

## LOI FRANÇAISE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE

### TROIS RECOMMANDATIONS POUR AVANCER\*

Elsa Savourey, avocate au Barreau de Paris ; coordinatrice de la pratique mondiale entreprises et droits humains, Herbert Smith Freehills

Les premiers plans de vigilance élaborés dans le cadre de la [loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre](#) (la « **Loi sur le devoir de vigilance** » ou la « **Loi** ») ont récemment fait l'objet de plusieurs études. La plupart de celles-ci offrent une synthèse du contenu de ces plans tout en identifiant certaines bonnes pratiques<sup>1</sup>. Il convient désormais, sur la base de ces travaux, d'aller plus loin pour améliorer la prochaine génération de plans de vigilance et la mise en œuvre effective des plans actuels. Nous formulons à cette fin trois recommandations.

Ces recommandations, qui se concentrent plus particulièrement sur l'aspect relatif aux droits humains de la Loi, peuvent être résumées par ce que nous appellerons les « trois P » : procédures, pédagogie et pragmatisme. Elles s'appuient sur notre expérience dans la mise en œuvre de la Loi et sur l'analyse juridique de 25 plans de vigilance menée parmi 12 secteurs industriels et évalués à l'aide d'un ensemble de 57 questions<sup>2</sup>. Le déploiement de ces trois P nécessite également de comprendre que la mise en place de la Loi doit s'inscrire dans une approche juridique ainsi que le soulignent nos remarques conclusives.

#### COMMENTAIRE PRELIMINAIRE : L'ABSENCE DE CERTAINS PLANS DE VIGILANCE

Il est important et urgent de noter que plusieurs sociétés n'ont pas publié de plan de vigilance, alors même qu'il existe une forte probabilité que celles-ci entrent dans le champ d'application de la Loi et doivent en conséquence préparer un tel plan. Certaines de ces sociétés – y compris les filiales de groupes étrangers immatriculées en France – pourraient d'ailleurs ne pas être conscientes qu'elles relevaient du champ d'application de la Loi.

Pour déterminer si une société immatriculée en France entre dans ce champ d'application, il est tout d'abord indispensable d'analyser à la fois sa forme juridique et la structure du groupe auquel elle appartient. Il convient ensuite d'établir le décompte des effectifs de chaque filiale au sein de ce groupe. Ces informations n'étant pas toujours publiques et en l'absence d'un registre public des sociétés qui relèvent de la Loi, il est difficile d'identifier les sociétés qui doivent élaborer un plan de vigilance.

En conséquence, tout groupe mondial disposant d'une ou plusieurs filiales immatriculées en France devrait vérifier si celles-ci entrent dans le champ d'application de la Loi sur le devoir de vigilance. Il devrait procéder à ces vérifications avant qu'une partie intéressée ne le découvre et ne déclenche

---

\*Cette note est une traduction réalisée avec l'aide d'Adèle Bourgin de la note suivante : Elsa Savourey, France's law on the corporate duty of vigilance: process, pedagogy and pragmatism as the way forward, Business and Human Rights Resource Centre, octobre 2018. Les recommandations proposées dans ces notes ont été présentées et discutées lors d'un panel intitulé « un an d'application de la loi : retours sur les plans de vigilance 2018 - Focus sur les droits humains » à la conférence Convergences à Paris (septembre 2018). Je remercie Charlotte Michon (EDH) et les panélistes pour nos discussions, Stéphane Brabant pour ses commentaires et la richesse de nos échanges, et Adèle Bourgin pour ses recherches et commentaires sur les versions préliminaires de ces notes.

<sup>1</sup> Entreprises pour les droits humains (EDH) & B&L Evolution, Application de la loi sur le devoir de vigilance, 25 avril 2018 : [https://www.e-dh.org/userfiles/Edh\\_2018\\_Etude\\_V6.pdf](https://www.e-dh.org/userfiles/Edh_2018_Etude_V6.pdf) ; EY, Loi sur le devoir de vigilance : analyse des premiers plans de vigilance par EY, septembre 2018 : [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-analyse-des-premiers-plans-de-vigilance-du-sbf-120/\\$File/ey-analyse-des-premiers-plans-de-vigilance-du-sbf-120.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-analyse-des-premiers-plans-de-vigilance-du-sbf-120/$File/ey-analyse-des-premiers-plans-de-vigilance-du-sbf-120.pdf).

