

Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été adoptée le 21 février 2017 par l'Assemblée Nationale. Elle a été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel par une décision du 23 mars 2017. Les dispositions validées par la décision du Conseil constitutionnel sont entrées en vigueur le 29 mars 2017.

Elle vise à prévenir les risques ayant abouti à la catastrophe qui avait coûté la vie à plus d'un millier de personnes lors de l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh et impose de mettre en place un dispositif de vigilance qui n'est pas sans rappeler celui imposé par la loi Sapin 2 dans le domaine de la corruption.

A cette fin, la loi impose aux grandes sociétés et groupes français d'établir un plan de vigilance destiné à prévenir et détecter la violation en France ou à l'étranger, par ses filiales et sous-traitants, des droits de l'Homme et de l'environnement et à préserver la santé et la sécurité des salariés impliqués.

Dans l'attente des décrets qui pourront, par la suite, apporter de plus amples précisions sur certains points, notre équipe Investigation & Compliance a composé ce vademécum dans le but de vous aider à vous conformer à ces nouvelles obligations.

Comment se préparer ?

- Quelles sont les entreprises concernées ?
- Quelles sont les personnes responsables de sa mise en place et sa mise en œuvre ?
- Quel doit être le contenu de ce plan de vigilance ?
- Quelles sanctions sont encourues en cas de manquement à ce plan de vigilance ?

Quelles sont les entreprises concernées ?

Sont concernées les sociétés anonymes et les SAS qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs:

- au moins 5.000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ;
- ou 10.000 salariés au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

L'application du texte concernera l'activité de la société et de celles qu'elle contrôle au sens du II de l'article L.233-16 du code de commerce, directement et indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Qu'entend-on par sociétés contrôlées ?

Le texte vise les sociétés contrôlées selon le II de l'article L233-16 du code de commerce. Il s'agit d'un véritable contrôle de pouvoir et pas uniquement un contrôle capitalistique puisque le texte vise toutes les situations où une société à un pouvoir sur une autre. Il est caractérisé lorsqu'elle détient un capital majoritaire ou lorsqu'elle a le pouvoir de prendre des décisions en assemblée générale ou de désigner des dirigeants.

Le texte s'applique, que la société soit contrôlée directement ou indirectement, ce qui veut donc dire que les sociétés mères et leurs filiales

seront contrôlées sans aucune limite fixée par la loi, induisant un plan de vigilance très large.

Il convient de noter que les critères du contrôle ainsi retenus par la loi diffèrent de ceux prévus par la loi Sapin 2 qui vise les sociétés contrôlées au sens de l'article L233-3 du code de commerce.

Quels sont les sous-traitants et fournisseurs visés ?

Il ne s'agit que des sous-traitants et fournisseurs qui entretiennent une relation commerciale établie (et donc directe) avec l'entreprise soumise au plan ou avec les sociétés qu'elle contrôle.

Le législateur a précisé que ces mesures ne s'appliquent qu'à la partie de l'activité de ces sous-traitants et fournisseurs qui se rattache à la relation avec le groupe concerné (obs. du Gouvernement, n° 2017-750 DC).

Qu'entend-on par "relation commerciale établie" ?

Cette notion est connue en droit commercial et la conception que la jurisprudence a retenu à son égard devrait a priori s'appliquer, bien qu'elle ait été mise en place dans des circonstances différentes. En effet, la notion de relation commerciale établie sert à pénaliser sa rupture brutale sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce.

Il y a relation commerciale établie lorsque celle-ci revêt un caractère suivi, stable et habituel et où les parties peuvent raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial.

Les "*relations commerciales*" doivent en outre s'entendre au sens large,

c'est-à-dire qu'elles s'appliquent à toutes relations commerciales, aussi bien à l'achat de produits que de services. Elles s'étendent au-delà des simples relations contractuelles et couvrent toutes formes de relations d'affaires, qu'elles fassent ou non l'objet d'un écrit.

Quelles sont les personnes responsables de sa mise en place et sa mise en œuvre ?

La loi reste silencieuse sur les personnes responsables de la mise en œuvre du texte. Dans le silence de la loi, il ne semble pas que les dirigeants de la société puissent engager leur responsabilité personnelle en cas de manquement dans la mise en œuvre du plan. Seule la personne morale sera responsable.

La loi indique par ailleurs que:

"Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale."

