Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

Responsabilité juridique des entreprises

Paul Mougeolle

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2970>

DOI : 10.4000/revdh.2970

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Paul Mougeolle, « Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 février 2017, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2970> ; DOI : 10.4000/revdh.2970

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

Responsabilité juridique des entreprises

Paul Mougeolle

- 1 Les chaînes de production mondialisées sont le théâtre de violations graves et systématisées des droits et libertés. A titre d'exemple, l'Organisation Internationale du Travail estime, que, plus de 21 millions de personnes sont assujetties au travail forcé dans le monde aujourd'hui¹. Les incendies mortels à la *Baldia Factory* et à la *Tampaco Packaging Factory* montrent par ailleurs à quel point les catastrophes du type de *Rana Plaza* sont un phénomène récurrent dans les pays en développement ayant une forte industrie du textile comme le Pakistan et le Bangladesh². La société civile réclame une prévention plus efficace en amont, c'est-à-dire un renforcement de la transparence et des mécanismes de responsabilité.
- 2 Tel est l'objet de la proposition de loi (PPL) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en examen actuellement au Parlement : prévenir les atteintes graves aux droits de l'homme et à l'environnement le long de la chaîne d'approvisionnement en obligeant les *sociétés dominantes*³ des plus grandes *entreprises transnationales*⁴ à faire preuve de vigilance. Pour ce faire, cette proposition prévoit l'obligation, pour les plus grandes entreprises dont la société mère est une société anonyme française (SA), d'établir un « plan de vigilance »⁵. Ce plan a vocation à mettre en œuvre le devoir de vigilance de manière transparente. Autrement dit, il consiste à contrôler les sociétés *dépendantes économiquement*, c'est-à-dire les filiales directes et indirectes, ainsi que les sous-traitants et ses fournisseurs. Les modalités et l'efficacité de

la surveillance, y compris l'identification des risques, doivent en outre être communiquées publiquement.

- 3 Si une personne intéressée (cf. les parties prenantes de l'entreprise⁶) constate le défaut d'établissement ou un manquement à une des obligations du plan, celle-ci pourrait saisir le juge afin d'enjoindre l'entreprise à le mettre en œuvre correctement⁷. Une amende dite « civile » de 10 millions d'euros est même prévue pour assurer l'effet dissuasif de la procédure⁸. Enfin, si un dommage survient en raison d'un plan carencé, l'entreprise encourt une responsabilité civile, un triplement de l'amende ainsi qu'une sanction « réputationnelle », voire une exécution sous astreinte⁹. Ainsi, cette loi est constituée d'un éventail de sanctions assez large et fort pour assurer son efficacité.
- 4 Les législateurs ont conceptualisé un devoir de vigilance qui s'inscrit dans le cadre des articles 1240 et 1241 du Code civil (anciens art. 1382 et 1383)¹⁰. Il ne s'agit dès lors pas d'une responsabilité du fait d'autrui, sinon l'art. 1242 (ancien art. 1384) aurait été choisi¹¹. Ainsi, la société mère ou donneuse d'ordre sera responsable seulement si elle a failli à la surveillance des dominées, c'est-à-dire si elle n'a pas mis en œuvre les mesures pertinentes pour éviter ou atténuer le dommage. Il s'agit donc d'une obligation de moyens¹² et non de résultat¹³. Cet équilibre semble plutôt bien refléter les objectifs et les modalités de la mise en œuvre du concept de *soft-law* de « *diligence raisonnable* »¹⁴. Son introduction en *hard-law* ne semble donc pas porter atteinte au principe d'autonomie des personnes morales.
- 5 Pourtant, les sénateurs arguent que cela introduit « une forme dégradée de responsabilité pour la faute d'autrui » en potentielle contradiction avec le principe constitutionnel de responsabilité¹⁵. De plus, d'après eux, le texte ne respecte ni le principe constitutionnel de clarté de la loi, étant donné le référentiel matériel imprécis (protection des droits de l'homme et de l'environnement), ni le principe de légalité des peines, vu que l'amende civile a un caractère pénal et sanctionne une obligation elle-même mal définie¹⁶. En outre, selon les parlementaires de la deuxième chambre, en raison du fait que la France serait la seule à introduire une telle mesure, sa mise en vigueur porterait atteinte de manière disproportionnée à son attractivité économique et à la compétitivité des entreprises françaises¹⁷. Cet argument de nature économique semble toutefois revêtir également un caractère juridique, car le Conseil constitutionnel semble inclure de telles analyses économiques lorsqu'il interprète le principe de liberté d'entreprendre¹⁸. Enfin, même si cela n'a pas encore été réellement allégué par l'opposition parlementaire, il n'est pas certain que le champ d'application personnel de la loi soit conforme au principe d'égalité devant les charges publiques, tant les critères choisis semblent peu justifiables au regard de l'objectif de la PPL¹⁹.
- 6 Dès lors, alors que le Sénat a récemment rejeté le texte en nouvelle lecture en faisant voter une motion d'irrecevabilité en raison de sa prétendue inconstitutionnalité²⁰, il est intéressant de se demander, avant une éventuelle adoption définitive par l'Assemblée Nationale²¹, et, le cas échéant, avant une très probable saisine du Conseil constitutionnel par les sénateurs, dans quelle mesure cette PPL est conforme à la constitution.
- 7 Dans le but de répondre à cette question, nous essayerons de démontrer tout d'abord que cette PPL semble bien conforme aux exigences constitutionnelles et techniques de clarté, de légalité des peines et de responsabilité (1°).
- 8 Par la suite, nous essayerons de montrer, qu'en raison du fardeau trop important que représente la PPL pour les sociétés mères visées par ce texte, la conformité du texte au

regard du principe de la liberté d'entreprendre et d'égalité devant les charges publiques est incertaine

9 (2°).

1°/- La conformité de la proposition de loi aux exigences juridiques de clarté, de légalité des peines et de responsabilité

- 10 Au fur et à mesure du parcours législatif, l'obligation de vigilance a gagné en clarté : le type de mesures que doit contenir le plan de vigilance est bien défini et le référentiel matériel est plus précis et plus réaliste à mettre en œuvre (A). En outre, les conditions dans lesquelles l'amende civile prévue au titre d'un défaut d'établissement ou d'un manquement aux obligations du plan peut être infligée, semblent également satisfaire les exigences du principe de la légalité des peines (B). Enfin, la responsabilité pour manque de vigilance de la société dominante est conforme au principe de responsabilité, à condition que certaines limites définies dans une décision antérieure par le Conseil constitutionnel ne soient pas franchies (C).

A – La clarté de l'objectif et des mesures du plan de vigilance du texte adopté n° 843

- 11 *Manque de clarté de l'objectif et des normes matérielles de référence ?* La PPL n° 2578 a été beaucoup critiquée pour son manque global de clarté juridique, en particulier son objectif, qui est de prévenir les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement. Les opposants allèguent donc des « *incertitudes liées aux normes de référence* »²². Il est vrai que le texte de loi ne renvoie à aucune norme matérielle ni à aucun set de normes du droit international ou du droit interne. Pour les opposants, la simple référence à la protection des droits de l'homme et de l'environnement est trop large et trop imprécise. Selon eux, il n'est pas clair si les entreprises doivent prendre en considérations les normes françaises, étrangères ou internationales de *soft-law* lorsqu'elles exercent la diligence requise²³. Par ailleurs, l'idée de base des rédacteurs de la PPL n° 2578, qui était de préciser les obligations du plan par décret, ne constituait pour les sénateurs ni une « *garantie satisfaisante ni suffisante* »²⁴. Il faut donner raison ici aux parlementaires de la deuxième chambre : la présentation de la PPL avant l'examen des textes par le Parlement ne satisfaisait pas à l'exigence d'intelligibilité de la loi.
- 12 *Le dernier texte adopté par l'Assemblée Nationale satisfaisant par rapport à l'exigence de clarté.* Même si le texte adopté par l'Assemblée Nationale n° 843 (en nouvelle ou 3^{ème} lecture) ne renvoie toujours pas à des normes ou un set de normes, son objectif a néanmoins gagné en précision. Il s'agit désormais de « *prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ». L'ajout du simple adjectif « grave » permet d'indiquer que seuls les droits fondamentaux et environnementaux les plus importants seront concernés par l'exercice de surveillance. Les détracteurs à la loi rétorqueront probablement que cela n'est pas suffisant, et/ou que les droits humains sont indivisibles et non destinés à faire l'objet d'une hiérarchisation. Cela est toutefois contredit par certains textes et interprétations du droit international public et certaines notions du droit interne.

- 13 *L'atteinte caractérisée définie par des textes de droit international public.* En effet, le Guide Interprétatif des Principes Directeurs des Nations-Unies, texte agréée par la France au sein du Conseil des Droits de l'Homme et duquel provient notamment l'inspiration de la PPL, donnent notamment une définition des atteintes caractérisées aux droits de l'homme :
- Il n'existe pas une seule et unique définition des atteintes caractérisées aux droits de l'homme en droit international, mais elles comprennent généralement les pratiques suivantes : génocide, esclavage et pratiques analogues, exécutions sommaires ou arbitraires, torture, disparitions forcées, détention arbitraire et prolongée et discrimination systématique. D'autres types d'atteintes aux droits de l'homme, notamment les droits culturels, sociaux et économiques, peuvent aussi être considérés comme des atteintes caractérisées si elles sont graves et systématiques, par exemple les violations à grande échelle ou qui visent des groupes spécifiques de la population.²⁵
- 14 En d'autres termes, il s'agit d'un concept incluant un set de normes un peu plus large que celles classiquement énoncées dans le cadre du *jus cogens*²⁶.
- 15 *La prise en compte des atteintes graves par la notion d'ordre public international.* Dès lors, le concept d'atteintes « graves » ou « caractérisées » aux droits de l'homme et à l'environnement peut définitivement être rapprochée d'une notion de notre droit interne, à savoir celle d'*ordre public international*²⁷. Or, cette notion, même si elle est tout autant difficile à appréhender, est bien reconnue par les juridictions françaises²⁸. Elle renvoie à des standards internationaux reconnus par consensus et devant être appliqués universellement²⁹.
- 16 *Exemples de pratiques à prévenir.* Ainsi, en matière du droit du travail, il s'agira de vérifier si les entreprises subordonnées économiquement respectent bien les huit conventions fondamentales de l'OIT³⁰, mais il ne s'agira pas, par exemple, de faire respecter une parité hommes-femmes dans les organes de direction des entreprises. Par rapport aux tiers pouvant subir l'impact de certaines activités industrielles des entreprises, il s'agira d'examiner si ces activités ne peuvent pas porter atteinte à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété, la propriété privée (ou à d'autres droits du Pacte International relatif aux droits civils et politiques) ou si cela les prive par exemple des ressources nécessaires à leur subsistance (ou d'autres violation massives du Pacte International relatif aux droits sociaux, économiques et culturels)... Enfin, en matière environnementale, il s'agira d'évaluer, par exemple, si les pollutions à grande échelle comme les marées noires, les pollutions atmosphériques intenses, ou encore d'autre type d'atteintes pouvant être qualifiées d'« écocide » ou d'« écocrime caractérisés »³¹, sont prévenues efficacement.
- 17 *Manière d'agir pour identifier et évaluer les risques : application du principe de prévention.* En ce qui concerne l'identification et l'évaluation des risques, l'entreprise doit se laisser guider *a minima* par le principe de *prévention*³². Les risques *avérés* (d'un point de vue scientifique) sont donc visés. Cependant, cette PPL ne s'oppose évidemment pas à ce que les risques scientifiques *potentiels* soient également pris en compte.
- 18 *La question de l'intégration des préoccupations du changement climatique dans ce cadre.* Une question se pose toutefois quant à l'appréhension des activités émettrices de gaz à effet de serre dans l'optique de prévenir la réalisation du changement climatique. Il s'agit d'un dommage irréversible, qui concerne notre sécurité commune sur la planète, dont nous sommes à présent *certain* qu'il adviendra dans le futur, si nos mesures d'atténuation se révèlent insuffisantes. Or, pouvons-nous considérer, depuis l'adoption de l'Accord de

Paris, que les sociétés dominantes soient également obligées de participer à la réalisation de cet objectif par le biais du devoir de vigilance ? Sans pour autant prévoir une application horizontale directe aux personnes privées, l'Accord fixe néanmoins un objectif *universel*³³ et *contraignant* de contenance de l'élévation de la température moyenne de la planète³⁴. On peut dès lors considérer sans aucun d'un doute que le but de cette convention fait partie de l'ordre public international. Les conditions juridiques sont donc remplies pour insérer la lutte contre le changement climatique dans le cadre de la PPL. Ni le fait qu'une multitude d'acteurs concourent à la réalisation de ce dommage³⁵, ni le fait qu'il s'agisse d'un préjudice futur³⁶ ne changent les données juridiques. Cela signifie concrètement, qu'à l'image de l'affaire *Urgenda c. Pays-Bas*,³⁷ où l'Etat des Pays-Bas a été condamné pour ne pas avoir adopté les mesures de réduction des émissions de GES, qu'une entreprise multinationale pourrait cette fois-ci être contrainte de diminuer ses émissions de gaz à effet de serre. En revanche, même si certaines victimes subissent déjà les conséquences du changement climatique³⁸, il semble irréalisable de condamner une entreprise à des dommages et intérêts, puisqu'il n'est pas possible - du moins, jusqu'au jour d'aujourd'hui - de déterminer la part de responsabilité de chaque activité émettrice de GES³⁹.