<sup>2</sup> Nous nous sommes intéressés à la forme des plans, leur champ d'application, les procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs mises en place, aux actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves existantes, aux mécanismes d'alerte figurant dans les plans ainsi qu'aux parties prenantes.

éventuellement le régime de sanctions prévu par cette Loi. Les sanctions possibles comprennent des astreintes pour défaut d'élaboration d'un plan et/ou la mise en œuvre de la responsabilité civile de la société en cas de dommages qui auraient pu être évités si un plan de vigilance avait été élaboré et effectivement mis en œuvre.

## PROCEDURES

Il convient pour les sociétés d'adopter une approche qui repose sur des procédures, tant au moment de la rédaction de leurs prochains plans, qu'au moment de la mise en œuvre de leurs plans actuels. Plusieurs procédures sont au cœur de la Loi, y compris une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière des entités entrant dans le périmètre du plan de vigilance, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, des mécanismes d'alerte et de recueil des signalements, des dispositifs de suivi des mesures, et la publication d'informations. La nécessité de ces procédures et du développement d'outils connexes a été abondamment exposée dans les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits humains (les « **UNGPs** »), sur lesquels la Loi sur le devoir de vigilance est expressément fondée, et dans les normes qui découlent des UNGPs<sup>3</sup>.

S'agissant, par exemple, de la procédure de cartographie des risques, plusieurs sociétés doivent encore détailler les méthodologies utilisées afin l'établir. Il est ensuite important pour les sociétés de publier les résultats de cette cartographie, c'est-à-dire les risques identifiés. Cette approche est essentielle pour démontrer qu'une société est en mesure de *connaître* les risques et de *montrer* qu'une telle identification a été effectuée (*know and show*). En outre, l'exercice de cartographie des risques doit se concentrer non pas sur les risques pour la société elle-même, mais sur les risques pour les détenteurs de droits (salariés, communautés, etc.)<sup>4</sup>.

La même recommandation s'applique aux mécanismes d'alerte et de recueil des signalements sur l'existence ou la matérialisation des risques. La mise en place de mécanismes d'alerte pour lutter contre la corruption, comme l'exige, par exemple, la loi Sapin 2<sup>5</sup>, n'est pas suffisante en soi pour permettre à une société de remplir l'obligation de mise en place de mécanisme d'alerte et de recueil des signalements prévue par la Loi sur le devoir de vigilance. Le mécanisme d'alerte pour lutter contre la corruption et celui prévu dans la Loi n'ont pas les mêmes objectifs ; ils ne visent pas les mêmes risques et ne ciblent pas exactement la même population (la société d'un côté, les détenteurs de droits de l'autre). Ainsi, si ces mécanismes peuvent être complémentaires, ils ne peuvent être substituables sauf à y apporter plusieurs ajustements.

Une approche centrée sur les procédures est également nécessaire pour préparer et conduire des consultations avec les parties prenantes, de telles consultations étant recommandées par la Loi sur le devoir de vigilance. Les plans existants doivent préciser leur définition des parties prenantes, puis sur cette base, les identifier. Les plans doivent également expliciter la façon dont les sociétés entendent consulter ces parties prenantes. Le rapport sur la mise en œuvre effective de ces plans devrait ensuite expliquer comment les parties prenantes ont été consultées.

---

<sup>3</sup> AN, proposition de loi n° 2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p. 4 (exposé des motifs de la proposition de loi : « Conformément aux principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits humains adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits humains des Nations unies en juin 2011, et conformément aux principes directeurs de l'OCDE, l'objectif de cette proposition de loi est d'instaurer une obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs ») ; Haut-Commissariat aux droits humains, UNGPs, 2011, Principe 15.

<sup>4</sup> Stéphane Brabant, Elsa Savourey et Charlotte Michon, Le plan de vigilance, clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance : Rev. Int. Compliance, décembre 2017, p. 9 (« Si les mesures demandées peuvent rappeler les processus traditionnels de gestion des risques qui existent dans les entreprises, une différence fondamentale existe : la finalité de l'exercice de vigilance est bien de protéger les personnes et l'environnement alors que celle des processus classiques présents dans les entreprises est de protéger l'entreprise ») ; voir aussi NU, Rapport du Groupe de travail sur la question des droits humains et des sociétés transnationales et autres entreprises, 16 juillet 2018, A/73/163, p. 9.

