LAMY
REVUE

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## Les perspectives européennes en matière de devoir de vigilance

*Entretien avec Anne STEVIGNON et Maylis SOUQUE*

– **Loi de finances pour 2024 : petit tour d'horizon des principales nouveautés concernant les entreprises**
*Ségolène KNEIPP*

– **L'enrichissement injustifié au service de la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée : perspectives d'Outre-Manche**
*Marie de PINIEUX*

– **Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains**
*Laura BOURGEOIS*

– **Société en formation et reprise des actes : un heureux revirement écartant un excès de formalisme**
*Sandrine TISSEYRE*

– **Actualité en matière de clause nulle ou réputée non écrite d'un bail commercial et concernant l'application dans le temps de la réforme « Pinel »**
*Martin BINDER, Gaëtan DEFER*

**200** | MENSUEL
FÉVRIER 2024

LAMY LIAISONS | KARNOV GROUP

REVUE LAMY
Droit des Affaires

**Conseil scientifique**

**Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME :**
Maître de conférences HDR Université Toulouse Capitole, chargée de mission développement durable

**Jean-Michel do CARMO SILVA :**
Professeur de droit, Grenoble École de Management

**Emmanuel DAOUD :**
Avocat associé, Cabinet VIGO

**Jack DEMAISON :**
Avocat associé, SIMON Associés

**Laurence Caroline HENRY :**
Professeur - Avocat général en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation

**Arnaud LECOURT :**
Maître de conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

**Jacques MESTRE :**
Professeur agrégé des Facultés de droit

**Cyril NOURISSAT :**
Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Jean Moulin - Lyon 3

**Éditeur :** Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen
**Représentant légal :** Guillaume Deroubaix
**Associé unique :** Karnov HoldCo France
**Directeur de la publication :** Guillaume Deroubaix
**Directrice des rédactions :** Sylvie Duras
**Rédactrice en chef :** Anouk Jaunasse
**Ont collaboré à ce numéro :**
Jérémy Berlemont, Lionel Costes, Victoria Mauriès, Rolanda Ondo, Héloïse Planckaert et Brinthaa Selvachandran
**Dépôt légal :** à parution
**Prix au numéro :** 65,34 €TTC
**N°ISSN** (version en ligne) : 2109-9367
**N°ISSN** (version imprimée) : 1279-8401
**Périodicité :** mensuel
**N°CPPAP :** 0125 T 87146
**Crédit photos :** Getty Images
**Imprimeur :** Dupliprint
733 rue Saint-Léonard - 53147 Mayenne
**Origine du papier :** Pologne
**Taux de fibres recyclées :** 0%
**Certification :** PEFC
**Eutrophisation :** Ptot 0.02 kg/tonne
**Pour contacter le service client :**
N°Cristal 09 69 39 58 58
APPEL NON SURTAXE
**Courriel :** contact@lamyliaisons.fr
**Internet :** www.liaisons-sociales.fr
www.lamyline.fr - www.lamy-liaisons.fr

LE TRI FACILE
BAC DE TRI

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLDA 2024/200, n° 7880 (année/n° de la revue, n° du commentaire).

LAMY LIAISONS | KARNOV GROUP

# Sommaire

**FOCUS** ..... P. 4

- Ensemble contractuel incluant une location financière : la Cour de cassation confirme sa position sur les clauses de divisibilité sous l'empire du droit nouveau
  *Héloïse PLANCKAERT*

**LES ESSENTIELS DU MOIS** ..... P. 6

**ÉCLAIRAGE** ..... P. 16

- Loi de finances pour 2024 : petit tour d'horizon des principales nouveautés concernant les entreprises
  *Ségolène KLEIPP*

**ENTRETIEN** ..... P. 24

- Les perspectives européennes en matière de devoir de vigilance
  *Anne STEVIGNON et Maylis SOUQUE*

**PERSPECTIVES** ..... P. 30

- L'enrichissement injustifié au service de la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée : perspectives d'Outre-Manche P. 30
  *Marie de PINIEUX*
- Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains P. 34
  *Laura BOURGEOIS*

**JURISPRUDENCE COMMENTÉE** ..... P. 41

- Société en formation et reprise des actes : un heureux revirement écartant un excès de formalisme P. 41
  *Sandrine TISSEYRE*
- Actualité en matière de clause nulle ou réputée non écrite d'un bail commercial et concernant l'application dans le temps de la réforme « Pinel » P. 31
  *Martin BINDER, Gaëtan DEFER*

RLDA 7899

# Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains

Laura BOURGEOIS
*Chargée de contentieux et plaidoyer Sherpa*

**La judiciarisation de la responsabilité des multinationales en matière de respect des droits humains est croissante. En défense, les entreprises s'appuient systématiquement sur la réalisation d'audits pour tenter d'exclure leur responsabilité. Une jurisprudence récente confirme que les failles des audits sociaux sont méconnues, et qu'il existe un risque d'extension illégitime de leur force probante, au détriment des droits humains. La présente contribution souligne ces failles et invite à en tirer les conséquences juridiques, notamment sur le plan probatoire, conformément au futur droit européen.**

Depuis les révélations de présence de travail d'enfants au sein de chaînes de valeurs de multinationales dans les années 90, le secteur des audits n'a cessé de se développer en matière de respect des droits humains.

