

EXERCICE PROFESSIONNEL

Formalisme du recours
contre la décision
du conseil régional de discipline _____ p. 117

DÉVELOPPEMENT DU CABINET

« Votre bien dévoué » :
une mise en contact pensée
en toute conformité _____ p. 120

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

n° 3 – Mars 2017

Dossier

Conformité et risques juridiques :
comment anticiper ?



DALLOZ



Version numérique incluse*





Dossier

Conformité

et

risques juridiques :

comment anticiper ?

Loi Sapin II relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique ; loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : ces deux textes emblématiques marquent l'entrée des entreprises dans une nouvelle ère. La conformité des entreprises aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables devra de plus en plus être anticipée, et non seulement réglée a posteriori, devant les tribunaux. La vigilance ne concernera d'ailleurs plus seulement l'entreprise elle-même, mais également toutes les parties prenantes, fournisseurs en premier lieu, en élargissant encore le périmètre. Le besoin de conseil va donc s'accroître, et le métier de l'avocat évoluer encore. C'est ce que nous nous proposons de traiter dans ce dossier.

Entre fantasmes et réalité : le rôle de l'avocat en matière de mise en conformité des entreprises avec la loi sur le devoir de vigilance <i>Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia</i>	99
Sapin II : l'an I de la lutte anticorruption <i>Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons</i>	106
Entretien avec Jean-Pierre Grandjean	110
Loi Sapin II : le <i>lobbying</i> soumis à des obligations majeures de <i>reporting</i> et de transparence <i>Emmanuelle Mignon</i>	111

DOSSIER

Conformité et risques juridiques : comment anticiper ?

Entre fantasmes et réalité : le rôle de l'avocat en matière de mise en conformité des entreprises avec la loi sur le devoir de vigilance



Par

Emmanuel Daoud
Avocat au Barreau
de Paris, Cabinet
Vigo, membre du
réseau GESICA,
membre du Conseil
de l'Ordre

&

Solène Sfoggia
Avocate au Barreau
de Paris, Cabinet
Vigo, membre du
réseau GESICA

C'est par un vote historique que les députés ont adopté, le 21 février 2017, la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Historique car, du Nigeria au Bangladesh, on ne compte plus les victimes en quête de justice, qui attendent encore la réparation du dommage qu'elles ont subi¹.

Pourtant, dans certains cas, la société mère ou donneuse d'ordre a une part de responsabilité dans la réalisation de ce dommage. Par exemple, et cette situation ne relève en rien du fantasme, en contractant avec un sous-traitant sans s'intéresser à sa manière de traiter ses salariés ou de rejeter ses déchets dans les eaux environnantes. Ou encore en lui imposant une pression trop importante, l'obligeant ainsi à produire plus vite et à plus faible coût sous peine de perdre la prochaine commande. Les conséquences peuvent alors s'avérer désastreuses pour les travailleurs, les populations riveraines ou bien les consommateurs, sans qu'il ne soit possible de rechercher la responsabilité de l'un des nombreux maillons de la chaîne de production.

Néanmoins, s'il existe bel et bien un consensus sur ce constat insatisfaisant, les réponses

divergent. Arrêter d'investir et de commercer avec des entreprises à l'étranger ? Renforcer simplement la sensibilisation et l'accompagnement des entreprises pour prévenir ces risques – sans faire peser sur elles une obligation judiciaire inconsidérée² ? Attendre la mise en place d'une législation contraignante au niveau international, *a minima* européen, pour ne pas ternir l'attractivité de la France en jouant au cavalier solitaire³ ? Prendre juridiquement en compte la réalité des groupes de sociétés⁴ ? Ou encore, privilégier la prévention des risques avec la création d'un devoir de vigilance ?

Devant une telle antinomie des solutions en jeu, c'est donc non sans surprise que le devoir de vigilance a été voté. Dès lors, si le temps du débat est bel et bien révolu, celui de la mise en conformité ne fait que commencer. Et celle-ci ne se fera pas sans les avocats.

