



# Dossier La responsabilité sociale des entreprises

**4 Avocats**

Avocats dans le monde : le soutien de l'UIA

**5 Finance**

Abus de marché : quel futur dispositif ?

**5 Entreprises**

Fonction juridique en entreprise : enfin un diplôme de General Counsel !

**7 Experts-comptables**

Réseaux sociaux : les experts-comptables à la sauce 2.0 ?

**48 Etude**

Juste motif de révocation et principe de la contradiction

**53 Fiches pratiques**

Actualités du droit de l'insolvabilité

Actualités du droit des sociétés

# Devoir de vigilance : un outil de prévention du risque judiciaire pour les entreprises ?

**Emmanuel Daoud,**  
Avocat associé,  
VIGO Cabinet d'avocats

**Cindy Josseran,**  
Juriste,  
VIGO Cabinet d'avocats

**Le risque judiciaire actuellement encouru par les entreprises en matière de RSE est bien réel (Total, Vinci etc.). Nous assistons à la mise en cause croissante de leur responsabilité devant les juridictions civiles et pénales. Dans ce contexte, l'instauration d'un devoir de vigilance, qui par ailleurs ne serait qu'une extension de mécanismes préexistants au sein de nombreuses entreprises, constituerait un outil de prévention du risque judiciaire pour les entreprises.**

1) Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par l'Assemblée nationale le 31 mars 2015.

2) Emmanuel Daoud et Julie Ferrari, La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique, *JCP S* 2012, 1391.

3) C. Malecki, Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ?, *BJS* avril 2015, Eclairage, p. 1.

4) Avis de la commission des affaires étrangères rendu le 5 décembre 2012, cité dans Le devoir de vigilance des sociétés mères : du droit souple au droit dur, *Dalloz étudiants*, 2 mars 2015.

5) Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014.

6) Article 515-26 du Code de l'environnement.

7) Article 4 de la loi n°2014-790 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, adoptée le 10 juillet 2014.

8) Article 8 de la loi n°2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale.

9) Aux termes de l'article 45 du Code des marchés publics « Pour les marchés de travaux et de services dont l'exécution implique la

La proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, telle qu'adoptée le 30 mars 2015 par l'Assemblée nationale, et inscrite à l'ordre du jour de la séance du Sénat du 21 octobre 2015, consacre un devoir de vigilance de grands groupes vis-à-vis des sociétés qu'ils contrôlent et de leurs sous-traitants. La loi impose ainsi l'obligation d'identifier les risques posés par leurs activités et de prendre des mesures pour les prévenir, grâce à l'établissement d'un plan de vigilance.

Ce mécanisme juridique s'inscrit dans un contexte international enclin à responsabiliser les acteurs économiques, afin de prévenir la réitération de drames humains et environnementaux comme le naufrage de l'Erika ou l'effondrement des usines textiles du Rana Plaza...

Il s'agirait donc d'une exception au principe de l'autonomie de la personnalité juridique des filiales, actuellement écarté à l'engagement de la responsabilité de la société mère, dont la portée est cependant tempérée en raison de certaines exceptions consacrées par la jurisprudence.

Outre ces incertitudes jurisprudentielles menaçant le « voile » qui protège encore aujourd'hui (mais pour combien de temps ?) les sociétés mères des agissements de leurs filiales, il faut aussi relever la mise en cause croissante de la responsabilité des sociétés en matière de violations des droits de l'homme.

Les juridictions françaises n'hésitent pas à attribuer une force contraignante à des instruments de *soft law* pour engager la responsabilité des sociétés. De leur côté, les ONG font preuve de créativité pour engager la responsabilité des sociétés qui seraient responsables de violations des droits de l'homme.

Aborder la RSE sous l'angle de la prévention du risque judiciaire (pénal et civil) peut paraître surprenant, puisque la RSE résulte d'une démarche purement volontaire, qui n'est assortie d'aucune sanction et qui ne peut donc, *a priori*, engager la responsabilité d'une entreprise.