- 19 Les références matérielles du plan de vigilance sont désormais relativement claires. Les « atteintes graves » doivent être évitées ou atténuées, c'est-à-dire les droits et les objectifs faisant l'objet d'un consensus international et dont la protection est essentielle pour l'homme et/ou pour l'environnement. Ce genre de notions a l'avantage d'être assez souple mais aussi assez précis afin de revêtir une fonction juridique. Cela permet d'éviter d'énumérer une liste excessivement longue de droits et devoirs pouvant elle-même évoluer au fil du temps et de faire face à une diversité de situations ne pouvant être forcément prévisible à l'avance. La notion garantit donc un haut niveau de protection, tout en restant suffisamment intelligible.
- 20 *Présentation du plan de vigilance.* En ce qui concerne le type de mesures que doit contenir le plan de vigilance, celles-ci sont énumérées de manière également très claire par le texte adopté n° 843 à l'art. 1 al. 4 à 9. En effet, le plan doit contenir :
- « 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
 - « 2° 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 ;
 - « 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
 - « 4° 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 ;
 - « 5° (nouveau) Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.
- 21 La loi reste toutefois silencieuse sur les modalités de présentation des risques identifiés, notamment en ce qui concerne le degré de précision et de détails. Il paraît important que le législateur précise cela dans le texte de loi et non par décret, dans la mesure où cela peut avoir trait à une certaine conception du secret des affaires et la réputation de l'entreprise. Or, il n'est pas exclu, au regard de la jurisprudence Sapin 2, que le Conseil constitutionnel considère qu'une transparence complète dans ce domaine porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'entreprendre⁴⁰.

- 22 En outre, la PPL n'indique pas si elle oblige à communiquer les risques s'étant déjà réalisés. Toutefois, étant donné que l'objectif de la loi est de *prévenir* les dommages, on peut en déduire que les risques s'étant déjà réalisés ne doivent pas figurer dans le plan. Une action en responsabilité est par ailleurs prévue par l'art. 2 de la PPL en cas de survenance de dommage. Dès lors, la partie relative à la prévention, incarnée par le plan de vigilance, ne devrait pas aborder les risques s'étant déjà réalisées.
- 23 Cela n'est toutefois pas aussi simple à transposer. Comment doit communiquer une entreprise, lorsque certains travailleurs étrangers sont soumis à des conditions de travail 'indignes' d'un point de vue occidental, mais tout à fait normales selon les standards du pays d'accueil ? S'agit-il d'un risque s'étant déjà réalisé ou devant encore être prévenu ? Il est certain que l'entreprise ne pourra pas être jugée responsable pour les standards du pays d'accueil. Néanmoins, l'entreprise devrait tout de même communiquer ces pratiques et essayer d'en améliorer les conditions.
- 24 *Silence du texte concernant l'application extraterritoriale du devoir de vigilance.* Le texte ne précise pas si le plan de vigilance est applicable de manière extraterritoriale, c'est-à-dire aux filiales et aux relations commerciales étrangères. Cela est évidemment regrettable, car, selon l'exposé des motifs, cela est clairement l'objectif de la loi⁴¹. En raison de ce silence, les entreprises pourraient éventuellement contester sa portée extraterritoriale. Toutefois, la manière dont est rédigée la PPL ne permet normalement pas d'exclure les sociétés étrangères du dispositif. En effet, en déterminant quelle(s) SA française est concernée par l'obligation de vigilance⁴², aucune restriction territoriale est attachée à sa mise en œuvre⁴³. Le droit d'exercer un contrôle sur une filiale n'est notamment pas soumis à une quelconque restriction géographique. La deuxième variante du champ d'application personnel (SA avec 10 000 employés en son sein et/ou dans ses filiales directes et indirectes françaises ou étrangères) peut en attester. Le plan a donc bien une portée extraterritoriale.
- 25 De surcroît, les rédacteurs de la PPL n° 2578 comptent faire appliquer la loi directement dans les litiges transfrontaliers, en lui conférant le statut de loi de police⁴⁴. Cependant, comme l'indique un certain auteur, la question de savoir si une loi revêt un caractère impératif ou non est très délicate⁴⁵. Il aurait donc été plus simple, de préciser les modalités d'application extraterritoriale au sein même du corps du texte, au lieu de laisser le juge interpréter des questions aussi importantes⁴⁶.
- 26 *Manque d'intelligibilité concernant le périmètre d'application du devoir de vigilance par rapport aux sous-traitants et aux fournisseurs.* Enfin, les sénateurs arguent que « la rédaction ne permet pas de déterminer si sont seuls visés les sous-traitants et fournisseurs de la société mère ou si sont également visés ceux des sociétés contrôlées par la société mère »⁴⁷. L'al. 3 de l'art. 1 du texte n° 843 énonce :
- « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. »
- 27 Bien que cet alinéa soit particulièrement long et laborieux, la dernière proposition de l'alinéa, introduite par la conjonction « *lorsque* », indique bien un devoir de prise en compte des activités des sous-traitants et des fournisseurs de la société mère et des

filiales, car ces activités sont rattachées à la *relation de contrôle* de ces dernières sociétés. En effet, sauf à commettre un non-sens, il est nécessaire de faire renvoyer le dernier terme de l'alinéa – « *relation* » – à la relation de contrôle entre la mère et les filiales et non à « *la relation commerciale établie* ». Le contraire indiquerait que les activités rattachées à la relation commerciale établie doivent être pris en compte. Or, cela est déjà déterminé par l'avant dernière proposition de l'alinéa introduite par « *ainsi que* ». Ainsi, conformément à l'intention des rédacteurs⁴⁸, le texte n° 843 attribue bien au devoir de vigilance une portée pouvant atteindre les sous-traitants et les fournisseurs des filiales, s'il s'agit de relations commerciales établies. Il faut toutefois concéder, encore une fois, qu'une rédaction plus simple aurait permis plus de clarté. Une censure de la part du Conseil constitutionnel est donc également peu probable sur ce point, mais cette formulation pourrait entraîner des contestations par les personnes visées par le texte.

- 28 Dans l'ensemble, nous pouvons considérer que les dispositions sur le plan de vigilance sont assez claires pour être considérées comme étant conformes à la Constitution. Est-ce le cas également pour l'amende civile par rapport au principe de légalité des peines ?

B – La conformité de l'amende civile relativement au principe de la légalité des peines

- 29 *Résumé des griefs d'inconstitutionnalité.* L'amende civile, qui permet de sanctionner l'inobservation des obligations du plan de vigilance, a incontestablement un caractère comminatoire voir quasi pénal, en raison du montant potentiellement élevé⁴⁹. Or, pour que cette sanction hybride soit constitutionnellement conforme, il faut qu'elle soit suffisamment encadrée et précise en accord avec le principe de légalité des délits et des peines.
- 30 *La précision suffisante du texte d'incrimination : le devoir de vigilance.* Tout d'abord, étant donné que le plan de vigilance est considéré comme étant assez clair avec l'adoption du texte n° 843, le texte d'incrimination de l'amende civile est de ce fait assez précis.
- 31 *Le régime procédural de sanction de l'inobservation des obligations du plan.* Concernant les modalités de son application, l'amende s'inscrit dans le cadre du régime procédural de l'injonction de faire prévu par la création de l'art. L. 225-102-4 al. 2 du Code de commerce. Les conditions dans lesquelles cette sanction peut être prononcée se sont également quelque peu éclaircies au fur et à mesure du parcours législatif. Le texte prévoit un mécanisme d'injonction classique devant le président du tribunal de commerce (mise en demeure, injonction, astreinte) pouvant être enclenché par toute personne intéressée.
- 32 Le fait qu'une telle opportunité soit laissée aux parties prenantes, et qu'elle ne soit pas réservée à une autorité de contrôle, est en accord avec le but recherché par la PPL. Elles sont notamment les mieux placées pour contrôler la conformité de l'entreprises aux exigences du plan de vigilance, quel que soit le territoire où elles se trouvent. Le système de l'injonction semble donc adapté et opérationnel pour assurer la mise en œuvre du plan de vigilance. En revanche, vu que cette action comprend la possibilité d'enjoindre les entreprises à divulguer l'identification et l'analyse des risques, cela peut potentiellement être considéré comme un moyen disproportionné étant donné le besoin de préserver le secret des affaires. Ce droit étant couvert par le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, la conformité du plan de vigilance au regard de ce dernier principe sera examinée plus loin dans la seconde partie⁵⁰.

- 33 *Le caractère proportionnel de l'amende civile.* Concernant l'amende, celle-ci n'est qu'une contrainte supplémentaire prévue spécialement pour garantir le respect de cette obligation. Les plus grandes entreprises transnationales étant connues pour leur puissance financière, l'ajout de cette pénalité ne semble pas être disproportionné afin que le plan de vigilance ne soit pas considéré comme une obligation peu contraignante par ces dernières. En d'autres termes, cela renforce l'effet dissuasif du texte, ce qui est particulièrement bienvenu pour ce type d'acteur. Enfin, cette sanction ne peut pas être excessive, puisque le montant sera toujours prononcé « *en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur*⁵¹ ». Le fait que l'amende puisse être majorée à la suite de l'engagement de la responsabilité apparaît également proportionné au but recherché par le texte.
- 34 *Incertitudes concernant les conditions procédurales pour la condamnation par l'amende civile.* Le texte ne précise toutefois toujours pas si cette pénalité peut être infligée seulement si le mécanisme d'injonction de faire n'a pas eu les effets escomptés ou au contraire si elle peut être infligée à la découverte du manquement. Dans le silence du texte, étant donné que l'alinéa sur la condamnation par l'amende civile se situe après l'injonction de faire, on suppose que cette sanction ne peut intervenir qu'après un certain stade de l'échec du mécanisme d'injonction. L'amende civile paraît toutefois superflue puisqu'une injonction sous astreinte semble déjà avoir les mêmes effets dissuasifs que l'amende civile et peut potentiellement atteindre des montants aussi voire plus élevés.
- 35 Néanmoins, cela ne semble pas remettre en cause la constitutionnalité de l'amende au regard du principe de légalité des peines. Enfin, qu'en est-il du régime de responsabilité ? Respecte-t-il les exigences constitutionnelles ?

C – La constitutionnalité du régime de responsabilité du devoir de vigilance sous réserve des limites fixées précédemment par le Conseil constitutionnel

- 36 *Résumé des griefs d'inconstitutionnalité.* Comme il a été vu en introduction, certains sénateurs prétendent que le devoir de vigilance est en « *potentielle contradiction avec le principe constitutionnel de responsabilité, car il pourrait faire naître un régime de responsabilité du fait de la faute d'autrui* »⁵². En d'autres termes, ils reprochent à la PPL l'instauration d'un « *régime dégradé de la responsabilité pour faute d'autrui* »⁵³. Selon eux, ce régime n'est pas justifiable, car les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre ne possèdent pas de pouvoir de *direction* sur les sociétés leur étant subordonnées économiquement.⁵⁴ De surcroît, ils semblent craindre un effet pervers de l'application extraterritoriale, car, en raison de la difficulté d'attirer les sociétés étrangères dépendantes économiquement devant les tribunaux français, ce régime pourrait conférer à ces dernières une certaine immunité : la responsabilité civile, pour les dommages survenant dans la chaîne de production mondialisée, reviendrait dès lors - selon eux - entièrement, exclusivement et donc, injustement, aux sociétés dominantes en France⁵⁵. Enfin, à la suite du texte adopté n° 843 par l'Assemblée Nationale, ils estiment qu'un manquement à une obligation du plan de vigilance ne saurait être suffisant pour faire engager la responsabilité de l'entreprise, étant donné que cela atténuerait la démonstration du lien de causalité⁵⁶.
- 37 *Le devoir de vigilance conceptualisé sous le régime de la responsabilité pour faute personnelle.* Ces griefs d'inconstitutionnalité sont certainement à rejeter, puisque, comme il a été exposé

en introduction, seule la faute de la société dominante peut faire engager sa responsabilité. La loi envisagée ne prévoit pas de responsabilité de la personne morale dominante, si elle a adopté les mesures de vigilance adéquates, indépendamment de la survenance du dommage.