En effet, dans le cadre de cet article, il s'agira, non plus de fantasmer, mais d'anticiper – et l'avocat se devra nécessairement de rassurer. On ne reviendra donc pas, en particulier, sur les forts risques d'inconstitutionnalité de la loi puisqu'il ne nous reste plus qu'à attendre la décision du Conseil constitutionnel, saisi dès le lendemain du vote. Les sages auront

¹ R.-C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. soc.* 2016, 246.
² H. Delannoy, « Devoir de vigilance des entreprises à l'égard de leurs fournisseurs étrangers : quels enjeux ? », *D.* 2015, 1088.

la lourde tâche de sonner le glas, ou non, du devoir de vigilance, à la lumière des critiques acérées d'insécurité juridique^{5,6}, d'insuffisances en droit international privé⁷, ou encore de violations de la liberté d'entreprendre⁸ sur lesquelles nombre d'auteurs ont déjà eu l'occasion de s'exprimer.

L'avocat est capable d'apporter une réelle valeur ajoutée en permettant à l'entreprise d'optimiser la mise place d'un tel devoir de vigilance.

En ce qui nous concerne, la mise en conformité suppose de bien comprendre la teneur du devoir de vigilance, dont il a beaucoup été question, et en particulier son régime de responsabilité. Ce régime doit être dédramatisé car son postulat est simple : si une entreprise a la capacité de se développer et de commercer, elle

doit aussi avoir la capacité de prévenir les risques liés à ce périmètre d'activités élargi. Cela doit donc mener les avocats et les entreprises à se poser une deuxième question, plus pratique, qui est celle de l'élaboration et du déploiement d'un plan de vigilance. Enfin, le rôle de l'avocat ne doit pas s'arrêter là : il est capable d'apporter une réelle valeur ajoutée en permettant à l'entreprise d'optimiser la mise en place d'un tel devoir.

QUEL RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES AU TITRE DU DEVOIR DE VIGILANCE ?

Dans sa version votée le 21 février 2017, la loi prévoit que les entreprises devront établir et mettre en œuvre un plan de vigilance. Si l'entreprise ne respecte pas cette obligation, sa responsabilité civile délictuelle pourra être envisagée « dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil »⁹. La loi renvoie donc à l'engagement de la responsabilité délictuelle de droit commun, en créant toutefois une nouvelle obligation pour les entreprises.

Un régime de responsabilité de droit commun

C'est l'une des données essentielles de la loi finalement votée : elle ne crée aucun nouveau régime de responsabilité. En effet, elle s'appuie sur les articles 1240 et 1241 du code civil, clé de voûte de la responsabilité de droit commun¹⁰, qui restent certainement parmi les premières dispositions enseignées à tout étudiant en droit.

En premier lieu, il incombera donc aux avocats d'apaiser et de rassurer les entreprises : le devoir de vigilance est bien loin de la responsabilité illimitée ou automatique brandie à tort et à travers par certains. L'existence d'une faute, d'un lien de causalité et d'un dommage sera nécessaire – et leur preuve n'en sera pas aisée.

En effet, il n'existe finalement pas de présomption de responsabilité ni d'obligation de résultat : la réalisation d'un dommage ne saurait engager automatiquement la responsabilité des entreprises¹¹. Il sera donc nécessaire de prouver un réel manquement de la société mère ou donneuse d'ordre¹², qui ne pourra voir sa responsabilité systématiquement engagée pour toute faute de sa filiale ou de son sous-traitant. En d'autres termes, c'est uniquement sa propre faute, en l'espèce le manquement à son obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance, qui pourra être mise en cause¹³. L'avocat rappellera simplement que la faute n'est pas nécessairement un acte positif, à l'instar du droit commun, puisque l'article 1241 du code civil vise la simple imprudence ou négligence.

