

Création d'une autorité de contrôle en matière de devoir de vigilance : une fausse bonne idée ?

Presque quatre ans après son adoption, les dispositions issues de la loi sur le devoir de vigilance (ci-après "loi DV") ne sont pas respectées par nombre d'entreprises, menant certains à appeler au renforcement du suivi et/ou contrôle de la mise en œuvre par les autorités publiques via la création d'une autorité dédiée.

Contrairement aux dispositions de la Loi Sapin 2 (créant l'Agence Française Anti-corruption, ci-après "AFA"), l'application des dispositions issues de la loi DV relève aujourd'hui exclusivement du juge judiciaire, qui peut être saisi « *par toute personne intéressée* » pour enjoindre, y compris sous astreinte, à une société de se conformer à ses obligations (article L. 225-102-4 II du Code de commerce), ou pour ordonner la réparation du préjudice causé par son manque de vigilance (article L. 225-102-5). La création d'une autorité de suivi, de contrôle et/ou de sanction nécessiterait donc une révision de la loi DV ou du moins, selon ses attributions, l'adoption d'un décret.

La création d'une telle autorité apparaît par ailleurs parmi les recommandations du rapport d'initiative parlementaire sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, adopté par le Parlement européen le 10 mars dernier¹.

Cependant, la création d'une telle autorité ne va pas de soi. L'expérience des autorités administratives existantes indique plutôt que, loin de garantir une meilleure mise en œuvre de la loi DV, la création d'une autorité risque en réalité de dénaturer le devoir de vigilance - le transformant en exercice de *compliance* et permettant aux entreprises d'éviter d'engager leur responsabilité (1). Pour réellement renforcer la mise en œuvre du devoir de vigilance par les entreprises, il semble préférable de renforcer les mécanismes de responsabilité existants (2).

1. Les dangers d'une autorité de contrôle en matière de vigilance

Quelles que soient ses modalités, la création d'une autorité de contrôle en matière de devoir de vigilance semble présenter des risques importants.

¹ European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)).



1.1. Autorité de contrôle et transparence

Il est tout d'abord envisagé de confier à une autorité de contrôle un pouvoir de vérification de la publication d'un plan de vigilance, voire de sanctionner les entreprises n'ayant pas publié de plan.

Limiter le rôle des autorités publiques à un tel contrôle risque cependant de dénaturer le devoir de vigilance, le limitant à une obligation formelle de publication – alors que le plan de vigilance doit être compris comme n'étant que le support matériel du devoir de vigilance. A la fois les travaux parlementaires², la doctrine³ et la jurisprudence⁴ reconnaissent en effet que la publicité du plan de vigilance n'est pas une fin en soi mais qu'elle a pour but de faciliter l'engagement de la responsabilité de l'entreprise.

En réalité, la désignation d'une autorité de contrôle n'est pas un gage de transparence. **L'expérience des règlements européens sur le bois⁵ et sur les minerais de conflit⁶, qui prévoient la désignation d'autorités nationales chargées de leur application, témoigne de l'opacité du suivi mené par ces administrations.** La Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature, en charge de l'application du Règlement "Minerais", a ainsi refusé de transmettre à Sherpa la liste des sociétés soumises à ce règlement, au nom du secret des affaires⁷. Également, les administrations chargées de l'application du Règlement "Bois" (les Directions régionales de l'agriculture, de l'alimentation et de la forêt et le Ministère de la transition écologique) ne publient aucune information sur les entreprises concernées ou les contrôles menés⁸.

De même, il n'y a aucune garantie que les sanctions prononcées par une autorité administrative (contrairement à une juridiction) seraient rendues publiques. Le Conseil d'État a ainsi considéré que l'administration était en droit, au titre de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration, de refuser de communiquer à des associations la liste des entreprises sanctionnées pour non-respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes, la divulgation de ces informations pouvant porter préjudice aux entreprises sanctionnées⁹.

² Rapport de la Commission des Lois du 11 mars 2015, pages 34 et 35.

³ Juliette Tricot, Tatiana Sachs, "La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises", Droit et Société, n° 106/2020.

⁴ TJ Nanterre, Ordonnance du 11 février 2021, n° 20/00915.

⁵ Règlement (UE) n° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché.

