
GUIDE PRATIQUE
ENTREPRISES ET
DROITS HUMAINS

2nd ÉDITION

SOMMAIRE

MOT DE CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, PRÉSIDENTE DU CNB	4
MOT DE VÉRONIQUE TUFFAL-NERSON ET THOMAS CHARAT	5
1. INTERNATIONALISATION CONJOINTE DES ENTREPRISES ET DE LA PROTECTION DES DROITS HUMAINS	6
a. L'internationalisation de l'activité des entreprises va de pair avec son appréhension globale des droits humains	6
b. Construction des normes « Entreprises et droits humains »	8
2. LA PRÉVENTION DU RISQUE D'ATTEINTE AUX DROITS HUMAINS	13
a. Le Plan de vigilance	14
b. Les actions civiles issues de la loi sur le devoir de vigilance	15
1. L'action en injonction de se conformer aux obligations du devoir de vigilance	15
2. L'action en responsabilité civile	19
c. Les obligations de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption et la création de l'Agence française anti-corruption	20
3. L'ÉLARGISSEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR ATTEINTE AUX DROITS HUMAINS	23
a. La prise en compte des engagements RSE des entreprises aux fins de caractérisation d'infractions pénales	23
1. Publicité commerciale trompeuse	23
2. Mise en danger de la vie d'autrui	25
b. La mise en cause de la responsabilité pénale des sociétés mères pour les agissements de leurs filiales à l'étranger	27
4. L'ENQUÊTE RÉALISÉE	28
a. Les responsables des droits humains au sein de l'entreprise	28
b. Approche active versus approche réactive	29
c. Méthodologie	29
d. Sociétés de services vs sociétés industrielles	30
e. Les réserves exprimées	30
f. Développement des outils d'intelligence économique	30
g. Les parties prenantes	31
h. Emergence de nouvelles difficultés	31
i. Rôle de l'avocat	31
FICHES PRATIQUES	33
FICHE N° 1 : LA FONCTION CONFORMITÉ, LES NOUVELLES EXIGENCES (RÔLE / POUVOIRS / MOYENS / CARACTÈRE TRANSVERSE ET INTÉGRÉ / ETC.)	34
FICHE N° 2 : MÉTHODOLOGIE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES	44

MOT DE CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, PRÉSIDENTE DU CNB



En 2017, La France avait été le premier pays au monde à faire entrer dans son droit positif le devoir de vigilance.

Sous l'égide de mon prédécesseur et grâce à la contribution de la Commission des affaires européennes et internationales, le CNB avait entrepris de mettre à disposition des avocats un outil leur offrant les rudiments de la matière, axé sur la pratique.

C'est pour cette raison qu'en 2017, le premier guide pratique à destination des avocats sur entreprises et droits de l'Homme a été rédigé.

Depuis, les entreprises concernées se sont approprié un droit nouveau et en plein essor, se conformant au devoir de vigilance, aux nouvelles cartographies des risques en matière de corruption et aux recommandations et aux contrôles de la nouvelle Agence française anticorruption.

La matière a pris une contenance nouvelle à la suite de l'extension des obligations et du développement d'une doctrine et de plusieurs méthodologies en la matière. Au cours de cette mandature, la nécessité d'actualiser le guide est donc apparue nécessaire.

C'est donc avec une grande joie que j'introduis la deuxième édition de ce guide pratique à destination des confrères.

Ce guide est le fruit d'un travail commun entre la commission Affaires européennes et internationales et de la commission Droit et entreprise du CNB. Elles se sont emparées de ce sujet transversal, avec l'assistance d'experts de la matière, avocats, universitaires et juristes issus du monde de l'entreprise

Un groupe de travail idoine, co-dirigé par Véronique Tuffal-Nerson et Thomas Charat a lancé, en complément du travail de compilation des cadres normatifs, une vaste enquête auprès des entreprises qui devait établir un plan de vigilance afin de mieux appréhender les enjeux des acteurs, opérateurs, entreprises, ONG etc., en la matière.

Près de 10 ans après la publication des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, la publication de ce guide a lieu à la veille d'une proposition de refonte de la Directive 2014/95/UE. Cette refonte devrait permettre de simplifier en harmonisant les obligations de publications d'informations non financières et relatives à la diversité de certaines entreprises.

Par ailleurs, un instrument juridiquement contraignant, visant à réglementer les activités des sociétés transnationales, est en cours de négociation sous l'égide du Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations-Unies.

Nous sommes donc au cœur d'une dynamique internationale, porteuse d'opportunité pour notre profession !

MOT DE VÉRONIQUE TUFFAL-NERSON ET THOMAS CHARAT



Le sujet Entreprises et droits humains est à la fois européen, international et français. La Commission des affaires européennes et internationales, présidée par Louis-Bernard Buchman en a toujours souligné l'importance. Avec la Commission droit et entreprise du CNB elle a décidé de constituer un groupe de travail transversal, qui s'est réuni très régulièrement. Il a travaillé notamment sur la refonte du guide de 2017 « Entreprises et droits de l'Homme ».

Même s'il est plus facile pour les avocats aujourd'hui d'avoir accès aux informations et aux outils nécessaires pour traiter les problématiques Entreprises et droits humains lorsqu'ils sont sollicités en conseil ou pour un contentieux, par les entreprises, les détenteurs de droits ou les ONG, une refonte du guide s'imposait. En raison de la rapidité des évolutions dans ce domaine, il conviendra bien évidemment de le mettre à jour régulièrement.

Les principes de John Ruggie « *Business and Human Rights* » avaient été traduits par « Entreprises et droits de l'Homme », d'où le titre du guide il y a trois ans. Le groupe de travail a décidé de remplacer « droits de l'Homme » par « droits humains » parce que c'est aujourd'hui la traduction d'« *Human Rights* » utilisée en français quand cette thématique est abordée. Elle permet d'inclure non seulement les femmes, mais des problématiques plus vastes telles que l'environnement.

Ce guide reste toujours le plus possible interactif avec des renvois par liens hypertextes.

Après une mise en perspective de la problématique Entreprises et droits humains sont rappelées les étapes de construction normative, les obligations de prévention (passage de la *soft law* à la *hard law*) et certaines décisions de justice. Vient ensuite un développement sur l'enquête effectuée auprès d'entreprises soumises à la loi sur le devoir de vigilance et d'ONG.

Enfin, il est apparu important au groupe de travail de compléter le guide par des fiches pratiques.

Bien sûr la loi n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017 a inscrit dans le droit positif la vigilance en matière de droits humains, mais il ne faut pas sous-estimer l'importance d'autres lois comme la loi Sapin 2, la création de l'Agence française anticorruption (AFA) et les procédures tant en France qu'à l'étranger de contrôle et de sanction des entreprises par l'AMF, la FTC, les parquets français et étrangers, parfois conjointement, les ONG etc.

Nous tenons à remercier tous ceux qui nous ont permis de rédiger ce guide et en particulier, à nos côtés, Blanche Balian, Margaux Durand-Poincloux, Juliette Hérault, Josquin Legrand et Anne-Sophie Maurilieras.



1. Internationalisation conjointe des entreprises et de la protection des droits humains

a. L'internationalisation de l'activité des entreprises va de pair avec son appréhension globale des droits humains

Le commerce international n'a cessé de s'accroître depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale.

Les exportations mondiales sont passées de 94 milliards de dollars en 1955 à 3 480 milliards en 1990¹ et 19 480 milliards en 2018.

Selon l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le commerce mondial a augmenté de 26% depuis 2008, avec une progression des exportations de produits manufacturés de 2,3% par an en moyenne, et de services de 3,9% par an en moyenne.

Il faut distinguer l'« *internationalisation* », multiplication des échanges économiques, politiques ou culturels des différents pays les uns avec les autres et la « *mondialisation* », multiplication des échanges avec un dépassement des entités nationales faisant du monde un « *village global* »². Théodore Levitt utilise le terme de « *globalisation* » pour désigner cette convergence des marchés dans le monde, l'uniformisation des goûts et préférences des consommateurs, qui favorise l'offre au niveau mondial³. Selon Kenichi Ohmae, la globalisation conduit certaines entreprises multinationales à mettre en place un processus de création de valeur dont la gestion est intégrée à l'échelle mondiale⁴. Pierre Dupriez explique l'incidence de cette stratégie mondiale des entreprises et l'affaiblissement du pouvoir des États qu'elle implique :

*« Dans le domaine des relations économiques internationales, nous assistons à un véritable transfert du pouvoir de décision vers les responsables économiques et financiers. A travers celui-ci, les entreprises les plus internationalisées tentent de redéfinir à leur profit les règles du jeu précédemment définies par les gouvernements des États, ceux-ci étant de moins en moins puissants face aux stratégies de ces entreprises. En quelque sorte, sous la pression des firmes multinationales, on serait en présence d'une construction nouvelle qui, à terme, remplacerait ce qui reste du système de Bretton-Woods »*⁵.

Cet accroissement du commerce mondial est principalement le fait de l'émergence d'entreprises multinationales.

Selon l'ONU, 2/3 des échanges internationaux sont le fait des entreprises transnationales, et le commerce intra-firme représente un tiers des échanges internationaux. L'ensemble ces entreprises réalise environ la moitié du PNB mondial. Selon la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), le nombre de entreprises transnationales est passé de 7 000 dans les années 1970 à 38 000 en 2000. En 2016, le nombre d'entreprises multinationales est estimé à environ 60 000 avec 500 000 filiales dans le monde entier⁶.

1. Michel Rainelli, Le commerce international, coll. Repères, 11^e éd.

2. L'expression est de Marshall McLuhan et Quentin Fiore, *The Medium is the Message : An Inventory of Effects*, 1967.

3. Théodore Levitt, *The globalization of Markets*, in *Harvard Business Review*, Harvard, n° 61, Mai-Juin 1983.

4. K. Ohmae, *The Borderless World: Power and Strategy in the Interlinked Economy*, London, Fontana, 1990.

5. Pierre Dupriez, *La globalisation, du modèle économique au modèle culturel*, *Pensée plurielle* 2001/1 n°3, pp. 53 à 64.

6. Marcel Kordos et Sergej Vojtovic, *Transnational corporations in the global world economic environment*, 3rd International Conference on New Challenges in Management and Organization: Organization and Leadership, 2 May 2016, Dubai, UAE

Les investissements directs à l'étranger (IDE) de ces entreprises multinationales se font par la création et le développement de filiales à l'étranger, ou par la prise de participation significative d'entreprises étrangères.

Ces IDE leur ont permis à la fois de faciliter leur approvisionnement en matières premières et de conquérir les marchés locaux. Ils permettent également de réduire les coûts de production par l'emploi d'une main d'œuvre moins coûteuse et de moindres charges, donc de gagner en compétitivité.

En 2017, les 4 900 entreprises multinationales françaises (hors secteur bancaire et services non marchands) contrôlent 43 600 filiales à l'étranger. Elles y réalisent 51 % de leur chiffre d'affaires consolidé et y emploient 6 millions de salariés. La moitié d'entre elles sont implantées dans au moins 14 pays étrangers, une sur quatre aux États-Unis, au Royaume-Uni ou en Allemagne. Les 160 plus grandes entreprises multinationales françaises réalisent 83 % de leur chiffre d'affaires consolidé à l'étranger.

Les multinationales représentent une part très importante de l'économie marchande.

Selon l'INSEE, en France les entreprises appartenant à des entreprises multinationales représentent seulement 2% des entreprises, mais occupent 47% des salariés de l'économie marchande et génèrent 52% de la valeur ajoutée brute marchande produite sur le territoire français.

La puissance économique de certaines entreprises est telle qu'elle dépasse parfois le PIB d'États. Parce qu'elles réussissent à s'implanter partout dans le monde et qu'elles bénéficient d'une puissance économique, elles imposent leurs standards indépendamment des frontières.

Elles sont devenues un corps social dont l'activité a des conséquences sur un écosystème, entraînant une exigence de responsabilité de leur part, notamment concernant le respect des droits humains.

Des Organisations Non-Gouvernementales (ONG) ont émergé de la société civile, garantes du respect des droits humains, elles sont un « contre-pouvoir » aux entreprises multinationales⁷.

L'exigence de responsabilité vis-à-vis des entreprises concerne à la fois leur action interne et leur action externe. L'action interne d'une entreprise en matière de droits humains s'entend du respect de ceux-ci à l'égard des salariés qu'elle emploie (non-discrimination, absence de travail dissimulé, conditions de travail respectueuses de la santé et de la sécurité, etc.). L'action externe de l'entreprise s'entend du respect des droits humains à l'égard des personnes extérieures à l'entreprise sur lesquelles son activité a un impact, ses contractants (fournisseurs, sous-traitants, clients), mais aussi des tiers (communauté locales et parties prenantes, par exemple). L'entreprise doit prendre conscience de l'écosystème dans lequel elle opère, s'assurer du respect de la réglementation en vigueur dans ses pays d'opération mais aussi des normes dont elle s'est dotée et des engagements qu'elle a pris.

7. Michel Doucin, Les ONG : le contre-pouvoir ? éd. Editions Toogezer, déc. 2007

Influence grandissante des entreprises dans la définition des standards

Traditionnellement, l'Etat apparaît comme seul détenteur de la souveraineté qui « se traduit par le privilège d'exclusivité qu'il est censé détenir sur la production de la norme juridique »⁸. Ce monopole normatif des Etats a été bousculé. Les entreprises adoptent aujourd'hui pour elles-mêmes des normes en matière de droits humains ayant vocation à régir leur activité où qu'elles interviennent, indépendamment de l'existence ou non d'une réglementation locale en la matière.