La loi ne précise pas qui sont ces "parties prenantes" et s'il s'agit, comme on peut le penser, d'associations professionnelles, de partenaires sociaux, d'organisations non gouvernementales ou encore d'association de défense des consommateurs.

Quel doit être le contenu de ce plan de vigilance ?

Le plan de vigilance doit être contenir les mesures suivantes :

- Une **cartographie des risques** destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- Des **procédures d'évaluation régulière** de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ?
- Des **actions adaptées d'atténuation des risques** ou de prévention des atteintes graves ?
- Un **mécanisme d'alerte et de recueil des signalements** relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ?
- Un **dispositif de suivi des mesures mises en œuvre** et d'évaluation de leur efficacité.

En quoi consiste la cartographie des risques prévue par la loi ?

La loi impose la mise en œuvre d'une cartographie des risques. La cartographie des risques est un document destiné à identifier, analyser et hiérarchiser les risques de violation des droits fondamentaux et protecteurs la santé et la sécurité des personnes ainsi que de l'environnement en fonction notamment de son secteur d'activité et des zones géographiques où elle intervient.

A cet effet, la cartographie des risques peut, *a minima*, consister à :

- Identifier les facteurs de risques (notamment opérationnels) tenant notamment au secteur d'activité de la société, aux zones géographiques de son activité, à ses interactions avec les personnes publiques et à l'usage qu'elle fait d'intermédiaires;
- Evaluer les risques considérés tant en terme de probabilité que d'intensité;
- Evaluer l'impact des mesures de prévention existantes sur ces risques;
- Evaluer les risques résiduels et déterminer si des mesures préventives complémentaires s'imposent.

La cartographie devra être actualisée de façon régulière en tenant compte de l'évolution de l'organisation (acquisition, changement de stratégie commerciale, nouveaux marchés...).

Sa définition est inspirée de la celle figurant à l'article 17 de la loi Sapin 2. Les deux exercices de cartographie pourraient favorablement être menés conjointement.

En quoi consistent les procédures d'évaluation devant être mises en place concernant la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie?

La loi impose la mise en place de procédures d'évaluation de la situation des filiales et des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Il s'agit de diligences raisonnables (due diligence) ayant vocation à s'assurer qu'ils ne présentent pas de risque en matière de violation des droits de l'homme, de l'environnement, et de la sécurité et de la santé de ses salariés.

Ce processus impliquera que chaque filiale, fournisseur ou sous-traitant concerné transmette l'ensemble des informations nécessaires pour s'assurer de ses processus internes de prévention des risques concernés afin que la société ne participe pas, par son intermédiaire, à la violation des droits fondamentaux protégés par le texte.

Dans le silence de la loi et sur le modèle des dispositions de la loi Sapin 2, on peut imaginer que ces diligences, pouvant être menées au moyen de questionnaires, de vérifications à partir d'informations publiques ou confiées à des sociétés spécialisées, impliquent notamment:

- Des vérifications sur l'engagement du partenaire ou de la filiale quant au respect des droits visés par le texte ;
- Des vérifications sur les processus de contrôle interne sur ces problématiques, sur l'ensemble de la chaîne de production et d'approvisionnement ;
- L'analyse de *red flags* éventuels ;
- La capacité de la filiale ou du partenaire à prendre des engagements contractuels en matière de prévention des risques d'atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement ou à la santé et la sécurité de ses employés.

Ces procédures devront être plus ou moins approfondies en fonction du résultat de la cartographie des risques et des risques pays.

En quoi consistent les actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves imposées par la loi ?

La loi est muette sur le contenu de ces actions.

L'entreprise pourra donc se reporter aux référentiels internationaux prévus en la matière, par exemple les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme et de nombreuses autres normes (OCDE etc.).

A titre d'exemple, les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme invitent à établir un processus permettant "chaque fois que possible, d'évaluer la situation des droits de l'homme avant de lancer un projet d'activité commerciale; identifier qui pourrait être touché; répertorier les normes et questions pertinentes en matière de droits de l'homme; et anticiper de quelle manière le projet d'activité et les relations commerciales qui en découlent pourraient avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme des acteurs identifiés. Au cours de ce processus, les entreprises devraient accorder une attention particulière aux incidences spécifiques sur les droits de l'homme des individus appartenant à des groupes ou des populations qui peuvent être plus exposés que d'autres à la vulnérabilité ou à la marginalisation et prendre en compte les risques différents qu'encourent les hommes et les femmes."