⁶ Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque.

⁷ <https://www.asso-sherpa.org/le-secret-des-affaires-invoque-par-le-ministere-de-la-transition-ecologique-sherpa-saisit-le-juge-administratif>

⁸ Selon le WWF, seules 3 des 16 autorités nationales compétentes chargées de l'application du Règlement Bois en 2019 publiaient des informations sur leurs procédures de contrôle. Voir WWF Enforcement Review of the EU Timber Regulation (EUTR) – EU Synthesis Report, Décembre 2019, Bruxelles, p.5.

⁹ Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 03/06/2020, 421615.



1.2. Recommandations et accompagnement des entreprises

Un rôle de « promotion du devoir de vigilance » et « d'accompagnement des entreprises » dévolu à une autorité étatique est également envisagé et apparaît notamment dans les recommandations du rapport du Conseil Général de l'Économie (CGE) de janvier 2020¹⁰, et dans la résolution du Parlement européen (article 12).

Néanmoins, au vu du nombre de recommandations générales et sectorielles existant déjà en la matière, confier à une autorité un pouvoir d'émettre des recommandations supplémentaires paraît à la fois inutile et risqué.

Ainsi, en matière de corruption, la Commission des sanctions de l'AFA a considéré que le suivi par une entreprise des recommandations générales de l'AFA - ou pire, le simple fait que l'entreprise revendique les appliquer - permet de fonder une présomption de conformité en faveur de l'entreprise¹¹.

En revanche, quand bien même ces recommandations auraient un niveau d'exigence élevé, elles ne peuvent pas nécessairement être opposées aux entreprises. En matière de corruption, la Commission des sanctions de l'AFA a doublement limité sa possibilité de sanctionner une entreprise qui n'aurait pas suivi une recommandation de l'AFA. En effet, pour qu'un manquement puisse être constaté, l'obligation en question doit d'une part nécessairement et explicitement avoir été prévue par les recommandations et d'autre part ne pas aller au-delà des exigences et des dispositifs prévus par la loi Sapin 2¹². La Commission a en outre considéré que la méthodologie de cartographie des risques préconisée dans les recommandations générales de l'AFA n'était pas contraignante¹³.

1.3. Contrôle du contenu du plan et évitement de la responsabilité

Enfin, la résolution du Parlement européen propose que des autorités nationales de contrôle disposent également de prérogatives étendues de contrôle de la vigilance : réception de signalements ; contrôle du contenu du plan de vigilance ; mises en demeure ; sanctions administratives.

En réalité, il semble peu probable qu'un contrôle des plans de vigilance (ou de leur mise en œuvre) par une autorité administrative permette de renforcer la responsabilisation des entreprises en la matière, bien au contraire.

¹⁰ CGE, Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Recommandation n° 2, p. 20.

¹¹ AFA, Commission des sanctions, 20 févr. 2020, n°19-02, Sté I. et M. C. K., par.16, p. 16.

¹² Ibid, par. 19, p. 16.

¹³ AFA, Commission des sanctions, 4 juill. 2019, n°19-01, Sté S. SAS et Mme C. Si l'entreprise fait le choix de s'éloigner de celles-ci, il appartient à l'entreprise de démontrer « la pertinence, la qualité et l'effectivité de son dispositif de détection et de prévention de la corruption » AFA, comm. Sanctions, 20 févr. 2020, n°19-02, préc., par. 17, p. 16.



Premièrement, un tel contrôle s’oppose à la logique du devoir de vigilance comme obligation de comportement constant, qui doit notamment s’apprécier de façon concrète : l’entreprise a-t-elle pris des mesures de vigilance raisonnables et adaptées face à un risque particulier ou face à des atteintes constatées dans sa chaîne de valeur ? Aujourd’hui, il revient au juge, à l’issue d’un débat contradictoire, d’apprécier concrètement la suffisance des mesures de vigilance (leur caractère “*adapté*” et “*raisonnable*”, leur mise en œuvre “*effective*”) et, en cas de faute de vigilance, de condamner la société à réparer le dommage. Le concept de devoir de vigilance est en effet issu du droit de la responsabilité civile, où il a été utilisé pour caractériser une faute d’imprudence ou de négligence¹⁴.