Toutefois, l'extension de la responsabilité des entreprises, et l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance (1), qui permettrait d'engager leur responsabilité civile, témoignent de la nécessité de prendre en compte la RSE comme un outil de prévention efficace du risque judiciaire.

La RSE bouleverse la responsabilité classique des entreprises en ce qu'elle étend cette responsabilité aux conséquences de leurs activités économiques, commerciales et sociales au sein de leur sphère d'influence (2).

Ainsi, la proposition de loi relative au devoir de vigilance devrait être la bienvenue en ce qu'elle tend à donner un cadre législatif aux innovations jurisprudentielles et utilisations créatives de notre Code pénal. En instituant une nouvelle obligation de vigilance dont le champ d'application est davantage étendu (I), il est donné l'opportunité aux entreprises de tourner à leur avantage l'utilisation d'un plan de vigilance afin de prévenir la réalisation du risque judiciaire auquel elles sont confrontées (II).

## I. Présentation du devoir de vigilance

Avant de présenter le contenu de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (B), nous verrons que loin de faire cavalier seul (3), l'initiative française est ancrée dans un contexte international dynamique (A).

### A. Un contexte international enclin à responsabiliser les acteurs économiques

Bien que non contraignants, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté en juin 2011 les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ceux-ci créent une obligation pour les Etats de protéger les citoyens des impacts négatifs des entreprises transnationales à l'égard des droits humains. Ils exigent des sociétés qu'elles veillent au respect de ces droits par la mise en œuvre de procédures de « diligence raisonnable ».

De même, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique a renforcé ses principes directeurs à l'intention des multinationales en 2011. Il s'agit d'un ensemble de recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales afin de favoriser une conduite raisonnable dans les domaines des droits de l'homme



de l'environnement, ou de la lutte contre la corruption. Au niveau européen, la Commission européenne a par ailleurs vivement encouragé les Etats à transposer dans leur droit interne les principes des Nations Unies, et a explicitement demandé que « des règles de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de chaîne d'approvisionnement soient établies au niveau de l'Union, [...] notamment, dans des secteurs susceptibles d'avoir une forte incidence, positive ou négative, sur les droits de l'homme [...] » (4).

Le 22 octobre 2014, l'Union européenne a adopté la directive sur le reporting non-financier, prévoyant notamment la publication par les entreprises d'informations sur les mesures de diligence raisonnables mises en place au sein de la chaîne de production, ce qui a permis de renforcer les dispositifs français existants en la matière (5).

Déjà en 2003, avec l'adoption de la loi n°2003-699 dite «risques technologiques», la France a imposé une première obligation de vigilance. Les sociétés exploitant une installation figurant à l'article L. 515-8 du Code de l'environnement ont l'obligation de publier les informations concernant la politique de prévention du risque d'accident technologique, leur capacité à couvrir leur responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations ainsi que les moyens prévus pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant leur responsabilité (6).

Il faudra ensuite attendre 2014 pour l'instauration d'une seconde obligation de vigilance, avec la loi n°2014-790 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, qui a imposé un devoir de vigilance en matière de travail dissimulé (7). Toutefois, elle ne concerne que les travailleurs détachés par un sous-traitant situé à l'étranger sur le territoire national.

Puis, la loi n°2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale a imposé la mise en place de procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires (8).

Enfin, dans le cadre d'une passation de marchés publics, le pouvoir adjudicateur met en œuvre une obligation de vigilance, en se réservant la possibilité, d'une part, de demander aux opérateurs économiques qu'ils fournissent des certificats de qualité en matière environnementale (9), et d'autre part, en exigeant la communication d'une attestation de vigilance visant à s'assurer que le sous-traitant respecte bien ses obligations en matière sociale (10).

Il est indéniable que l'initiative française s'instaure donc dans un climat favorable à l'effectivité des obligations en matière de RSE.