- 38 *Les variations de l'intensité de l'exercice de la vigilance en fonction du contrôle exercé : une obligation de moyens.* Il est vrai que ni la société mère ni le donneur d'ordre ne possèdent un pouvoir de *direction* sur les sociétés dominées. En revanche, ils possèdent une *certaine* aptitude de pouvoir exercé un *contrôle* ou une *influence*. Dès lors, compte tenu de la portée assez large de l'obligation de vigilance, qui doit concerner les filiales directes et indirectes au sens de l'art. 233-16 II du Code de commerce, ainsi que les relations commerciales établies de ces dernières, le législateur a précisé qu'il s'agit d'une obligation « *raisonnable* ». Cet adjectif laisse entrevoir un calibrage de l'intensité des mesures de diligences en fonction du degré de contrôle ou d'influence que la société dominante exerce sur ses dominés. Dès lors, ce régime a vocation à se rapprocher de la réalité économique des grandes entreprises et ne peut être rapproché à un régime de responsabilité du fait d'autrui, qui impliquerait un régime de présomption de responsabilité sans faute et de plein droit⁵⁷, dont la conciliation avec le principe d'autonomie des personnes morales apparaît délicate.
- 39 *Le devoir de vigilance : une obligation déjà reconnue en droit positif.* Toutefois, pouvons-nous accepter la qualification des sénateurs de ce régime, selon laquelle il s'agit d'une forme dégradée de la responsabilité pour faute d'autrui ? Certes, on pourrait qualifier ce régime tel quel, mais il serait conforme au principe de responsabilité. En effet, la Cour de cassation sanctionne déjà la société mère dans le cadre des articles 1240 et 1241 du Code civil (anciens art. 1382 et 1383), lorsqu'elle prend des décisions dommageables pour sa filiale⁵⁸, ou lorsqu'elle était en mesure de prévenir le dommage chez sa filiale⁵⁹. La jurisprudence confirme donc que le devoir de diligence des sociétés mères, axé sur sa faute personnelle, existe déjà dans le droit positif. Nous pouvons dès lors considérer que le mécanisme envisagé par la PPL ne heurte aucun principe de valeur constitutionnelle.
- 40 En ce qui concerne la responsabilité du donneur d'ordre, aucune jurisprudence pertinente ne permet jusqu'ici de déduire la conformité constitutionnelle du mécanisme pour ce type de personnes morales. Néanmoins, même si, d'après la Cour de cassation, « *l'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable, envers les tiers, des dommages causés par son sous-traitant* »⁶⁰, la doctrine considère que le donneur d'ordre pourrait tout de même l'être si un sous-traitant manifestement incompétent est choisi, si des indications nécessaires quant à la tâche à accomplir n'ont pas été données, ou encore si une surveillance a été omise pour prévenir un dommage⁶¹. Un tel cas ne s'est pas encore présenté dans les prétoires français, probablement en raison de la difficulté d'établir la réunion de ces conditions. Cependant, malgré l'absence de jurisprudence dans ce domaine, la PPL ne semble pas opposée à première vue au principe de responsabilité.
- 41 *L'apport de la PPL : assurer l'efficacité de la prévention et alléger la charge de la preuve.* Il est donc possible d'affirmer qu'un certain devoir de vigilance général de la société dominante sur la base de ces articles existe déjà en droit positif. Finalement, la PPL ne vient que l'inscrire dans le marbre de la loi et imposer la transparence de ces mesures afin d'assurer l'efficacité de la prévention. La publication du plan permet en outre d'alléger considérablement la charge de la preuve pour le demandeur : la démonstration du lien de causalité entre le manque au devoir de vigilance et le préjudice sera normalement facilitée. En effet, le plan devra comporter les risques identifiés et les mesures prises pour

prévenir leur concrétisation. La victime pourra alors constater d'elle-même, à l'aune des conditions réelles de la survenance du dommage et des mesures adoptées dans le cadre du plan, si elles étaient réellement suffisantes. La procédure d'injonction et l'amende civile assureront la transparence et l'efficacité du plan. Des éléments seront donc mobilisables afin d'établir la faute et le lien de causalité avec le régime qu'instaure la PPL.

- 42 En revanche, ce renversement *de facto* de la charge de la preuve, qui donne encore plus de crédit à la transparence, semble susciter une nouvelle fois un conflit avec le secret des affaires. Ce droit étant couvert par le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, la conformité du plan de vigilance au regard de ce dernier principe sera examinée ci-dessous en seconde partie⁶².
- 43 *La validation d'une obligation similaire concernant le donneur d'ordre par le Conseil constitutionnel.* En outre, le Conseil constitutionnel a récemment validé un régime similaire d'obligation de vigilance et de responsabilité du donneur d'ordre du fait de la faute du sous-traitant, lorsqu'il a rendu sa décision sur une des dispositions de la loi Savary en matière d'hébergement⁶³. En revanche, il a également fixé certaines limites.
- 44 *La limite dans le temps du devoir de vigilance.* Ainsi, d'après le Conseil, l'obligation de vigilance ne peut excéder la *durée* de l'exécution du contrat de sous-traitance⁶⁴. Cette première limite concernant le champ d'application temporel de l'obligation, a vocation à s'appliquer également pour la PPL : seules les filiales sur lesquelles un contrôle *effectif* (dans le temps) est exercé pourront être concernées par cette obligation. En outre, seuls les sous-traitants et les fournisseurs de la société mère et des filiales, avec lesquels est entretenu une relation commerciale établie (cela implique une relation stable, ancienne et intensive⁶⁵) devront faire l'objet d'une surveillance.
- 45 *Les limites du Conseil constitutionnel données au domaine d'application personnel (ou de la portée) du devoir de vigilance de la loi Savary.* Les juges de la rue de Montpensier ont ensuite fixé deux limites concernant le domaine d'application personnel de l'obligation de vigilance dans le cadre de la loi Savary : seuls les sous-traitants directs et les salariés employés par ces derniers pour l'exécution du contrat de sous-traitance seront concernés par l'obligation de vigilance⁶⁶. Cette double réserve n'a vocation à s'appliquer qu'*en partie* à la PPL, c'est-à-dire seulement en partie aux relations contractuelles, mais en aucun cas à celles qu'entretiennent les groupes de sociétés.
- 46 *Le devoir général de vigilance : une impossible prévention des atteintes dans les chaînes de sous-traitances en cascade ?* Alors que l'art. L.4231-1 du Code de travail, créé par la loi Savary, prévoyait expressément une application du devoir de vigilance même aux sous-traitants indirects. Cette portée du devoir semble avoir été censurée par le Conseil⁶⁷. Le devoir de vigilance ne peut pas avoir une portée dans les chaînes de sous-traitance en cascade. Dans la mesure où le donneur d'ordre initial n'est qu'un tiers au contrat de sous-traitance du bas de la chaîne, cela paraît logique de ne pas lui attribuer un devoir de diligence en raison du manque de proximité. Néanmoins, il paraît imaginable de pouvoir conceptualiser une obligation pouvant avoir un effet 'cascade' jusqu'au bout de la chaîne, en imposant notamment à son cocontractant un certain nombre d'exigences qui devront elles-mêmes être respectées par ses cocontractants respectifs. Quoi qu'il en soit, la PPL ne prévoit qu'une portée pour les relations commerciales établies, ce qui exclut les sous-traitants indirects⁶⁸. Il faut toutefois faire remarquer encore une fois que l'objectif affiché de loi est de lutter contre le renouvellement de drames comme celui du *Rana Plaza*⁶⁹. Or l'entreprise sous-traitante dans ce cas de figure était au bout de la chaîne et le lien qu'elle entretenait avec les entreprises transnationales d'origine française était très indirect et

dilué. La portée limitée de la PPL ne permettrait donc pas de satisfaire pleinement l'objectif poursuivi par le législateur.

- 47 *Sous le régime de la PPL, la surveillance concernera l'ensemble de l'activité des filiales et des sous-traitants.* En ce qui concerne la surveillance des seuls salariés employés pour l'exécution du contrat de sous-traitance, cette réserve ne paraît pas pertinente pour la PPL puisque son objet est plus large et moins précis que la disposition contestée de la loi Savary. En effet, l'al. 2 de l'art. L.4231-1 du Code du travail impose aux donneurs d'ordre de se substituer au sous-traitant et de prendre à sa charge directement l'hébergement des salariés en cas d'hébergement incompatible avec la dignité humaine. La PPL au contraire, n'impose pas une substitution aux obligations des sociétés dépendantes, mais l'adoption de mesures de diligence *raisonnables* afin de *prévenir* les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement pouvant survenir chez ces dernières. Cette obligation de faire se situe seulement en amont, et doit permettre la prévention de tous types de risques, pas seulement ceux liés aux conditions de travail. Dès lors, il n'y a pas lieu de restreindre la portée du devoir de la PPL aux seuls salariés.
- 48 *Sous le régime de la PPL, une obligation de vigilance très étendue pour la société de groupe.* La double réserve ne concernera pas les groupes de sociétés puisque le contrôle laissé à la société mère ne se dilue pas nécessairement en fonction du nombre de filiales interposées entre la filiale indirecte et la société mère. La société 'grand-mère' n'est pas un tiers de la filiale indirecte. Cela est confirmé par la lecture de l'art. 233-16 II du code de commerce. Par ailleurs le contrôle de la société mère d'une filiale porte sur toutes les actions possibles au sein de cette dernière société. La PPL aura donc bien pour objet de prévenir tout type d'atteinte grave aux droits de l'homme et à l'environnement pouvant survenir de l'ensemble de l'activité des sociétés dépendantes.
- 49 *Recours contre le débiteur principal de l'obligation : le problème de l'extraterritorialité.* Concernant les considérants 12 à 13 de la décision QPC rendue sur la loi Savary, ceux-ci ne compromettent pas la PPL⁷⁰. Ils émettent la réserve de ne pas faire disparaître les actions à l'encontre du débiteur principal de l'obligation. La PPL ne fait pas disparaître la responsabilité des sociétés subsidiaires. En revanche, il est vrai qu'il peut exister des difficultés d'agir en justice contre la société subsidiaire active à l'étranger, en particulier lorsque l'accès à la justice y est difficile ou même impossible. C'est donc pour cette raison également que la PPL a été élaborée : pour faciliter l'accès à la justice pour les victimes étrangères, exposées bien souvent à des systèmes juridiques défailants ou non protecteurs de leurs droits⁷¹. Ainsi, avec ce texte, le juge français pourra être sollicité dans le cadre d'une action en responsabilité à l'encontre de la société dominante pour manque de vigilance.
- 50 Une difficulté subsiste pourtant quant à la possibilité d'attirer la société dominée étrangère, potentiellement coresponsable du dommage, devant le juge français. Alors que le juge français pourrait réunir en théorie les actions en responsabilités, puisqu'il s'agit d'actions connexes⁷², il ne peut pas le faire – *a priori* – si la société dominée n'est pas domiciliée sur son territoire⁷³. Cependant, dans une affaire récente, le juge français a accepté sa compétence à l'égard d'une société établie au Gabon, car les demandeurs ont subi un déni de justice à l'étranger⁷⁴. A l'image de cette compétence exorbitante fondée sur le *forum necessitatis*, il y a tout intérêt, pour les besoins de l'efficacité de la justice, que le juge français accepte sa compétence dans le cadre de demandes connexes⁷⁵. Le juge pourrait dès lors départager directement les responsabilités. Pour ce faire, il serait très utile que le législateur précise la possibilité d'étendre la compétence des tribunaux

français à l'égard de défendeurs domiciliés à l'étranger dans le cadre de ce type de demandes connexes, comme le recommande également l'art. 2.2 des principes de Sofia sur le contentieux privé international⁷⁶. Cela permettrait également de rassurer les sénateurs, qui craignent que seule la société dominante établie en France soit jugée à l'avenir entraînant *de facto* une forme dégradée de la responsabilité du fait d'autrui.

- 51 Dans le cas où seule la société dominante est condamnée à la réparation intégrale et *in solidum* du dommage par le juge français, cette dernière pourra répartir de manière extrajudiciaire la dette, en particulier s'il s'agit d'un groupe de sociétés, ou former une action récursoire à l'encontre de la société coresponsable⁷⁷. Toutefois, le même problème de compétence du juge français se pose ici que dans le cadre des demandes connexes. Il serait donc raisonnable, juste et équitable que la PPL prévoie l'extension de la compétence du juge français à l'égard des sociétés dépendantes étrangères pouvant faire l'objet d'une vigilance par les dominantes françaises. Ceci éviterait de surcharger le domaine de responsabilité de la société mère et donneuse d'ordre. Cependant, dans tous les cas où la contribution de la société dominante au dommage n'est que minime ou difficilement estimable, les tribunaux français pourraient toujours sanctionner la société mère ou donneuse d'ordre d'avoir causé un préjudice distinct, qui est celui de la « perte de chance », à l'image de l'arrêt *Serrano*⁷⁸, dans lequel une société mère a été condamnée sur la base des articles 1240 et 1241 du nouveau Code civil.
- 52 *La constatation des infractions par les agents de contrôle français : une limite non pertinente pour la PPL.* Une dernière restriction du Conseil concernait la nécessaire constatation de l'infraction de l'hébergement contraire à la dignité humaine par les agents de contrôle pour pouvoir faire engager la responsabilité du donneur d'ordre⁷⁹. Cette réserve d'interprétation résulte d'une lecture littérale de la disposition contestée de la loi Savary. Toutefois, elle ne semble pas concerner la PPL. En effet, la PPL vise essentiellement des actions de prévention. Une constatation d'infraction n'est par ailleurs pas prévue dans le cadre de ce texte, puisqu'il ne prévoit pas l'application du droit pénal. Il en revient à la victime, conformément aux règles du droit civil, de prouver le préjudice afin de pouvoir faire engager la responsabilité de la société dominante.
- 53 Malgré le silence du texte concernant la compétence du juge français dans le cadre d'une action visant à établir la responsabilité d'une société dépendante établie à l'étranger, le régime du devoir de vigilance semble conforme au principe constitutionnel de responsabilité. Enfin, qu'en est-il du champ d'application personnel de la PPL ainsi que de ses répercussions économiques : sont-ils conformes aux principes constitutionnels économiques d'égalité devant les charges publiques et de liberté d'entreprendre ?

2°/- Les incertitudes constitutionnelles du texte au regard des principes économiques d'égalité et de liberté d'entreprendre

- 54 Malgré un certain manque de rationalité, le champ d'application personnel de la PPL ne semble pas instaurer une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (A). En ce qui concerne la liberté d'entreprendre, s'il est assez clair qu'il semble être atteint, il reste difficile de prédire si l'atteinte est manifestement disproportionnée au regard de l'objectif de la loi (B).