Les audits sont des vérifications privées dont l'objectif revendiqué est d'évaluer la conformité des opérations d'une entreprise à certains standards, en l'occurrence éthiques. Les systèmes de notation utilisés varient selon les cabinets d'audit. Les audits peuvent être effectués par les entreprises donneuses d'ordre en interne ou par des auditeurs tiers, et financés soit par elles, soit par les fournisseurs audités. Ils peuvent prendre la forme de contrôles sur site et/ou documentaires.

Élaborés par les acteurs économiques eux-mêmes, ils se sont ainsi imposés comme outils de référence en réponse aux préoccupations des consommateurs et consommatrices. Cela alors même qu'ils sont affectés de nombreuses failles, documentées depuis des années tant par les praticiens des droits humains que par les membres de la doctrine sociologique.

Une jurisprudence récente confirme que les audits bénéficient d'un *a priori* positif dans l'inconscient collectif, dont celui des juges. Elle matérialise, sur le plan judiciaire, le risque qu'une méconnaissance des insuffisances irrémédiablement attachées aux audits préjudicie au respect des droits humains.

Pour cette raison, elle semble justifier que l'on s'attache d'ores et déjà à identifier des solutions pour limiter une extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains.

## Les insuffisances établies des audits sociaux

Parmi les failles des audits sociaux documentées par la doctrine et la pratique, certaines sont opérationnelles, et d'autres structurelles.

### Des failles opérationnelles

Pour commencer, les auteurs et autrices expliquent que certains modes opératoires nuisent à la fiabilité des rapports d'audits. Ainsi, le fait que les visites d'usine soient annoncées à l'avance permet aux fournisseurs concernés de se préparer voire de dissimuler certains éléments[1] pour éviter un déréférencement. Autre exemple : conduire les entretiens avec des salariés de façon non anonymisée ou en présence de leur

(1) *Clean Clothes Campaign, "Looking for a quick fix: how weak social auditing is keeping workers in sweatshops"*, 2005, p. 20-25 ; *Clean Clothes Campaign : "Fig leaf for fashion, how social auditing protects brands and fails workers"*, 2019, p. 76.

supérieur[2] les empêche de dire la vérité par peur de représailles et, à terme, invisibilise des violations telles que des restrictions à la liberté syndicale, l'abus d'heures supplémentaires, etc.

Ensuite, la doctrine insiste sur l'opacité des prestations d'audit[3], qui ne favorise ni leur qualité ni leur efficacité. Les rapports d'audit ne font l'objet d'aucune obligation de consultation, de publication ni même de communication[4] à l'égard des parties prenantes qui sont les premières concernées et sont pourtant systématiquement exclues[5]. Les auditeurs ne sont pas tenus de dénoncer aux autorités publiques[6] les violations dont ils seraient témoins. Cette opacité rend la responsabilisation[7] des auditeurs en cas de rapport incorrect plus difficile, ce qui ne les incite pas à veiller à la qualité de leurs prestations. Elle empêche aussi les premiers concernés de vérifier la véracité des rapports[8] et d'assurer le suivi d'éventuelles mesures correctives.

Enfin, l'industrie de l'audit constitue un marché[9] à part entière et comporte des impératifs de productivité qui, combinés à l'absence de régulation du secteur[10], favorisent une course à la compétitivité par le bas et la dégradation des pratiques des professionnels. Certains acteurs de la société civile déplorent notamment le manque de ressources humaines et de temps affectés aux missions par souci de productivité[11]. Ils insistent également sur le caractère inadapté des formations des auditeurs et auditrices[12].

Si certains de ces problèmes pourraient être réduits par de meilleures pratiques, d'autres apparaissent irrémédiables.

(2) *"Looking for a quick fix"*, préc., p. 41 à 46.

(3) Rapport de l'ONG SOMO : " *A piece, not a proxy*", 2022, p. 16.

(4) *Human Rights Watch*: Obsédés par les outils d'audit, sans atteindre l'objectif : pourquoi les audits sociaux n'empêchent pas les atteintes au droit du travail dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, 2022, p. 6

(5) "*Fig leaf for fashion*", préc., p. 77 ; "*A piece, not a proxy*", préc., p. 30-31.