Que ce soit sur la base du volontariat, ou sur une base obligatoire, certaines entreprises multinationales appliquent les Principes directeurs de l'ONU, définissant des standards pour leurs employés et les tiers constituant l'écosystème dans lequel elles opèrent (clients, fournisseurs, sous-traitants, etc.).

Elles traduisent des grands principes parfois généraux et abstraits, en normes concrètes. Les entreprises deviennent ainsi productrices de règles, dont l'effectivité peut être mesurée au moyen d'indicateurs de performance.

Ces règles adoptées par les entreprises tendent à constituer des standards globaux, adaptables à l'ensemble de la chaîne de valeur, tenant compte éventuellement des spécificités juridiques locales.

b. Construction des normes « Entreprises et droits humains »

Le respect des droits humains était d'abord une obligation à la charge de la puissance publique, condition d'un Etat de droit. L'Etat de droit implique la limitation des pouvoirs de l'Etat par le droit, et la soumission des autorités publiques au principe de légalité protégé par la Constitution. L'article 16 de la Déclaration des droits humains et du citoyen de 1789 (DDHC) énonce que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Le préambule de la DDHC qualifie ces droits humains comme « *naturels, inaliénables et sacrés* », mêlant ainsi conceptions naturalistes et positivistes ayant inspiré le droit international des droits humains.

Alors que jusqu'au XX^e siècle les Etats étaient seuls concernés par le respect des droits humains, l'émergence des multinationales en a fait des acteurs majeurs parce que leur puissance pouvait causer des dommages significatifs en cas de violation des droits humains. Est donc apparue la nécessité qu'un socle des droits humains commun soit respecté par les entreprises où qu'elles interviennent.

Pour l'ONU, les droits humains sont des : « *droits inaliénables de tous les êtres humains, sans distinction aucune, notamment de race, de sexe, de nationalité, d'origine ethnique, de langue, de religion ou de toute autre situation. Les droits humains incluent le droit à la vie et à la liberté. Ils impliquent que nul ne sera tenu en esclavage, que nul ne sera soumis à la torture. Chacun a le droit à la liberté d'opinion et d'expression, au travail, à l'éducation, etc.* »⁹.

8. Jacques Chevallier, *Souveraineté et Droit*, in D. Maillard Desgrées du Lou (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2006, pp. 213-219

9. <https://www.un.org/fr/sections/issues-depth/human-rights/>

L'Assemblée générale de l'ONU a adopté le 26 juin 1945 la Charte des Nations Unies, et le 10 décembre 1948 la Déclaration universelle des droits humains. Ces textes établissent une liste de droits civils, culturels, politiques, économiques et sociaux que les Etats se doivent de faire respecter dans un contexte de sortie de la Seconde Guerre Mondiale et de volonté de limiter la possibilité des Etats de violer ces droits humains.

Ce socle s'est ensuite élargi pour englober de nouveaux champs du droit, à travers un corpus de traités internationaux regroupant notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination des toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes CEDAW, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention relative aux droits des personnes handicapées ou les Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail.

Le droit international des droits humains a pris en compte la montée en puissance des entreprises multinationales et des ONG, acteurs de la vie économique et sociale.

Il n'incombe plus seulement aux États de les mettre en œuvre et de les faire respecter, mais également aux acteurs non-étatiques.

En 1976, est adoptée la première version des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (réactualisées en 2011).

En 1977, c'est au tour de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) de publier sa Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et leur politique sociale (revue en 2017).

Lors de la conférence mondiale des droits humains de Vienne tenue en 1993 sous l'égide de l'ONU, la nécessité du respect des droits humains par les entreprises a été posée.

En juin 2005, le Conseil des droits humains de l'ONU a mandaté le professeur John Ruggie *Représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour les droits humains, les entreprises transnationales et autres entreprises*.

John Ruggie a fait adopter en juin 2008 par le Conseil les trois principes fondamentaux « *Protéger, Respecter, Réparer* » :

- (1) l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des sociétés, portent atteinte aux droits humains (Protéger) ;
- (2) la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains (Respecter). Ce devoir de respecter incombant aux entreprises, prévaut sur les lois et règlements nationaux.

Il impose aux entreprises :

- d'éviter les impacts négatifs (principe de « *do no harm* ») de leurs activités, et
- un devoir de vigilance et de diligence raisonnable.

- (3) la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation pour les détenteurs de droit (Réparer).

Toutes les entreprises doivent respecter les droits humains, où qu'elles opèrent, quelle que soit la capacité ou la détermination des Etats à remplir leurs obligations dans ce domaine.

En France dès 2008, la Commission Nationale Consultative des Droits humains (CNCDDH) émettait un Avis sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains¹⁰ comportant des recommandations, adressées au gouvernement français dans son rôle d'Etat actionnaire en matière d'achat public et dans ses relations bilatérales, ainsi qu'à la diplomatie française dans son action au niveau de l'Union européenne et des institutions internationales.

En juin 2011, après concertation avec des institutions internationales engagées dans la construction d'autres normes (ISO, OCDE, Banque Mondiale, Union européenne), le Conseil des droits humains de l'ONU a adopté, dans sa résolution 17/4, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits humains.

Les principaux apports de ces Principes directeurs sont :

1. l'affirmation du rôle central de l'Etat dans la protection et la promotion des droits humains vis-à-vis des entreprises,
2. la priorité donnée à l'approche par les risques,
3. la responsabilité étendue à la chaîne de valeur,
4. le droit international des droits humains et du droit du travail pris comme référence.

L'ONU a ainsi créé une dynamique et ouvert la voie à d'autres organisations internationales.

En 2011, l'OCDE a publié des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales qui constituent un premier code de conduite détaillé, non contraignant, que les pays membres de l'OCDE se sont engagés à promouvoir auprès des grandes entreprises. Ces Principes directeurs font référence au devoir de « *diligence raisonnable* » auquel devraient être soumises les entreprises.

Dans les commentaires accompagnant les Principes directeurs de l'OCDE, il est expliqué que la « *diligence raisonnable* » est : « (...) *le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question (...)* »¹¹.

Les entreprises sont incitées à publier des informations sur leurs engagements en matière de responsabilité sociale partout où elles exercent leurs activités. Les Etats sont invités à mettre en place des Points de Contact Nationaux (PCN), pôles de médiation et de conciliation permettant de résoudre les problèmes pratiques susceptibles de se poser.

En 2013 :

- Le Premier Ministre français a créé la plateforme nationale pour la RSE (responsabilité sociétale des entreprises), instance de dialogue et de concertation associant des représentants des entreprises, des salariés, des associations et ONG, des structures multi-parties prenantes, etc., et des représentants des pouvoirs publics (administrations centrales, parlementaires, collectivités territoriales, etc.).

10. CNCDDH, Avis sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains, 24 avril 2008

11. Commentaire n° 14 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

-
- A la demande de la Commission européenne, la France a adopté un *Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits humains et aux entreprises* qui prévoit une liste d'actions à mettre en œuvre, constitué sur la base de recommandations émises par la CNCDH, et des travaux conduits grâce à la plateforme nationale.

L'épisode tragique du Rana Plaza : l'effondrement en 2013 d'une usine bangladaise fabricant des produits pour des entreprises multinationales a causé le décès de plus de 1 132 personnes et en a blessé plus de 2 500. Il a illustré les risques d'une économie globalisée, de la complexité des chaînes de valeur, du manque de protection des individus les plus vulnérables, et la difficulté de mettre en cause la responsabilité des entreprises.

L'accident du Rana Plaza a eu pour conséquence l'adoption de législations nationales, telles que le 26 mars 2015 le [UK Modern Slavery Act](#), ou encore le 27 mars 2017 la [loi française sur le devoir de vigilance](#).

Ces textes imposent aux entreprises multinationales, où qu'elles interviennent, de s'assurer du respect des droits humains, par elles-mêmes, leurs filiales, leurs fournisseurs, leurs sous-traitants tout au long de leur chaîne de valeur.

Avec la loi sur le devoir de vigilance, les entreprises deviennent un acteur central de la protection des droits humains. Cette loi impose aux entreprises dépassant certains seuils des obligations en termes d'identification des risques d'atteintes aux droits humains engendrés par leur activité et celles des tiers qu'elle génère, et de prévention de ces risques par la mise en œuvre d'outils ou mécanismes appropriés.

Les institutions financières internationales et notamment les banques multilatérales de développement, ont une tendance croissante à ne s'engager comme bailleurs de fonds qu'à la condition que les droits humains ainsi que des normes environnementales et sociales soient respectés.

A titre d'illustration l'International Finance Corporation (IFC) - la banque privée de la Banque mondiale - a émis des [Performance Standards](#)¹² qui sont devenus une référence et sont utilisés par des entreprises du monde entier. Ils ont inspiré les [Principes de l'Équateur](#) qui offrent aux établissements financiers signataires un cadre commun permettant de s'assurer que les projets qu'ils financent reflètent des pratiques saines en matière de respect des droits humains, entre autres¹³.

Obligation de publication des informations non financières

En France, plusieurs lois ont imposé une obligation de reporting financier et extra-financier (social et environnemental) pour les sociétés cotées (depuis 2001) et pour certaines sociétés non cotées à la suite des [lois Grenelle](#) et [loi Grenelle 2](#) ainsi qu'une obligation de mise en place de procédure de contrôle interne et de gestion des risques¹⁴.

12. Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de la Société Financière Internationale (branche secteur privé du Groupe de la Banque mondiale).

13. Une vaste partie des Principes de l'Équateur traite également du respect de l'environnement.

14. [Art. L.225-100 du code de commerce](#) et [article D.533-16-1 du code monétaire et financier](#).

La [loi Savary du 10 juillet 2014](#) a instauré une double obligation de vigilance et d'injonction à la charge des donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage du fait des agissements de leurs sous-traitants en matière d'hébergement collectif et de respect de l'application du droit du travail (libertés individuelles et collectives, discriminations et égalité professionnelles, durée du travail...) ([article L.8281-1 du code du travail](#)).

En 2014, l'Union européenne a adopté une [directive 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises](#) (entrée en vigueur le 6 décembre 2014). Elle prévoit que les Etats membres imposent aux entreprises une déclaration de performance extra-financière (DPEF) pouvant comporter des informations sur la prévention des violations des droits humains.

En France, cette directive est transposée par l'[ordonnance du 19 juillet 2017](#) imposant aux sociétés cotées et non cotées dépassant certains seuils la publication dans le rapport annuel de gestion d'une DPEF.

La DPEF française contient des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que les effets de cette activité quant au respect des droits humains.

L'[ordonnance du 19 juillet 2017](#) a introduit les notions de pertinence et de matérialité quant aux informations à publier par les entreprises qui disposent d'une large marge de manœuvre quant au contenu et à sa présentation.

Plutôt qu'un rapport exhaustif et détaillé, il est demandé aux sociétés, au niveau du groupe pour toutes les entreprises du groupe, de communiquer des informations pertinentes et utiles, nécessaires pour comprendre leur évolution, leurs performances, leur situation et les incidences de leur activité.

La Commission européenne a publié le 5 juillet 2017, via une [communication](#), des lignes directrices sur l'information non-financière communiquée par les entreprises.

Les sociétés devraient communiquer des informations significatives sur les incidences effectives et potentielles de leurs activités sur les détenteurs de droits. Le fait pour une société d'exprimer son engagement à respecter les droits humains est considéré comme une bonne pratique.

Cet engagement peut définir ce que la société attend de sa direction, de ses salariés et de ses partenaires commerciaux en matière de droits humains, et notamment, en matière de respect des normes fondamentales du travail.

Les informations peuvent préciser quels droits sont visés par l'engagement, par exemple les droits des enfants, des femmes, des peuples indigènes, des personnes handicapées, des communautés locales, des petits exploitants agricoles, des victimes de la traite d'êtres humains ; et les droits des travailleurs, y compris de ceux travaillant avec des contrats temporaires, des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement ou de sous-traitance, des travailleurs migrants et de leurs familles.

Les lignes directrices précisent par ailleurs que les sociétés devraient communiquer des informations significatives sur les diligences raisonnables et procédures mises en œuvre pour lutter contre les atteintes aux droits humains.

Il peut par exemple s'agir des clauses des contrats conclus entre une société et les entreprises de sa chaîne d'approvisionnement traitant de la manière dont une société atténue les incidences négatives potentielles de son activité sur les droits humains et les réparations qu'elle prévoit en cas de violation de ces droits.

Ces lignes directrices de la Commission européenne, non juridiquement contraignantes, avaient pour objectif une harmonisation des pratiques des entreprises.

Un [bilan de mise en œuvre de la DPEF](#) a été établi en juillet 2019 par Deloitte, EY et le Medef, qui constate une grande diversité dans la manière dont les entreprises répondent à leurs obligations de *reporting extra-financier*.

La Commission européenne a lancé au mois de février 2020 une consultation publique afin de recueillir le point de vue des parties prenantes en vue d'une refonte des lignes directrices dès 2021. L'avis des parties prenantes peut être consulté sur le [site](#) de la Commission européenne.

Un projet de refonte de la directive 2014/95 est attendu pour le 4^e trimestre 2020 qui vise à mieux intégrer les objectifs de développement durable.

Ce projet a été annoncé par le Commissaire européen à la Justice, M. Didier Reynders, au printemps 2020 et vise à introduire une obligation de vigilance harmonisée au niveau européen, obligeant les entreprises à mettre en œuvre des mesures de diligence raisonnable pour prévenir les atteintes aux droits humains.