En matière de sécurité des salariés, les entreprises pourront s'inspirer des dispositions applicables en matière de droit du travail prévues par l'article L. 4121-2 du Code du travail¹

¹ Art. L. 4121-2 : "L'employeur met en œuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants: 1o Éviter les risques; 2o Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités; 3o Combattre les risques à la source; 4o Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et

En matière de risques environnementaux, les entreprises pourront s'inspirer des dispositions du Code de l'environnement prévues aux articles L. 110-1 et L. 512-1 à 7 et de leurs applications réglementaires selon lesquelles l'entreprise est invitée à mettre en place des dispositifs de détection des activités polluantes, de dispositifs de réduction des rejets, ou l'établissement de règles de conception de produits générant moins de déchets dangereux etc.

En quoi consiste le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques ?

La loi impose la mise en place d'un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et portant sur l'existence de violation des droits protégés par la loi.

Aucune information complémentaire n'est proposée par la loi.

Toutefois, les travaux parlementaires indiquent que ce dispositif pourra s'inspirer de celui imposé par l'article 17 de la loi Sapin 2.

des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé; 5o Tenir compte de l'état d'évolution de la technique; 6o Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux; 7o Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral» (L. no 2012-954 du 6 août 2012) «et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1 (L. no 2016-1088 du 8 août 2016, art. 5) », ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1»; 8o Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle; 9o Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

En quoi consiste le dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité ?

La loi impose aux sociétés concernées de mettre en place un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de l'efficacité des obligations contenues dans le plan de vigilance.

Il est vrai que tout programme de conformité a vocation à évoluer et donc à être périodiquement évalué. Des audits visant à tester l'efficacité de son fonctionnement au sein de la société devront être menés de façon régulière. Ces audits pourront ainsi s'assurer de l'effectivité des procédures en place et de l'adhésion des salariés aux règles de conformité qu'il impose.

Indépendamment de ces audits réguliers, les sociétés doivent également veiller à ce que leur programme de conformité suive les évolutions de l'entreprise. Par exemple, en cas de changement de stratégie, d'opération de croissance externe ou de conquête de nouveaux marchés comportant des risques nouveaux, les mesures de prévention devront être réévaluées.

Quelles sanctions sont encourues en cas de manquement à ce plan de vigilance ?

Quelle est la procédure de sanctions ?

Lorsqu'une société mise en demeure de mettre en place un plan de vigilance répondant aux exigences de la loi n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter.

Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins.

Les dispositions relatives à la condamnation au paiement d'une amende civile ont été censurées par le Conseil Constitutionnel au motif que les obligations incombant aux sociétés visées étaient définies en des termes insuffisamment clairs et précis pour qu'une sanction puisse être infligée en cas de manquement sans contrevenir au principe de légalité des délits.

Quel est le contenu des sanctions prévues en cas de manquements à ce plan de vigilance ?

En cas de dommage directement lié à la non-exécution ou aux manquements d'un plan de vigilance mis en place par le groupe, la société mère devra réparer le dommage subi par les victimes justifiant d'un préjudice et d'un lien de causalité avec la non-exécution précitée,

conformément au droit commun de la responsabilité civile. Pour cela, la victime devra démontrer que son préjudice présente un lien de causalité avec des éventuelles insuffisances ou l'éventuelle inexistence du plan de vigilance au sein de la société mère.

Sur ce plan, le législateur a donc opté pour une responsabilité civile extracontractuelle fondée sur la faute, la négligence ou l'imprudence, par renvoi aux principes généraux des articles 1240 et 1241 du Code civil.

Il ne saurait être question ici d'une obligation de résultat puisque la société-mère ne peut avoir la maîtrise opérationnelle sur ses filiales et leurs partenaires économiques et qu'elle n'est tenue qu'à un devoir de

vigilance raisonnable.

Authors



Thomas Baudesson
Avocat à la Cour

T: +33 1 44 05 54 43
E: thomas.baudesson
@cliffordchance.com



Charles-Henri Boeringer
Avocat à la Cour

T: +33 1 44 05 76 49
E: charles-henri.boeringer
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, 1 rue d'Astorg, CS 60058, 75377 Paris Cedex 08, France

© Clifford Chance 2017

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.