(6) G. Delalieux, Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi « Devoir de vigilance des firmes multinationales », (dir. SchillerR), Le devoir de vigilance, Centre de recherche droit Dauphine et LexisNexis, 2019, p. 31 et 36.

(7) *"A piece, not a proxy"*, préc., p. 20 à 24 ; Rapport du Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme, Responsabilité des cabinets d'audit sociaux, Stratégies juridiques pour réparer des garanties sociales préjudiciables, 2021.

(8) C. Terwindt et M. Saage-Maas, *Liability of Social Auditors in the Textile Industry, International Policy Analysis department of the Friedrich Ebert Stiftung*, Déc. 2016, p. 8.

(9) G. Delalieux, Audit et certification : une véritable industrie, Revue Projet, vol. 361, n° 6, 2017, p. 80-87.

(10) "*A piece, not a proxy*", préc., p. 20 à 24.

(11) ", préc., p. 26-27 ; *"Fig leaf for fashion"*, préc., p. 78 ; "*A piece, not a proxy*", 2022, p. 31.

(12) *"Looking for a quick fix"*, préc., p. 50 à 52.

## Des failles structurelles

Cette forme de privatisation de l'inspection du travail perdure alors même que le système et l'outil de l'audit présentent des incompatibilités fondamentales avec l'objectif revendiqué.

D'abord, les audits relèvent des pratiques d'autorégulation des entreprises et n'ont donc aucun effet contraignant[13]. Ainsi, à supposer qu'un rapport d'audit détecte des violations et comporte des recommandations, rien ne garantit qu'elles seront effectivement mises en œuvre.

Ensuite, les audits obéissent à une méthodologie formaliste et mécanique qui ne laisse pas de place à la complexité des problématiques traitées[14]. Il est notamment relevé que les audits ne permettent pas d'identifier les causes profondes[15] des violations détectées, dont le traitement permettrait d'espérer une amélioration pérenne.

De nombreuses organisations de défense des droits humains expliquent que les audits sont intrinsèquement inadaptés pour détecter certains types de violations[16], qui sont particulièrement difficiles à observer ou à quantifier, surtout sur un temps court peu compatible avec la construction d'un climat de confiance. Il en va ainsi, notamment, des atteintes à la liberté d'association, du harcèlement moral et sexuel, et des discriminations.

Rappelant qu'un audit constitue par hypothèse un diagnostic instantané[17], il est souligné que l'outil est incapable de garantir l'absence de violations sur la durée, et donc insuffisant à lui seul pour garantir l'exercice continu d'un devoir de vigilance par une entreprise.

Les spécialistes alertent également sur l'absence d'indépendance des auditeurs, et sur des conflits d'intérêts

(13) C. Terwindt et M. Saage-Maas, *Liability of Social Auditors in the Textile Industry*, préc., p. 3.

(14) P. Barraud de Lagerie, Faut-il sonner le glas de l'audit social - Essor et critique d'un dispositif privé de régulation des conditions de travail, Revue de l'Office Universitaire de Recherche Socialiste, n° 72-73, juill.-déc. 2015, p. 50.

(15) "*Fig leaf for fashion*", préc., p. 78 ; "*A piece, not a proxy*", préc., p. 36-37 ; Beaucoup d'atteintes aux droits humains et à l'environnement ont des causes structurelles. Elles tiennent en réalité au modèle économique de l'entreprise (son choix de faire fabriquer ses produits à bas coût dans des pays où les droits des travailleurs ne sont pas respectés, d'avoir recours à la sous-traitance, ou de commercialiser certains produits nuisibles), à des décisions commerciales (choix d'un procédé ou d'un composant), ou à des pratiques commerciales (prix et délais accordés au fournisseur ou au sous-traitant). *Cf.* notre note sur la Directive européenne sur le devoir de vigilance, p. 5-6, https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2022/09/Sherpa-septembre-2022-Proposition-de-directive-europeenne-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-en-matiere-de-durabilite.pdf.

(16) *"Looking for a quick fix"*, p. 38 ; *"Fig leaf for fashion",* préc., p. 74 ;"*A piece, not a proxy*", préc., p. 32.

(17) *"A piece, not a proxy"*, préc., p. 35.

inévitables[18]. En cas d'audit interne, le manque d'indépendance résulte de l'existence de la relation de travail entre l'entreprise donneuse d'ordres et le salarié auditeur. Même en cas d'audit par un tiers, le conflit d'intérêts demeure en raison du financement de l'audit par l'entreprise donneuse d'ordre ou par le fournisseur. Dans les deux cas, compte tenu notamment de la compétitivité du secteur, l'auditeur a intérêt à satisfaire sa cliente, et potentiellement à produire un rapport plus favorable que ce qu'il devrait être.