A – Le manque de rationalité du champ d'application personnel : une rupture non caractérisée de l'égalité devant les charges publiques

- 55 *La restriction du champ d'application personnel opérée par la dernière PPL n° 2578.* Les premières PPL sur le devoir de vigilance (n° 1519, n° 1524, n° 1777, n° 1897) s'adressaient à toutes les sociétés françaises. La PPL n° 2578, actuellement en examen au Parlement, a, quant à elle, un champ d'application personnel considérablement restreint. En effet, seules les Sociétés Anonymes (françaises) employant « au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou 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 » sont concernées. Ce champ crée-t-il une rupture d'égalité devant les charges publiques entre les sociétés françaises ?
- 56 *Résumé des griefs constitutionnels.* Le seuil fixé par la PPL, qui résulte d'un compromis avec le gouvernement⁸⁰, est si élevé que seules 150 entreprises devront mettre en œuvre cette nouvelle obligation⁸¹ ce qui exclut notamment certaines entreprises ayant été mises en cause dans le drame du *Rana Plaza*⁸². La prévention de ce genre catastrophes est pourtant le but même de la loi. De ce point de vue, le champ d'application est trop restreint et ne permet pas de satisfaire pleinement l'objectif de la loi.
- 57 En outre, la non-application du texte à d'autres formes de sociétés françaises, en particulier aux Sociétés par Actions Simplifiées (SAS) en raison du cadre que confère l'art. 225-102 du Code de commerce⁸³, n'apparaît pas justifié non plus au regard de l'objectif de la loi. Plus d'une vingtaine de SAS dépasse le seuil de 5000 salariés⁸⁴, ce qui rendrait possible une application directe du texte à leur égard. En outre, un nombre non négligeable de sociétés mères SAS pourrait potentiellement être concerné par le texte⁸⁵. Or, même si la loi française assure aux SAS moins de contraintes, aucun critère rationnel ne permet de justifier leur exclusion du dispositif. Il ne peut évidemment pas être soutenu que ces dernières seraient plus respectueuses des droits de l'homme et de l'environnement.
- 58 Enfin, selon les sénateurs, en raison de l'application de la PPL aux seules sociétés françaises, celle-ci « crée une inégalité de traitement entre une société française et une société étrangère intervenant en France, cette dernière n'ayant pas à mettre en œuvre un devoir de vigilance »⁸⁶. Il est vrai que, certaines entreprises étrangères, ne seront pas concernées par la loi, alors qu'elles peuvent entretenir une grande activité en France. Dès lors, est-ce que ces incohérences justifient une censure du texte de loi ?
- 59 *Les conditions dans lesquelles il est possible de déroger au principe d'égalité.* D'après le Conseil constitutionnel,
- 60 « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans un l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; que si le principe d'égalité devant les charges publiques, qui résulte de l'article 13 de la Déclaration de 1789, n'interdit pas au législateur de mettre à la charge de certaines catégories de personnes des charges particulières en vue d'améliorer les conditions de vie d'autres catégories de personnes, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »⁸⁷.

- 61 Le texte introduirait-il dès lors une rupture *caractérisée* de l'égalité devant les charges publiques ?
- 62 *La PPL : une mesure dont le seuil a vocation à s'abaisser.* Le seuil trop élevé de la loi ne permettrait pas de prévenir pleinement les drames tels que le *Rana Plaza*. Néanmoins, cet objectif est déjà quelque peu compromis en raison de la faible portée du texte pour les chaînes de sous-traitance (une relation commerciale établie est nécessaire). En outre, la limite fixée par le Conseil constitutionnel en la matière, dans sa décision n° 2015-517 QPC, ne laisse pas *a priori* au législateur la discrétion de créer un devoir de vigilance ayant un périmètre d'application dans une chaîne de sous-traitance en cascade. Dès lors, il faudrait comprendre la mention du *Rana Plaza* comme un étendard symbolique plus qu'autre chose. Il est de toute façon difficile de rendre le commerce mondial plus respectueux des droits de l'homme et de l'environnement par le biais d'une seule mesure nationale. Toutefois, cette PPL, malgré ses limites, en particulier du point de vue du champ d'application personnel, est un premier pas vers la réglementation éthique du commerce mondial. Le champ et le périmètre d'application a donc vocation à s'élargir sur le long terme.
- 63 La PPL aurait pu toutefois adopter le seuil de la directive 2014/95/EU⁸⁸ qui doit être transposée par la France depuis le 6 décembre 2016. Ce texte européen introduit une obligation de divulgation publique des mesures de diligences prises en matière des droits de l'homme et de l'environnement pour toute entreprise ayant plus de 500 employés. L'objectif de la directive semble donc être sensiblement le même que celui de la PPL. Cependant, le texte européen est une simple mesure de *reporting* bien moins contraignante que la PPL : dans le cadre européen, les entreprises ne doivent divulguer que les « *principaux risques* »⁸⁹ et peuvent omettre certaines informations si une explication « *claire et motivée* » est fournie (clause *comply or explain* »⁹⁰). En outre, la directive ne prévoit pas de régime d'injonction ou de responsabilité. Malgré ces différences, il est vrai que, comme le souligne un certain auteur, il aurait été plus logique que la PPL adopte le champ d'application de la directive étant donné leurs objectifs communs⁹¹. Cela aurait été *a priori* possible grâce à l'art. 193 du Traité Fondamental de l'Union Européenne, qui permet aux Etats membres d'adopter des mesures renforcées afin de mieux protéger la santé, les personnes et l'environnement⁹². Néanmoins, tel n'a pas été l'intention du législateur.
- 64 *La mise en place d'un régime continu et progressif en termes de contraintes avec la transposition de la directive européenne sur le reporting extra-financier.* L'avantage de la cohabitation entre ces deux régimes différents est de mettre en place des paliers progressifs en termes de contraintes dans le domaine de la transparence. Ceux-ci ont vocation à s'harmoniser à long-terme. L'effet de seuil de la PPL n'apparaît plus de manière si brutale avec la transposition de cette directive. Il semble donc que le champ d'application personnel de la PPL soit bien conforme au principe d'égalité.
- 65 *Application aux seules sociétés françaises : un lien de rattachement au territoire nécessaire et cohérent avec l'objectif de la loi.* En revanche, le fait que le législateur ait opté pour un champ d'application personnel qui ne concerne que les sociétés mères anonymes française⁹³ est logique et nécessaire. En effet, il est cohérent que les sociétés mères doivent mettre en œuvre un devoir de vigilance, puisqu'elles ont les compétences logistiques et organisationnelles du groupe et de la chaîne de valeur. Par ailleurs, il est impossible de faire appliquer un texte directement à des sociétés étrangères en raison de la compétence territoriale des Etats. Il est donc nécessaire de faire peser le devoir de

vigilance sur des sociétés mères françaises pour faire appliquer le devoir de vigilance de manière extraterritoriale. Ainsi, il ne peut s'agir en aucune façon d'une rupture d'égalité avec les sociétés étrangères intervenant en France. En revanche, le fait que seules les sociétés françaises soient soumises à cette obligation peut porter atteintes à leur compétitivité. Cela sera discuté dans le sous-titre suivant⁹⁴.

- 66 Au demeurant, il ne paraît pas irrationnel que les plus grandes entreprises soient exposées à des mesures plus contraignantes que les autres. Le fait que les entreprises les plus puissantes et les plus actives dans le commerce mondial soient les premières concernées par ce texte est en rapport direct avec le but poursuivi⁹⁵. Il serait toutefois plus logique d'élargir *a minima* ce champ d'application aux SAS, et de prévoir une baisse des seuils à 2000 employés environ afin d'appliquer ce texte à d'autres entreprises très puissantes économiquement équipées de chaînes de production mondialisées. Du reste, une dernière question se pose : est-ce que la PPL porte-elle atteinte à la liberté d'entreprendre de manière manifestement disproportionnée ?

B – Une atteinte disproportionnée au principe de la liberté d'entreprendre ?

- 67 *La France pionnière en matière de responsabilisation des entreprises transnationales, un argument à double tranchant.* L'argument selon lequel la France serait pionnière avec l'adoption de la PPL a été avancé, tant par les défenseurs⁹⁶, fiers de leur texte, que par les adversaires, opposés à ce que la France porte seule le fardeau de la responsabilisation des entreprises transnationales⁹⁷. Comme on peut le constater, cet argument est une arme à double tranchant en politique. En matière juridique, il semble qu'il puisse être en revanche un motif de censure par le Conseil constitutionnel, en cas d'atteinte *manifestement disproportionnée* au principe de liberté d'entreprendre. Ainsi, à l'image de la censure d'une des dispositions de la loi Sapin 2⁹⁸, qui comptait introduire un *reporting* pays par pays en matière d'évasion fiscale, le même sort pourrait être réservé à la PPL, tant certains aspects juridiques que ses conséquences économiques semblent être similaires.
- 68 *Présentation de la disposition de la loi Sapin 2⁹⁹ et des motifs de censure.* La disposition, censurée par le Conseil, aurait introduit une obligation de communication au public concernant : « le nombre de salariés, le montant du chiffre d'affaires net, le montant du résultat avant impôt sur les bénéfices, le montant de l'impôt sur les bénéfices dû, le montant de l'impôt acquitté accompagné d'une explication sur les discordances éventuelles avec le montant dû, et le montant des bénéfices non distribués »¹⁰⁰. Avec de telles déclarations, il aurait été plus aisé d'évaluer les pratiques fiscales des entreprises, et en cas d'évasion ou de fraude, d'évaluer leur ampleur. Or, d'après le Conseil,
- 69 « L'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. »
- 70 En d'autres termes, cette obligation de transparence irait, selon le Conseil, à l'encontre d'une certaine conception du secret des affaires (cf. identification des éléments de stratégie industrielle et commerciale). En outre, à en croire la lecture de ce considérant¹⁰¹,

dans la mesure où seules certaines sociétés françaises allaient être soumises à ce *reporting* financier, les sociétés étrangères allaient être avantagées car elles auraient pu prendre connaissance des pratiques fiscales de leurs concurrents français et auraient pu continuer de bénéficier du *statu quo*, qui n'oblige pas à dévoiler de telles informations (cf. identification des éléments par les concurrents et autres opérateurs intervenants sur le marché). Enfin, il ne faut pas oublier que la réputation des entreprises aurait pu être sérieusement atteinte en cas de révélation d'évasion fiscale (cf. ensemble des opérateurs intervenant sur le marché, c'est-à-dire les investisseurs et les consommateurs). Il semble dès lors que le Conseil a censuré cette disposition, non pas pour l'atteinte au secret des affaires en soi, qui, est selon lui, légitime au regard de l'objectif de la loi¹⁰², mais en raison de la situation trop désavantageuse que cette disposition aurait créée pour les entreprises françaises. Ainsi, si l'interprétation de cette décision est bonne, les juges constitutionnels semblent estimer, après avoir pris les répercussions économiques de la disposition en compte, qu'elle aurait créé une distorsion trop importante en termes de règles de transparence fiscale avec celles des autres pays, ce qui, dans un marché mondialisé, entrave de manière frontale la liberté d'entreprendre.

- 71 *Similarités de la PPL avec la disposition de la loi Sapin 2¹⁰³ censurée : une nouvelle atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ?* Le dernier texte adopté par l'Assemblée Nationale n° 843 contraint notamment les plus grandes entreprises françaises à faire part au public d'une « cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ». Or, il apparaît clairement que la transparence dans ce domaine extra-financier, tout comme celle en matière d'évasion fiscale, pourrait nuire à la préservation d'un certain concept du secret des affaires ainsi qu'à la compétitivité et à l'image de marque l'entreprise. En effet, d'une part, les concurrents pourraient prendre connaissance des sous-traitants et des fournisseurs avantageux économiquement. D'autre part, les consommateurs et les investisseurs, prenant de plus en plus en compte les performances des entreprises en matière de responsabilité sociale et environnementale (RSE), pourraient révoquer leur confiance à une entreprise pratiquant le *dumping* dans ce domaine. Ainsi, dans ce marché internationalisé, cela serait particulièrement désavantageux pour les entreprises françaises si elles étaient les seules à devoir publier de telles informations.
- 72 *La transparence du plan de vigilance : une obligation légitime, adaptée, nécessaire et proportionnée ?* L'obligation de transparence imposée par le plan de vigilance n'est-elle pas légitime, adaptée et nécessaire afin de prévenir efficacement les risques d'atteintes graves aux droits de l'homme et à l'environnement ? Par ailleurs, les entreprises françaises sont-elles réellement les seules à devoir publier ce genre d'informations et à encourir de tels risques au niveau de la responsabilité ? La réponse à cette dernière question nous aidera à donner certains éléments de réponse à celle de savoir s'il s'agit d'une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre.
- 73 *Le bien-fondé et la nécessité de mesures telles que la PPL.* Bien que la PPL poursuive principalement une protection extraterritoriale des atteintes, il ne fait aucun doute qu'elle soit légitime puisqu'il s'agit d'un objectif garanti par plusieurs textes à valeur constitutionnelle¹⁰⁴. Ce but est donc autant légitime que celui de la disposition de la loi Sapin 2 visant à lutter contre l'évasion fiscale, si ce n'est plus. En effet, certains arguments peuvent venir soutenir un tel jugement de valeur juridique. La catégorie des droits de l'homme intègre notamment une qualité de droits intangibles et indérogeables dénommés *jus cogens* afin de protéger le plus efficacement possible les droits élémentaires

de chaque être humain. Une partie de la protection de l'environnement peut désormais également intégrer cette catégorie, en particulier si une atteinte environnementale viole subséquemment les droits de l'homme les plus importants¹⁰⁵. Or, la PPL, par le biais de la '*prévention des atteintes graves*', a vocation à protéger cette catégorie de droits¹⁰⁶. En outre, la protection de l'environnement, en particulier en ce qui concerne la prévention du changement climatique, nous concerne tous, quel que soit l'endroit les rejets de gaz à effet de serre se produisent.