Cette annonce a été faite sur la base d'une [étude](#) commandée par la Commission européenne. Par ailleurs, le Parlement européen a publié le 22 septembre 2020 un [projet de rapport](#) avec des recommandations à la Commission européenne en matière de vigilance raisonnable des entreprises et de leur responsabilité.

[Un projet de traité onusien élaboré en juillet 2019](#) sera discuté par le groupe de travail OEIGWG (Open-Ended Intergouvernemental Working Group) du 26 au 30 octobre 2020. Le projet impose aux Etats de contraindre les entreprises à respecter les droits humains dans l'ensemble de sa chaîne d'approvisionnement. La [seconde ébauche](#) a été rendue publique en août 2020.

2. La prévention du risque d'atteinte aux droits humains

Le vecteur commun des dispositions en matière de vigilance ou de lutte contre la corruption, qui ont conduit à l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, de la loi Sapin 2 et la création de l'AFA, est l'exigence à l'égard des entreprises de mise en œuvre d'actions de prévention.

La volonté de contraindre les entreprises à établir un Plan de vigilance et un programme de conformité anti-corruption repose sur plusieurs idées :

- l'entreprise elle-même est la mieux placée pour identifier les risques d'atteinte aux droits humains ou de corruption que son activité – et celle de ses cocontractants, fournisseurs et sous-traitants ou autres tiers – est susceptible d'entraîner, risques qui sont spécifiques à l'entreprise concernée et sont très variables d'une entreprise à une autre ;
- une fois ces risques identifiés, il appartient à l'entreprise de mettre en place les mesures adéquates afin d'empêcher ces risques de se réaliser ;
- les actions à mener en matière de prévention des risques doivent toujours être mises à jour et actualisées en fonction de l'activité de l'entreprise mais également de l'évolution de son écosystème.

a. Le Plan de vigilance

La [loi sur le devoir de vigilance](#) prévoit que les sociétés françaises employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, en incluant leurs filiales doivent mettre en œuvre de manière effective un Plan de vigilance qui contiendra :

- une cartographie des risques destinée à les identifier, les analyser et les hiérarchiser,
- une procédure d'évaluation régulière des situations des filiales, sous-traitants ou fournisseurs,
- des actions adaptées d'atténuation des risques avant même la réalisation de celui-ci,
- la mise en place nécessaire d'un mécanisme d'alerte afin de faire remonter l'information au niveau de la société qui établit le plan de vigilance, et enfin,
- un dispositif de suivi de ces mesures.

Les atteintes visées sont « *toutes les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » ([article L. 225-102-4 du Code de commerce](#)). Ces notions renvoient aux normes de comportement des Principes directeurs de l'OCDE et des Principes directeurs de l'ONU rappelés ci-dessus. L'apport de la loi du 27 mars 2017 a été de « *combiner un périmètre de sociétés et de droits* »¹⁵ en imposant la prévention également au sein des filiales même indirectes de la société, ses sous-traitants et fournisseurs, permettant d'atteindre des responsabilités devenues juridiques et non plus « seulement » éthiques.

Le devoir de vigilance des entreprises repose sur l'idée d'une traçabilité nécessaire des activités de l'entreprise et de leurs incidences dans les domaines de la RSE tout au long de leur chaîne de production (filiales, fournisseurs et sous-traitants).

Ce devoir de vigilance est à la fois un devoir préventif dans l'identification des risques et la prise de mesures pour les atténuer, mais également réactif dans la mise en œuvre de mesures de réparation.

Par ce Plan de vigilance, c'est une culture de la prévention des risques d'atteinte aux droits humains qui est diffusée dans l'entreprise, mais également au sein de l'ensemble de la chaîne de valeur.

Le Plan de vigilance a pour objectif de montrer aux tiers à l'organisation que l'entreprise a effectivement mis en place un processus visant à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement.

L'association Entreprises et Droits humains a publié une [étude sur l'application du devoir de vigilance par les entreprises](#) en juin 2019. Elle relève que 83 plans ont été publiés entre début septembre 2018 et mi-juin 2019, qu'elle a analysés.

15. Sophie Schiller, *op. cit.*

b. Les actions civiles issues de la loi sur le devoir de vigilance

La loi sur le devoir de vigilance prévoit une sanction à l'inobservation de ces obligations, par le biais de deux types d'actions en justice qui procèdent de logiques différentes.

La première est une action qui permet, après mise en demeure, de saisir un juge afin qu'il enjoigne à une entreprise de respecter l'obligation d'adopter et de publier un plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre effective (article L. 225-102-4, II du code de commerce).

La seconde est une action en responsabilité civile classique fondée sur les articles 1240 et 1241 du code civil (article L.225-102-5 du code de commerce).

La mise en demeure d'une société sur le fondement de cette loi s'est avéré être un véritable levier pour de nombreux acteurs qui n'avaient auparavant recours qu'à des normes de *soft law*¹⁶.

Entre le 19 juin 2019 et le 1^{er} octobre 2019, sept mises en demeure sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance ont été adressées à des entreprises. Total (dans deux affaires distinctes), Téléperformance, XPO Logistics Europe, EDF, Suez et Casino ont ainsi été mises en demeure d'établir et mettre en œuvre un plan de vigilance adapté. Ces mises en demeure allèguent aussi bien des atteintes aux droits humains que des manquements au respect de l'environnement. Certaines entreprises ont publié un communiqué en réponse, notamment Téléperformance.

Deux de ces mises en demeure, qui seront étudiées *infra*, ont conduit à la saisine des juridictions.

Ces mises en demeure sont caractérisées par la diversité des parties requérantes (ONG, organisations syndicales, collectivités territoriales), la diversité des allégations (atteintes aux droits humains, aux droits des communautés locales, aux droits des travailleurs ou encore à l'environnement), et portent aussi bien sur les activités des entreprises qui établissent le plan de vigilance que celles de leurs filiales à l'étranger ou encore de leurs sous-traitants avec lesquels une relation commerciale établie est alléguée.

Les parties requérantes ont considéré comme insuffisants les plans de vigilance adoptés par les entreprises notamment en raison d'un manque de consultation des parties prenantes et, surtout, en raison de la défaillance des cartographies des risques.

1. L'action en injonction de se conformer aux obligations du devoir de vigilance

Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues par la loi sur le devoir de vigilance n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. Le président du Tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins (article L. 225-102-4, II du code de commerce).

16. « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice » Entretien avec Stéphane BRABANT, Lucie CHATELAIN, Ophélie CLAUDE, Sandra COSSART, Mathilde FRAPARD, Frédérique LELLOUCHE, Antonin LÉVY, Charlotte MICHON et Elsa SAVOUREY, Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, mars 2020.

Dans sa rédaction initiale, le juge pouvait condamner la société au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne pouvait être supérieur à 10 millions €. Cette disposition a été déclarée non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel le 23 mars 2017 ([Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017](#)). Il a jugé cette disposition non conforme au principe de légalité des délits et des peines ([article 8 de la Déclaration des droits humains et du citoyen de 1789](#)), en ce que les termes « *droits humains* » et « *libertés fondamentales* » étaient trop larges et indéterminés pour soumettre « *au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre 10 millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis* ».

- L'action en injonction de se conformer aux obligations du devoir de vigilance en matière de droits humains

Une première décision a été rendue le 30 janvier 2020 par le Tribunal judiciaire de Nanterre. Les ONG Amis de la Terre France et Survie ainsi que quatre associations ougandaises (AFIEGO, CRED, NAPE/Amis de la Terre Ouganda, et NAVODA) avaient délivré à la société Total SA en octobre 2019, à la suite d'une mise en demeure demeurée infructueuse, une assignation à comparaître devant ce Tribunal. Cette action concernait plus précisément le projet pétrolier Tilenga réalisé par la filiale Total Exploration & Production Uganda de l'entreprise, s'inscrivant dans un projet plus vaste le projet *East African Crude Oil Pipeline* - comprenant notamment la construction d'un oléoduc de 1 445 km de long traversant l'Ouganda et la Tanzanie aux fins de transport du pétrole. Ces projets, qui nécessitent l'exploitation de champs pétroliers, impliquent l'acquisition massive de terres et ainsi, un déplacement des populations affectées par ces expropriations.

Les parties requérantes demandaient au Tribunal d'ordonner à la société de respecter ses obligations relatives à l'établissement, la publication et la mise en œuvre effective des mesures de vigilance. Dans sa décision, le Tribunal judiciaire de Nanterre a considéré que le plan de vigilance et son compte rendu de mise en œuvre faisaient partie intégrante de la gestion de la société, et, partant, s'est déclaré incompétent pour connaître de cette action, renvoyant les parties devant le Tribunal de commerce.

Cette décision a fait l'objet d'un appel, qui devrait se plaider en octobre 2020. En juin, se sont portées intervenantes volontaires la CFDT, et des associations.

Cette décision d'incompétence ne permet pas encore de résoudre les questions relatives à l'appréciation qu'auront les juges de l'étendue de leur pouvoir de vérification du plan de vigilance : suffira-t-il que le plan, le compte-rendu et la publication existent pour que le juge conclue à une non-violation des dispositions, ou alors aura-t-il recours à une analyse qualitative du plan et de son compte-rendu ?

À la lecture des travaux parlementaires, il semble que le législateur ait eu la volonté de laisser une certaine liberté d'appréciation à l'entreprise dans l'élaboration des moyens de vigilance et cette action en injonction ne visait à l'origine que les entreprises qui n'avaient publié aucun plan de vigilance ou un plan « manifestement » lacunaire.

Louis Cofflard, avocat de l'Association Les Amis de la Terre :

« L'ordonnance récemment rendue par le Tribunal judiciaire de Nanterre¹⁷ ouvre le bal de la jurisprudence à venir relative à la singulière et audacieuse loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 dite « loi sur le devoir de vigilance ».

Malgré une justification de la compétence du Tribunal judiciaire au stade de l'assignation ainsi qu'une réponse nourrie à l'exception d'incompétence soulevée en défense, le juge des référés du Tribunal judiciaire de Nanterre, statuant en formation collégiale, s'est finalement déclaré incompétent au profit du Tribunal de commerce.

Cette décision, frappée d'appel, ne manque pas de surprendre puisqu'elle s'inscrit en opposition directe avec la jurisprudence actuelle et solidement établie par la Cour de cassation¹⁸.

Alors que la Cour de cassation exige, pour retenir la compétence spéciale du Tribunal de commerce sur le fondement de l'actuel article L. 721-3 2° C. com., qu'un lien direct soit établi entre les faits objet de la demande et la gestion d'une société commerciale par un dirigeant, de droit ou de fait¹⁹, le juge des référés de Nanterre invente que les dispositions précitées fixant la compétence du Tribunal de commerce requièrent d'établir un lien entre les faits objet de la demande et la gestion d'une société commerciale ou son fonctionnement au sens large.

Quel litige opposant une société commerciale pourrait dans ces conditions ne pas présenter de lien avec sa gestion ou son fonctionnement ? Cette nouvelle interprétation se révèle vertigineuse puisqu'elle a pour effet de pervertir l'exception de la compétence consulaire en l'érigeant au rang de principe, aboutissant théoriquement à la disparition de la compétence du Tribunal judiciaire au profit du Tribunal de commerce.

Si l'on comprend la perspective séduisante pour le Tribunal judiciaire de Nanterre d'évincer tout contentieux relatif à la loi devoir de vigilance au profit du Tribunal de commerce compte tenu de la concentration de sièges de sociétés commerciales soumises au devoir de vigilance dans les Hauts-de-Seine, ces considérations procédurales ne doivent pas nous faire oublier le principal, à savoir l'existence d'un litige urgent ayant trait au non-respect de droits humains ainsi qu'à des risques d'atteintes graves à l'environnement en Ouganda, et dont le renvoi profite injustement selon nous à la défense.

Cette première décision annonce d'ores-et-déjà le chemin de croix qu'il reste à parcourir pour les victimes souhaitant faire sanctionner des manquements au devoir de vigilance, y compris ceux qui relèvent de l'évidence. »

17. Ordonnance de référé N°20/00237 du 30 janvier 2020, Trib. Jud. Nanterre, Amis de la Terre France & a. / TOTAL SA

18. L'article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire, repris par l'article L. 721-3 2° du Code de commerce qui dispose que « les tribunaux de commerce connaissent [...] des contestations relatives aux sociétés commerciales » ne peut être interprété que comme rétablissant, à droit constant, les dispositions de l'article 631 du Code de commerce qui donnaient compétence au Tribunal de commerce pour connaître des « contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce » [cf. en ce sens Cass. Com., 14 décembre 2004, n° 01-10.780]

19. Cf. en ce sens : Cass. Com., 18 décembre 2019, n°18-17364 ; Cass. Com., 20 février 2019, n°17-27668 ; Cass. Com., n°16-26115, 14 novembre 2018 ; Cass. Com., 27 octobre 2009, n°08-20384.

Antonin Levy, avocat de Total :

Le 29 octobre 2019, TOTAL SA a été assignée en référé devant le Tribunal judiciaire de Nanterre par un collectif de six associations sur le fondement de l'article L. 225-102-4 du code de commerce. Il s'agit de la première application judiciaire de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, plus communément désignée « Loi Vigilance ».