Au contraire, **un contrôle *ex ante* des mesures par une autorité renforcerait le risque que le devoir de vigilance soit interprété de façon superficielle et formaliste, comme une simple obligation de mettre en place des processus internes de management des risques**. Ces processus internes (codes de conduite, certifications, audits sociaux, etc.) sont aujourd’hui bien connus des entreprises et ont démontré leur insuffisance. En outre, **un tel contrôle semble incompatible avec la portée extraterritoriale du devoir de vigilance : dans la mesure où une telle autorité sera difficilement en mesure d’apprécier l’existence d’atteintes dans les filiales ou fournisseurs à l’étranger (et donc l’efficacité des mesures), son contrôle ne pourra être que superficiel**.

En matière de corruption, et dans le cadre d’un tel contrôle, l’AFA a laissé une marge de manœuvre importante aux entreprises¹⁵. Ainsi, la Commission des sanctions de l’AFA a refusé l’argument tiré de l’absence de prise en compte des spécificités des pays et des sites aux motifs que les recommandations de l’AFA « *n’impose(nt) aucun niveau de granularité prédéfini* »¹⁶.

Deuxièmement, il existe un risque qu’un contrôle *ex ante* facilite la défense des entreprises dont le plan a été contrôlé en cas d’action en justice : la validation du plan par l’autorité de contrôle pourrait être opposée en cas de contentieux devant les juridictions civiles par les entreprises et risquerait d’être un obstacle à toute contestation judiciaire du plan et des mesures mises en œuvre.

Troisièmement, aucune sanction financière n’a été prononcée à ce jour par la Commission des sanctions de l’AFA. L’AFA se pose avant tout en organisme accompagnateur des entreprises, la Commission des sanctions

¹⁴ Voir par exemple Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n°04-16.179 sur le distilbène

¹⁵ Alice Dunoyer de Segonzac, Charles-Henri Boeringer, “Contrôles de l’Agence française anticorruption - Quels enseignements tirer de la deuxième décision de la commission des sanctions de l’AFA ?”, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°27, 2 juillet 2020, 1263 : « Bien que plus sévère en apparence à l’égard de la société attraitée, cette décision est une bonne nouvelle pour les entreprises assujetties aux obligations prévues par l’article 17 de la loi Sapin II. [...] Les entreprises se voient consentir une certaine marge de manœuvre dans la mise en œuvre de leur stratégie de lutte contre la corruption.»

¹⁶ AFA, Commission des sanctions, 20 févr. 2020, n°19-02, Sté I. et M. C. K., par. 27, p. 18.



prenant notamment en compte les efforts et les mesures mises en œuvre par la société en cause jusqu'à la date où elle statue.

Quatrièmement, la logique à l'œuvre en matière de corruption est aujourd'hui distincte de celle en matière d'atteintes aux droits humains et à l'environnement. La logique en matière de corruption est celle de la "compliance", qui vient compléter un arsenal répressif existant. Cet arsenal répressif n'existe pas en matière d'atteintes aux droits humains et à l'environnement.

Comme le relèvent Juliette Tricot et Tatiana Sachs, la logique à l'œuvre avec la loi Sapin 2 est celle de l'évitement de la responsabilité, alors que la loi devoir de vigilance vise à organiser les conditions de la responsabilité : *"La loi Sapin 2 illustre combien, passées au tamis de la conformité, les conditions de la responsabilité pénale se métamorphosent sans nul besoin de modifier les règles de fond qui l'instituent. C'est là le tour de force des logiques de la compliance qui, sans exclure la responsabilité pénale, organisent son évitement"*¹⁷.

Même si beaucoup d'acteurs cherchent aujourd'hui à faire entrer la loi DV dans le domaine de la *compliance*, cela ne ressort ni du texte (qui s'inscrit dans le droit de la responsabilité civile), ni de l'intention du législateur, dont l'objectif premier était *"d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement"*¹⁸. **La confusion entre vigilance et *compliance* remet en cause l'ambition du devoir de vigilance, en le réduisant au contrôle, par les acteurs économiques eux-mêmes, des règles qui leur sont applicables, dans une logique de renoncement du pouvoir judiciaire**¹⁹.