- 74 De ce point de vue, il est possible de considérer la protection des droits de l'homme et de l'environnement comme un objectif plus important que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, qui n'est finalement qu'une prérogative de l'Etat¹⁰⁷. Le législateur devrait donc être doté d'une marge de manœuvre la plus grande possible afin de protéger ces droits essentiels aux êtres humains et à la paix dans le monde.
- 75 *Le plan de vigilance, une mesure adaptée pour assurer une prévention efficace et alléger la charge de la preuve.* L'obligation de transparence, imposée par le plan de vigilance, est indispensable pour protéger plus efficacement les droits de l'homme et l'environnement. Le régime actuel prévu par le droit commun de la responsabilité est flou à plusieurs égards et ne permet pas de prévenir correctement les atteintes. En effet, les entreprises transnationales peuvent se retrancher derrière le principe d'autonomie afin d'éviter l'exercice de la vigilance et de limiter leur responsabilité. Dès lors, jusqu'à preuve du contraire, les sociétés dominantes ne sont pas soupçonnées de contribuer au dommage lorsqu'il survient chez une dominée.
- 76 Or, il est très difficile et hasardeux pour un demandeur de démontrer la contribution de la société dominante au dommage¹⁰⁸, que ce soit l'adoption de décisions dommageables¹⁰⁹, ou pire encore, une abstention fautive¹¹⁰. En effet, l'influence qu'exerce la société dominante (ou non) est bien souvent informelle. Il est très difficile pour les tiers d'une société de reconnaître la cause concrète de leur préjudice. Bien qu'il soit en théorie possible de demander des mesures d'instruction, celles-ci peuvent être révoquées par le juge si « *aucun élément à l'appui des prétentions n'est apporté* »¹¹¹. Or, en droit positif, il est plutôt compliqué d'apporter seulement un début de preuve *prima facie* à l'appui de cette allégation. Il faut pouvoir montrer, par exemple, que la société de tête est *probablement* à l'origine du dommage, car les actions des sociétés dominées ne servaient que ses intérêts ; ou encore qu'elle n'est pas intervenue pour prévenir le dommage, alors qu'elle connaissait le risque certain de sa survenance et qu'elle avait les moyens de l'empêcher. Ces éléments sont si difficiles à démontrer que le devoir de vigilance de la société mère ou donneuse d'ordre n'a pas encore été réellement consacré par les tribunaux français¹¹². Le cadre transnational des actions en responsabilité n'arrange pas les choses. En plus d'être confronté généralement à un droit de la responsabilité peu avantageux à leur égard, les victimes subissent des difficultés pratiques et procédurales qui les empêche d'ester en justice dans des conditions à armes égales avec les entreprises transnationales¹¹³.
- 77 La PPL, en créant une obligation de transparence de l'adoption des mesures de vigilance, est alors utile à plusieurs égards : elle permet de rassurer les personnes intéressées que la société dominante de l'entreprise transnationale exerce une vigilance jusqu'à un certain point de la chaîne de production et d'alléger la charge de la preuve pour les demandeurs. Les parties prenantes, à l'aide du plan et du mécanisme d'injonction, pourront en outre intervenir de manière anticipée afin de prévenir plus efficacement les dommages. En cas de préjudice, il sera possible, à l'aune des communications révélées par le plan, de comparer le niveau de vigilance exercé en amont avec les conditions réelles dans

lesquelles le dommage est survenu. Il sera dès lors plus facile pour le demandeur de déterminer si la société dominante a bien rempli son devoir¹¹⁴. L'obligation de transparence du plan de vigilance semble donc tout à fait adaptée afin de protéger efficacement les droits de l'homme et l'environnement.

- 78 *L'étude de la nécessité : le renversement de la charge de la preuve, une mesure plus adaptée et plus douce que le plan de vigilance ?* On peut, en revanche, se demander, si l'obligation de transparence est nécessaire. Est-ce correct que l'ensemble du public puisse avoir accès aux informations du plan ? En outre, un renversement de la charge de la preuve au profit de la victime n'aurait-il pas été suffisant pour faire assurer une bonne prévention des dommages ?
- 79 Les premières PPL (n° 1519, n° 1524, n° 1777, n° 1897) prévoyaient justement un tel renversement. Cela aurait eu l'avantage de ne pas porter atteinte en amont à une certaine conception du secret des affaires et à la réputation des entreprises. En effet, les entreprises auraient dû seulement justifier la mise en place de mesures de diligence raisonnable à la suite de la survenance du dommage et en cas d'action en responsabilité. Bien que certains auteurs craignissent simplement de nouvelles techniques de répartition de la responsabilité entre les sociétés et les auditeurs¹¹⁵, le renversement du fardeau de la preuve aurait normalement permis d'assurer l'efficacité du devoir de surveillance. Nous pouvons donc supposer que la mesure était tout autant adéquate et plus douce que le plan de vigilance. De surcroît, ces premières PPL ne se restreignaient pas seulement aux plus grandes entreprises françaises. L'application était généralisée à toutes les sociétés, indépendamment de leurs formes¹¹⁶. En plus d'avoir un meilleur rapport avec l'objectif de prévention, cela pose moins de problèmes par rapport au principe d'égalité.
- 80 Néanmoins, l'opposition parlementaire craignait une présomption de responsabilité ne pouvant pas être détruite par la preuve du contraire. Il faut admettre que la rédaction des premières PPL était ambiguë : elle indiquait une présomption de responsabilité, et non de faute. Une rédaction plus claire indiquant un régime de responsabilité pour faute aurait permis de redresser le tir.
- 81 Quoi qu'il en soit, les rédacteurs de la deuxième PPL n° 2578, en examen au Parlement, ont décidé d'abandonner le simple renversement de la charge au profit du plan de vigilance. Le texte résulte d'un arbitrage politique réalisé en concertation entre le gouvernement et le législateur¹¹⁷. En voulant introduire le plan, le législateur décide d'entériner la culture de la transparence afin de maximiser les chances de prévention. Le fait que toutes les personnes intéressées puissent surveiller l'exercice de la diligence et forcer l'adoption de nouvelles mesures semble par ailleurs *bien plus efficace* qu'un simple renversement de la charge de la preuve. Ceci ne paraît pas en outre inapproprié que le plan soit rendu public, en raison du nombre extrêmement important et indéfinissable des personnes potentiellement intéressées. En effet, les consommateurs et les investisseurs sont de plus en plus attachés à une économie éthique et durable. Cela permettrait de leur donner tous les outils nécessaires afin de faire des choix les plus objectifs possibles. La prévention des atteintes serait alors poussée à son paroxysme, car elle ne sera plus seulement assurée par le rôle des victimes.
- 82 En outre, le plan de vigilance n'est qu'une forme plus contraignante des obligations déjà existantes de *reporting* françaises¹¹⁸ et européennes¹¹⁹. L'atteinte au secret des affaires est donc de ce point de vue tout à fait relative.

- 83 Malgré tout, une question délicate reste à élucider : l'obligation de transparence *complète* comme le suggère cette PPL est-elle compatible avec la liberté d'entreprendre des sociétés anonymes françaises visées par ce texte ?
- 84 *Le plan de vigilance : une atteinte légitime au secret des affaires.* Bien que certains lobbies économiques considèrent que les risques sociaux et environnementaux auxquelles les entreprises sont exposées constituent des secrets d'affaires¹²⁰, la proposition initiale de la directive européenne pertinente en la matière ne semble pas considérer qu'il s'agisse d'informations protégées¹²¹. En effet, à la lecture du considérant 8 de cette dernière directive, de tels risques semblent être des informations courantes, puisqu'elles sont facilement accessibles pour les travailleurs, par exemple, dans l'exercice normal de leurs fonctions. En revanche, la divulgation des relations commerciales avec les sous-traitants et les fournisseurs peut par exemple tomber dans le champ de cette définition. Néanmoins, si l'on considère que de telles personnes morales sont les plus à même à subir ou à proposer un dumping social et environnemental, il paraît légitime et proportionné, pour des besoins de protection, que ces informations soient dévoilées.
- 85 Il faut noter toutefois que la position du Parlement européen a fait évoluer cette définition dans une version consolidée. Cette version est plus protectrice car elle prend en compte la valeur commerciale des informations et le risque réputationnel de leurs divulgations :
- « [...] Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle. [...] »¹²²
- 86 Or, il est vrai que la divulgation des risques peut porter atteinte aux intérêts économiques et aux positions stratégiques et concurrentielles des entreprises. La valeur commerciale de ces informations est-elle si importante que cela justifie une censure du texte ?
- 87 *Les conséquences incertaines en termes de préservation de la réputation des entreprises.* En comparaison avec l'obligation de divulgation de fraude ou de l'évasion fiscale prévue par la disposition censurée de la loi Sapin 2¹²³, celle des *risques sociaux et environnementaux* ne semble pas porter autant atteinte aux intérêts économiques et aux positions stratégiques et concurrentielles des entreprises. En effet, un *reporting* fiscal très contraignant ne pourrait que mettre à mal la réputation de l'entreprise, voire entraîner des poursuites pénales à son encontre. Cela ne laisserait pas aux entreprises la possibilité d'atténuer l'évasion ou la fraude, puisqu'elle les met devant le fait accompli. Il est seulement possible pour cette dernière de s'excuser publiquement et de promettre de changer ses pratiques fiscales.
- 88 Les informations devant être divulguées dans le cadre de la PPL sont différentes car elles ne concernent pas *forcément directement* les sociétés dominantes et une possibilité de prévenir les risques subsiste. En outre, une bonne communication des risques *peut* être récompensée par l'opinion publique, car elle *peut* démontrer qu'une vigilance est bien appliquée.
- 89 En revanche, même si les parties prenantes (consommateurs et investisseurs) peuvent être conscientes de la hauteur des enjeux et se montrer indulgentes à l'égard des entreprises, il n'est pas certain non plus que cela soit le cas. Le législateur ne peut

évidemment pas contrôler la réaction du public à l'égard des révélations (éventuellement forcées) des entreprises en la matière. En effet, même si la démonstration de la vérité peut s'avérer être un facteur positif au niveau de l'image de marque, certaines révélations peuvent au contraire se révéler particulièrement désavantageuses. Toutefois, il ne faut pas oublier que le législateur a installé un garde-fou matériel et ne vise plus que la prévention des atteintes graves aux droits de l'homme et à l'environnement.

- 90 *La PPL : un texte inédit dans le monde.* Si le Conseil procédait à une comparaison des législations en matière de devoir de vigilance, afin de savoir si la situation est équitable dans ce domaine (« *level-playing field* »), il constaterait que le devoir de vigilance des sociétés dominantes a déjà fait place à un contentieux assez important dans le droit de la *common-law* (*duty of care*) et que certaines mesures de transparence et de *reporting* existaient déjà, mais qu'aucune d'entre elles ne prescrit le contenu et/ou donne des outils juridiques permettant de forcer les divulgations publiques comme l'envisage la PPL.
- 91 En effet, le *duty of care*, consacré notamment par l'affaire anglaise *Chandler c. Cape*¹²⁴, est un concept ouvert qui concerne potentiellement toutes les sociétés dominantes. De plus, il recouvre tous les dommages délictuels et le domaine d'application est similaire à la PPL¹²⁵. Il a déjà été la cause de certains règlements extrajudiciaires conclus auparavant entre certaines victimes et certaines multinationales¹²⁶. En outre, il alimente encore bien d'autres litiges transnationaux en cours¹²⁷, impliquant même les donneurs d'ordre¹²⁸. Ce contentieux est probablement plus fourni qu'en France, car les règles de procédure en *common-law* sont plus propices à l'émergence jurisprudentielle du devoir de vigilance¹²⁹. Elles obligent notamment les parties à divulguer toutes les pièces pertinentes à la solution de l'affaire (au juge et à l'autre partie), qu'elles leurs soient favorables ou non (*pre-trial discovery, disclosure*). Les règles des systèmes civilistes font au contraire prévaloir un système contradictoire¹³⁰.
- 92 En ce qui concerne les mesures de transparence dans le domaine de la vigilance, bien que la publication des rapports soit obligatoire, les législateurs ont laissé aux entreprises jusqu'ici des marges de manœuvre plus ou moins grandes par rapport au contenu. En effet, dans le cadre de la directive 2014/95/UE, seulement les principaux risques doivent être présentés¹³¹. En outre, d'après un jugement américain relatif à la mise en œuvre du *California Transparency in Supply Chains Act*, les risques concrets auxquels les entreprises doivent faire face ne doivent pas être obligatoirement divulgués¹³². Enfin, si des procédures d'injonction sont prévues, comme dans le *UK Modern Slavery Act*, elles ne peuvent être enclenchées qu'en cas de défaut de communication formelle¹³³. Ainsi, ces mesures obligent les entreprises à communiquer ce qui leur semble pertinent et approprié, mais elles n'ordonnent pas à mettre en œuvre un devoir de vigilance et à en faire la communication la plus transparente possible.
- 93 La PPL, en exigeant une mise en œuvre totalement transparente du devoir de vigilance en matière des droits de l'homme et de l'environnement, est donc inédite, car elle rassemble deux composantes (la transparence et le devoir de vigilance) jusque-là séparées l'une d'entre elles. Il est donc clair qu'aucune autre entreprise au monde ne serait soumise à de telles obligations. Est-ce contraire au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre ?
- 94 *Sur la marge de manœuvre du Conseil constitutionnel dans l'interprétation du principe de la liberté d'entreprendre.* Finalement, la PPL, en cas de mise en œuvre, pourrait mettre en péril les entreprises françaises concernées, en raison de ses effets *potentiellement* négatifs sur l'image de marque des entreprises. Cela est d'autant plus hasardeux que les sociétés

françaises seront les seules à devoir mettre en place une vigilance de manière totalement transparente. Néanmoins, il s'agit d'arguments de pure nature politico-économique, dont l'arbitrage devrait tomber dans le domaine réservé du législateur. La question des répercussions économiques de la loi en soi ne *devrait* pas être prise en compte par les juges constitutionnels, même lorsqu'ils interprètent le principe économique de la liberté d'entreprendre. Certes, une violation d'un certain concept du secret des affaires a bien lieu. Cela *devrait* être toutefois justifié par l'intervention du législateur¹³⁴ et le but fondamentalement légitime de la loi. Cependant, à l'image de la censure de la disposition de la loi Sapin 2, le Conseil semble bel et bien inclure les répercussions économiques dans l'interprétation de la liberté d'entreprendre¹³⁵. Il est donc très difficile de prédire le dénouement de cette PPL.