De par le choix procédural des demanderesses, cette action ne peut viser à critiquer de prétendus manquements – du reste parfaitement contestés – aux droits humains par le Groupe TOTAL. La procédure en référé tend à faire constater les prétendues lacunes du plan de vigilance de TOTAL SA au regard de la Loi Vigilance, alors même que TOTAL SA a été une des premières sociétés à publier son plan de vigilance. Il convient de se garder de confondre le référé prévu par la Loi Vigilance avec l'action en responsabilité prévue par l'article L. 225-102-5 du code de commerce qui vise, quant à elle, à voir sanctionner les violations des droits humains et leurs conséquences. Dans le contexte précis et circonscrit de la juge des référés de Nanterre, TOTAL SA défend l'existence et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance décrivant adéquatement les risques liés aux projets du Groupe, et les mesures permettant de les éviter, notamment en ce qui concerne ses projets en Ouganda visés par les demanderesses.

Ce contentieux se prolonge actuellement en appel-compétence, sans décision au fond à ce jour. Si les demanderesses arguent de la compétence du Tribunal judiciaire, TOTAL SA défend quant à elle la compétence du Tribunal de commerce – juge naturel de la conformité des plans de vigilance qui, s'ils visent à organiser le respect des droits humains dans les grandes entreprises, touchent indéniablement à l'organisation et la gestion interne de ces dernières pour y parvenir. La Cour d'appel de Versailles se prononcera prochainement sur la décision d'incompétence rendue le 30 janvier 2020 par le juge des référés du Tribunal judiciaire de Nanterre en première instance.

Sans préjuger de décisions au fond qui apparaissent lointaines, ce premier contentieux en référé met en évidence l'impérieuse nécessité de sécurité juridique pour toutes les parties concernées par la Loi Vigilance. Malgré la censure initiale de certaines dispositions de cette Loi par le Conseil Constitutionnel au motif de leur imprécision, il est aujourd'hui indéniable que des failles ouvertes à interprétations diverses et donnant lieu à une insécurité juridique regrettable persistent. Espérons que ce premier contentieux y apportera un début de réponse.

- L'action en injonction de se conformer aux obligations du devoir de vigilance en matière d'environnement

Par ailleurs, le 29 janvier 2020, quatorze collectivités territoriales et les associations Notre Affaire à Tous, Sherpa, Zea, Les Eco Maires et France Nature Environnement ont assigné, sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance, Total devant le Tribunal judiciaire de Nanterre.

Elles avaient mis en demeure le groupe Total de se conformer à la loi sur le devoir de vigilance, en prenant les mesures nécessaires pour faire face au dérèglement climatique. A défaut de réponse à cette mise en demeure, ces mêmes parties ont

assigné le groupe Total devant le Tribunal judiciaire de Nanterre afin qu'il lui soit ordonné de reconnaître les risques générés par ses activités et de s'aligner sur une trajectoire compatible avec une limitation du réchauffement climatique à 1,5°C²⁰.

Les requérantes invoquent des insuffisances du plan de vigilance, notamment quant aux risques à l'environnement et aux droits humains causés par sa contribution au changement climatique qui serait visé dans le plan de vigilance comme « *un risque global pour la planète qui est le résultat d'actions humaines diverses* ».

Elles s'appuient également sur les articles 1248 et 1252 du code civil, issus de la loi sur la reconquête de la biodiversité du 8 août 2016²¹. Ces articles font partie d'un chapitre du code civil dédié à la réparation du préjudice écologique, dont l'article 1246, dispose « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* ». Le préjudice écologique est défini par l'article 1247 du code civil comme « *une atteinte non négligeable aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices réparation du préjudice écologique est ouverte à « toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». L'article 1248 du code civil prévoit que l'action en depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement ».

Enfin, leur action s'appuie également sur l'obligation de vigilance environnementale qui découle de la Charte de l'environnement, laquelle a valeur constitutionnelle depuis son intégration au « bloc de constitutionnalité » avec la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Dans une décision du 8 avril 2011, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il résultait des deux premiers articles de cette Charte que « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »²².

L'affaire n'a pas encore été jugée en première instance.

2. L'action en responsabilité civile

Dans les conditions prévues aux articles [1240](#) et [1241](#) du code civil, le manquement aux obligations prévues par la loi sur le devoir de vigilance engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de la décision sous astreinte ([article L. 225-102-5 du code de commerce](#)).

20. Les demandes sont longuement détaillées et se divisent en deux catégories : une catégorie « En matière d'identification des risques » qui contient les éléments que les parties souhaitent voir figurer dans le plan de vigilance de Total SA au sein du chapitre « Identification des risques » ; une catégorie « En matière de prévention » qui contient les engagements que les parties souhaitent que Total SA soit contraint de prendre dans la lutte contre le réchauffement climatique. Elles sont exposées au sein du Dossier de presse susmentionné, p. 8 et 9.

21. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

22. Conseil constitutionnel, décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

Un régime de responsabilité civile est prévu pour les entreprises ayant manqué à l'obligation d'adopter et de publier un plan de vigilance ainsi que le compte-rendu de sa mise en œuvre effective, qui impose de caractériser un dommage et un lien de causalité. Le Tribunal compétent n'est par ailleurs pas précisé, mais certains s'accordent à dire qu'il s'agirait du Tribunal de commerce²³. La distinction par le Tribunal judiciaire de Nanterre dans sa décision entre l'action en injonction et l'action en responsabilité pourrait toutefois laisser penser que cette dernière relèverait de la compétence du Tribunal judiciaire.

Aucune décision n'a pour le moment été rendue sur le fondement de cette action en justice. Il résulte des travaux parlementaires qu'« *Il appartient aux plaignants de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre les dommages causés par l'activité de la société, de ses filiales et de ses sous-traitants, et l'absence de plan de vigilance ou son absence de mise en œuvre effective qui, en conséquence des dispositions de la proposition de loi, constitue en soi une faute civile de nature à engager la responsabilité de son auteur* »²⁴.

La loi sur le devoir de vigilance impose aux entreprises d'identifier et prévenir les risques d'atteintes aux droits humains. La loi Sapin 2 a le même objectif de prévention, appliqué à la corruption, sachant que beaucoup d'atteintes aux droits humains sont causées par la corruption. Le fait de vivre dans des environnements corrompus constitue en soi une atteinte aux droits humains.

c. Les obligations de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption et la création de l'Agence française anti-corruption

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 a créé l'Agence française anti-corruption (AFA) qui a pour mission de conseiller et contrôler les entités soumises aux obligations de mise en place d'un programme de conformité anti-corruption, qui repose sur huit piliers (cartographie des risques, évaluation des tiers, code de conduite, régime disciplinaire, formation, dispositif d'alerte, procédures de contrôle comptables et dispositifs de suivi et d'évaluation du programme). Elle a publié son rapport annuel²⁵ 2019.

L'AFA a annoncé son objectif de réaliser 50 contrôles par an. Les premiers contrôles de l'AFA ont été diligentés à la fin de l'année 2017. L'AFA a estimé qu'aucune entreprise contrôlée ne disposait d'une cartographie de risques conforme à ses attentes.

Le 21 septembre 2020, l'AFA a publié un Diagnostic national sur les dispositifs anti-corruption dans les entreprises.

A ce jour, la commission des sanctions de l'AFA a rendu deux décisions le 4 juillet 2019 et le 7 février 2020. Ces décisions sont riches d'enseignements pour les entreprises.

23. « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice » Entretien avec Stéphane BRABANT, Lucie CHATELAIN, Ophélie CLAUDE, Sandra COSSART, Mathilde FRAPARD, Frédérique LELLOUCHE, Antonin LÉVY, Charlotte MICHON et Elsa SAVOUREY, Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, mars 2020.

24. Assemblée Nationale, 16 mars 2016, rapport n° 3582 de M. Dominique Potier fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la Républiques sur la proposition de loi (n° 3238).

25. https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA_web.pdf

Alors que le directeur de l'AFA sollicitait des injonctions assorties des sanctions pécuniaires maximales à l'encontre des sociétés et de leurs dirigeants (1 000 000 ₰ à l'encontre des sociétés et 200 000 € et 100 000 € à l'encontre de leurs dirigeants), la commission des sanctions n'a prononcé aucune sanction pécuniaire, et n'a prononcé qu'une injonction de mise en conformité à l'encontre de la seconde société.

Plusieurs questions de procédures ont également été tranchées. Il est désormais établi que le directeur de l'AFA a le droit d'assister à l'audience devant la commission²⁶. Celle-ci n'est pas liée par l'appréciation des griefs telle qu'elle résulte de l'avis du directeur de l'AFA. La commission peut prononcer, malgré le silence des textes, une injonction et une sanction pécuniaire cumulativement ; toutefois, elle ne peut prononcer une injonction assortie d'une sanction automatique en cas d'inobservation :

- « *L'acte de saisine ne pouvant préjuger ni des manquements susceptibles d'être sanctionnés, ni des sanctions susceptibles d'être prononcées, il découle également de ces mêmes dispositions que la commission des sanctions ne saurait être liée ni par l'appréciation quant aux faits, ni par les propositions quant aux sanctions qui lui sont transmises par le directeur de l'Agence, qui ne formule, à cet égard, qu'un avis (...)* »²⁷
- « *[Les dispositions] lui permettent, sans que le législateur ait entendu interdire leur combinaison, d'enjoindre la mise en œuvre par les personnes qu'elle désigne des mesures dont elle définit la nature et les délais d'exécution, de prononcer (...) une sanction pécuniaire dont elle définit le montant et, enfin, d'assortir sa décision d'une sanction complémentaire de publication selon les modalités et le délai qu'elle fixe.* »²⁸
- « *(...) En l'absence de toute disposition législative prévoyant la possibilité de prononcer une sanction pour inexécution d'une injonction et en fixant le montant, ce principe fait obstacle à ce que la commission des sanctions prononce une sanction de cette nature.* »²⁹.

D'autres points de procédure ont également été tranchés par la Commission des sanctions dans sa seconde décision :

- alors qu'elle rappelle l'application des droits de la défense à la procédure, elle ne sanctionne pas l'imprécision de la notification des griefs du directeur de l'AFA³⁰ ;
- elle n'impose pas aux contrôleurs de l'AFA l'obligation de dresser procès-verbal des entretiens qu'ils mènent, alors même qu'elle autorise que les déclarations soient utilisées comme des éléments à charge à l'encontre de la société mise en cause³¹ ;

26. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §15](#)

27. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §6](#)

28. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §6](#)

29. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §8](#)

30. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §10 à 13](#)

31. [Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §12.](#)

- seuls les manquements qui persistent à la date à laquelle la commission statue sont susceptibles d'être sanctionnés³², ce qui donne à l'entreprise le temps de se mettre en conformité³³ ;
- elle a confirmé la valeur juridiquement non contraignante des recommandations, l'inobservation par une entreprise des prescriptions contenues dans celles-ci n'étant pas susceptible de fonder un manquement, mais elle a également considéré que le fait pour les entreprises de ne pas s'y conformer justifiait un renversement de la charge de la preuve aux termes duquel il n'incombe plus au directeur de l'AFA, pourtant partie poursuivante, d'apporter la preuve des griefs qu'il invoque³⁴.

Enfin, dans les deux cas dont elle a eu à connaître, la commission des sanctions a considéré contrairement au directeur de l'AFA que les cartographies des risques étaient conformes aux exigences de l'article 17 de la loi Sapin 2.

Elle s'est reposée sur un contrôle *in concreto* très précis de la cartographie des sociétés mises en cause.

Elle a souligné le fait que les deux entreprises en cause aient eu recours à un prestataire externe afin de réaliser la cartographie³⁵ et qu'elles avaient procédé à l'identification de scénarii de risques, ensuite affinés, et auxquels elles avaient appliqué les mesures anticorruptions déjà existantes afin d'obtenir une hiérarchisation de « risques nets »³⁶. Elle a également pris en compte les choix opérés par l'entreprise dans l'élaboration de sa cartographie, reconnaissant qu'ils justifient parfois une prise de distance avec les recommandations de l'AFA³⁷. Elle a par ailleurs indiqué qu'il est possible pour l'entreprise de changer de méthodologie d'élaboration sans que cela ne constitue un manquement, tant qu'il n'en résulte pas d'incohérences dans les résultats³⁸, tout comme il est possible de ne pas hiérarchiser les risques en fonction de seuils d'admissibilité, tant qu'ils sont *minima* classés par ordre de priorité³⁹. La commission s'est également attachée à vérifier l'existence d'un planning d'actualisation de la cartographie⁴⁰. Enfin, elle a indiqué qu'il ne peut être reproché à une entreprise l'absence de plan d'action puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais d'un simple ajout opéré par les Recommandations⁴¹.

Il est à noter qu'une différence majeure de la cartographie des risques du Plan de vigilance par rapport à la cartographie des risques de la loi Sapin 2 est que la première est destinée à être rendue publique, alors que la seconde a vocation à rester en interne à l'entreprise et (à être) présentée en cas de contrôle, sans autre publicité.

32. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §9.

33. L'article 5, II du décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, qui prévoit les délais applicables à la procédure devant la commission des sanctions, instaure uniquement un délai minimal de 10 jours entre les observations de l'entreprise contrôlée en réponse à l'avis du directeur de l'AFA et la date d'audience.

34. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §18.

35. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §20 et décision du 7 février 2020, §20.

36. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §20 et décision du 7 février 2020, §23.

37. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §25. Ainsi, si la Commission souligne la participation de plusieurs employés représentant différentes fonctions au sein des entreprises à l'élaboration de la cartographie des risques, elle indique aussi, dans sa deuxième décision, qu'il n'est pas nécessaire que soient représentés l'ensemble des fonctions et métiers de l'entreprise dans l'ensemble des lieux où celle-ci a une activité.

38. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §32.

39. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §33.

40. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 4 juillet 2019, §24 et décision du 7 février 2020, §35.

41. Commission des sanctions de l'AFA, décision du 7 février 2020, §34.

Cette différence, ainsi que les disparités des conséquences en cas de manquement dans l'établissement des cartographies, peuvent expliquer que les entreprises soient plus enclines à établir des cartographies des risques anti-corruption plus complètes et détaillées que celles du Plan de vigilance.

3. L'élargissement de la responsabilité pénale pour atteinte aux droits humains

On constate :

- La nouvelle prise en compte des engagements RSE des entreprises pour engager leur responsabilité pénale (a) ;
- La mise en cause de responsabilité pénale des sociétés mères pour les agissements de leurs filiales à l'étranger (b).

a. La prise en compte des engagements RSE des entreprises aux fins de caractérisation d'infractions pénales

La Responsabilité Sociale des Entreprises (ou RSE) est la traduction de l'anglais « corporate social responsibility » qui, dès l'origine, a revêtu un sens éthique. La Commission européenne a défini en 2011 la RSE comme « la responsabilité des entreprises pour les effets qu'elles ont sur la société »⁴². Elle couvre les domaines des droits humains, les pratiques en matière de travail et d'emploi, les questions environnementales et la lutte contre la fraude et la corruption⁴³.

La RSE résulte initialement d'une démarche volontaire des entreprises. Elle se traduit par des outils tels que les chartes ou codes éthiques, aussi appelés codes de conduites. Ces outils expriment les engagements éthiques de l'entreprise incitant les salariés et partenaires de l'entreprise à adopter un comportement conforme à ses valeurs en vue de réduire les risques de l'entreprise. Ils sont très répandus dans les multinationales et peuvent permettre de garantir le respect des droits humains dans les États où elles opèrent.

Hormis les cas où la loi se réfère expressément à un code de conduite⁴⁴, le non-respect d'un engagement RSE ne constitue pas à ce jour une infraction pénale.

Néanmoins, dans certaines affaires, les engagements RSE d'une entreprise ont pu être pris en compte, soit en tant qu'élément matériel, soit en tant qu'élément intentionnel d'une infraction pénale.

1. Publicité commerciale trompeuse

Par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a qualifié de publicité mensongère le fait, pour une boulangerie, d'affirmer respecter les engagements de la « Charte du boulanger authentique » relatifs à des normes d'hygiène mais également de préparation spécifique des produits, alors que tel n'était pas le cas⁴⁵.

42. [Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 COM \(2011\) 681 final.](#)

43. « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », Les devoirs de l'actionnaire, François-Guy Trébutte, Gazette du Palais, n° hors-série 2 p. 55.

44. Par exemple, l'article L. 121-1-1 du code de la consommation qui répute trompeuse les pratiques commerciales ayant pour objet pour un professionnel de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ou affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas.

45. [Crim., 15 décembre 1992, : Bull. crim. 1992, n° 420.](#)

Le délit de pratiques commerciales trompeuses⁴⁶ entre dans la catégorie, plus large, des pratiques commerciales déloyales définies comme les pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service⁴⁷.

En matière d'engagements éthiques, l'article L. 121-4 du code de la consommation qualifie de pratiques commerciales trompeuses le fait pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ou encore d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ou d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas.

Un juge d'instruction a étendu le délit de pratiques commerciales trompeuses au non-respect par une société française d'engagements éthiques publiés sur son site Internet en raison de faits commis à l'étranger (Chine, Corée du Sud et Vietnam), en mettant en examen pour la première fois, en avril 2019, la filiale française d'un groupe étranger.

Cette mise en examen intervient à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée en juin 2018 par les associations Sherpa et ActionAid France Peuples solidaires. Il ressort de différents articles de presse que la plainte dénonce « *l'emploi d'enfants de moins de 16 ans et des horaires de travail abusifs, des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine ou encore l'exposition des opérateurs sans protection à des matières dangereuses. [...] Pour l'ONG, l'utilisation de produits toxiques sans protection dont le benzène et le méthanol ont causé des maladies incurables chez au moins 465 ouvriers et ouvrières dont 135 seraient déjà morts* »⁴⁸. ActionAid a souligné que les ouvriers seraient, pour la plupart, payés moins de 200 euros par mois par assembler près de 1 600 téléphones par jour⁴⁹.

46. L'article L. 121-2 prévoit les éléments constitutifs du délit de pratiques commerciales trompeuses, parmi lesquels figure la pratique commerciale qui repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur, notamment, « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service* » et/ou « *la portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de service* »

47. Aux termes de l'article, L. 132-2 du code de la consommation, les pratiques commerciales trompeuses sont punies, s'agissant des personnes physiques, d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Il peut par ailleurs être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10% du chiffre d'affaires moyen annuel (calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires connus à la date des faits) ou à 50% des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. S'agissant des personnes morales, elles encourent, comme c'est la règle générale, une amende d'un montant cinq fois supérieur à celui dicté pour une personne physique, soit 1 500 000 euros, conformément aux dispositions de l'article 131-38 du code pénal auquel renvoie l'article L. 132-3 du code de la consommation.

48. « *La mise en examen de Samsung France, une première judiciaire dans l'Hexagone* », L'Usine Nouvelle, article publié le 3 juillet 2019.

49. « *Samsung poursuivie en France pour « pratiques commerciales douteuses »* », Sud-Ouest, article publié le 4 juillet 2019.

Ces pratiques alléguées contrastent avec les engagements affichés sur le site Internet de l'entreprise, où on peut lire : « *Nous respectons les droits humains fondamentaux de toutes les personnes. Le travail forcé, l'exploitation salariale et l'esclavage des enfants sont exclus, en toutes circonstances* ». Le groupe indique en outre qu'il souhaite devenir « *une des entreprises les plus éthiques du monde* »⁵⁰.

Ces engagements éthiques étaient rédigés en langue française et diffusés sur le site Internet du groupe sud-coréen accessible depuis la France. Or, le délit de pratique commerciale trompeuse est constitué « *dès lors que la pratique est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France* »⁵¹. Il suffit que le message soit destiné à un public français pour que la loi française soit applicable.

Les entreprises doivent avoir à l'esprit que la compétence française est susceptible d'être large et d'entraîner des poursuites sur ce fondement, quand bien même les agissements considérés comme contraires aux engagements éthiques n'ont pas lieu sur le territoire français. La mise en examen n'emporte pas décision quant à la culpabilité de l'entreprise qui reste à ce jour innocente des faits qui lui sont reprochées en vertu du principe de présomption d'innocence.

Le délit de pratiques commerciales trompeuses peut être utilisé comme un moyen de pénaliser certains comportements d'entreprises contraires aux droits humains, particulièrement à l'égard des multinationales. Toutefois, le recours au délit de pratiques commerciales trompeuses peut se justifier par l'importance croissante accordée par les consommateurs dans leurs décisions d'achat aux valeurs et engagements éthiques des entreprises.

2. Mise en danger de la vie d'autrui

Dans l'affaire dite Erika, la Cour de cassation reconnaît⁵² pour la première fois l'existence d'un préjudice objectif d'atteinte à l'environnement. Total SA a été condamnée à l'amende maximale prévue à l'époque, à savoir 375 000 €, ainsi qu'à plus de 200 millions € de dommages-intérêts dont plus de 13 millions € au titre du préjudice écologique.

50. « Samsung poursuivi en France pour « pratiques commerciales douteuses » », Sud-Ouest, op. cit.

51. [L'article L. 132-1 du code de la consommation](#)

52. [Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938.](#)

Pour constater la faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer⁵³, les juges du fond constatent que le groupe Total n'a pas respecté ses procédures internes. Le groupe Total avait mis en place, de manière volontaire, un contrôle spécifique (appelé *Vetting*) dans le but affiché de renforcer la sécurité des navires. Les juges concluent que l'entreprise s'est rendue coupable d'avoir exposé autrui à un risque d'une particulière gravité : « *En s'affranchissant des règles relatives à la fréquence des inspections Vetting, [elle] a commis une imprudence qui a permis que l'Erika navigue (...) par un temps très dur, ce qui a contribué à créer une situation ayant permis le naufrage et la pollution qui s'en est suivie* »⁵⁴.

La doctrine a relevé que « En reconnaissant la culpabilité de Total pour mauvaise exécution de son pouvoir de *Vetting*, la cour d'appel transforme l'engagement éthique de Total de procéder à un contrôle renforcé des navires en une obligation juridique contraignante source de culpabilité ».

Dans le contexte de la crise sanitaire liée au Covid-19, et du déconfinement organisé en France à partir du 11 mai 2020, certaines entreprises ont souhaité bénéficier de certifications l'hygiène, la santé et la sécurité. Par exemple, le groupe hôtelier Accor et le Bureau Veritas⁵⁵ ont indiqué créer un label certifiant que le niveau de sécurité et les mesures d'hygiène sont adaptés à la reprise de l'activité, la chaîne B&B⁵⁶ a créé un référentiel de certification sur l'hygiène, la santé et les protocoles de maîtrise de la chaîne de contamination liée au Covid-19, tandis que Lille Métropole annonçait la mise en œuvre d'un protocole de sécurité Covid-19 pour la réouverture des commerces non alimentaires⁵⁷.

La doctrine a mis en garde les entreprises face à de tels engagements qui présentent un risque pénal en cas de non-respect de qualification de pratique commerciale trompeuse⁵⁸.

53. L'article 121-3 du code pénal dispose : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

54. Paris, pôle 4 chambre 11, n° 08/02278, p. 119.

55. « Accor et Bureau Veritas lancent un label autour de mesures sanitaires pour accompagner la reprise d'activité dans l'hôtellerie et la restauration », Communiqué de presse de Accor et Bureau Veritas du 17 avril 2020.

56. « B&B Hotels choisit SOCOTEC pour créer un référentiel de certification sur l'hygiène, la santé et les protocoles de décontamination au COVID-19 », Communiqué de presse de SOCOTEC du 20 avril 2020.

57. Site internet de la ville de Lille, publication du Protocole de réouverture des commerces.

58. « Le déconfinement pour les entreprises : favoriser le rebond et rétablir la confiance de tous les acteurs par la concertation et la transparence », par Margaux Durand-Poincloux et Didier Bruere-Dawson, avocats, La lettre des juristes d'affaires, publié le 4 mai 2020.

b. La mise en cause de la responsabilité pénale des sociétés mères pour les agissements de leurs filiales à l'étranger.

Théoriquement, le principe de responsabilité personnelle⁵⁹ implique qu'une société mère ne puisse pas voir sa responsabilité pénale engagée pour des agissements de sa filiale ayant par hypothèse une personnalité morale distincte.

Pourtant, la Cour de cassation a pu retenir la responsabilité de la société mère, pour des agissements d'une filiale qualifiés de corruption d'agents publics étrangers en retenant que : ⁶⁰

- la filiale était détenue à 100% par la société mère ;
- la filiale ne bénéficiait pas d'une autonomie financière et décisionnelle, dont les opérations comptables remontaient au siège de la société mère ;
- la filiale était un « simple véhicule juridique » utilisé par les dirigeants de la société mère pour la mise en œuvre des décisions financières.

Selon des commentateurs de cette décision : « *Le délit pourra être imputé à la société mère quand bien même elle n'aurait pas commis elle-même les faits de corruption lorsque la filiale ayant réalisé les opérations ne dispose d'aucune autonomie. Une lecture en creux de l'arrêt laisse toutefois penser qu'en présence d'une filiale disposant d'une réelle autonomie, une telle imputation n'aurait pu être possible. La solution paraît à cet égard équilibrée. Elle s'inscrit dans un contexte de responsabilisation croissant des sociétés mères et d'intensification de lutte contre la corruption.* »⁶¹

De même, la Cour d'appel de Toulouse admet la responsabilité pénale de la société mère (Erika) pour sa filiale étrangère. La cour d'appel constate que dans les faits la société mère exerçait un pouvoir de contrôle sur la marche d'Erika, et non la filiale établie au Panama pourtant seule partie contractante au contrat avec la société de location du navire. La Cour d'appel relève ainsi que la filiale n'avait « *aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée (...), pas d'autonomie, ni juridique ni financière.* »⁶²

En juin 2018, une entreprise française est mise en examen des chefs de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, financement de terrorisme, violation d'un embargo et complicité de crime contre l'humanité. Cette entreprise est soupçonnée d'avoir versé en 2013 et 2014, par l'intermédiaire de cette filiale, près de 13 millions d'euros à des groupes djihadistes, dont l'organisation Etat islamique, afin de maintenir l'activité de son site en Syrie tandis que le pays s'enfonçait dans la guerre⁶³.

La mise en examen d'une société pour complicité de crimes contre l'humanité a été annulée par la chambre de l'instruction. Cette mise en examen témoigne, néanmoins, de l'existence d'un mouvement répressif croissant à l'encontre des activités des multinationales qui s'inscrit dans une volonté de la société de responsabiliser ces géants économiques sur leurs activités à l'étranger et les conséquences qu'elles sont susceptibles d'avoir sur les droits humains.

59. [article 121-1 du code pénal](#)

60. [arrêt Pétrole contre Nourriture](#) (Crim. 14 mars 2018, n°16-82.117)

61. Chronique sous la direction de David BOSCO et Bastien BRIGNON, « Le droit des groupes de société », *Droit des sociétés* n°3, mars 2019 chron. 1

62. Mentionné dans l'article d'Emmanuel Daoud et Céline Godeberge, [La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ?](#) *Le Mag'Omnidroit* 2015

63. « Lafarge reste mis en examen, mais plus pour « complicité de crimes contre l'humanité » », *Le Point*, [article publié le 7 novembre 2019](#).