D'ailleurs, la France est loin d'être un cas isolé, de nombreux pays ayant adopté des dispositions similaires qui ont prouvé toute leur efficacité.

Aux Etats-Unis, l'*Alien Tort Claim Act* (ci-après « ACTA »), ou « loi de réclamation pour les dommages contre un étranger », retient la compétence des juridictions américaines pour des recours en

responsabilité civile engagée par des citoyens non américains, pour des faits commis à l'étranger en violation du droit des nations. Depuis la décision rendue par la Cour Suprême américaine le 17 avril 2013, dans l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, l'ACTA n'est plus applicable en dehors du territoire américain. Il est constant que l'ACTA était jusqu'à lors l'outil juridique le plus effectif pour fonder une action en responsabilité civile contre une entreprise américaine ou étrangère qui se serait rendue coupable de violations des droits de l'homme, par exemple, à l'étranger. Plusieurs sociétés ont ainsi été attirées devant les tribunaux américains sur ce fondement. Des entreprises telles que Coca-Cola, Texaco, Del Monte, Union Carbide, Chevron, Nike, Ford, Exxon Mobil, ou Crédit Suisse ont été directement mises en causes. Outre le fait que nombre de ces procédures judiciaires ont débouché sur la réparation du préjudice subi par les victimes, certaines d'entre elles ont favorisé des transactions entre les parties dont le résultat financier était tout aussi satisfaisant.

## B. Le contenu de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

La loi impose ainsi l'obligation d'identifier les risques posés par leurs activités et de prendre des mesures pour les prévenir, grâce à l'établissement d'un plan de vigilance.

Le champ d'application de la loi est étendu, puisque cette obligation concerne aussi bien les risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, les dommages graves aux personnes ou à l'environnement, que les risques sanitaires et ceux liés à la corruption active et passive.

En particulier, l'article premier de la proposition de loi dispose que l'obligation de vigilance de la société-mère s'applique vis-à-vis « des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie ».

Aux termes de l'article L.233-16 II du Code de commerce :

« II.—Le **contrôle exclusif** par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. (1)

III.—Le **contrôle conjoint** est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre

*mise en œuvre de mesures de gestion environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale. »*

10) Article 46 du Code des marchés publics. Ces pièces sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché.

11) Aux termes de l'article 442-6 du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. [...] ».

12) Com. 18 déc. 2007: *RJDA* 2008, no 1055.

13) Versailles, 24 mars 2005: *BICC* 2005, no 1506; *CCC* 2005, no 133.

14) Com. 16 déc. 2008: *Bull. civ. IV*, no 207; *D.* 2009.

15) Com. 15 sept. 2009: *Bull. civ. IV*, no 110; *D.* 2009.

16) La loi n°2014-790 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, adoptée le 10 juillet 2014, ne concerne que les travailleurs détachés par un sous-traitant situé à l'étranger sur le territoire national ; la loi n°2003-699 dite «risques technologiques» du 30 juillet 2003, impose aux sociétés exploitant une installation figurant à l'article L. 515-8 du Code de l'environnement, la publication d'informations concernant la politique de prévention du risque d'accident technologique, la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations ainsi que les

moyens prévus pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité.

17) Cass.com., 12 juin 2012 n°11-16.109.

18) CA Paris, 12 janvier 2010, n°08/19298 ; Julie Ferrari, La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? *Revue Lamy Droit des affaires*, n°76 novembre 2012.

19) TASS Melun, 11 mai 2012, n°10-00924/MN, n°2012-010626.

20) Julie Ferrari, La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? *Revue Lamy Droit des affaires*, n°76 novembre 2012. Par ailleurs, les juridictions françaises sont de plus en plus enclines à prendre en considération la relation de la société mère avec sa filiale afin de fonder leurs décisions. Ainsi, dans l'affaire COMILOG, la Cour d'Appel de Paris a condamné le 10 septembre 2015 une société gabonaise, filiale de la société française Eramet, pour ses agissements au Gabon relatifs à des contrats de travail de salariés congolais. Pour autant, les juridictions françaises se sont déclarées compétentes, dans le cas exceptionnel de l'infraction de déni de justice, considérant que le lien de rattachement entre le litige et la France était suffisant du fait de la nationalité française de sa maison mère : Eramet. De nouveau, la dichotomie opérée entre une société mère et sa filiale s'amoinde.