- 95 Si le Conseil constitutionnel était donc saisi sur cette question, il aurait une question difficile à résoudre car l'objectif poursuivi par le législateur est éminemment légitime et les moyens pour y parvenir sont les plus efficaces possibles. Ce texte génère toutefois un certain embarras dans la mesure où il porte *potentiellement* préjudice aux entreprises avant même que le dommage ait pu survenir.
- 96 Un renversement de la charge de preuve aurait été donc probablement plus adapté, car il aurait épargné les entreprises en amont. Cela aurait permis de faire appliquer le devoir de vigilance à l'ensemble des sociétés françaises, ce qui aurait été de surcroît plus logique. Avec un tel dispositif de responsabilité, combiné à un *certain* renforcement du reporting, mais sans aller jusqu'à l'exigence de la transparence complète, la France aurait pu être à la pointe en matière de RSE tout en s'assurant que son texte soit constitutionnellement admissible. En effet, son voisin anglais est équipé par exemple de réglementations semblables, mais elles sont moins contraignantes. Cette option n'est toutefois plus envisageable pour les députés, puisqu'ils ne pourront plus qu'examiner le texte adopté n° 843, si le gouvernement leur laisse cette chance en vertu de l'art. 45 al. 4 de la Constitution. Or, ce dernier texte, en mélangeant les domaines de l'exigence de transparence et de responsabilité civile, procède à une fusion absolument pertinente mais vraisemblablement prématurée.

Conclusion

- 97 Chaque Etat, en accord avec le principe de souveraineté, fixe ses propres réglementations sur son territoire. La mise en concurrence économique des Etats a engendré toutefois des dumpings fiscaux, sociaux et environnementaux extrêmement dangereux. Les conflits inter- et intra-étatiques font naître des abus encore plus graves. Etant donné qu'il s'agit d'un problème systémique, et que la protection des droits de l'homme et de l'environnement est un enjeu capital pour l'homme et pour la paix, des solutions efficaces doivent être trouvées le plus rapidement possible.
- 98 Pour ce faire, l'échelle internationale semble être la dimension la plus appropriée pour lutter contre ce problème. Cependant, en raison de la concurrence et des divisions politiques des Etats, il est difficile de trouver un terrain d'entente sur le sujet de l'élaboration d'un traité relatif au respect des droits de l'homme par les entreprises transnationales. L'échec de 2003¹³⁶ ainsi que les négociations actuelles très controversées¹³⁷ peuvent en attester. Il est donc essentiel que les Etats mettent en œuvre des réglementations liant les sociétés dominantes afin d'y associer une portée

extraterritoriale nécessaire et légalement admissible au regard du droit international public (« *parent-based extraterritorial regulation* »¹³⁸).

- 99 Néanmoins, les Etats sont-ils capables économiquement de mettre en œuvre de telles mesures ? Peuvent-ils risquer des délocalisations ? Cette question économique peut-elle être traitée par les organes judiciaires ? Ainsi, par exemple, si le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur le texte adopté n° 843, pourrait-il, en vertu du principe de la liberté d'entreprendre, combiné éventuellement au principe de compétence exclusive de l'Union européenne en matière de politique commerciale¹³⁹, estimer, à l'image du Conseil national des barreaux¹⁴⁰, qu'une mise en œuvre d'un tel texte ne peut se faire qu'*a minima* à l'échelle régionale ? Seul l'avenir nous le dira, peut-être.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Transparency in Supply Chains etc. A practical guide, Guidance issued under section 54(9) of the Modern Slavery Act 2015, p. 16.
2. Voir : https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html ; <http://www.nestle.com/asknestle/products-brands/bangladesh-supplier-factory-fire>
3. Le terme société dominante désigne la société mère et donneuse d'ordre ou encore le maître d'ouvrage.
4. Le terme d'entreprise transnationale est difficile à définir. Voici la définition ouverte donnée par l'OCDE :
« Une définition précise des entreprises multinationales n'est pas nécessaire pour les besoins des Principes directeurs. Ces entreprises sont en effet présentes dans tous les secteurs de l'économie. Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte. Les Principes directeurs s'adressent à toutes les entités qui composent l'entreprise multinationale (sociétés mères et/ou entités locales). En fonction de la répartition effective des responsabilités entre elles, on attend des différentes entités qu'elles coopèrent et se prêtent mutuellement concours pour faciliter l'observation des Principes directeurs ».
5. Art. 1 al. 2 de la PPL, voir particulièrement texte adopté n° 843 : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou 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, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. » Voir *infra*, partie I – A sur le manque de clarté de la PPL pour plus d'explications concernant le champ d'application personnel.

6. Les parties prenantes d'une entreprise sont toutes les personnes physiques et morales pouvant avoir un lien direct ou indirect avec elle, c'est à dire ses employés, ses concurrents, ses investisseurs, ses consommateurs, les tiers touchés par ses activités, mais aussi les employés de ses filiales, les tiers touchés par les activités de la filiales... voir aussi loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012.

7. Art. 1 al. 11 de la PPL, texte adopté n° 843.

8. Art. 1 al. 13 de la PPL, texte adopté n° 843.

9. Art. 2 de la PPL, texte adopté n° 843.

10. Art. 2 de la PPL, texte adopté n° 843 : « Art. 225-102-5. – Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur [...] »

11. L'art. 1360 al. 2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations du groupe de travail Catala prévoyait notamment une responsabilité du fait de la filiale pour la société mère.

12. Voir Contribution de la Plateforme RSE pour le Plan national d'actions prioritaires pour le développement de la RSE, septembre 2016, p. 23 : « Le consensus international établi sur ce principe assure à cette recommandation une valeur d'obligation de moyens [...] ».

13. Rapport n° 2628, par M. DOMINIQUE POTIER, Député, p. 31.

14. Art. 1 de la PPL : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable [...] ». Ce texte s'est inspiré de la notion de « diligence raisonnable » des Principes Directeurs des Nations-Unis, voir définition donnée par le Guide interprétatif, HR/PUB/12/02, 2012, p. 6. ; Voir : UN Global Compact, 2000 ; ISO Norme 26000, Guidance on Social Responsibility, 2010 ; OCDE, Principes Directeurs pour les Entreprises Multinationales, éd. 2011 ; Principes Directeurs des Nations-Unies relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, 2011. Ces instruments évoquent la prévention des dommages (droits de l'homme, environnement...) à travers la mise en œuvre d'une « diligence raisonnable » dans la « sphère d'influence » des « entreprises » ... Il s'agit de notions très larges et inconnues de la *hard-law*. Les entreprises ou « entreprises transnationales » n'étant même pas défini par ces instruments.

15. Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 31- 34.

16. Ibid, p. 33.

17. Ibid, p. 28 – 38.

18. Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, considérant n° 103 ; voir également GAY, L. « L'interprétation neutre d'un concept économique est-elle possible ? Réflexions sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la liberté d'entreprendre. ».

19. Voir *infra*.

20. Rapport n° 289 du 11 janvier 2017, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 21-22 : « En conséquence, au vu des graves risques constitutionnels que recèle toujours le texte adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, je suggère de proposer au Sénat l'adoption d'une motion tendant à opposer l'exception d'irrecevabilité. » ; voir Art. 44⁹⁰ al. 2 du *Règlement du Sénat* : « 2. - L'exception d'irrecevabilité dont l'objet est de faire reconnaître que le texte en discussion, s'il n'est pas visé à l'article 45 ci-après, est contraire à une disposition constitutionnelle, légale ou réglementaire et dont l'effet, en cas d'adoption, est d'entraîner le rejet du texte à l'encontre duquel elle a été soulevée. [...] »

21. Le Sénat a inscrit l'examen du texte à l'ordre du jour du 1^{er} février 2017.

22. Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 29.

23. *Ibid*, p. 30.

24. *Ibid*.

25. Guide interprétatif des Principes Directeurs des Nations-Unies, p. 5.

26. Les normes *jus cogens* sont les normes péremptoires ou indérogeables du droit international public. Il s'agit d'un set de normes, qui même en état d'urgence ou temps de guerre ne peuvent faire l'objet de dérogation : il s'agit classiquement des crimes internationaux, torture, esclavage, travail forcé...

27. Selon P. MAYER et V. HEUZE, (*Droit international privé*, 8ème éd., Dalloz 2004, § 200) l'ordre public international est une notion plus large que celle du « *jus cogens* ». L'ordre public international est habituellement présenté comme remplissant trois fonctions, qui en délimitent autant le domaine : « défense des principes universels ou de « droits naturels » ; défense des principes fondamentaux de la civilisation française ; sauvegarde de certaines politiques législatives ».

28. Rapport annuel de la Cour de cassation, Rapport 2013, Livre 3 : Etude - l'ordre public, Partie 1 Source de l'ordre public, Titre 1 – Sources internationales, Chapitre 2 – Conception française de l'ordre public international 2013 : « La jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation ne fournit pas de définition de la conception française de l'ordre public. Cependant, les arrêts rendus permettent de circonscrire la notion. Une décision célèbre (1^{re} Civ., 25 mai 1948, pourvoi n°37.414, *Bull. civ.* 1948, I, n° 163, *RCDIP* 1949, p. 89) l'a définie comme l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

29. ICSID, *World Duty Free Company Ltd v. Kenya*, ICSID/ARB/00/7, 2006, §139.

30. Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 (n° 87) ; Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 (n° 98) ; Convention sur le travail forcé, 1930 (n° 29) ; Convention sur l'abolition du travail forcé, 1957 (n° 105) ; Convention sur l'âge minimum, 1973 (n° 138) ; Convention sur les pires formes de travail des enfants, 1999 (n° 182) ; Convention sur l'égalité de rémunération, 1951 (n° 100) ; Convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 (n° 111).

31. Pour une définition de ces deux notions, voir chapitres « Vers une définition du crime international d'écocide », pp. 127 – 138 et « Mieux définir les infractions environnementales » pp. 375 – 395 issus de l'ouvrage collectif *Des écocrimes à l'écocide, le droit pénal au secours de l'environnement*, sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015 ;

32. Voir Art. 1 al. 3 de la PPL texte adopté n° 843 et art. 1 al. 7 de la PPL faisant référence au terme de « prévention » ; voir aussi Civ. 3^e, 18 mai 2011 : *Bull. civ. III*, n° 80 ; *D. 2011. 1483* : « La Charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettent pas en cause les règles selon lesquelles il appartient à celui qui sollicite l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice est la conséquence directe et certaine de celui-ci. »

33. L'Accord de Paris du 12 décembre 2015 est en cours de ratification par les pays. Au 10.01.2017, il a été ratifié par 123 pays et signés par 194.

Voir : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_fr (dernière consultation le 10.01.2017).

34. Art. 2 al. 1 a) de l'Accord de Paris : « Contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques. »

35. Cass., civ., 3ème, n° 82-10251, 6 juillet 1983 ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Précis de Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2013. P. 914 – 919 ; voir aussi : European

Group on Tort Law, *Principes de Droit Européen de la responsabilité civile*, Art. 3 : 105. Causalité partielle incertaine : « En cas d'activité multiple, lorsqu'il est certain qu'aucune d'entre elles n'a causé la totalité du dommage ou une part déterminable de celui-ci, toutes celles ayant probablement contribué au dommage [même de manière minimale] sont présumées être, à égale portion, la cause de celui-ci. »

36. Civ. 3^e, 2 juin 2016, n° 15-16.967 : « Du moment qu'il est certain, le préjudice futur doit être réparé, sans qu'il puisse être objecté que la demande est prématurée. »

37. Cour de district de La Haye, affaire *Urgenda c. Pays-Bas*, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, jugement du 24 juin 2015.

38. La fonte des glaciers dans les montagnes, ainsi que celle de la banquise, ou encore l'élévation du niveau de la mer, met déjà en péril l'habitat de nombreuses personnes. On les appelle les « réfugiés climatiques ».

39. Voir par exemple l'affaire *Native Village of Kivalina, City of Kivalina v. ExxonMobil Corporations and Others*, Order Granting Defendants' Motions to Dismiss for Lack of Subject Matter Jurisdiction, Case N° C 08-1138 SBA (US District Court for the Northern District of California, Oakland Division, 30 september 2009).