Enfin, alors qu'un élargissement des compétences d'une autorité existante comme le Point de Contact National de l'OCDE (PCN) a été évoqué, il est crucial de rappeler que les défaillances de ce mécanisme de médiation multipartite, telles que son manque d'indépendance, son opacité, l'absence de garanties procédurales et son inefficacité²⁰, ont été dénoncées à maintes reprises, suscitant le boycott des organisations de la société civile²¹. Le PCN ne peut en aucun cas servir d'autorité compétente, ni même de modèle en la matière.

¹⁷ Juliette Tricot et Tatiana Sachs, "La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises", *Droit et Société*, n° 106/2020.

¹⁸ Proposition de loi n°2578 du 11 février 2015.

¹⁹ Sandra Cossart, Tiphaine Beau de Loménie, Antoine Lubrani, "Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance", *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 16, janvier 2019, p. 90.

²⁰ Selon OECD Watch, entre 2000 et 2015, seul 1% des circonstances spécifiques soumises aux différents PCN avaient donné lieu à une forme d'amélioration sur le terrain (OECD Watch, *Remedy Remains Rare*, 2015).

²¹ Voir les courriers envoyés par neuf associations, dont Sherpa, au Ministre de l'Economie et des Finances et au Président du PCN français de l'OCDE en mars 2018 et en janvier 2019 https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2019/03/Avis-pour-la-CNCDH-VF_3_compressed-3_compressed-2.pdf#page=25 et la tribune collective publiée dans le *Nouvel Obs* le 16 octobre 2019.



2. Les moyens de renforcer la mise en œuvre du devoir de vigilance

Au lieu de créer une autorité de contrôle ou d'accompagnement, d'autres moyens devraient être privilégiés pour renforcer l'effectivité et la mise en œuvre du devoir de vigilance : d'une part, faciliter les actions en justice et renforcer le régime de responsabilité des sociétés ; d'autre part, développer le rôle des autorités de poursuites en la matière, y compris en poursuivant pénalement les sociétés défaillantes.

2.1. Faciliter les actions en justice

Faciliter l'accès aux informations détenues par les entreprises

Le faible nombre d'actions en justice engagées contre des sociétés défaillantes s'explique notamment par les difficultés d'accès à des informations détenues par l'entreprise et qui sont essentielles à caractériser la faute de vigilance ou le lien de causalité (noms des fournisseurs, mesures de prévention mises en œuvre, etc.). Ni la publication de déclaration de performance extra-financière, ni la publication de plans de vigilance ne permettent aujourd'hui de remédier à cette asymétrie d'informations. Les mesures d'instruction *in futurum* prévues par l'article 145 du Code de procédure civile sont également insuffisantes, comme le démontre le refus par la société Perenco d'exécuter une ordonnance rendue par le Tribunal de Paris qui visait des documents relatifs à ses activités en République Démocratique du Congo²².

Ainsi, plusieurs universitaires recommandent la création de mécanismes d'accès par les tiers à l'information détenue par les entreprises qui, comme en matière d'accès aux documents administratifs, pourraient en cas de refus donner lieu à un recours juridictionnel²³. Cette recommandation, promue depuis longtemps par Sherpa, est également envisagée au niveau européen sous la forme d'un "*right to know*"²⁴.

Aménager le régime de responsabilité civile

Pour renforcer la mise en œuvre du devoir de vigilance, il est également nécessaire d'aménager le régime de responsabilité civile, et notamment

²² Le Monde, « Perenco, boîte noire pétrolière et toxique en RDC », 9 octobre 2019, https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/10/09/perenco-boite-noire-petroliere-et-toxique-enrdc_6014880_3212.html; S. Cossart, L. Bourgeois, « L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux », Semaine sociale Lamy, 5 octobre 2020, p. 10.

²³ Aude Solveig-Epstein, "La comptabilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée", Revue juridique de l'environnement, 2020, vol. 45, pp. 137-149

²⁴ Parlement européen, Directorate General for External Policies, "Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU", Juin 2020.



de renverser la charge de la preuve qui aujourd'hui pèse sur les victimes et les organisations de la société civile²⁵.

La société en question est en effet la mieux placée pour rapporter la preuve des mesures mises en place, et de leur caractère adapté et effectif pour prévenir les atteintes.