<sup>5</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

## PÉDAGOGIE

Une approche pédagogique est essentielle pour instaurer les procédures nécessaires à la préparation des plans de vigilance et pour déployer leur mise en œuvre effective. Ces procédures serviront alors elles-mêmes d'instruments pédagogiques pour sensibiliser et mobiliser les différentes parties prenantes internes et externes.

Une approche pédagogique signifie qu'une société ne doit pas aborder la Loi sur le devoir de vigilance et sa mise en œuvre effective comme un exercice de conformité se limitant à cocher des cases (*tick-the-box exercise*). Les sociétés entrant dans le champ d'application de la Loi n'ont pas toutes la même maturité sur les questions relatives au respect des droits humains, et certaines ont par conséquent besoin de plus d'aide que d'autres. L'apprentissage par les pairs et le partage entre sociétés de bonnes pratiques (*best practices*) et des défis auxquels elles sont confrontées peuvent s'avérer être des ressources utiles. La création ou le recours à des guides et boîtes à outils pourrait également aider les sociétés à élaborer des plans de vigilance et à les mettre en œuvre efficacement. Les sociétés pourraient ainsi utiliser des outils tels que le Cadre de reporting conforme aux UNGPs de Shift ou des lignes directrices relative à la Loi en cours d'élaboration par les ONG.

Une approche pédagogique interne à la société est fondamentale pour sensibiliser le personnel à l'importance du respect des droits humains. Une telle approche comprend notamment des formations au sein de chaque unité opérationnelle (*business unit*) et par métiers parmi ces unités, expliquant concrètement ce que sont les droits humains et comment ils peuvent être affectés par la conduite d'activités données dans l'unité opérationnelle. La pédagogie repose aussi sur la construction de synergies entre les différents départements d'une société afin d'assurer un dialogue harmonieux aux différents niveaux d'une société ou d'un groupe. Ce dialogue doit aider à diffuser l'information et à identifier les principaux interlocuteurs afin que le personnel puisse anticiper les risques en matière de droits humains, les prévenir, et en rendre compte.

Une approche pédagogique externe à la société exige que cette dernière rende publiques, par le biais de son plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre effective, les procédures mises en place et les actions engagées pour le respect des droits humains. En particulier, un plan de vigilance devrait démontrer qu'une société est en mesure de connaître et de montrer qu'elle respecte les droits humains (*know and show*). Celle-ci peut démontrer qu'elle respecte les droits humains grâce à la mise en place de certaines procédures. La société peut ensuite montrer ses efforts visant à respecter les droits humains et la manière dont elle aborde les risques connexes en « assurant un certain degré de transparence et de responsabilité aux individus ou aux groupes susceptibles d'être touchés et aux autres acteurs pertinents, y compris les investisseurs »<sup>6</sup>.

## PRAGMATISME

Les sociétés doivent également faire preuve de pragmatisme lorsqu'elles initient les procédures évoquées ci-dessus. Par exemple, lorsque ces sociétés sont confrontées à des difficultés dans la mise en œuvre ou l'interprétation de la Loi, elles doivent persévérer dans l'amélioration des plans de vigilance et dans la mise en œuvre effective de ceux-ci, tout en avançant de manière pragmatique, d'autant plus qu'un certain nombre de points de la Loi sur le devoir de vigilance restent sujets à diverses interprétations possibles. Dans de tels cas, les sociétés devraient être en mesure de défendre leurs décisions et leur interprétation de la Loi sur le devoir de vigilance conformément aux objectifs de la Loi, aux UNGPs et aux normes associées.

Un certain nombre de sociétés ont été et sont toujours confrontées à une situation difficile : quelle quantité d'informations devraient-elles publier dans les plans et rendre ainsi publiques et quels sont les risques liés à une telle publication ? Il est indéniable que la publication dans le plan d'informations qui peuvent être considérées comme confidentielles est difficile pour une société, comme par exemple, les risques liés à une transaction commerciale envisagée, mais qui n'aurait pas encore été rendue publique. Mis à part de telles situations, le pragmatisme justifie une approche transparente dans l'élaboration des plans de vigilance.