Enfin, la variété des systèmes de notation utilisés complique l'interprétation des résultats : certaines violations peuvent être considérées comme très graves dans un référentiel, et moins graves dans un autre. Plus fondamentalement, leurs modalités sont incompatibles avec la notion même de droit humain. Le système donne lieu à une hiérarchisation des violations selon les valeurs subjectives de l'émetteur du référentiel[19], ainsi décrite en pratique : *« Par exemple, on va considérer que le travail des enfants, le travail forcé, la discrimination, ça va être des critères extrêmes, critiques ; on va placer dans une seconde catégorie les over time (heures supplémentaires), le salaire minimum, les disciplinary practices, qu'on va mettre dans un critère intermédiaire, en majeur ; et en mineur on va mettre  Parfois c'est un peu aberrant, en mineur tu peux avoir le harcèlement.»*[20]. Au stade de l'attribution de la note finale, la pondération conduit ensuite à ce que des violations soient invisibilisées par des points sur lesquels des violations n'ont pas, à tort ou à raison, été détectées. Ainsi, par exemple, un point en moins dans chacun des domaines « discriminations », « liberté d'association », et « travail forcé » peut être compensé par un point en plus dans le domaine « travail des enfants ». Difficile pourtant d'additionner mathématiquement des risques de salaires insuffisants ou non payés, des risques pour la santé et des risques d'esclavagisme.

L'ensemble de ces constats devrait selon nous conduire d'emblée les magistrats à une certaine circonspection lorsque des entreprises fournissent des audits pour tenter de prouver qu'elles conduisent leurs activités de façon éthique. Or, la jurisprudence récente semble, au contraire, leur accorder un crédit injustifié.

(18) ECCHR, Brot für die Welt et MISEREOR, *The human rights fitness of audits and certifiers - A position paper*, 2020, p. 5; *"A piece, not a proxy"*, préc., p. 13 à 15 ; "Obsédés par les outils d'audit, préc., p. 4.

(19) "*A piece, not a proxy*", préc., p. 18-19.

(20) P. Barraud de Lagerie, L'audit social : vers une privatisation de l'inspection du travail ?, dans La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ? (dir. Daugareilh), Collection Paradigme, Bruylant, 2017, p. 272.

## Une méconnaissance des insuffisances des audits préjudiciables au respect des droits humains sur les chaînes de valeur mondialisées

Des décisions rendues en matière de pratiques commerciales trompeuses illustrent le crédit indûment accordé *a priori* aux audits sociaux. Cette jurisprudence suscite des interrogations quant à la force probante qui pourrait être accordée aux audits dans les affaires de devoir de vigilance.

### Pratiques commerciales trompeuses et audits sociaux

#### ➜ *L'affaire Auchan*

En 2014, plusieurs associations dont Sherpa ont déposé plainte contre Auchan, considérant que les conditions de travail de ses ouvrières sous-traitantes, ressortant notamment de l'effondrement du Rana Plaza, étaient en décalage avec les engagements éthiques diffusés par l'entreprise à des fins commerciales, et que les communications RSE de l'entreprise constituaient des pratiques commerciales trompeuses.

La plainte a abouti à un non-lieu, confirmé en appel, et la Cour de cassation n'a pas admis le pourvoi formé par les associations[21].

Une pratique est considérée comme trompeuse et réprimée par les articles L. 121-2 à L. 121-5 du Code de la consommation issus de la transposition de la directive 2005/29/CE lorsque, notamment, elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant, par exemple, sur son origine, son mode et sa date de fabrication, et son impact environnemental.

Contrairement aux préconisations européennes[22], la jurisprudence française requiert la preuve de certains éléments d'intentionnalité de la part du professionnel pour sanctionner sur ce fondement. Dans un arrêt en date du 15 décembre 2009, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que l'infraction était caractérisée après avoir relevé que « *le prévenu n'(avait) pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires* » [23].

(21) TJ Lille, 27 avr. 2022, n° 15161000266 (ordonnance de non-lieu) ; CA Douai, Chambre de l'Instruction, 15 déc. 2022, n° LI15/161/266, arrêt n°2184 (confirmation du non-lieu) ; Cass. crim., 12 déc. 2023, n° 23-80.918 (décision de non-admission du pourvoi en Cassation).

(22) Aux termes des préconisations européennes, ni l'intention ni l'exigence ne sont requises pour que la pratique commerciale trompeuse soit caractérisée et sanctionnée. *Cf*. Décryptage : comment lutter plus efficacement contre le blanchiment d'image sur le plan judiciaire, Sherpa.

(23) Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83.059, publié au Bulletin.

En l'espèce, pour soutenir que sa communication RSE n'était pas trompeuse, Auchan a fait valoir qu'elle avait eu recours à des audits et à des clauses contractuelles incitant ses fournisseurs à respecter son code éthique, et qu'elle n'avait jamais contracté elle-même avec des fournisseurs présents au Rana Plaza mais avait été victime de sous-traitance « sauvage ». Il s'agissait pour les juges d'apprécier si ces mesures volontaires constituaient, au sens de la jurisprudence, des précautions propres à assurer la véracité de ses messages publicitaires RSE, au point de justifier un non-lieu.