Il sera aussi et surtout nécessaire pour les demandeurs de prouver un dommage et un lien de causalité entre ce manquement et le dommage. Ceux-ci devront prouver que l'entreprise n'a pas mis en œuvre un plan de vigilance de manière effective, alors que cela aurait permis d'éviter ou de minimiser le dommage¹⁴. À première vue, la tâche ne sera pas simple dans les faits, en particulier dans un contexte d'asymétrie d'information à la faveur de l'entreprise. D'autant que la problématique de l'accès à l'information est renforcée dans un contexte global : la communauté riveraine victime d'un dommage environnemental et sanitaire réalisé à l'autre bout du monde, du fait d'un fournisseur en fin d'une chaîne de production comportant des dizaines de maillons, aura toutes les difficultés du monde à accéder aux preuves permettant

3 Résolution du Conseil national des barreaux, Entreprises et droits de l'homme, proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Adoptée à l'unanimité par l'assemblée générale des 29 et 30 mai 2015.

4 C. Hannoun et S. Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », RDT 2014, 441.

5 D. de Saint-Affrique, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadéquat », JCP E 2017, 1064.

6 P. Mougeolle, Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Rev. dr. homme, févr. 2017.

7 D. Bokovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », D. 2016, 385.

8 P. Mougeolle, préc.

9 C. civ., anc. art. 1382 et 1383.

10 O. Favreau, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », RDT 2015, 446.

11 P. Mougeolle, préc.

12 X. Delpech, « Bientôt un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères et des donneurs d'ordre », Dalloz actualité, 9 avr. 2015.

13 P. Mougeolle, préc.

14 X. Delpech, préc.

15 C. Hannoun et S. Schiller, préc.

d'en étayer la causalité. Si certains auteurs anticipent d'ores et déjà une jurisprudence favorable à la causalité, comme cela est le cas dans d'autres domaines, l'on ne peut à ce stade que souligner de tels enjeux pratiques¹⁵. Concrètement, et nous y reviendrons, ce sera donc toute la difficulté pour l'avocat chargé de la mise en conformité puisque, de manière paradoxale, le plan de vigilance devrait venir corriger cette asymétrie d'information¹⁶, ce qui n'incitera pas forcément les entreprises à faire preuve de transparence.

Enfin, l'avocat sera appelé à user de son expertise juridique puisqu'il pourra par exemple, conformément au droit commun, invoquer le fait du tiers (fournisseurs, sous-traitants), le fait du prince (État d'accueil et sa loi différente) ou encore la force majeure. Ces exceptions pourraient d'ailleurs bien trouver une nouvelle jeunesse dans leur application au devoir de vigilance¹⁷.

En définitive, et contrairement à ce qui a été dit, les entreprises ne doivent pas craindre le devoir de vigilance : il ne s'agit pas de rendre possible une responsabilité inconsidérée et sans limites, car la loi ne change tout simplement pas le régime qui existait déjà. L'avocat devra donc veiller au respect de ces conditions de mise en cause de droit commun en cas de contentieux, tant pour rassurer les entreprises dans leur démarche de conformité, que pour la crédibilité du devoir de vigilance.

En réalité, ce dernier permet de rappeler à l'entreprise sa part de responsabilité dans le développement de son activité : elle se doit d'être vigilante. Et c'est finalement là la véritable nouveauté à laquelle les avocats devront préparer les entreprises : la création d'une nouvelle norme de comportement sanctionnée par une faute civile¹⁸.

La création d'une nouvelle obligation de vigilance

L'article L. 225-102-4, II du code de commerce créé par la loi prévoit que le juge pourra condamner la société qui ne satisfait à l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de vigilance au paiement d'une amende civile d'un montant de 10 millions d'euros maximum¹⁹.

En d'autres termes, même en l'absence de dommage, l'entreprise pourra être sanctionnée civilement. Si la disposition s'inscrit dans

une démarche préventive louable (c'est-à-dire la possibilité d'obliger les entreprises, en amont, à mettre en place un plan de vigilance pour éviter tout dommage), c'est sur cette obligation que nous attirons l'attention de l'avocat et de l'entreprise dans leur démarche de mise en conformité.