21) Cour d'appel Paris – 24 octobre 2013 – n°12/05650, n°12/05651.

22) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 22 janvier 2015, 13-28.414.

23) Cass. crim. 25 septembre 2012 affaire Erika n°10-82.938.

24) A l'inverse, dans un arrêt récent rendu par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire dite du « tramway de Jérusalem », la Cour a estimé que la requérante ne pouvait pas se prévaloir du code d'éthique ou de l'adhésion au Pacte

limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

**IV. – L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. »**

La rédaction du texte pose à première lecture quelques interrogations quant à l'interprétation de certaines dispositions, interrogations que seule la pratique sera en mesure de dissiper.

L'identification des sous-traitants ou fournisseurs avec qui la société entretient « une relation commerciale établie », est une expression renvoyant à celle contenue à l'article L. 442-6 du Code de commerce (11). Cette expression a été substituée à celle d' « influence déterminante » retenue dans une version antérieure de la proposition de loi.

La jurisprudence a pu définir « une relation commerciale établie » comme une relation durable dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir. Ainsi, une relation commerciale n'était pas considérée comme établie lorsqu'elle n'a duré que quelques mois (12), lorsqu'elle est systématiquement précédée d'une mise en concurrence (13), ou lorsque la relation résultait de contrats indépendants, que les parties n'avaient pas passé d'accord-cadre et qu'aucun chiffre d'affaires ou exclusivité n'avait été garanti (14). A l'inverse, une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour la caractériser dès lors que sont démontrés la régularité, le caractère significatif et la stabilité de la relation (15).

L'effectivité du plan est garantie d'une part par sa publicité, et d'autre part par le contrôle du juge.

En effet, le juge peut être saisi par toute personne justifiant d'un intérêt à agir, ou par des associations dès lors qu'elles y sont autorisées par la loi, afin d'enjoindre à la société d'établir le plan, de le communiquer et de le mettre en œuvre. Le juge dispose donc du pouvoir de vérifier le contenu et la qualité du plan de vigilance.

Par ailleurs, l'article 2 permet d'engager la responsabilité civile des sociétés concernées pour un dommage qu'elles auraient raisonnablement pu éviter. Il s'agit d'une responsabilité de droit commun pour faute fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Outre la réparation du préjudice, le juge peut prononcer une amende civile d'un montant maximum de 10 millions d'euros, et ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision. Il en résulte nécessairement un risque d'atteinte à la réputation de l'entreprise.

Toutefois, le risque réputationnel encouru par les entreprises à l'heure actuelle en raison de l'interpellation publique menée par les ONG n'est-il pas tout aussi avéré ?

Cette proposition de loi constituerait une nouvelle exception au principe de l'autonomie de la personnalité juridique des filiales, et *a fortiori* des sous-traitants, et instituerait une nouvelle obligation de vigilance à l'égard des entreprises (16) ayant le mérite de donner un cadre législatif aux obligations RSE en général. Surtout, le plan de vigilance constituerait un outil essentiel pour les entreprises dans la prévention du

risque judiciaire auquel elles sont confrontées de manière croissante.

## II. Un « nouvel outil » de prévention du risque judiciaire pour les entreprises

Davantage attirées devant les tribunaux et interpellées publiquement sur les conséquences éventuellement néfastes de leurs agissements, les sociétés encourent un risque judiciaire qui est bien réel (A). L'élaboration d'un plan de vigilance leur permettrait de prévenir la réalisation de ce risque, dès lors que ce plan constitue, en réalité, une extension de mécanismes préexistants au sein de l'entreprise (B).