L'article 8 du projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée prévoit d'adapter au droit pénal de l'environnement la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), alternative aux poursuites.

Au titre des obligations alternatives ou cumulatives qui peuvent être mises à la charge de la personne morale, l'article prévoit le versement d'une amende d'intérêt public au Trésor public, la régularisation d'un programme de mise en conformité sous le contrôle des services du ministère chargé de l'environnement, et également l'obligation pour la personne morale d'assurer, dans un délai maximal de trois ans et sous le contrôle des mêmes services, la réparation du préjudice écologique résultant des infractions commises.

Comme dans le cadre de la CJIP issue de la loi Sapin 2, si la victime est identifiée et que la personne morale ne justifie pas l'avoir déjà indemnisée, la CJIP environnementale doit prévoir le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an.

Comme pour une CJIP classique, le président du Tribunal judiciaire devra valider l'accord qui n'emportera déclaration de culpabilité et ne sera pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire de la personne morale.

L'ordonnance de validation, le montant de l'amende d'intérêt public et la convention seront publiés sur les sites Internet du ministère de la justice, du ministère chargé de l'environnement et de la commune sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou à défaut, de l'établissement public de coopération intercommunal auquel la commune appartient.

4. L'enquête réalisée

Le groupe de travail a identifié les entreprises ayant des activités dans différents secteurs qui ont publié un Plan de Vigilance. Certaines d'entre elles ont accepté des entretiens, l'anonymat leur étant garanti. Le but de la démarche était à la fois de comprendre comment les entreprises appréhendaient et mettaient en œuvre leur devoir de vigilance, et de recueillir leurs expériences afin de mieux cerner ou de faire apparaître les enjeux, juridiques ou opérationnels en matière d'entreprises et droits humains.

De ces entretiens, ont été retirés les points suivants :

a. Les responsables des droits humains au sein de l'entreprise

Le respect des droits humains est traité de façon différente selon les entreprises. La responsabilité de ce domaine est assumée par la direction juridique, ou l'un des départements suivants : éthique, conformité, compliance, RSE ou développement durable selon les entreprises, en fonction de leur taille et de la façon dont le dirigeant appréhende leur devoir en la matière.

Non seulement la localisation dans l'organigramme peut varier, mais aussi le rattachement avec l'instance dirigeante, soit directement avec le Président, soit avec le Comité exécutif ou encore avec le directeur de département d'un niveau inférieur (direction juridique par exemple).

Selon les groupes, ce domaine est traité au niveau du groupe, ou décentralisé, avec dans les filiales un réseau dédié de *compliance officers* ayant en charge ce sujet.

Des *reportings* sont nécessaires mais ils prennent des formes très différentes. Ils peuvent être informels (discussions ou échanges réguliers sur une base informelle) ou plus formels (questionnaire adressé régulièrement, certifications, etc.).

Enfin, il existe une grande diversité dans l'organisation des recrutements des salariés en charge de ces questions : salariés ayant déjà une expérience en matière de droits de droits humains, opérationnels, juristes ou même ressources humaines.

b. Approche active versus approche réactive

On retrouve dans les entreprises la même ambivalence qu'en matière normative. Dans cette problématique, soit l'accent est mis sur la répression et/ou la sanction, soit au contraire l'accent est mis sur l'incitation et le progrès. Certaines entreprises ont un positionnement défensif pour se prémunir des critiques et attaques qu'elles pourraient encourir. D'autres ont une approche plus proactive et sont convaincues que le respect des droits humains contribue à leur prospérité économique. Le respect des droits humains est alors un principe d'action, un guide de conduite, le bras armé d'une véritable politique d'entreprise. Elles ont toutes comme préoccupation leur image interne et externe, et comme stratégie de développer leur attractivité pour les salariés, les consommateurs, clients, fournisseurs, sous-traitants et investisseurs. Bien évidemment, quand elles interviennent sur des marchés à l'étranger, elles ont le souci du respect des normes en vigueur, internationales et locales. Certaines tiennent au respect de standards qu'elles édictent et qui vont souvent au-delà des exigences normatives qui leur sont imposées, pour être en conformité avec les valeurs qu'elles entendent déployer.

c. Méthodologie

Qu'elle soit active ou réactive, l'approche des entreprises repose sur trois axes : l'anticipation, l'action et l'adaptation. Les entreprises doivent anticiper les risques d'atteintes aux droits humains. Pour ce faire, elles établissent une cartographie des risques. Ce travail de cartographie ne peut être réalisé qu'avec le concours d'un certain nombre d'acteurs de l'entreprise et des filiales. L'objet est d'identifier les risques spécifiques aux activités de l'entreprise là où elles sont exercées pour les prévenir. Les entreprises mettent en place des dispositifs d'actions et de contrôle pour se prémunir autant que possible des risques identifiés. L'entreprise s'adapte et adapte ses outils au contexte et à leur évolution (législation, écosystème, tiers, changement d'activité, nouveaux marchés, modification de la chaîne de production, etc.). C'est une préoccupation des entreprises rencontrées, qu'elles rendent ou non publiques les décisions prises et leur mise en œuvre, parce qu'elles sont convaincues des nécessités d'être pertinentes et performantes en matière d'anticipation, d'action et d'adaptation.

d. Sociétés de services vs sociétés industrielles

Les risques d'atteintes aux droits humains varient fortement d'une entreprise à une autre en fonction de leur secteur d'activité et des zones géographiques dans lesquelles elles opèrent. On peut distinguer les sociétés de services et les sociétés industrielles. Les premières sont très sensibilisées au respect des droits humains en interne pour leurs employés et les employés de leurs sous-traitants. Alors que les sociétés industrielles semblent plus préoccupées par le respect des droits humains pour des tiers (communautés locales, etc.). Le capital humain est une valeur fondamentale des sociétés de services. Celles-ci tiennent à être attractives pour les salariés qu'elles veulent recruter, ce qui les incite à privilégier comme droits humains le respect des normes applicables aux salariés (absence de discrimination, de travail clandestin, de traite d'êtres humains, etc.). Un autre élément est essentiel pour elles est de ne pas mettre au service d'entités non respectueuses des droits humains les technologies qu'elles fournissent. Les entreprises industrielles sont beaucoup plus sensibles aux dégradations qu'elles peuvent causer aux écosystèmes dans lesquels elles opèrent.

e. Les réserves exprimées

Les représentants des entreprises entendues sont « dédiés » au sujet entreprises et droits humains et convaincus. Ils ont un discours empreint d'enthousiasme et d'engouement pour le respect des droits humains, souhaitent promouvoir des « valeurs » qui complètent utilement l'utilitarisme inhérent à toute entité poursuivant un but lucratif. Cependant, certains ont émis des réserves à la montée en puissance de la prise en compte des droits humains dans l'entreprise :

- Les condamnations des entreprises fondées sur les engagements éthiques qu'elles ont pris peuvent les désinciter à en prendre.
- La loi sur le devoir de vigilance pénalise les entreprises françaises seulement et affecte leur compétitivité, en leur imposant des obligations contraignantes.
- Le Plan de vigilance est destiné à être publié, contrairement au programme de conformité anti-corruption, ce qui affaiblit l'entreprise par la communication de données qui devraient rester confidentielles.
- Les obligations d'évaluation des tiers nuisent aux entreprises qui ne sont pas équipées pour affronter la lourdeur des processus.
- Certaines entreprises redoutent une action excessive voire malveillante de la part de certaines ONG dont les exigences semblent parfois, au regard de ces entreprises, pouvant mettre en péril leur équilibre économique.

f. Développement des outils d'intelligence économique

L'exigence de contrôle de qualité conduit les entreprises à développer des outils d'intelligence économique pour mieux se renseigner sur ses partenaires et à externaliser les audits nécessaires, ce qui pose la question de l'adaptation des outils à l'objet du contrôle. Certaines entreprises font le choix de développer des compétences en interne.

g. Les parties prenantes

Toutes les entreprises ont évoqué au cours des entretiens les « *parties prenantes* » : ONG, instances représentatives du personnel, syndicats, presse, investisseurs, etc. Elles doivent apprendre à composer avec l'ensemble des parties prenantes et chacune d'entre elles, avec lesquelles elles ont des relations pouvant aller de la coopération à la confrontation. Elles doivent prendre en compte les enjeux propres à chacun de ces parties prenantes dès lors qu'elles ont décidé d'intervenir (environnement, développement durable, conditions de travail, etc.).

h. Emergence de nouvelles difficultés

Le risque d'atteinte au droit de concurrence, par la nécessité de trouver des ententes entre entreprises concurrentes sur des salaires décents, pour ne pas encourir d'entrave à leur activité par des accusations de violation des droits humains a été évoqué. Il a été également signalé que les entreprises se trouvent confrontées à des conciliations délicates entre la protection de la santé des travailleurs, le maintien de leur activité ou de leurs projets, la protection des données personnelles, du fait aussi des justifications qu'elles doivent fournir de l'analyse des risques.

i. Rôle de l'avocat

Les entretiens menés ont permis de constater que le rôle de l'avocat reste pour l'instant limité au contentieux *stricto sensu*. Les entreprises font appel à leur avocat en cas de mise en demeure, d'engagement de procédures judiciaires, civiles ou pénales. L'avocat apparaît pour l'instant assez peu présent en amont du contentieux, dans la phase préventive (identification et gestion des risques (cartographie des risques, évaluation des tiers, mise en place et traitement des alertes, etc.), traduction des principes généraux de respect des droits humains en normes concrètes applicables au sein de l'entreprise).

Conclusion

La France peut être fière d'être le premier pays à avoir adopté une législation contraignante à portée extraterritoriale telle que la loi sur le devoir de vigilance. Dans le préambule à la proposition de loi déposée le 11 février 2015, il est affirmé :

« *En réaffirmant ainsi son attachement aux Droits humains, fidèle à sa tradition, à son modèle social et à son idéal humaniste, la France adopte une position pionnière qui a vocation à être suivie par les pays membres de l'Union (...)* ».

Le champ Entreprises et droits humains se développe.

Le développement prévisible des enquêtes et des audits doit inciter les avocats à prendre la place qui leur revient aux côtés de tous les acteurs de la matière. Leur déontologie et plus particulièrement le secret professionnel leur donne un avantage précieux qui constitue une protection nécessaire aux entreprises désireuses d'être exemplaires dans ce domaine.

Il faut aussi que l'avocat intervienne en conseil, en amont du contentieux en la matière pour accompagner les entreprises dans l'identification et la prévention des risques afin d'assurer la cohérence et de justifier la légitimité des démarches des entreprises pour le respect des droits humains.

Evidemment il faut aussi que les fournisseurs, sous-traitants, ONG, détenteurs de droits, toutes les parties prenantes bénéficient du concours des avocats et de leur expertise pour faire respecter leurs droits.

Les années à venir sont cruciales et il faut que les avocats prennent part dans la construction normative européenne pour concilier développement économique et justice.

FICHES PRATIQUES

FICHE N° 1 :

LA FONCTION CONFORMITÉ, LES NOUVELLES EXIGENCES (RÔLE / POUVOIRS / MOYENS / CARACTÈRE TRANSVERSE ET INTÉGRÉ / ETC.)

Historiquement, le rôle principal de la fonction Conformité est de définir des règles et des cadres permettant aux entreprises d’être en accord avec la réglementation. Conseiller une entreprise sur sa fonction conformité c’est d’abord délimiter en son sein les domaines dans lesquelles cette conformité intervient (1), c’est également déterminer le positionnement de cette fonction au regard de son organisation et son rapport avec les instances dirigeantes (2) et enfin c’est mettre en place un certain nombre de missions propres à cette fonction (3). Si ces missions sont toujours au cœur de la fonction, de nouveaux enjeux apparaissent (4).

A. LES DOMAINES DE LA CONFORMITÉ



En fonction des marchés sur lesquels elle intervient, des territoires où elle exerce et de sa taille, les dispositifs de conformité diffèrent d'une société à une autre.

Il convient alors de réaliser une revue des domaines de conformité, de considérer les réglementations applicables et de vérifier leurs conditions d'application. A titre d'exemple on pourra citer le dispositif anti-corruption Sapin 2⁶⁴, applicable dans son exhaustivité pour les entreprises d'au moins 500 salariés avec un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros, alors que la mise en place d'un dispositif de lanceur d'alerte suffit aux entreprises qui se situent en dessous de ces seuils.

En outre, la situation géographique d'une entreprise et de ses filiales revêt une importance capitale dans la mise en place d'une fonction conformité. En effet, la plupart des réglementations sont issues de directive européennes (LCB/FT⁶⁵, Solvabilité II⁶⁶, Bâle III⁶⁷...) voire de règlements européens d'application directe (Cf. RGPD⁶⁸, Priips⁶⁹), et permettent ainsi une adaptation uniforme des dispositifs dans des filiales basées sur le périmètre de l'Union Européenne.

L'implantation d'un dispositif dans une filiale située hors UE dans un pays possédant une réglementation équivalente permet une cohérence globale au niveau du groupe mais peut entraîner certaines divergences pratiques entre ses différentes filiales, ce qui peut engendrer des distorsions en termes concurrence.