Dans le cadre de ce contrôle, le juge d'instruction semble s'être satisfait de ce qu'Auchan avait recueilli la signature de son code éthique par ses fournisseurs et eu recours à des audits sociaux.

S'agissant de la portée effective de mesures volontaires, cette solution nous semble comporter l'écueil d'assimiler l'annonce d'une mesure à sa mise en application :

- requérir la signature d'une clause par laquelle le cocontractant s'engage à respecter un code éthique n'équivaut pas à exiger le respect de ce code : il faut une sanction contractuelle en cas de non-respect ;
- commander un rapport d'audit n'équivaut pas plus à exiger le respect de ce code : il faut que des mesures correctives soient prises en cas de détection de violations.

Le contrôle semble, en outre, avoir délaissé les causes profondes des violations, telles que, par exemple, une politique d'achat trop exigeante pouvant contraindre *de facto* un fournisseur direct à recourir à des sous-traitants non déclarés dans des usines insuffisamment sécurisées, comme il était question ici.

À la lecture de la motivation, difficile de savoir si ces raccourcis étaient de pure forme et si un contrôle plus approfondi avait été réalisé par le juge d'instruction.

La solution a été confirmée en appel, à l'issue d'une motivation plus étayée et néanmoins inquiétante au regard des objectifs de protection des droits humains.

Pour retenir qu'Auchan avait été suffisamment précautionneuse, la chambre de l'instruction a relevé :

- que la commande passée par Auchan au fournisseur soupçonné de sous-traitance non déclarée respectait le délai de production de référence indiqué par l'auditeur ;
- le professionnalisme de l'auditeur mandaté, qui ressortait selon elle du fait qu'il travaillait avec d'autres enseignes françaises connues ;
- que selon le rapport d'audit : le fournisseur était suffisamment équipé pour répondre lui-même à la commande, n'avait déclaré aucun sous-traitant, et présentait des conditions de travail « globalement satisfaisantes ».

Or, même prises conjointement, ces considérations n'apparaissent ni appropriées ni suffisantes.

Le délai de production de référence à l'aune duquel a été appréciée la faisabilité de la commande a été fixé par un auditeur privé, sans examen par l'autorité judiciaire.

Le simple fait de travailler avec des « enseignes connues » ne semble pas constituer un gage de sérieux (cela d'autant moins qu'en l'espèce, les enseignes en question ne correspondaient pas à une clientèle particulièrement satisfaite de l'auditeur concerné mais à des sociétés membres d'une même initiative de mutualisation, à laquelle l'auditeur appartenait également).

Les capacités de production du fournisseur ont été chiffrées par un auditeur privé, et ont été prises pour acquises.

La vérification qu'aucun sous-traitant n'avait été déclaré à l'auditeur a été considérée comme suffisante alors même qu'un problème de traçabilité avait été relevé et que le risque de sous-traitance non déclarée, extrêmement fort au Bangladesh, était spécifiquement connu de l'entreprise.

Le caractère globalement satisfaisant des conditions de travail auquel a conclu l'auditeur privé a été repris par les juges, sans appréciation personnelle précise. Notamment, les juges n'ont pas semblé attacher d'importance particulière à la pertinence des points audités par rapport aux griefs allégués en l'espèce.

### ➜ *L'affaire Samsung*

En 2020, l'UFC-Que Choisir a déposé plainte contre Samsung, soutenant que compte tenu de dénonciations par de nombreuses ONG de travail d'enfants dans des mines de cobalt en République démocratique du Congo, de cadences de travail intenables en Chine, de soupçons de travaux forcés d'une minorité ethnique, et d'exposition de salariés et salariées à des produits chimiques toxiques en Corée du Sud, les communications RSE de la multinationale constituaient des pratiques commerciales trompeuses. La plainte a abouti à un non-lieu en octobre 2023[24].

Dans cette affaire également, la motivation du juge d'instruction semble révéler un crédit automatiquement accordé aux audits.

Pour l'exposition à des produits toxiques, comme pour le recours au travail d'enfants ou au travail forcé de membres de la communauté Ouïghour, le juge semble avoir accordé une importance déterminante aux affirmations de

(24) TJ Paris, 2 oct. 2023, n° 21103000972 (ordonnance de non-lieu) ; Pour la parfaite information des lecteurs et lectrices, la multinationale avait été mise en examen sur ce fondement à l'issue d'une plainte précédemment déposée par l'association Sherpa et l'association Action Aid France. Les associations ont définitivement été déclarées irrecevables et la mise en examen annulée en 2022.

l'entreprise ainsi qu'aux conclusions générales des audits, sans analyse personnelle. À titre d'exemple, s'agissant du recours au travail forcé de membres de la communauté Ouighour, le juge semble s'être satisfait des affirmations de la société Samsung selon lesquelles les fournisseurs visés n'avaient pas de lien contractuel avec elle, ou selon lesquelles les audits réalisés avaient conclu à une absence de non-conformité.