### A. La réalité du risque judiciaire encouru par les entreprises

#### 1. Au civil

Devant les juridictions civiles, les théories de la fictivité ou de l'apparence trompeuse permettent d'ores et déjà d'engager la responsabilité civile de la société mère, *a fortiori* en matière de RSE.

La jurisprudence a admis certaines exceptions au principe de l'autonomie de la personnalité juridique des filiales. Ainsi, la victime d'une filiale est dorénavant susceptible de mettre en cause la responsabilité de la société mère en démontrant que les deux sociétés ne sont pas autonomes.

La Cour de cassation a ainsi jugé que « ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui déclare une société mère solidairement responsable de sa filiale sans constater que l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale avait été de nature à créer pour la victime une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant », sous-entendant *a contrario* que la société mère aurait été déclarée responsable de sa filiale (17).

Toujours à l'égard de l'apparence trompeuse, la responsabilité de la société mère avait été engagée en raison de la mention dans un courrier adressé à un créancier qu'elle acceptait de financer le montant de la dette, créant ainsi l'illusion trompeuse qu'elle allait assumer les dettes de sa filiale (18).

Il convient également de mentionner la décision rendue par le TASS de Melun à l'encontre de la société Areva, qui illustre parfaitement l'application des atténuations au principe de l'autonomie de la personnalité morale des filiales en matière de RSE.

Pour la première fois, la faute de la société mère Areva avait été retenue en raison des conditions de travail dans une de ses filiales au Niger, ayant entraîné le décès d'un salarié, le Tribunal ayant considéré que les deux sociétés étaient co-employeurs (19). Afin de déterminer qui de la société mère ou de la filiale avait le réel pouvoir d'imposer des règles d'hygiène et de sécurité ainsi que de contrôler leur mise en œuvre et de mettre en place des mesures de protection des salariés, le Tribunal a pris en compte les engagements



unilatéraux signés par Areva (par exemple, la signature d'un protocole d'accord avec l'association Sherpa sur les maladies provoquées par les rayonnements ionisants) concluant ainsi à sa responsabilité (20). En revanche, les engagements unilatéraux pris par Areva n'avaient en l'espèce pas servi à caractériser la faute, mais simplement à identifier la personne morale responsable. Bien qu'infirmée en appel (21) et que le pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision ait été rejeté par la Cour de cassation (22), une brèche a été ouverte et a permis la prise en compte des engagements unilatéraux des entreprises dans le cadre d'un contentieux.

C'est toutefois la Cour de cassation qui consacrera ou non la portée des engagements unilatéraux adoptés volontairement par une entreprise, attribuant à des instruments de « *soft law* » un caractère contraignant.

A l'occasion de la fameuse affaire de l'*Erika*, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 25 septembre 2012 que la responsabilité civile (et pénale) de la société Total étaient engagées. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a caractérisé la responsabilité de la société française sur la base d'une carence en se référant aux règles de contrôle interne que la société avait volontairement mises en place, et non au regard des dispositions réglementaires impératives (23).

Toutefois, les tribunaux semblent avoir une interprétation divergente sur la force contraignante à donner aux engagements volontaires d'une entreprise (24).

Si une incertitude jurisprudentielle demeure quant à la force contraignante de ces engagements, il est en revanche constant que la responsabilité environnementale des sociétés est ancrée dans les textes législatifs ainsi que dans la pratique.

Il convient également de souligner que l'application de nombreux textes existants pourrait être utilisée afin d'engager la responsabilité civile des sociétés mères en matière de RSE.

A ce titre, mentionnons par exemple la jurisprudence relative aux lettres d'intention (25). Si la société mère ne peut être qualifiée d'exploitant de fait, elle peut être tenue de soutenir financièrement sa filiale exploitante, solution retenue à l'égard de Total France concernant les travaux de dépollution d'une zone abritant une école menés par sa filiale, consécutifs à un sinistre (26).

