'affaire Samsung ou le cas Auchan.

l'encontre de l'esprit de la loi. L'objectif que poursuit le texte va au-delà d'une simple altération de l'organisation interne de l'entreprise ou d'une amélioration cosmétique de la transparence. L'obligation d'information et de transparence liées à la publication du Plan ne forment en effet qu'un simple aspect de l'obligation de vigilance, qui repose avant tout sur l'établissement et la mise en œuvre effective de mesures de vigilance raisonnables.

Les travaux parlementaires, mais également le phrasé de la disposition, mettent en exergue la volonté du législateur d'aller au-delà de la vigilance comme un exercice de *reporting* de façade.

La notion d'effectivité marque cette volonté d'extension du domaine de la vigilance. «Le texte dissuade la rédaction de Plans de Vigilance à vocation cosmétique en exigeant leur mise en œuvre effective»²⁴. Cette terminologie se démarque de celle de la loi 2016 dite « Sapin 2 », qui ne prévoit qu'une "mise en œuvre" des mesures et procédures, et non pas leur mise en œuvre effective et efficace²⁵.

Au contraire, la réalisation du devoir de vigilance "ne s'achève pas [elle] dans l'élaboration formelle d'un Plan de Vigilance conforme"²⁶, ce qui l'aurait autrement vidé de sa substance. Elle exige ainsi la **mise en œuvre de mesures "effectives"**. Si l'obligation est certes de moyens, elle est cependant largement renforcée par l'attente de moyens tendant tout de même vers un résultat concret et mesurable de prévention et de réduction des risques et atteintes graves aux droits humains et à l'environnement. Il ne suffit pas que la mesure soit mise en œuvre, encore faut-il qu'elle produise les effets recherchés²⁷.

La loi sur le devoir de vigilance n'a par ailleurs jamais été envisagée comme une réglementation "de *compliance*" au cours des débats parlementaires. Elle s'est inscrite, dès le départ, dans le prolongement des évolutions relatives au régime de responsabilité. La première version déposée par les

parlementaires en 2013 était construite autour d'une obligation générale de vigilance permettant de rechercher la responsabilité des sociétés mères, y compris au pénal²⁸. Le terme de "plan de vigilance" n'a été inclus que dans les premières versions de la seconde proposition de loi déposée en 2015 et ce n'est qu'au bout du troisième passage à l'Assemblée Nationale, après deux navettes parlementaires et l'échec d'une commission mixte paritaire que son contenu a été détaillé. L'objectif de cet ajout était alors d'éviter une censure constitutionnelle de l'amende civile prévue initialement au dernier alinéa de l'article 1²⁹, censure qu'a malgré tout actée le Conseil constitutionnel.

Ce Plan de Vigilance initial devait simplement contenir "les mesures raisonnables destinées à prévenir des atteintes aux droits de l'homme, à l'environnement et à la santé publique, ainsi que les pratiques de corruption". Le texte final reprend cette terminologie et y ajoute la liste des procédures à mettre en œuvre. Cette liste constitue un socle général, mais le défaut de vigilance devrait pouvoir être caractérisé, même si ces procédures ont été mentionnées sur le papier, pour respecter l'esprit de la loi et l'objectif poursuivi par le texte.

Les mesures énoncées par la loi ne sont d'ailleurs ni limitatives ni exclusives. **C'est à l'aune de l'obligation générale de moyens ("les mesures raisonnables") que le juge devra déterminer si l'entreprise a été vigilante**, et non pas simplement en reprenant à la lettre les cinq mesures présumées du Plan de Vigilance. Cet en-tête permet d'"élargir par une interprétation souple la portée du devoir de vigilance"³⁰ et on devrait y voir le "chapeau" de l'obligation.

2. Les conséquences d'un défaut de vigilance : d'une logique punitive à une logique réparatrice

A la logique de prévention et de sensibilisation qui peut caractériser la *compliance* (A) se greffe dans la

²⁴ N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Acte II, scène 1*, Recueil Dalloz n°18, Mai 2015, p. 1052.