Le constat est d'autant plus surprenant que, sur d'autres griefs, il a préféré s'exprimer au conditionnel pour relever les éléments à décharge issus d'audits, comme s'il semblait conscient de leur partialité et fragilité.

Éclairante quant au sort réservé aux audits en matière de blanchiment d'image RSE, cette jurisprudence peut générer des interrogations quant au rôle qui pourrait leur être accordé dans le cadre de l'application de la loi sur le devoir de vigilance.

## Devoir de vigilance et audits sociaux

### ➜ *Les audits sociaux et la loi sur le devoir de vigilance*

Dans la mesure où les messages publicitaires diffusés dans les affaires susvisées portaient sur la responsabilité éthique de l'entreprise, et où en appréciant si les audits constituaient des précautions propres à assurer la véracité desdites déclarations éthiques, les juges ont dû porter un jugement de valeur sur les audits en tant qu'outils de contrôle, on peut s'interroger sur la force probante qui sera accordée aux audits dans les procédures intentées sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre.

La récente décision intervenue dans l'affaire *La Poste*[25] fournit de premiers éléments. Dans son jugement du 5 décembre 2023, le tribunal judiciaire de Paris, en se prononçant sur le caractère insuffisant du plan de vigilance publié par l'entreprise, a qualifié les audits de « *procédures concrètes d'évaluation* », ou encore « *d'outils potentiellement performants* ». Sans qu'il n'ait eu à ce stade à se prononcer précisément sur leur force probante, il semble les avoir considérés comme des éléments dignes d'être pris en compte.

Les juges pourraient-ils et pourraient-elles aller jusqu'à considérer les audits comme des mesures de « vigilance raisonnable », « adaptées », mises en œuvre de façon « effective » et « propres à identifier les risques et prévenir les atteintes », comme exigé par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ?

Compte tenu de tout ce qui précède, il convient d'en douter. Comme relevé dans le jugement *La Poste*, ces dispositions instaurent « *un contrôle judiciaire* » sur le caractère adéquat et sur l'efficacité des mesures annoncées par l'entreprise. *A minima*, il conviendrait de préciser que les audits ne peuvent constituer qu'un type de mesures parmi d'autres (les « *procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs* »), insuffisant pour exclure à lui seul un manquement à un devoir de vigilance.

Une telle approche aurait par ailleurs le mérite d'être conforme au droit européen à venir, les États membres ayant décidé d'encadrer le recours aux audits sociaux et de limiter leur portée aux termes de la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

### ➜ *Les audits sociaux et la future directive européenne sur le devoir de vigilance*

Il y a quelques années déjà, la société civile européenne alertait sur la nécessité d'exclure expressément les audits comme preuves judiciaires adéquates de la vigilance au sein de la directive à venir[26].

La directive, au sujet de laquelle un accord vient d'être trouvé en trilogue, prévoit que les entreprises devront, entre autres, vérifier l'exécution des engagements contractuels de leurs fournisseurs, y compris *via* des « vérifications par des tiers »[27]. Cependant, elle prévoit des qualificatifs garde-fous, qui nous amènent d'ailleurs à douter que les audits sociaux puissent être considérés comme tels.

Ainsi, les tiers concernés doivent être « indépendants », « objectifs », « experts », et les vérifications « appropriées » (à savoir, notamment, effectives et raisonnables au regard des risques en cause)[28].

Compte tenu de la nature structurelle de la plupart des failles évoquées (absence d'indépendance financière et présence inévitable de conflit d'intérêts, diagnostic nécessairement limité dans le temps, absence d'effet contraignant, violations par nature indétectables, violations invisibilisées par le système de notation, absence d'analyse des causes profondes des violations), ces conditions nous amènent à penser que la possibilité que les audits soient juridiquement considérés comme des vérifications par des tiers « indépendants » et comme des mesures de vigilance « appropriées » devrait être en pratique limitée.

Par ailleurs, ces vérifications ne constituent, au mieux, qu'une mesure parmi d'autres, les entreprises étant éga-

(25) TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827.

(26) Lettre de la société civile européenne aux décideurs européens en date du 13 septembre 2021 ; *Clean clothes campaign, ECCHR, PublicEye et SOMO : "Legislating human rights due diligence : respecting rights or ticking boxes ?"*, jan. 2022, p. 29 ; *A piece, not a proxy*", préc., p. 45 et s.

(27) Articles 7 et 8 de la proposition de directive.