40. Voir *infra*, partie II - B sur la liberté d'entreprendre.

41. PPL n° 2578, voir le premier paragraphe de l'exposé des motifs, p. 4 : « Il s'agit de responsabiliser ainsi les sociétés transnationales afin 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. »

42. Art. 1 al. 2 de la PPL. Il est vrai que cet alinéa est quelque peu ambigu en raison de sa rédaction longue et laborieuse. Néanmoins, seules les sociétés anonymes françaises employant plus de 5000 employés – y compris filiales françaises directes et indirectes – ou les sociétés anonymes françaises employant plus de 10000 employés – y compris les filiales françaises ou étrangères directes et indirectes – sont concernées par ce texte. Cela s'explique par le fait que l'art. L. 225-102 est inséré dans le chapitre V du Code de commerce, qui vise les sociétés anonymes françaises.

43. Art. 1 al. 2 et 3 de la PPL.

44. PPL n° 2578, voir l'exposé des motifs, p. 10 : « Les motifs et le dispositif qui sont proposés doivent nous conduire à appréhender ce texte novateur comme une loi impérative, afin que la loi française puisse primer une loi étrangère normalement applicable au contrat, lorsqu'elle est plus protectrice pour la partie la plus faible. »

45. BOSKOVIC O., Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, *Recueil Dalloz*, 2016 p. 385

46. *Ibid.*

47. Rapport n° 289, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 11.

48. Voir exposé des motifs et art. 1 al. 3 de PPL n° 2578 : « Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant de ses activités et de celles des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que les activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elle exerce une influence déterminante. »

49. N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *Recueil Dalloz* 2015, p. 1049.

50. Voir *infra*, partie II - B sur la liberté d'entreprendre.

51. Art. 1 al. 13 de la PPL texte adopté n° 843.

52. Conclusions de la commission des lois rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration

générale sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'assemblée nationale en deuxième lecture, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, par M. FRASSA C-A., 5 octobre 2016. <http://www.senat.fr/rap/l16-010/l160100.html#toc0>

53. Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 31.

54. *Ibid.*, p. 34.

55. *Ibid.*, p. 31 : « Comme la société qui établit le plan doit le mettre en œuvre « de manière effective », y compris à l'égard de ses sous-traitants à l'étranger, dans quelle mesure cette disposition n'invitera pas le juge à avoir une conception plus extensive de la faute de la société en cas de manquement de sous-traitant, aboutissant de fait à une forme dégradée de responsabilité du fait de la faute d'autrui, c'est-à-dire d'un sous-traitant à l'étranger, indépendamment de la recherche de la responsabilité de ce sous-traitant selon ses lois nationales. »

56. Rapport n° 289, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 13 : « Si l'on peut démontrer dans certains cas un lien de causalité entre une absence de plan de vigilance ou une négligence dans l'élaboration du plan de vigilance et un dommage, peut-on prétendre que l'élaboration correcte du plan aurait permis d'éviter le dommage ? Une telle rédaction atténue grandement l'exigence de la démonstration d'un lien de causalité. »

57. Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p. 32.

58. Cass., soc., *Serrano ès qual. c/ Andrivot*, n° 13-15.573, 8 juillet 2014 : « Mais attendu qu'ayant constaté que la société Sofarec, directement ou par l'intermédiaire de la société Financière GMS, avait pris des décisions dommageables pour la société C., qui avaient aggravé la situation économique difficile de celle-ci, ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique, la cour d'appel a pu en déduire, sans encourir les griefs du moyen, que ces sociétés avaient par leur faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté ; que le moyen n'est pas fondé »

59. Cass. crim., *Erika*, n° 10-82-938, 25 septembre 2012. Dans cette affaire, la société mère Total a été condamnée pour ne pas avoir contrôlé l'état du pétrolier, affrété par la filiale. La Cour de cassation s'est appuyée sur l'engagement personnel et volontaire de Total issue de la « charte-partie » qui lui accordait un droit de regard sur l'état du bateau, pour lui faire imputer le délit de pollution. Cela montrait qu'elle s'était engagée à prévenir tout dommage chez sa filiale. Malgré cette circonstance spéciale (l'engagement volontaire), on peut considérer de manière générale que s'il est possible d'apporter la preuve que la société mère avait connaissance d'un risque de dommage et qu'elle était en capacité de le prévenir, alors elle sera également tenue de le réparer si elle n'a pas usé de son influence afin d'éviter sa survenance.

60. Cass., civ. n° 08-12.273, 8 septembre 2009.

61. DELPECH X., « Sous-traitance : responsabilité de l'entrepreneur principal » – Cour de cassation, 3e civ. 27 mars 2008 – D. 2008. 1052, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1052 ; DISSAUX N., « La responsabilité délictuelle du fait du sous-traitant », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 239.

62. Voir *infra*, partie II - B sur la liberté d'entreprendre

63. Conseil constitutionnel, décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016, considérants 9 à 15.

64. *Ibid.*, considérant n° 14.

65. CA Lyon, *PN Gérolymatos c/ Aventis Pasteur MSD*, 10 avr. 2003 ; CA Versailles, *Sté Domelektrika Ltd c/ Sté Moulinex*, 20 févr. 2003.

66. Conseil constitutionnel, décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016, considérant 14.

67. *Ibid.*, considérant 14 ; Raphaël LAPIN, « Le principe de responsabilité et le devoir de vigilance, Cons. const., 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC », *Revue de droit du travail* 2016, p. 276.

68. Raphaël LAPIN, « Le principe de responsabilité et le devoir de vigilance, Cons. const., 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC », *Revue de droit du travail* 2016, p. 276.

69. Exposé des motifs de la PPL n° 2578, 3^{ème} paragraphe.

70. Raphaël LAPIN, « Le principe de responsabilité et le devoir de vigilance, Cons. const., 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC », *Revue de droit du travail* 2016 p.276.
71. Rapport n° 2628, par M. DOMINIQUE POTIER, Député, p. 16, p. 29-30.
72. Art. 101 du Code de procédure civile.
73. Art. 4 al. 1 Règlement Bruxelles I n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.
74. Voir par exemple, Cour d'appel de Paris, Affaire *Comilog*, 10 septembre 2015, Pôle 6 Chambre 2, 11/05960, 11/05955.
75. La Section 9 « Litispendance et connexité » (art. 29 – 34) du Règlement Bruxelles I ne prévoient pas non plus la possibilité de réunir des demandes connexes si le défendeur n'est pas établi dans le pays membre. L'art. 30 al. 2 renvoie aux lois nationales.
76. Résolution 2/2012, Comité sur le Contentieux Privé International dans l'intérêt du Public, La 75e conférence de l'Association de droit international qui s'est tenue à Sofia, Bulgarie, du 26 au 30 août 2012. Art. 2.2. Demandes connexes 2.2 (1) Les juridictions de l'Etat dans lequel un défendeur est domicilié sont compétentes pour statuer sur les demandes dirigées contre d'autres défendeurs, à condition qu'elles soient étroitement connexes. 2.2 (2) Au sens du § 2.2 (1), des demandes sont étroitement connexes, si : (a) il est efficace de les juger ensemble, et (b) les défendeurs sont liés. 2.2 (3) Au sens du § 2.2 (2), des défendeurs sont liés, notamment, si : (a) ils appartiennent au même groupe de sociétés ; (b) un des défendeurs contrôle l'autre défendeur ; (c) un des défendeurs a ordonné à un autre défendeur d'entreprendre l'action litigieuse ; (d) ils ont pris part d'une manière concertée à l'activité à l'origine de la demande.
77. Art. 1317 nouveau du Code civil.
78. Cass., soc., *Serrano ès qual. c/ Andrivot*, n° 13-15.573, 8 juillet 2014 ; voir également COURET A., SCHRAMM M-P., « L'indemnisation par une autre société du groupe des salariés d'une filiale en difficulté », *Revue des sociétés*, 2014 p.709.
79. Conseil constitutionnel, décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016, considérant n° 11.
80. POTIER. D., Député, Rapporteur de la Commission des lois, Intervention à l'Assemblée Nationale à la suite de l'adoption du texte n° 843, 29 novembre 2016 ; v. aussi N. CUZACQ, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1, Recueil Dalloz* 2015, p. 1049.
81. http://www.liberation.fr/planete/2015/04/23/les-dirigeants-de-vinci-voulaient-un-proces-ils-auront-un-contre-proces_1261304
82. <https://www.asso-sherpa.org/un-premier-pas-historique-pour-le-devoir-de-vigilance-des-multinationales>
83. L'art. 225-102 du Code de commerce ne s'applique pas aux SAS car il vise des rapports devant être rendus au conseil d'administration ou au directoire. Or, les SAS ne disposent pas de tels organes légaux.
84. « Reporting Extra-Financier et Droits de l'Homme », Étude réalisée par Chloé FAUCOURT et Juliette JACQUOT, étudiantes de la Clinique de l'École de Droit de Sciences Po, en partenariat avec Amnesty International France. Tuteurs : Manon Aubry et Aurélien Bouayad, p. 27 – 29.
85. Un peu plus de 1364 SAS dépassent le seuil de 500 salariés, voir *ibid.*
86. Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, p.44.
87. Considérant rappelé constamment par le Conseil constitutionnel lorsqu'il examine une loi par rapport au principe d'égalité, voir « Le principe d'égalité », Exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel, le 18 septembre 2001, d'un groupe d'universitaires britanniques, p. 4 ; Conseil constitutionnel, décision n° 2015-517 QPC, considérant n° 16.
88. Directive 2014/95/UE modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

- 89.** Art. 1 de la directive, insertion de l'art. 19 bis §1 d), insertion de l'art. 29 bis §1 d).
- 90.** Art. 1 de la directive, insertion de l'art. 19 bis §1 al. 2, insertion de l'art. 29 bis §1 al.2.
- 91.** N. CUZACQ, Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1, *Recueil Dalloz* 2015, p. 1049.
- 92.** Article 193 du Traité Fondamental de l'Union Européenne (TFUE) (ex-article 176 TCE) « Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 192 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission. »
L'art. 192 du TFUE renvoie aux objectifs suivants : Article 191 (ex-article 174 TCE) « 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : — la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, — la protection de la santé des personnes, — l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, — la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. »
- 93.** L'article L. 225-102-4 que compte créer la PPL se situe dans le chapitre V du code de commerce. Ce dernier est relatif aux sociétés anonymes.
- 94.** Voir *infra*, partie II - B sur la liberté d'entreprendre.
- 95.** D'après le député D. Potier, rapporteur de la PPL, les 150 plus grandes entreprises françaises sont celles qui prennent à 80 % part au commerce mondial, voir http://www.challenges.fr/entreprise/les-multinationales-leurs-sous-traitants-et-le-devoir-de-vigilance_79890. Cependant, il faut faire remarquer que les entreprises ont souvent une activité transnationale bien avant le seuil fixé par la PPL. Par ailleurs, il se peut que certaines entreprises, en raison de leur secteur d'activité, soient particulièrement dangereuses pour les droits de l'homme et l'environnement mais qu'elles ne soient pas concernées par la loi en raison du faible champ d'application.
- 96.** Rapport n° 2628, par M. DOMINIQUE POTIER, Député, p. 35, p. 48.
- 97.** Rapport n° 74, par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, pp. 34-40, pp. 43-44 : « La proposition de loi fait courir un risque disproportionné à l'attractivité de la France et à la compétitivité des entreprises françaises. Il n'existe pas de dispositif aussi ambitieux et large dans son champ d'application dans les législations étrangères similaires. Sans doute la France est-elle une pionnière, monsieur Sueur... En outre, aucune étude d'impact, nulle évaluation des conséquences économiques n'a été menée. La proposition de loi crée une inégalité de traitement entre une société française et une société étrangère intervenant en France, cette dernière n'ayant pas à mettre en œuvre un devoir de vigilance. Elle affaiblit l'attractivité de la France pour les investissements étrangers. Elle porte atteinte à l'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises françaises et les entreprises étrangères, notamment dans l'Union européenne. Elle fait courir un risque de retrait des entreprises françaises de certains marchés étrangers, pour éviter de garder des fournisseurs impossibles à contrôler. »
- 98.** Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Considérant 100 à 103.
- 99.** Art. 137 du texte adopté n° 830 du 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- 100.** Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Considérant 100.
- 101.** Il est assez difficile, en raison de mode de rédaction peu argumentatif du Conseil, de déceler comment il interprète réellement certains principes. Cela est particulièrement déplorable lorsqu'il s'agit de rendre des décisions faisant l'objet de controverses préalables et lorsque des enjeux économiques sont en jeu comme ici. Voir aussi : GAY, L. « L'interprétation neutre d'un concept économique est-elle possible ? Réflexions sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la liberté d'entreprendre. ».
- 102.** *Ibid.*, considérant 102. « En instituant l'article L. 225-102-4 du code de commerce, le législateur a entendu, par une mesure de transparence, éviter la délocalisation des bases taxables

afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Il a ainsi poursuivi un objectif de valeur constitutionnelle. »

103. Art. 137 du texte adopté n° 830 du 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

104. Voir bloc de constitutionnalité et en particulier l'alinéa 1 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la charte de l'environnement.