De même, une nouvelle vie pourrait être donnée à l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. Il suffirait ainsi de démontrer, si besoin étant en recourant à la notion de « *sphère d'influence* » définie par la norme ISO 26000 (27), que la société mère exerce un réel contrôle sur sa filiale se rapprochant de la notion de garde fondant la responsabilité du fait d'autrui (28).

## 2. Au pénal

*A priori*, le principe contenu à l'article 121-1 du Code pénal selon lequel « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.* » devrait faire obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale de la société mère.

Toutefois, la tendance actuelle démontre que l'utilisation des textes légaux existants permet de fonder l'engagement de la responsabilité pénale de la

société mère.

Rappelons d'abord la condamnation pénale de la société Total sur la base d'une carence en se référant aux règles de contrôle interne que la société avait volontairement mises en place (29).

D'autre part, l'association Sherpa a porté plainte pour les infractions de travail forcé, réduction en servitude, et recel contre Vinci Construction Grands Projets (VCGP) et les dirigeants français de sa filiale Qatarie (QDVC), qui auraient été commises à l'encontre des migrants employés sur leurs chantiers au Qatar.

Il est intéressant de relever que l'association n'a pas retenu la complicité comme mode de responsabilité à l'encontre de la société mère. En effet, l'article 113-5 du Code pénal (30) donne lieu à une jurisprudence inflexible quant à l'exigence d'une condamnation dans le pays concerné (31).

Ainsi, retenir le crime de recel (32) est apparu comme une solution plus opportune. En effet, rares sont les sociétés mères qui ne profitent pas du fruit du travail de leurs filiales. Une enquête préliminaire est actuellement en cours, confirmant le risque judiciaire – ou à tout le moins réputationnel – actuellement encouru par les sociétés mères en matière de violations supposées des droits de l'homme par leurs filiales.

Sur un tout autre terrain, dont les conséquences sont néanmoins tout aussi dommageables pour l'entreprise, l'utilisation de l'article L.121-1 du Code de la consommation est de plus en plus populaire.

Bien que classées sans suite par le Procureur de la République, des plaintes avaient été déposées par l'association SHERPA, entre autres, contre les sociétés Auchan et Samsung sur ce fondement. A l'égard de la société Auchan, Sherpa avait considéré que « *les engagements éthiques de l'enseigne constituent une pratique commerciale de nature à induire les consommateurs français en erreur sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elle commercialise.* » (33)

Rappelons qu'en cas de condamnation, la société, en tant que personne morale, s'expose notamment à une amende maximale de 1 500 000 euros (34). Il convient également de souligner l'impact réputationnel qu'aurait une telle condamnation à l'égard de la société ainsi que les conséquences financières en découlant (perte de chiffre d'affaire, investissements en marketing et publicité pour se refaire une nouvelle image etc.).

Le risque judiciaire ne se limite évidemment pas uniquement aux sociétés mères, mais s'étend à toutes les entreprises.

A ce titre, mentionnons qu'une instruction est actuellement en cours et visant de la société française AMESYS suite à une plainte déposée par la Fédération Française des Droits de l'Homme (ci-après « *FIDH* ») et la Ligue des Droits de l'Homme pour « *complicité d'actes de torture* », reprochant à la société d'avoir fourni à la Libye du colonel Kadhafi « *un système de surveillance des communications* ».

De même, une information judiciaire est toujours en cours concernant une plainte déposée par la FIDH et la LDH dénonçant la participation d'une société française à savoir la société QOSMOS) à la mise en place d'un système généralisé de surveillance des communications électroniques fourni au régime de Bachar el-Assad

mondial des Nations unies pour incriminer l'entreprise. L'arrêt souligne que « *les codes d'éthique, expriment des valeurs que les sociétés souhaitent voir appliquer par leur personnel dans le cadre de leurs activités pour l'entreprise.* "Cadres de référence", ils ne contiennent que des recommandations et des règles de conduite sans créer d'obligations ni d'engagements au bénéfice de tiers pouvant en solliciter le respect ». Cour d'appel de Versailles, Association France Palestine solidarité « *afps* » c/ société Alstom transport SA, 22 mars 2013, 11/05331.