²⁵ La loi requiert la mise en œuvre "de manière effective" des mesures ainsi que le suivi et l'évaluation "de leur efficacité".

²⁶ T. Sachs, *op.cit*

²⁷ Sherpa, Guide de Référence pour les Plans de Vigilance, <https://www.asso-sherpa.org/publication-guide-de-reference-plans-de-vigilance>

²⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp>

²⁹ Qui disposait que « Le juge peut condamner la société au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. Le juge fixe le montant de cette amende en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur. L'amende ne constitue pas une charge déductible du résultat fiscal. »

³⁰ 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*, Recueil Dalloz 2017 n°28, p. 1610.

loi devoir de vigilance une logique réactive, et réparatrice qui se manifeste par l'inscription de cette nouvelle obligation dans le régime de responsabilité de droit commun (B).

A. Une insuffisante sanction de la non-conformité

La philosophie de la *compliance* consiste à modeler à la marge le processus interne de l'entreprise en espérant que celui-ci aboutisse à la fin désirée. En agissant sur la logique organisationnelle de l'entreprise, le législateur cherche à faire intégrer à l'entité visée le respect des droits par un *modus operandi* précis. La *compliance* fait un pari : exiger la production d'un ensemble précis de documents qui montrent que l'entreprise se structure pour prévenir ses risques en espérant que cette production de documents provoque réellement la gestion des risques³¹.

Or, les lacunes pratiques d'un tel raisonnement ont déjà été documentées. Rien n'indique que cette chaîne de causalité imaginée par le législateur ne s'arrête pas aussitôt le Plan de Vigilance publié, "simple contrainte documentaire"³² sans lendemain. "Il ne suffit pas d'appliquer les textes, il faut encore que l'entreprise concrétise le but pour lequel le texte a été adopté, par exemple qu'elle contribue effectivement à la lutte contre le blanchiment d'argent"³³.

A l'adage "tu ne tueras pas", on substitue l'injonction : "tu produiras des rapports documentant ta prise en compte stratégique du risque juridique de tuer". La sanction existe, mais elle ne réprime dans la *compliance* que le manquement à la production documentaire. La contrainte qui pèse sur les entreprises est d'une nature toute autre que la réparation du dommage causé.

Les démarches de *compliance*, parce qu'elles ne se suffisent à elles-mêmes, doivent s'accompagner d'autres mécanismes de sanction qui viennent punir les comportements fautifs et réparer le dommage.

L'affaire UBS est révélatrice de cet état de fait : en 2012, la filiale française s'est vu infliger une sanction de 10 millions d'euros pour avoir tardé dans "la mise en place des procédures d'encadrement et de contrôle nécessaires pour remédier à [un] risque

de non-conformité de son activité transfrontalière"³⁴ et pour défaut de contrôle des conditions d'habilitation de ses propres chargés de clientèle. Mais c'est sous la menace du droit pénal et de la responsabilité civile que la banque risque aujourd'hui 15 millions d'euros d'amende pour complicité de blanchiment de fraude fiscale et plus d'un milliard d'euros de dommages et intérêts. La *compliance* doit se superposer à un régime de répression préexistant. Certaines entreprises sont à la fois "responsables d'avoir enfreint les règles qui s'appliquaient à elles", mais également, et c'est là qu'intervient la *compliance* "de ne pas avoir mis en place un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles"³⁵.

L'amende punitive préventive de la *compliance* n'est corrélée à aucun dommage avéré. Elle punit le risque qu'a pris l'entreprise en ne mettant pas en place, ou pas correctement, un programme de *compliance*. Mais le montant de celles-ci doit s'avérer suffisamment dissuasif pour que l'entité visée soit incitée à se plier aux exigences de conformité.