105. L'écocide fait-il partie du *jus cogens* ? Voir » De la valeur partagée de la sûreté de la planète à la répression internationale de l'écocide. Une nouvelle quête » publié dans *Des écocrimines à l'écocide, le droit pénal au secours de l'environnement*, sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015, pp. 113-118

106. Il est vrai que la PPL vise une sous-catégorie du *jus cogens* qui intègre une panoplie plus large de droits. Leur importance n'en est pas forcément affaiblie. Les deux catégories ont par ailleurs tendance à se confondre et celle du *jus cogens* à s'élargir. Voir par exemple la constatation de l'expansion de la notion de crimes contre l'humanité : Cour Internationale de Justice, Affaire du *Mandat d'Arrêt*, Opinion individuelle commune de Mme. Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, 14 avril 2002, pp. 82 – 83.

107. Même si ce dernier objectif trouve sa justification dans le prolongement du principe l'égalité devant les charges publiques, voir : Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, considérant 19 : « Selon l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable, elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Il en découle l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale. »

108. Art. 1353 nouveau du Code civil fait peser la charge de la preuve au demandeur, lorsqu'il réclame l'exécution d'une obligation (Soc. 12 juin 1981 : Bull. civ. V, no 548 ; Civ. 1re, 15 nov. 1989 : *ibid.* I, no 349). Le demandeur a cependant la possibilité de demander la réalisation d'actes d'instruction au juge d'après les art. 10, 11 et 143 du Code de procédure civile. Néanmoins, « *Les juges du fond qui estiment qu'une partie n'apporte aucun élément à l'appui de ses prétentions font à bon droit application de l'art. 146, al. 2, C. pr. civ. aux termes duquel aucune mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve* » (Soc. 7 oct. 1982 : Bull. civ. V, no 540 ; Civ. 1re, 9 juill. 1985 : *ibid.* I, no 216).

109. Dans ce cadre, le demandeur doit démontrer une prise d'influence préjudiciable, c'est-à-dire l'adoption de mesures ne servant que les intérêts de la société dominante (voir par exemple l'affaire *Serrano*, Cass., soc., n° 13-15.573, 8 juillet 2014). Egalement l'exercice d'une pression commerciale quasiment intenable pour le sous-traitant ?

110. Dans ce cadre, le demandeur doit démontrer la connaissance du risque de survenance de dommage par la société dominante, sa capacité de pouvoir prévenir le dommage ainsi que son abstention fautive. Jusqu'ici, seul les demandeurs de l'affaire de *l'Erika* (Cass. crim., n° 10-82-938, 25 septembre 2012), bien aidés par le procureur et les circonstances de l'affaire (cf. procédures de *vetting*, qui démontrait la prise en charge volontaire de la sécurité par la société mère Total) ont pu faire réunir ces conditions-là. Ces conditions semblent très difficiles à réunir.

111. Soc. 7 oct. 1982 : Bull. civ. V, no 540 ; Civ. 1re, 9 juill. 1985 : *ibid.* I, no 216.

112. Voir *supra*, seule l'affaire *Erika* a pu faire émerger le devoir de vigilance de la société mère lors d'une abstention fautive (Cass. crim., n° 10-82-938, 25 septembre 2012).

113. Principes Directeurs des Nations-Unies relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme, HR/PUB/11/4, 2011, principe 26 et commentaire relatif.

114. Rapport n° 2628, par M. DOMINIQUE POTIER, Député, p. 34 – 35.

115. ACQUIER A., Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères, *Revue de l'organisation responsable*, 2014/2 (Vol. 9)) : « Comme mentionné par Charley Hannoun,

l'une des conséquences collectives de la loi pourrait être l'instauration d'une forme de « police économique des risques ». Dans son ouvrage *la société de l'audit* (Power 2005), Michael Power explique ainsi comment ces technologies se déploient dans des sociétés averses au risque. Selon lui, plus que de la sécurité, ces technologies d'audit produisent de la confiance ou de la réassurance à court terme. La procédure a en effet un rôle de réassurance symbolique mais sert plus souvent à affecter les responsabilités qu'à transformer effectivement les pratiques. »

116. Les PPL prévoyaient l'insertion de l'art. L. 233-41. – I. dans le Titre troisième « Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales » du Livre deuxième.

117. POTIER. D., Député, Rapporteur de la Commission des lois, Intervention à l'Assemblée Nationale à la suite de l'adoption du texte n° 843, 29 novembre 2016.

118. Voir article 225 de la loi Grenelle II ainsi que le décret accompagnant le texte de loi, décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

119. Directive 2014/95/UE modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

120. Association nationale des sociétés par actions, Proposition de directive relative à la publication d'informations extra-financières, 2014-1, n° 14-002

121. Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Bruxelles, le 28.11.2013 COM (2013) 813 final 2013/0402 (COD), considérant 8 : « Cette définition devrait donc être construite de façon à couvrir les informations commerciales, les informations technologiques et les savoir-faire lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité. Par nature, cette définition devrait exclure les informations courantes et ne devrait pas être étendue aux connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et à celles qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui traitent habituellement le type d'informations en question ou leur sont aisément accessibles. »

122. POSITION DU PARLEMENT EUROPÉEN arrêtée en première lecture le 14 avril 2016 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2016/... du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (EP-PE_TC1-COD(2013)0402), considérant 14.

123. Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Considérant 102 et 103.

124. *Chandler v. Cape* [2012] EWCA Civ 525 (25 April 2012).

125. D'après la *High Court of London*, qui a rendu la décision *Chandler v. Cape*, une société doit notamment en surveiller une autre, lorsque les trois conditions dégagées par le précédent *Caparo* sont réunies : (1) la réalisation du dommage est prévisible ; (2) une relation de proximité existe entre les sociétés ; (3) et les juges considèrent qu'une telle obligation est équitable, raisonnable et juste. Ni une anormalité des relations entre les sociétés, ni un contrôle absolu, ni une immixtion dans la gestion, ni une acceptation volontaire du devoir de vigilance n'est requise (§65 – 67 de l'arrêt). En d'autres termes, le *duty of care* peut venir sanctionner l'omission ou l'abstention fautive de la société dominante même lorsque la dépendante n'a pas perdu toute son autonomie. Enfin, la Cour a donné des lignes directrices non contraignantes, permettant de faciliter l'examen de l'application du devoir de vigilance entre sociétés d'un même groupe : (1) les deux sociétés doivent avoir à certains égards le même domaine d'activité ; (2) la société mère dispose ou est présumée disposer d'un savoir supérieur en ce qui concerne certains aspects de santé ou de

sécurité au travail ; (3) la société dominante savait ou était en état de savoir que les conditions de travail de sa filiale n'étaient pas sûres ; (4) enfin, la société parente savait ou aurait pu prévoir que la subsidiaire ou ses employés allaient se fier au savoir supérieur de la société mère afin de les protéger (§80 de l'arrêt).

126. *Lubbe and others v Cape Plc* [2000] 1 WLR 154; *Connelly v. RTZ Corporation pic and Others* [1997] UKHL 30; [1998] AC 854; [1997] 4 All ER 335; [1997] 3 WLR 373 (24 juillet 1997)).

127. *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, Arrondissementsrechtbank Den Haag [District Court of The Hague], Jan. 30, 2013, Case No. C/09/337050/HA ZA 09-1580 renvoyée en appel,

128. *Jabir & Others v. Kik*, Landgericht Dortmund; *Gray v. Fire alarm*, [2006] EWCA Civ 1496, 2006.

129. WESCHE P., SAAGE-MAAß M., "Holding Companies Liable for Human Rights Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabirs and Others v Kik", *Human Rights Law Review*, p. 379-381, 2016.

130. D'ANGLEJAN CHATILLON M., Une procédure de discovery simplifiée par l'introduction en Angleterre des , « Civil Procedure Rules » (SI 1998/3132), Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Ouest, 2008.

131. Art. 1 de la directive, insertion de l'art. 19 bis §1 d), insertion de l'art. 29 bis§1 d).

132. Selon un tribunal américain, le *California Transparency Supply Chains Act* ne contraint pas les entreprises de divulguer les risques concrets : <https://business-humanrights.org/en/nestl%C3%A9-A9-lawsuit-re-forced-labour-in-thai-fishing-industry> ; voir encore : *The California Transparency in Supply Chains Act A Resource Guide*.

133. *Transparency in Supply Chains etc. A practical guide*, p. 6 : „In practice failure to comply with the provision will mean the organisation has not produced a statement, published it on their website (where they have one) or has not set out the steps taken by the organisation in the relevant financial year. This can include setting out that it has taken no such steps, or is just beginning investigations. Whilst we would encourage clear, detailed and informative statements legal compliance does not turn on how well the statement is written or presented (provided that it sets out the steps taken or that no steps have in fact been taken). We expect organisations to build on their statements year on year and for the statements to evolve and improve over time. However, a failure to comply with the provision, or a statement that an organisation has taken no steps, may damage the reputation of the business. It will be for consumers, investors and Non-Governmental Organisations to engage and/or apply pressure where they believe a business has not taken sufficient steps. “

134. POSITION DU PARLEMENT EUROPÉEN arrêtée en première lecture le 14 avril 2016 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2016/... du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (EP-PE_TC1-COD(2013)0402), considérant 14 ; voir aussi art. 3 al. 2 de la présente directive : « En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires, lorsqu'elle est imposée ou autorisée par la loi, devrait être considérée comme licite aux fins de la présente directive. Cela concerne notamment l'obtention et la divulgation de secrets d'affaires dans le cadre de l'exercice des droits des représentants des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation conformément au droit de l'Union, aux droits nationaux et aux pratiques nationales, et dans le cadre de la défense collective des intérêts des travailleurs et employeurs, y compris la codétermination, ainsi que l'obtention ou la divulgation d'un secret d'affaires dans le cadre de contrôles légaux des comptes effectués conformément au droit de l'Union ou au droit national. »

135. Voir *infra*, plus particulièrement note de bas de page 101.

136. Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003).

137. Voir résultat du vote de la résolution A/HRC/RES/17/31 votée au sein du Comité des Droits de l'Homme visant « l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme » : États ayant voté pour : Afrique du Sud, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Chine, Côte d'Ivoire, Congo, Cuba, Éthiopie, Fédération de Russie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Kenya, Maroc, Namibie, Pakistan, Philippines, Venezuela, Viet Nam. États ayant voté contre : Allemagne, Autriche, Estonie, États-Unis d'Amérique, Ex-République Yougoslave de Macédoine, France, Irlande, Japon, Italie, Monténégro, République de Corée, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord. États s'étant abstenus : Arabie Saoudite, Argentine, Botswana, Brésil, Chili, Costa-Rica, Émirats Arabes-Unis, Gabon, Koweït, Maldives, Mexique, Pérou, Sierra-Leone.

138. DE SCHUTTER O., "Towards a new Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, 1, S. 41-67, 13 November 2015, p. 47, p. 66.

139. Art. 3 al. 1 e) du TFUE.

140. http://cnb.avocat.fr/Devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-entreprises-multinationales-donneuses-dordrevisant-a-prevenir-les-atteintes_a2318.html

RÉSUMÉS

La proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre pourrait considérablement renforcer la protection des droits de l'homme et de l'environnement le long des chaînes de production mondialisées. En effet, ce texte obligerait les entreprises transnationales à mettre en œuvre un « plan de vigilance » (communication des risques et des procédures de diligences raisonnables) afin de prévenir les atteintes graves. En cas de manquement et/ou de dommage, une procédure d'injonction dissuasive et/ou une responsabilité civile est prévue. Ce texte de loi est toutefois très controversé. Les opposants lui reprochent des incertitudes juridiques ainsi qu'une atteinte disproportionnée à la compétitivité des entreprises et de l'attractivité économique de la France. Cette contribution discutera ces arguments et essaiera d'analyser la conformité du texte par rapport à certains principes constitutionnels de nature juridique (principe de clarté, de légalité des peines et de responsabilité) et économiques (liberté d'entreprendre, égalité devant les charges publiques).

The French law proposal relating to the duty of care of parent and contracting companies could significantly strengthen the protection of human rights and the environment along their global business and supply chains. Indeed, it would require large transnational corporations to implement a "vigilance plan" (report of risks and due diligence procedures) in order to prevent serious harms. In case of failure and/or prejudice, a deterrent injunction procedure and/or a civil liability are foreseen. However, this text is very controversial. Opponents criticize its legal uncertainties and the endangerment of the French economy. This contribution will discuss these arguments and try to analyze the conformity of the law proposal with constitutional principles of legal nature (principle of clarity, of lawfulness of criminal offenses and penalties, of responsibility) as well as economical nature (equity in terms of public burdens and entrepreneurial freedom).

INDEX

Keywords : duty of care, vigilance plan, due diligence, liability of parent and contracting companies, economic dependency, transnational corporations, prevention of gross human rights and environmental abuses, climate change, clarity requirement, principle of the lawfulness of criminal offenses and penalties, principle of responsibility and liability, principle of equality, principle of freedom to exercise a trade or profession (liberté d'entreprendre), economical analysis, comparative law, reporting, disclosure of non-financial information, business and trade secrets, full transparency, globalization

Mots-clés : devoir de vigilance, plan de vigilance, due diligence, responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres, dépendance économique, entreprise transnationale, prévention des atteintes graves, protection des droits de l'homme, protection de l'environnement, changement climatique, principe de clarté de la loi, principe de légalité des peines, principe de responsabilité, principe d'égalité devant les charges publiques, principe de la liberté d'entreprendre, reporting extra-financier, secret des affaires, transparence totale, mondialisation

AUTEUR

PAUL MOUGEOLLE

Doctorant en cotutelle internationale à l'Université Paris 10 et Potsdam en Allemagne