25) L'article 2322 du Code civil dispose « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

26) Julie Ferrari, La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? *Revue Lamy Droit des affaires*, n°76 novembre 2012.

27) La norme ISO 26000 consacre internationalement la responsabilité sociétale des entreprises. Elle définit la sphère d'influence comme « *un domaine, des relations politiques contractuelles ou économiques à travers lesquelles une entreprise peut influencer les décisions ou les activités d'autres entreprises ou de personnes individuelles.* » NF ISO 26000, novembre 2010.

28) Julie Ferrari, La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? *Revue Lamy Droit des affaires*, n°76 novembre 2012.

29) Cass. crim. 25 septembre 2012 affaire Erika n°10-82.938.

30) L'article 113-5 du Code pénal dispose « *La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.* »

31) Cass. Crim. 29 janvier 2008, n°07-82.872 ; Cass. Crim., 12 avril 2005, n°04-82.318.

32) Le recel est défini par l'article 321-1 du code pénal comme « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.*

*Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.*»

33) Voir <http://www.asso-sherpa.org/le-groupe-auchan-verse-par-plainte-pour-pratique-commerciale-trompeuse-dans-le-cadre-de-leffondrement-durana-plaza#VfrNdjhOKM8>, consulté le 18 septembre 2015.

34) Articles L121-6 et L131-38 du Code de la consommation.

35) Ainsi, la norme ISO 26000 insiste sur l'importance primordiale d'identifier les impacts des décisions et activités de l'organisation au regard des questions centrales de l'ISO 26000 (droits de l'homme, environnement etc.) et l'identification des parties prenantes. Elle préconise différents domaines d'action qui consistent notamment à prévenir la complicité, lutter contre les discriminations, garantir les droits civils et politiques, garantir les droits économiques et culturels ou garantir les droits fondamentaux au travail.

36) Cf. également, A. Piétrancosta, E. Boursican, *Vigilance : un devoir à surveiller !*, *JCP éd. G* 2015 553, p. 922 à 924.

37) Julie Ferrari, *La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ?* *Revue Lamy Droit des affaires*, n°76 novembre 2012.

et ayant servi à la traque, à la torture ou à l'exécution d'opposants au régime.

## B. Une extension de mécanismes existants favorable aux entreprises

Dans ce contexte, si l'instauration d'un devoir de vigilance peut être perçue comme une énième contrainte pour les entreprises, déjà confrontées à des obligations croissantes de reporting, il s'avère en réalité un outil précieux dans la prévention du risque judiciaire.

A titre liminaire, il apparaît utile pour les entreprises de s'appuyer sur des référentiels RSE dans la définition d'outils visant à prévenir le risque judiciaire.

La norme ISO 26 000, qui fournit des lignes directrices aux entreprises et aux organisations pour opérer de manière socialement responsable (35), et les lignes directrices pour l'élaboration des rapports relatifs au développement durable publiées par la Global Reporting Initiative, constituent des critères référentiels fiables pour l'élaboration d'un plan de prévention des risques.

Ces domaines d'actions doivent être reflétés dans la mise en œuvre d'outils de prévention du risque : contrôles de conformité, formations, chartes éthiques et code de conduite, comité éthique, audit interne et externe, système d'alerte etc., souvent d'ores et déjà mis en place au sein des entreprises.

La mise en place de ces mécanismes n'est pas toujours chose aisée, notamment lorsque l'entreprise fait face à un corpus de normes juridiques qu'il est difficile d'appréhender. Cela est d'autant plus vrai avec l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance dont le champ d'application est étendu aux atteintes à l'environnement, la corruption, mais surtout les droits de l'homme, cortège de normes nationales et internationales parfois difficile à identifier (36).