L'amende civile de dix millions d'euros, prévue par le texte adopté par les députés, s'inscrivait pleinement dans cette logique dissuasive, mais a été déclarée non conforme au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. La suppression de ce mécanisme dissuasif de sanction en amont, révélatrice d'un choix sans doute plus politique que juridique, éloigne de l'esprit de la *compliance* les dispositions actuelles de la loi sur le devoir de vigilance, déjà singulièrement isolées par la mise en place d'un régime de responsabilité.

B. La loi devoir de vigilance : une logique réparatrice

Réduire la loi sur le devoir de vigilance à sa dimension de "*compliance*", c'est aussi occulter le fait que la finalité première de cette législation est de permettre l'engagement de la responsabilité de la maison-mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre vis-à-vis des activités du groupe et de ses relations commerciales en France comme à l'étranger.

³¹E. Daoud et H. Partouche, *op.cit*

³²P.-L. Perin, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, RTDCom, Avril-juin 2015, p. 221.

³³M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après", *op.cit*, p. 27.

³⁴ Communiqué de presse de l'ACP, le 26 juin 2013.

³⁵ <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20130626-cp-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>

³⁶ A. Gaudemet, *op.cit*

Par le biais de son article 2, la loi sur le devoir de vigilance étend la responsabilité des entreprises multinationales. Cet article introduit dans le Code de commerce un article L. 225-102-5 qui confirme la possibilité d'engager la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre défaillante dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil.

Les victimes de violations des droits humains ou d'atteintes à l'environnement commises par des entités contrôlées ou en relation commerciale établie avec une société débitrice de l'obligation de vigilance disposent dorénavant d'une voie de droit leur permettant d'obtenir réparation, quand bien même ces dommages surviendraient à l'étranger. A travers l'**emprise extraterritoriale du champ de la vigilance**, c'est la **reconnaissance tacite de la notion de groupe de société** qui s'esquisse et qui constitue une avancée dans un droit longtemps limité par la construction juridique éculée de l'autonomie des personnes morales, contribuant "à instituer juridiquement le pouvoir que certaines sociétés exercent sur d'autres entités économiques."³⁶

La filiation directe du texte voté à l'Assemblée en février 2017 avec la proposition de loi de 2013, qui prévoyait un régime de responsabilité plus ambitieux encore, est bien la preuve que le mécanisme de responsabilité civile a été conçu comme central à l'agencement du système, et pas uniquement comme son appendice. **Lors de la première séance publique d'examen de la loi, le rapporteur du texte, Dominique Potier, rappelait que "le principe de cette loi (...) est celui de la responsabilité"**³⁷. Cette responsabilité a d'ailleurs constitué le point d'achoppement des discussions parlementaires, les sénateurs tentant à plusieurs reprises de supprimer cette disposition.

Ainsi, les manquements relatifs aux formalités administratives de publication mais surtout et avant tout les manquements à la mise en œuvre effective constituent une faute, qui permet d'engager la responsabilité de son auteur dans les conditions prévues par le droit commun de la responsabilité,

nommément la survenance d'un dommage et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Ces manquements ne peuvent être assimilés à de simples omissions de déclaration uniquement sanctionnables par une amende pécuniaire déterminée par le juge.

La différence avec la loi Sapin II, intégrée au corpus normatif de la *compliance*, est frappante. L'amende civile prévue par son article 17, d'un maximum d'un million d'euros, ne sanctionne que la non-conformité interne destinée à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence et pas l'infraction en tant que tel. Dans un cas, la sanction n'est déclenchée qu'*ex-ante*, nonobstant le dommage (ou l'infraction) qui découle du manquement ; dans l'autre, la réparation ne peut intervenir qu'*ex-post*, uniquement si le manquement se rattache au dommage.

Les victimes et les associations ont un rôle primordial à jouer dans les mécanismes de réparation instaurés par la loi, alors que ces mêmes acteurs sont mis à l'écart dans les systèmes de *compliance*, qui ne font intervenir que le juge, l'entreprise et le régulateur³⁸, (par exemple l'ACPR pour le secteur bancaire, l'AFA pour les faits de corruption). "Cette internationalisation du Droit de la Régulation dans les entreprises implique que les Autorités publiques supervisent désormais celles-ci"³⁹. Rien de tel dans la loi devoir de vigilance, qui a abandonné l'idée d'une supervision par un organisme tutélaire⁴⁰ et reste dans une logique classique de responsabilité civile, où le demandeur fait face à l'auteur fautif.