(28) Article 3 de la proposition de directive.

lement obligées de mettre en œuvre d'autres mesures appropriées comme l'adoption de plans préventifs ou correctifs, ou la modification concrète de leurs pratiques d'achat.

En tout cas, le Parlement européen a pris la précaution de préciser qu'un audit ne pourra pas, à lui seul, exonérer l'entreprise de responsabilité : *« Les entreprises qui ont participé à des initiatives sectorielles ou multipartites, à des initiatives multipartites ou à la vérification par un tiers ou à des clauses contractuelles pour soutenir la mise en œuvre d'aspects spécifiques de leurs obligations de diligence peuvent toujours être tenues pour responsables conformément au présent article »*[29].

## Quelques pistes pour limiter l'extension illégitime de la force probante des audits sociaux en matière de respect des droits humains

Les premières décisions ci-dessus évoquées confirment l'existence d'une tendance naturelle à se fier aux appréciations des auditeurs, voire à la parole des entreprises. Ceci sans les précautions qui devraient pourtant s'imposer compte tenu des failles ci-avant rappelées et même, dans certains cas, de la superficialité des éléments produits par les entreprises[30].

Plus ou moins consciente, elle semble pouvoir s'expliquer au moins en partie par l'ampleur des vérifications en cause.

Pour apprécier la force probante des conclusions d'un audit, les juges devront en effet s'intéresser à des considérations commerciales opérationnelles qu'ils et elles ne maîtrisent peut-être pas, telles que des politiques d'achat, les particularités d'un secteur, d'une chaîne de valeur, etc. Sans compter que la complexité et la variété des systèmes de notation utilisés peuvent rendre l'interprétation des rapports d'audits laborieuse. Autant de raisons pour lesquelles il peut être tentant d'avaliser les appréciations formulées par des tiers qui semblent mieux renseignés.

Mais cette situation accentuerait l'autorégulation et le risque de dérives y afférent. Il apparaît donc indispensable de l'éviter.

À cette fin, plusieurs pistes de solutions semblent envisageables pour favoriser l'indépendance de la justice tout en tenant compte de la lourdeur de la tâche des magistrats.

### Le rappel des attributions du juge et l'exercice de son entier pouvoir d'appréciation

Tout d'abord, les juges pourraient envisager de rappeler leurs attributions afin de réduire l'empiètement de la part des auditeurs, qu'il soit délibéré ou non. Ces rappels pourraient tenter de contenir un glissement de plus en plus marqué : celui de l'État qui se retire de sa fonction régalienne d'inspection du travail[31] au profit d'acteurs économiques privés, corrélativement de plus en plus puissants.

En effet, en pratique, les rapports d'audit comportent des relevés *a priori* factuels[32], longs et techniques, résumés dans le cadre d'appréciations synthétiques. Or, ce travail d'appréciation peut emporter des conséquences juridiques et appartient donc au juge et à lui seul.

En outre, il apparaît essentiel d'apprécier la fiabilité des contrôles effectués et des résultats de l'audit à l'aune d'autres sources pertinentes tenant au contexte géographique et politique, au secteur et aux types d'atteintes visées. À titre d'exemple, il semble plus facile de déceler l'absence de fiabilité d'un audit retenant une liberté syndicale totale au sein d'une usine colombienne lorsque l'on est informé du contexte de répression syndicale en place en Colombie.

### Le recours à l'expertise judiciaire

Ensuite, l'analyse d'audits sociaux pourrait donner lieu à expertise judiciaire. L'analyse d'audits nécessite en effet des compétences techniques ou opérationnelles dépassant la sphère juridique. Et ce domaine ne semble *a priori* pas moins indiqué que les terrains d'élection traditionnels de l'expertise judiciaire tels que les désordres immobiliers, les valorisations de parts sociales, ou encore les troubles psychiatriques.

L'expertise judiciaire n'est pas ici préconisée comme une panacée. Elle semblerait utile dans la mesure où elle rétablirait de l'objectivité tout en soutenant les juges sur des points opérationnels, par l'intermédiaire de professionnels ayant prêté serment et dont l'expertise aura pu être évaluée.

Ce soutien pourrait notamment porter sur :

- l'analyse du mode opératoire de l'audit (visites annoncées ou non, durée et nombre d'auditeurs par rapport à

(29) Cf. l'amendement 303 adopté par le Parlement européen le 1er juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises.

(30) En pratique, les opérations de vérifications que les entreprises peuvent qualifier elles-mêmes d'audits sont extrêmement variées. Ainsi, il est arrivé que certains des éléments documentaires fournis par une entreprise en guise de preuves de vigilance correspondent exclusivement à des comptes rendus de réunions, sans aucune démarche de contrôle ni documentaire ni sur site, ni externe ni interne.