La transparence a plusieurs justifications et, dans l'ensemble, les sociétés ont plus à gagner à adopter une approche transparente, au moins progressivement, sur les procédures qu'elles mettent en œuvre et sur leurs résultats. Premièrement, la transparence réduit la possibilité pour les sociétés

---

<sup>6</sup> Voir le commentaire sous le Principe 21, Haut-Commissariat aux droits humains, UNGPs, 2011.

de faire l'objet d'astreintes en raison de l'absence, du contenu incomplet ou de la mise en œuvre non-effective de leurs plans de vigilance. Deuxièmement, on peut s'attendre à ce que les sociétés dont les plans sont plus complets que ceux de leurs concurrents soient moins ciblées par les nouveaux juges (à l'instar des ONG, des consommateurs, des investisseurs ESG). Troisièmement, les plans établis de manière transparente peuvent servir de moyen de défense aux sociétés, notamment en cas d'action en responsabilité. Cela facilitera la capacité de cette société à trouver dans le plan et le compte rendu de sa mise en œuvre effective les preuves qu'elle a rempli les obligations prévues par la Loi sur le devoir de vigilance.

### **OBSERVATIONS FINALES : L'INSCRIPTION DES « TROIS P » DANS UNE NÉCESSAIRE APPROCHE JURIDIQUE**

Si la mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance doit faire appel à des procédures, de la pédagogie et du pragmatisme, elle doit aussi s'inscrire dans une approche juridique. Cette approche devrait se refléter dans les travaux des groupes de travail chargés dans les sociétés d'élaborer les plans de vigilance et de préparer leur mise en œuvre effective.

Tout d'abord, dans la mesure où le champ d'application de la Loi et le périmètre du plan de vigilance ne sont pas toujours clairs pour un certain nombre de sociétés, une bonne compréhension du droit des sociétés est indispensable. S'agissant du champ d'application de la Loi, plusieurs sociétés ont des difficultés à déterminer si elles entrent dans ce champ. Quant au périmètre du plan de vigilance, il n'est pas toujours évident pour les sociétés d'établir quelles entités doivent être incluses dans le périmètre des plans de vigilance qu'elles élaborent<sup>7</sup>.

Ensuite, l'interprétation de certaines dispositions de la Loi restant incertaine, une bonne compréhension des questions juridiques sous-jacentes à la Loi est nécessaire, laquelle doit être combinée à une connaissance du paysage et de l'écosystème « entreprises et droits humains » (*Business and Human Rights*) mêlant « droit mou » (*soft law*) et « droit dur » (*hard law*). Un tel niveau de compréhension permettra de mieux anticiper les difficultés et les litiges éventuels qui résulteront de l'interprétation de la Loi. Cette compréhension aidera également à protéger la société de la manière la plus appropriée possible, tout en prévenant et en atténuant les risques pour les parties prenantes grâce à un ensemble de procédures et de bonnes pratiques sectorielles.

Enfin, en raison des sanctions prévues par la Loi, une approche juridique aidera la société à s'assurer qu'elle s'acquitte de ses obligations d'élaborer un plan et de le mettre en œuvre de manière effective. L'obligation de mise en œuvre effective du plan de vigilance est la pierre angulaire du mécanisme de responsabilité civile prévu par la Loi. Celle-ci introduit spécifiquement une obligation de moyens et ainsi, « la simple survenance d'un dommage ne saurait caractériser le manquement à l'obligation de mise en œuvre effective du plan »<sup>8</sup>. Les avocats et juristes peuvent alors agir à titre de conseillers de confiance (*trusted advisors*) pour assister la société à mettre en œuvre cette obligation de moyens et ainsi l'aider à se protéger des sanctions prévues par la Loi.

Dans l'ensemble, le respect des obligations posées par la Loi sur le devoir de vigilance et l'utilisation des « trois P » doivent être perçus non pas seulement comme un coût pour les sociétés, mais aussi comme une source d'opportunités. Ces approches peuvent aider les sociétés à renforcer leur rentabilité de manière durable et leur donner une longueur d'avance dans un contexte où plusieurs autres juridictions développent des lois sur l'esclavage moderne ou sur la vigilance et dans lequel les sociétés sont de plus en plus appelées à démontrer leur impact positif sur la société et la planète<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Dans certains cas extrêmes, les plans de vigilance existants couvrent les filiales, un certain nombre de sous-traitants et de fournisseurs, mais pas les sociétés qui élaborent le plan alors qu'elles devraient être incluses dans ce plan.

<sup>8</sup> Stéphane Brabant et Elsa Savourey, Loi relative au devoir de vigilance - des sanctions pour prévenir et réparer ? Rev. Int. Compliance, juin 2017, p. 2.

<sup>9</sup> Comme l'illustrent, par exemple, les débats autour de la loi PACTE en France.