En matière de lutte contre le blanchiment et de financement du terrorisme, la 5^{ème} directive européenne² prévoit oblige les Etats à mettre en place des dispositifs très complets notamment sur l'ensemble du secteur financier alors qu'il apparaît aux Etats Unis que le champ d'application du Bank Secrecy Act⁷⁰ mis à jour en 2016 semble concerner dans une moindre mesure les établissements de monnaie électronique, les mutuelles, les unions de retraite professionnelle ou encore les intermédiaires en financement participatif.

Enfin, implanter un dispositif de conformité au sein d'une entité située dans un pays qui ne possède pas législation équivalente se peut révéler être une équation difficile à résoudre pour une maison mère basée en France ou dans la zone UE. Aujourd'hui une entité ne relevant pas de la législation RGPD en Europe pose de nombreuses difficultés...

64. [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](#)

65. [Directive \(UE\) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive \(UE\) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE](#)

66. [Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice \(solvabilité II\)](#)

67. [Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE](#)

68. [Règlement \(UE\) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE \(règlement général sur la protection des données\)](#)

69. [Règlement \(UE\) no 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance](#)

70. <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations>

B. POSITIONNEMENT DE LA FONCTION CONFORMITÉ

1. La fonction conformité au sein de l'entreprise

Taille et activité de la structure

Le positionnement et la portée de la fonction conformité au sein d'une structure vont dépendre à la fois de sa taille mais aussi de son activité.

Dans les banques la fonction est confiée à un Directeur de la Conformité, dans les entreprises d'investissement elle est confiée à un Responsable de la Conformité des Services d'Investissement (RCSI) ou à un Responsable de la Conformité et du Contrôle Interne (RCCI) selon que l'on se trouve chez un prestataire de services d'investissement au sens large (transmission et exécution des ordres de bourse, conservation de titres, investissement pour compte propre etc...) ou bien dans une société de gestion de portefeuille.

Ces différences sémantiques qui désignent peu ou prou une même fonction et une même réalité, tiennent à la diversité tant des réglementations que des autorités de supervision ainsi qu'à leur histoire. Dans les activités régulées la fonction conformité aura un impact beaucoup plus important et des missions plus étendues que dans les autres secteurs, ne serait-ce que parce que la plupart de ces autorités exercent des contrôles et qu'elles ont des exigences fortes en termes de reporting.

Dans les grands établissements, aux activités souvent multiples, la fonction est remplie par un Département de la Conformité, doté d'un personnel nombreux.

Dans des établissements de plus petite dimension, elle est souvent remplie par une seule et unique personne qui cumule les fonctions de déontologue, contrôleur interne, responsable de la lutte anti blanchiment avec celle de responsable de la conformité.

Enfin dans les plus petites entités elle peut être concentrée entre les mains d'un dirigeant, qui peut en déléguer l'exécution à un prestataire externe.

Profil de la fonction conformité

Les fonctions de contrôle interne et d'audit sont très proches. Si dans bien des cas les fonctions de contrôle interne et de conformité peuvent être regroupées, il en va différemment de l'audit, ou de l'inspection, qui doivent être indépendantes, de façon à pouvoir contrôler toutes les activités de l'entreprise, y compris la conformité.

La fonction de conformité est distincte de la fonction juridique à proprement parler, en cela qu'elle traite de l'application au sein de l'établissement et dans son activité de l'ensemble de règles qui régissent la profession ; mais sans interférer dans le règlement des litiges qui peuvent opposer la société à des tiers, ni dans les différends d'ordre contractuels. Cependant il n'est pas impossible de regrouper la fonction juridique avec la conformité, bien, qu'à notre sens, cette dernière soit de nature complètement différente, en raison de sa dimension de contrôle.

Enfin la fonction de conformité est incompatible avec la réalisation d'opérations comptables, commerciales, ou financières.

Créer une fonction conformité - points d'attention :

- Activité
- Taille de l'entreprise / chiffre d'affaires / nombre de collaborateurs
- Est-ce une activité soumise à régulation – si oui par quelles autorités ?
- La société fait-elle partie d'un groupe ? si oui, existe-t-il une politique de conformité au sein de ce groupe ?
- L'entreprise possède-t-elle des filiales à l'étranger ? si oui, dans l'UE ? hors UE ? dans des pays appliquant des réglementations équivalentes ? dans des pays n'appliquant pas de réglementations équivalentes ?
- Si la structure est de petite taille ne pas regrouper la fonction conformité avec une fonction susceptible de créer un conflit d'intérêt (i.e. Audit).
- Créer une fonction ? un service ? une direction ?

2. Les rapports entre les instances dirigeantes et la fonction conformité

La fluidité et la qualité des échanges entre les instances dirigeantes et la conformité sont une condition indispensable à l'efficacité du dispositif.

Délégation opérationnelle

En termes de hiérarchie, la fonction conformité doit, lorsqu'elle n'est pas confiée à un membre de l'organe exécutif, être rattachée directement à la direction générale de l'entreprise, ou tout au moins à un niveau d'autorité suffisant pour assurer son indépendance vis-à-vis des autres services.

De nombreuses réglementations (Lutte contre le blanchiment de capitaux¹, lutte contre la corruption⁷¹) rendent responsables de ces dispositifs la direction générale des entreprises.

En pratique, les instances dirigeantes délèguent au responsable de la fonction conformité les missions opérationnelles d'élaboration, de déploiement, de mise en œuvre, d'évaluation et d'actualisation des différents dispositifs conformité.

Pour autant, cette délégation opérationnelle ne doit pas remettre en cause le rôle des instances dirigeantes dans le suivi du dispositif.

À ce titre, le responsable de la fonction conformité entretient un lien direct et régulier avec les instances dirigeantes.

71. [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 et le guide pratique sur la fonction conformité publié par l'AFA](#)

Un reporting régulier aux instances dirigeantes

Le responsable de la fonction conformité rend compte aux instances dirigeantes du déploiement et du fonctionnement des différents dispositifs de conformité au sein de l'entreprise.

Certaines réglementations créent même une fonction conformité avec des missions définies et des reportings aux instances dirigeantes. Dans le domaine des assurances, la fonction « clé » conformité, réglementée par la directive Solvabilité II⁷² est garante de la bonne mise en œuvre de la conformité au sein de ses organismes, elle possède en outre un accès direct au conseil d'administration, et doit présenter chaque année à ses membres un rapport sur son activité. Ce document fait état de la mise en œuvre effective du dispositif, notamment de la stratégie de gestion des risques de non-conformité, des actions en matière de prévention (procédures, formations, etc.), des résultats des contrôles du dispositif, des incidents majeurs et des alertes traitées.

3. L'intégration de la fonction conformité et son rapport avec les collaborateurs de l'entreprise.

Mise en place d'un réseau de « référents conformité »

Selon la taille de l'entreprise, les risques identifiés et les options retenues dans l'organisation de la fonction conformité, il peut être constitué un réseau de « référents conformité » associant des acteurs métiers afin de faciliter le déploiement du dispositif.

La création d'un réseau peut aider à la mise en œuvre des procédures au sein des différentes unités de l'entreprise, chaque référent ayant une bonne connaissance de l'activité de son unité. Le réseau peut en outre faciliter la remontée d'informations (retours d'expérience et interrogations des opérationnels et alertes, par exemple).

Les membres du réseau peuvent être rattachés fonctionnellement au service de la conformité ou rester attachés à leur service.

L'efficacité de ce réseau implique :

- de définir précisément les missions des « référents conformité » en cohérence avec celles du responsable de la fonction conformité ;
- de les former à leur rôle et notamment de les sensibiliser aux règles de conformité ;
- de prendre en compte dans leurs objectifs et leur charge de travail les missions de conformité.

Pour la bonne information des salariés, il peut être utile de diffuser un organigramme présentant le réseau des « référents conformité »

72. ORDONNANCE n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II)

Possibilité de créer une « base incidents »

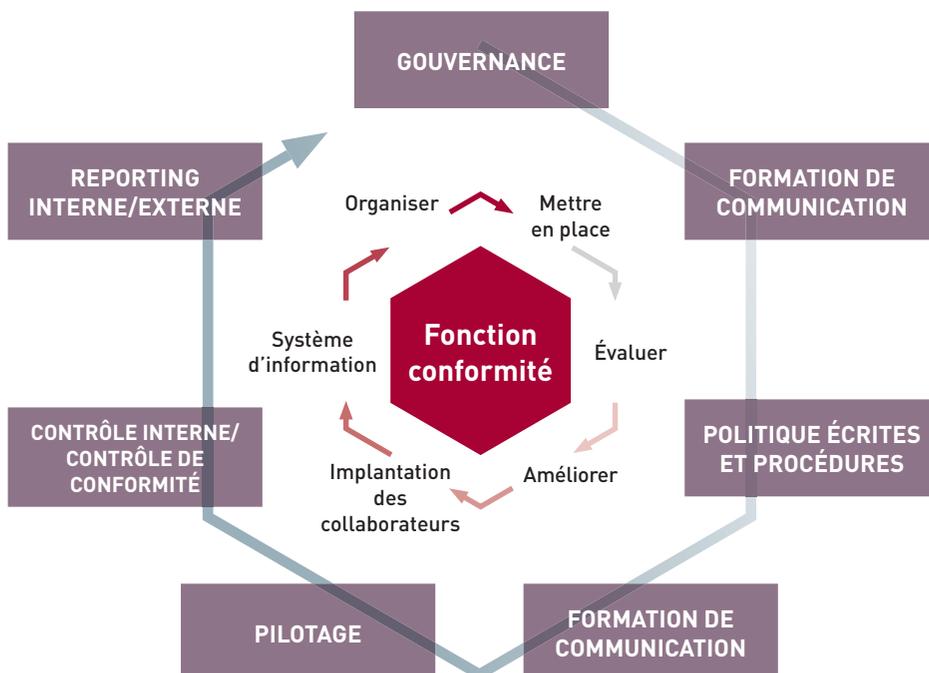
Un autre moyen d'intégrer un dispositif de conformité au sein d'une organisation est de mettre en place une base incidents. Cet outil issu des mécanismes du contrôle interne permet aux collaborateurs qui appliquent des dispositifs de conformité de remonter directement au responsable de la fonction les dysfonctionnements du dispositif constatés. La gestion de ce dysfonctionnement appelé « incident » est habituellement suivie d'une analyse post-incident dans laquelle on détermine comment il est apparu malgré les précautions et les contrôles mis en place. Cette analyse est normalement supervisée la fonction conformité et transmise aux dirigeants des organisations. Le but de cette supervision est de pouvoir mettre en place des mesures de précaution pour éviter la réitération de l'incident. Les informations obtenues seront ensuite utilisées comme des feedbacks pour améliorer la politique de conformité et/ou son implémentation au sein de l'organisation.

Cet outil a le mérite d'instaurer un dialogue constant entre les collaborateurs et la fonction conformité.

C. LES MISSIONS DE LA FONCTION CONFORMITÉ

Aujourd'hui, aussi nombreux et diversifiés soient les dispositifs de conformité, dans la majorité des cas, les missions de la fonction conformité se résument comme suit (3.1). Au-delà de ces missions, la réussite de l'implantation d'un dispositif va dépendre de la capacité, pour celui ou l'entité qui en a la responsabilité, à mettre en place un certain nombre de facteurs clés de succès (3.2).

Il s'agit là plus d'une méthodologie que la retranscription d'une réglementation, il conviendra de l'adapter à la lumière de la réglementation conformité envisagée et de l'environnement dans lequel ces standards doivent être appliqués.



1. Les missions

La gouvernance

Organiser la fonction conformité au sein de l'entreprise et vis-à-vis de la gouvernance est une condition sine qua non de sa bonne intégration au sein de l'entreprise (cf.2.2). Dans le cadre de cette mission, la fonction conformité sera amenée à rendre compte de la mise en œuvre et de l'efficacité du dispositif aux instances dirigeantes, si nécessaire au régulateur et de proposer des évolutions dans un souci d'amélioration continue.

Evaluation des risques de non-conformité

Le risque de non-conformité peut se définir comme un risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière, d'atteinte à la réputation, du fait de l'absence de respect des dispositions législatives et réglementaires, des normes et usages professionnels et déontologiques, propres à une activité définie.

Ainsi défini, le risque de non-conformité se distingue du risque juridique de litige avec une contrepartie puisqu'il ne vise pas la mise en cause d'une entreprise ou d'une organisation au titre de ses obligations contractuelles mais les conséquences dommageables du non-respect de règles relevant pour l'essentiel de l'ordre public

Il conviendra donc pour la fonction conformité d'évaluer les risques de non-conformité puis de les répertorier dans des cartographies des risques adaptées à chaque réglementation.

Politique écrites, procédures, modes opératoires

Sur la base de la cartographie des risques, il convient d'élaborer des politiques, des procédures et des modes opératoires en lien avec chaque métier de l'entreprise permettant la bonne mise en place par les équipes des standards.

Pour les groupes, il est nécessaire d'instaurer une procédure globale puis de la décliner dans l'ensemble de ses filiales. Toute la difficulté de l'exercice pourra résider dans le fait d'écrire des procédures dans des filiales basées dans des pays qui ne possèdent pas les mêmes standards que dans la zone UE (sur ce point cf.1).

Formation et communication

La diffusion de procédures, politiques et mode opératoire ainsi que leur mise à jour nous pourront être appliqués convenablement que par une diffusion de la culture conformité au sein de l'entreprise par des actions de communication, de sensibilisation et de formation, en lien notamment avec les ressources humaines.