La loi sur le devoir de vigilance n'accorde ainsi pas la même vertu pédagogique à la sanction que la *compliance*.

Certes, la loi "accompagne l'émergence positive de nouveaux comportements"⁴¹, mais surtout elle répare les dommages causés par des acteurs privés. **L'exigence de justice prend le pas sur l'exigence de conformité**. Si le propre des normes de *compliance* est de "privilégier la prévention à la réaction"⁴², il est certain que la loi sur le devoir de

³⁶ T. Sachs, *op.cit*

³⁷ V. l'intervention du rapporteur Dominique Potier lors de la présentation du texte lors de la 1ère séance du 30 mars 2015 à l'Assemblée Nationale.

³⁸ Pour reprendre le titre de l'ouvrage de N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda, (dir.), *op.cit*

³⁹ M.-A. Frison-Roche, "Compliance", *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, *op.cit*

⁴⁰ Discussions de travail entre la société civile et le rapporteur et les ministères concernés

⁴¹ X. Boucobza et Y.M Serinet, *op.cit*

⁴² *Idem*

vigilance ne recoupe pas vraiment le champ des obligations de conformité.

Conclusion

Malgré le flou qui entoure la notion de *compliance*, la doctrine a mis en évidence certaines de ses caractéristiques. Si certains auteurs continuent de vouloir intégrer la loi devoir de vigilance dans le champ de la *compliance*, force est de constater qu'elle diffère largement de l'esprit qui sous-tend habituellement ces mécanismes.

L'émergence de la *compliance* doit être analysée comme le pendant de l'affaiblissement du pouvoir des États. Incapables d'assurer l'effectivité de leurs normes de droits face à des entreprises qui échappent de plus en plus au contrôle de légalité, les pouvoirs publics obligeront les entreprises de grande taille à "s'enrôler dans le contrôle des règles qui leur sont applicables"⁴³ et à transférer le poids et le coût du contrôle sur les entreprises-mêmes.

La loi devoir de vigilance matérialise au contraire une certaine reprise du contrôle étatique sur les activités des entités sur lesquels il exerce sa juridiction. A l'impunité des multinationales organisant leurs activités au gré des réglementations répond l'action politique souveraine pour y mettre

fin. L'action politique reprend le pas sur les pouvoirs économiques.

Le Plan de Vigilance ne constitue pas le dernier ressort de l'imagination du législateur pour s'assurer du respect de l'effectivité des droits humains qu'il ne peut assurer. Il est révélateur, au contraire, de la tension dans la construction de la règle de droit entre les objectifs poursuivis par le pouvoir étatique et le pouvoir d'influence des acteurs économiques. Loin de "transférer le contrôle" du respect de la règle par l'entreprise, le Plan de Vigilance est une concession accordée aux entreprises pour "limiter le domaine de (leur) responsabilité"⁴⁴ et faciliter la caractérisation de leur absence de faute.

La confusion entre *compliance* et devoir de vigilance fait courir un risque à cette législation ambitieuse : celui de la voir tomber dans "un nouveau marché, celui de la *compliance*, occupé par les nouveaux spécialistes, consultants de toutes sortes, accroissant la confusion et le coût du système (...) proposant des programmes gigantesques couvrant l'intégralité des branches du droit sur l'ensemble des pays, avant de passer à d'autres matières comme l'ensemble des techniques de management, pour mieux passer à l'éthique."⁴⁵

⁴³ A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 255.

⁴⁴ A. Danis-Fatôme et G. Viney, *op.cit.*, p. 1610.

⁴⁵ M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après", *op.cit.*, p. 33.