(31) Rapport de l'ONG SOMO : *"A piece, not a proxy"*, nov. 2022, p. 38 ; G. Delalieux, Audit et certification : une véritable industrie, Revue Projet, vol. 361, n° 6, 2017, p. 80-87.

(32) Relevés dont on rappellera que la fiabilité peut être douteuse compte tenu de l'incitation à la falsification dans certains cas et de l'intérêt de l'auditeur à satisfaire le commanditaire de l'audit dans tous les cas.

la taille de l'usine, qualifications des auditeurs, modalités des entretiens avec les travailleurs et travailleuses, association des organisations syndicales) ;

- son mode de financement (par l'entreprise donneuse d'ordre, par le fournisseur audité) ;
- le système de notation choisi par l'auditeur (hiérarchie des degrés de gravité attribués aux typologies de violations, méthode de pondération) ;
- le relevé exprès des éléments non contrôlés ou en tout cas non inclus au rapport (par exemple, relever que les politiques d'achat ne sont pas annexées au rapport d'audit, ou encore que le rapport n'identifie pas de mesures correctives ou ne précise pas si des mesures correctives précédemment recommandées ont été mises en œuvre) ;
- la mise en exergue des contrôles qui concernent les griefs allégués en l'espèce et présentent donc une pertinence accrue ;
- les analyses commerciales et/ou opérationnelles nécessaires (par exemple : faisabilité d'une commande au vu des équipements et équipes dénombrés sur place et du délai de production) ;
- la contextualisation des contrôles effectués : contextes géographique et politique, secteur concerné, type d'atteintes visées.

Ces éléments apparaissent déterminants dans l'évaluation de la pertinence d'un audit.

### La limitation expresse de la force probante des audits

Enfin, il apparaît indispensable de retenir un régime probatoire tenant compte des insuffisances structurelles et irrémédiables des audits.

Même si les pistes ci-avant décrites étaient explorées voire mises en pratique, le système resterait par exemple propice aux conflits d'intérêts. Dès lors, dans le cas où certains éléments d'un rapport d'audit apparaîtraient effectivement pertinents à une juridiction, on perçoit mal ce qui justifierait qu'on leur accorde plus de crédit qu'à un rapport d'expertise amiable produit par une partie.

En résumé, un rapport d'audit, aussi favorable qu'il puisse être, et aussi éclairé qu' un juge puisse l'être sur sa signification, ne devrait pouvoir constituer au mieux qu'une mesure parmi d'autres, pas nécessairement appropriée, et insusceptible à elle seule d'exclure un manquement à un devoir de vigilance. Manquement qui, à l'inverse, devrait pouvoir être caractérisé par des éléments établis de façon externe et indépendante à l'entreprise (journalisme d'investigation, recueil sécurisé de témoignages de personnes affectées, rapports d'ONG, *etc*).

Ainsi, il conviendrait, *a minima*, et comme cela se dessine dans la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, de rappeler que les entreprises ayant recours à des audits sont toujours susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour manquement à leur devoir de vigilance.

## Conclusion

Le caractère fondamentalement inadapté des audits comme garantie du respect des droits humains sur les chaînes de valeur mondiales est aujourd'hui bien établi.

Le propos du présent article est qu'il est nécessaire d'en tirer les conséquences juridiques, en particulier sur le plan probatoire. Et ce, dès à présent, compte tenu de la judiciarisation croissante du respect des droits humains par les entreprises.

En pratique, ces vérifications lucratives à la fiabilité enrayée sont déjà automatiquement mobilisées en défense par les entreprises dont la responsabilité en matière de respect des droits humains est recherchée par voie contentieuse.

Les premières appréciations jurisprudentielles de la force probante d'audits, issues de procédures intentées sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, nous éclairent sur les dérives à éviter.

D'un point de vue pragmatique, à défaut de pouvoir exclure les audits et les remplacer par des outils de preuve réellement indépendants et plus adaptés, il convient *a minima* de veiller à ce qu'ils bénéficient d'une force probante limitée, correspondant à leur fiabilité limitée.

Concrètement, les pistes de réponse suivantes semblent pertinentes et mobilisables :

- l'exercice par le juge de son entier contrôle sur le caractère approprié et suffisant ou non des mesures ;
- le recours à des experts et expertes judiciaires indépendants pour décrypter le contenu d'un rapport d'audit ;
- la limitation expresse de la force probante des audits à celle d'une mesure parmi d'autres, pas nécessairement appropriée, et ne permettant pas à elle seule d'exclure une responsabilité pour manquement à un devoir de vigilance.

Quelles que soient les réponses que la pratique judiciaire choisira d'élaborer, elles apparaissent en tout cas indispensables pour éviter qu'une méconnaissance des failles inhérentes aux audits aboutisse à une jurisprudence injustement préjudiciable aux droits humains. ■

LAMY LIAISONS | KARNOV GROUP