Pilotage

Une fois le dispositif établi, les collaborateurs formés, la fonction conformité se doit de suivre et piloter sa mise en œuvre ainsi que sa mise à jour et ce, en lien avec les fonctions concernées. Il s'agit de maintenir le dispositif, le faire évoluer et notamment de comprendre et corriger ses difficultés d'application. Pour ce faire il conviendra :

- de s'assurer que les outils informatiques de l'entreprise permettent la mise en œuvre des procédures définies dans le cadre du dispositif de conformité ;
- de contrôler le déploiement du dispositif et de valider la conformité des processus avec celui-ci ;
- de fournir un appui opérationnel aux directeurs, cadres et employés sur les situations présentant un risque de non-conformité et d'être le point de contact des commerciaux ou autres fonctions exposées à ces risques ;
- d'assurer une veille sur les bonnes pratiques et l'évolution des normes et standards ;

Contrôle interne / contrôle de conformité

Maîtriser correctement un dispositif de conformité passe par la réalisation régulière de contrôles de l'application adéquate des procédures par les collaborateurs de l'entreprise. Pour ce faire, le responsable de la conformité met en œuvre d'une part, un plan de contrôles permanents, définit des indicateurs et d'autre part, fait réaliser par l'audit des contrôles périodiques dans des intervalles plus espacés.

Reporting

La délivrance de *reportings* constitue une part importante des missions de la fonction conformité. En fonction des réglementations en présence, ils peuvent recouvrir des formes variées (questionnaires, rapports, statistiques...) et également s'adresser à des interlocuteurs variés : instances dirigeantes, régulateur s'il y en a un, mais aussi au « public » avec obligation de publication de ce *reporting* sur le site Internet de l'entreprise.

2. Les facteurs clés de succès

Ils ne font partie d'aucune réglementation et pourtant certains facteurs vont faire toute la différence dans la bonne intégration d'un dispositif dans une structure.

Il est tout d'abord nécessaire de mettre en place une organisation claire et facilement identifiable de l'ensemble des collaborateurs (organigramme). Il convient également de communiquer cette organisation sur un espace accessible par tous (intranet par exemple). Au besoin on peut identifier certains acteurs clés de la procédure, préciser leurs missions et leur coordonnées (c'est le cas pour un DPO (Délégué à la protection des données) ou un déclarant Tracfin par exemple).

Il faut par ailleurs éviter de figer le dispositif : il requiert en permanence des évolutions au gré des changements d'organisation au sein des unités mais aussi à la lumière des dysfonctionnements constatés. Les évolutions réglementaires ne doivent pas non plus se faire attendre, les intégrer rapidement atteste d'un dispositif dynamique et d'une bonne réactivité de l'entreprise.

L'implication des collaborateurs dans ces processus reste essentielle. Elle passe par une bonne pédagogie du processus (réunions, formations, communication des résultats de contrôle) mais également par des outils qui leur permettent de remonter certains dysfonctionnement (comme une base incidents). Le développement d'une véritable « culture de conformité » (cf. 4.1) est un réel atout.

La qualité et le bon paramétrage d'un système d'information constituent un avantage significatif. Ils aident le collaborateur à encadrer le dispositif (alerte / blocage système etc...), à éviter erreurs, et à réduire façon drastique les risques de non-conformité.

D. FONCTION CONFORMITÉ : DE NOUVEAUX ENJEUX À VENIR

Parmi les évolutions majeures de la fonction conformité à venir, quatre d'entre elles vont être amenées à se développer et ce, afin d'asseoir la légitimité d'une fonction pas toujours très bien perçue au sein de l'entreprise.

1. Le développement de la culture d'entreprise « conformité » et des principes éthiques

Une attention croissante portée à la culture d'entreprise et aux principes éthiques. La définition de règles et de procédures permet de se protéger des risques prévus et connus, mais ne couvre pas tous les scénarios et toutes les éventualités. Seules une culture éthique forte et des pratiques d'entreprise exemplaires peuvent garantir à l'organisation une certaine résilience face à des risques imprévus et non anticipés. C'est pour cette raison que l'on parle de moins en moins de « Fonction Conformité », mais davantage de « Conformité et Ethique » ou « Ethics & Compliance » au sein des entreprises.

2. La recherche de programmes de compliance de plus en plus intégrés

La Conformité se caractérise traditionnellement par une approche en silos : chaque fonction l'aborde de manière spécifique, avec ses propres méthodes. Pour gagner en efficacité, les fonctions Conformité doivent aujourd'hui se diriger vers une approche plus intégrée, en encourageant le partage de savoir-faire et la coordination entre les équipes et en harmonisant les systèmes et les processus.

3. Un usage plus efficace de la technologie et de l'analyse de données

L'analyse de données permet d'identifier et d'anticiper de potentiels incidents liés à la Conformité avant que ceux-ci ne se produisent. Ces outils sont particulièrement efficaces dans l'appréhension de réglementations qui s'adaptent mal aux activités des entreprises (i.e. lutte contre la fraude). Elle doit permettre d'éviter et de prévenir le risque de non-conformité. Bien que la plupart des responsables Conformité soient conscients des bénéfices que la technologie peut leur apporter, peu d'organisations sont considérées comme matures dans ce domaine.

5. L'émergence de nouveaux profils

L'émergence de nouveaux profils, capables de faire le lien entre Conformité et business. Les fonctions Conformité ont aujourd'hui besoin de nouvelles compétences : si savoir élaborer des règles et des politiques est toujours une compétence clé, les organisations devront également recruter ou de former des « facilitateurs » capables de convaincre, d'influencer et de communiquer sur le « pourquoi » et le « comment » de la Conformité. Ces nouveaux talents permettront à la fonction d'être mieux connectée à l'activité, de montrer qu'elle n'est pas un frein au business mais qu'au contraire elle en comprend les enjeux et ce, afin de s'acheminer vers un rôle de conseiller de confiance au sein de l'organisation.

^[1]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

^[2]Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE

^[3]Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)

^[4]Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE

^[5]Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

^[6]Règlement (UE) no 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance

^[7]<https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations>

^[8]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 et le guide pratique sur la fonction conformité publié par l'AFA

^[9]ORDONNANCE n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II)

FICHE N° 2 : **MÉTHODOLOGIE DE LA** **CARTOGRAPHIE DES RISQUES**

La cartographie des risques constitue l'un des vecteurs de visibilité des risques de l'entreprise dans un domaine donné.

Au sein de la plupart des dispositifs de conformité, elle constitue l'élément fondateur qui va permettre sur la base des risques recensés et évalués, d'adapter le dispositif de conformité le mieux adapté à la situation de l'entreprise.

En matière d'audit, la cartographie des risques est un outil du processus de gestion des risques. Elle permet de représenter de manière synthétique et graphique les risques de l'entreprise, hiérarchisés selon ses critères. Elle représente une photo à un instant donné, un état des lieux des menaces qui pèsent en matière de risque de non-conformité dans un domaine donné. Il est donc possible de comparer cette vision à la photo précédente, d'en suivre l'évolution et de prendre les décisions de pilotage qui s'imposent.

Afin d'élaborer une cartographie la plus exhaustive, il convient de réaliser une démarche en 5 étapes :

- Définition des objectifs et du périmètre
- Cartographie des processus et des risques
- Evaluation des risques
- Définition des moyens de maîtrise des risques
- Identification des zones de faiblesse et élaboration de plans d'action

A. DÉFINITION DES OBJECTIFS ET DU PÉRIMÈTRE DE LA **CARTOGRAPHIE**

L'élaboration d'une cartographie des risques consiste avant toute chose à définir et valider avec la direction générale de l'entreprise :

- Les objectifs et le périmètre abordé (domaine géographique, filiale, processus, départements concernés etc...) ;
- Le niveau de granularité (approches macro-processus, processus etc...) ;
- Les typologies des risques à couvrir (risques internes, externes, risques majeurs)

Il conviendra également de collecter l'ensemble des données existantes sur les non-conformités constatées dans le périmètre de l'entreprise et hors périmètre. Si ces non-conformités ont eu un impact sur l'entreprise conseillée, il peut être souhaitable de les inclure dans la cartographie.

Enfin, il sera nécessaire d'identifier au sein de la structure, les collaborateurs susceptibles de contribuer à l'élaboration de cette cartographie (département juridique, financier etc...) et de planifier des ateliers de travail avec ces interlocuteurs.

B. CARTOGRAPHIE DES PROCESSUS ET DES RISQUES

L'objectif de ces ateliers est d'interviewer les managers et les opérationnels des services ou départements susceptibles d'être concernés par les non-conformités liés à la réglementation envisagée. Il convient alors de recenser les processus concernés et d'identifier les responsables de ces processus selon une approche qui consiste à :

- A décrire les processus incriminés
- Identifier les risques encourus ;
- Rattacher les risques identifiés aux processus

Cette démarche permet de commencer à formaliser la cartographie et d'élaborer le référentiel de risques (définition des familles de risques).

C. EVALUATION DES RISQUES

Une fois ces risques recensés, il convient de les appréhender selon au moins deux dimensions : d'une part, les notions de fréquence, de probabilité, d'aléas, d'incertitude et d'autre part, par les conséquences, les impacts, sur les organisations, les individus ou les objectifs.

Seule la combinaison de ces deux composantes (par exemple, la fréquence et l'impact) permet d'estimer raisonnablement le niveau de risque.

Cet exercice donne, en outre, la possibilité de déterminer la criticité inhérente de chaque risque sur la base d'une matrice telle que celle définie ci-dessous :

MATRICE DE CRITICITÉ (RISQUES BRUTS)

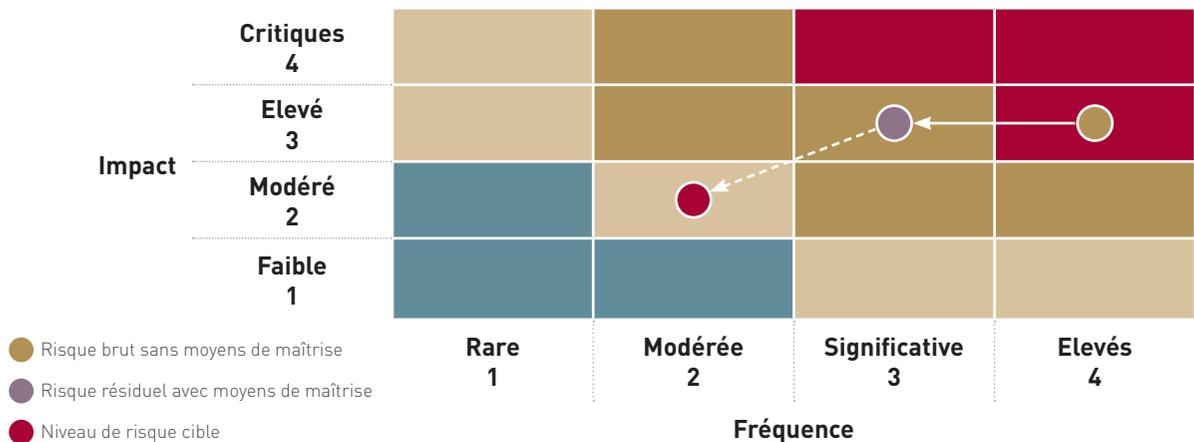
Impact Brut	Critiques 4		1 ^(b)		
	Elevé 3	13	21	3 ^(c)	1 ^(a)
	Modéré 2	27	25	19	
	Faible 1	5	3	2	
		Rare 1	Modérée 2	Significative 3	Elevés 4
		Fréquence Brute			

Cette évaluation permet ainsi d'identifier les risques majeurs.

D. DÉFINITION DES MOYENS DE MAITRISE

L'élément de maîtrise se définit comme le moyen existant ou à mettre en place pour permettre de réduire ou d'éliminer le risque. Il peut aussi bien porter sur la fréquence que sur l'impact du risque à titre préventif ou correctif. Ainsi, à chaque risque est associé un ou plusieurs éléments de maîtrise. Il est entendu qu'un même élément de maîtrise peut agir sur plusieurs risques.

L'échelle d'appréciation des éléments de maîtrise doit être établie et adaptée à l'entreprise.



E. IDENTIFICATION DES ZONES DE FAIBLESSE

Une fois les moyens de maîtrise appliqués on obtient le risque résiduel. Le risque résiduel est la criticité après prise en compte de l'effet protecteur des éléments de maîtrise en place. Le poids du risque ainsi déterminé permet une hiérarchisation des principaux risques et une priorisation des plans d'action peut être établie.

Sur cette base, il convient d'identifier les travaux à mener pour atteindre un dispositif cible qui sera conforme à la réglementation et qui permettra de protéger l'entreprise contre tout risque de non-conformité majeure qui pourrait avoir un impact quel qu'il soit (financier, réputation...).



© Conseil national des barreaux
Octobre 2020
Etablissement d'utilité publique
Art. 21-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971
modifiée

180 Boulevard Haussmann - 75008 Paris
Tél. 01 53 30 85 60 - Fax. 01 53 30 85 62
www.cnb.avocat.fr
international@cnb.avocat.fr

**Ce document est à destination exclusive
des avocats**

Il ne doit en aucun cas faire l'objet d'une diffusion ou d'une rediffusion en dehors du strict cadre de la profession. À ce titre, sa reproduction et sa réutilisation ne sont autorisées sans accord préalable qu'aux avocats et pour un usage lié à leur activité professionnelle. Toute autre diffusion ou réutilisation est soumise à autorisation préalable du Conseil national des barreaux qui en conserve tous les droits de propriété intellectuelle. Elle reste dans tous les cas subordonnée au respect de l'intégrité de l'information et des données et à la mention précise des sources.