Désigner des juridictions spécifiques

Désigner des juridictions spécialement compétentes en matière de devoir de vigilance pourrait également permettre d'y concentrer les contentieux, de permettre l'expertise de magistrats sur les questions de chaînes de valeur, et de développer une jurisprudence cohérente sur ces questions juridiques complexes (qui sont à la croisée du droit des sociétés et groupements, du droit de la responsabilité civile, du droit international des droits humains et des libertés fondamentales, du droit de l'environnement et du droit social).

C'est d'ailleurs le sens d'un amendement au Projet de loi Climat et Résilience proposé par plusieurs députés dont Dominique Potier et adopté par l'Assemblée nationale en première lecture²⁶.

2.2. Renforcer les poursuites contre les entreprises défailtantes

Rôle du ministère public au civil : mise en demeure et demande d'injonctions

Il est admis que le ministère public, en tant que représentant de l'intérêt général et défenseur attitré de l'ordre public, puisse jouer un rôle dans le procès civil en tant que partie principale, soit dans les cas spécifiés par la loi, soit en l'absence de dispositions expresses en ce sens lorsqu'il agit "*pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci*" (article 423 du Code civil). L'ordre public au sens de l'article 423 est traditionnellement interprété comme comprenant l'ordre public social et économique²⁷.

A défaut de disposition expresse²⁸, l'article 423 pourrait ainsi permettre au Procureur de la République compétent de mettre en demeure une société qui ne respecterait pas son devoir de vigilance et, en tant que partie intéressée, de l'assigner en justice sur le fondement de l'article L. 225-102-4 I du Code de commerce. Ainsi, pour s'assurer de la mise en œuvre du devoir de vigilance, le gouvernement pourrait, par voie de circulaire,

²⁵ "Vers une législation européenne sur la responsabilité des multinationales - Recommandations d'organisations ayant défendu la loi française relative au devoir de vigilance", Décembre 2020.

²⁶ Projet de loi n° 3875 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

²⁷ Frédéric Arbellot, « L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du Code de procédure civile », La Semaine juridique, édition générale, n° 24, 16 juin 2014.

²⁸ Voir par exemple l'article L. 442-4 du Code de commerce en matière de pratiques commerciales restrictives de concurrence, ou l'article L. 210-11 du même code concernant les sociétés à mission.



demander aux procureurs compétents de se saisir de ces dispositions au civil.

Responsabilité pénale des sociétés-mères et donneuses d'ordre au titre du devoir de vigilance

Par ailleurs, le devoir de vigilance pourrait tout à fait constituer une obligation de prudence ou de sécurité au sens de l'article 121-3 du Code pénal relatif aux infractions non-intentionnelles (faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité) et à la mise en danger délibérée d'autrui²⁹.

Notons par exemple que la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le défaut d'établissement d'un plan de prévention en matière de BTP prévu par l'article R.4512-6 du Code de travail constituait un manquement à une obligation de sécurité³⁰. La jurisprudence pourrait ainsi caractériser le défaut d'établissement d'un plan de vigilance adapté ou l'absence de mise en œuvre effective des mesures de vigilance prescrites comme un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité venant constituer l'élément moral d'une infraction non-intentionnelle ou, en cas de manquement délibéré, d'une infraction de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Au-delà des infractions non-intentionnelles, un manquement au devoir de vigilance pourrait participer à la constitution des éléments moral et matériel de certaines infractions intentionnelles, comme le délit de recel (art. 321-1 du Code pénal).

Mais une réécriture législative est nécessaire pour renforcer le volet pénal du devoir de vigilance. C'était le sens de la première proposition de loi sur le devoir de vigilance, proposée par les parlementaires dès 2013 et développée par Sherpa³¹. La création d'une infraction autonome matérielle de non-publication d'un plan est à ce titre certainement insuffisante, de même que l'instauration d'infractions autonomes sectorielles comme l'infraction de manquement au devoir de diligence concernant l'importation de bois³².

²⁹ Yann Queinnec et Félix Feunteun, "La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation", Revue Lamy Droit des Affaires, n°137, Mai 2018, p. 23 et s.

³⁰ Cass. Crim., 27 mars 2012, n°11-84.078.

³¹ Proposition de loi n°1519 du 6 novembre 2013.

³² Article 76 de la Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.