Surtout, la loi sur le devoir de vigilance consacrant la responsabilité civile de la société-mère, il s'avère impératif que le contrôle de conformité s'applique aux activités de toute la chaîne de production, afin de prévenir la sous-traitance « en cascade » notamment.

Les professionnels du droit, connaisseurs des réglementations en vigueur, deviendraient des interlocuteurs privilégiés afin de déterminer le risque judiciaire encouru par l'entreprise en fonction de son activité, son implantation géographique etc. Ils seraient ainsi compétents pour déterminer des procédures de conformité adéquates.

D'ailleurs, la majorité des grandes entreprises ont déjà mis en place des procédures internes et des mécanismes de prévention en matière de responsabilité sociale.

Rappelons tout d'abord la généralisation des cartographies des risques au sein des entreprises en matière de compliance, ainsi que des divers mécanismes liés aux obligations légales en matière d'environnement.

La nouveauté de la mesure ne réside donc pas dans la création d'un plan de vigilance, mais dans l'extension des mécanismes existants aux atteintes aux droits de l'homme. Une bonne politique de compliance devra

aujourd'hui intégrer les droits de l'homme et leur respect.

La plupart des grandes entreprises ont adopté des codes de bonne conduite et des chartes éthiques, ayant d'ores et déjà pour but de réduire la réalisation des risques juridiques auxquelles l'entreprise est confrontée dans son activité (37).

Si ces engagements sont insérés au sein des contrats conclus avec un fournisseur ou un sous-traitant, ils deviennent un élément essentiel du contrat dont le non-respect pourrait être sanctionné. Il s'agirait donc d'un processus de contractualisation des obligations RSE, en insérant des clauses de résiliation anticipée du contrat en cas de méconnaissance par le co-contractant des obligations découlant du code de conduite.

Une pratique répandue au sein des entreprises consiste par ailleurs à mener des audits internes, mais aussi des audits spontanés (externes et aléatoires) auprès de leurs fournisseurs ou sous-traitants. Afin qu'ils ne restent pas lettre morte, ils doivent être suivis de procédures de sanctions dans les conditions ci-dessus évoquées.

Peuvent aussi être institués des mécanismes d'alertes assortis de mesures de protection des lanceurs d'alertes, qui auraient connaissance au sein de la société de conditions de travail ne respectant pas les standards imposés.

Au-delà du volet procédural, de nombreuses sociétés incluent dans leurs mesures préventives la formation des salariés, et notamment des salariés de leurs sous-traitants. Les entreprises peuvent conclure des partenariats avec des ONG locales chargées de former les salariés et les employeurs au respect des droits fondamentaux dans leurs conditions de travail, et d'autre part, former les salariés à la connaissance et l'exercice effectif de leurs droits.

Certaines entreprises vont encore plus loin, en concluant des partenariats avec des ONG. Par exemple, le comité INFANS, à l'initiative de Carrefour, est dirigé par deux représentants de la FIDH et un représentant de Carrefour. Le comité consultatif peut faire procéder à un audit externe indépendant qui se déroule en toute confidentialité. Toutefois, si le comité estime que ses recommandations n'ont pas été appliquées de façon satisfaisante, et au terme d'une période maximale de quatre mois suivant leur formalisation, il peut décider de rendre publique ses observations, engendrant un dommage réputationnel pour la société.

Ces outils ne constituent donc pas une nouveauté pour les entreprises (en tout cas, les plus importantes) qui les ont déjà tous plus ou moins intégrés dans le cadre de procédures de compliance ou de reporting en matière environnementale. Il s'agirait ainsi d'étendre leur champ d'application. La nouveauté réside sans doute davantage dans l'identification des risques liés aux atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

A ce titre, la RSE doit devenir un moyen positif de prévenir le risque auquel est exposée l'entreprise, en plus de lui procurer d'autres avantages tels qu'une attractivité plus grande aux yeux des investisseurs désireux de développer un investissement responsable.