En effet, la sanction pourrait être lourde, à 10 millions d'euros non déductibles du résultat fiscal, avec la possibilité de la majorer jusqu'à trois fois en cas de dommage réalisé. Se pose d'ailleurs la question de la conciliation d'une telle amende civile avec la démarche de progrès et d'amélioration continue chère à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). On peut à cet égard espérer que le juge enjoindra dans un premier temps aux entreprises fautives de mettre en place un tel plan, sous astreinte, et ne prononcera qu'une condamnation si l'entreprise persiste dans son manquement. En outre, le juge est expressément appelé à faire preuve de discernement aux termes de la loi : si le manquement est léger ou qu'il peut être expliqué, ou encore si l'entreprise a fait preuve de bonne volonté, l'on peut penser que le montant de l'amende sera modulé en conséquence.

Par ricochet, ce sera donc aussi et surtout à l'avocat de prendre garde en attendant les premières décisions du juge. En effet, la loi manque de précision quant au niveau d'exigence attendu et il faut espérer que le juge jouera son rôle essentiel de précision. Le caractère « raisonnable » des mesures de vigilance et la mise en œuvre « de manière effective » feront certainement l'objet de débats acharnés en cas de contentieux. Dans cette attente, l'on ne peut d'ailleurs qu'inviter les entreprises et avocats à participer à la rédaction du décret susceptible d'être ajouté.

Concrètement, l'avocat peut toutefois d'ores et déjà anticiper les éléments de contrôle du juge pour se prémunir en cas de contentieux : par exemple avec des indicateurs tels que le budget alloué, la qualité des données collectées, la régularité du suivi, du dialogue et des retours, ou encore la compétence des personnes dédiées à ce plan, ainsi que la qualité des vérifications effectuées par des tiers²⁰. Pour autant, le contrôle du juge, sur la seule base de documents – à plusieurs milliers de kilomètres de certains sous-traitants – pourra s'avérer complexe. Le devoir de vigilance en appellera donc aussi à la créativité du juge et, partant, de

16 Q. Favereau, préc.

17 *Ibid.*

18 N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : acte II, scène I », D. 2015, 1049.

19 Q. Favereau, préc.

20 N. Cuzacq, préc.

l'avocat, pour contrôler l'effectivité et le caractère raisonnable d'un tel plan.

En tout état de cause, la marge d'erreur de l'avocat et du *compliance officer* sera faible puisque la loi prévoit que, en cas de mise en demeure, l'entreprise aura un délai de trois mois pour y satisfaire avant que la juridiction ne puisse être saisie.

Trois mois pour ajuster effectivement un plan de vigilance au sein d'une entreprise multinationale semble être pour le moins compliqué – si ce n'est impossible – compte tenu de la réalité des entreprises de cette envergure et en particulier de leurs contraintes internes de gouvernance, linguistiques et matérielles.

Il importe en effet de rappeler que le devoir de vigilance n'aura vocation à s'appliquer qu'à de

très grandes sociétés, employant au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger. On soulignera que les filiales ou sociétés contrôlées concernées par la loi, mais dont la société qui les contrôle a mis en œuvre un tel plan de vigilance, sont exclues de façon cohérente de cette obligation. Toutefois, en l'état, l'on ne peut que s'interroger sur la pertinence de la restriction aux sociétés anonymes et sociétés en commandite par action, en particulier s'agissant de l'exclusion des sociétés par actions simplifiées (SAS) en raison du truchement effectué par le biais de l'article L. 225-102-4 du code des sociétés²¹.

COMMENT CRÉER ET METTRE EN ŒUVRE UN PLAN DE VIGILANCE EN CONFORMITÉ AVEC LA LOI ?

Le plan de vigilance devra comporter, selon la loi, « les mesures de vigilance raisonnable

propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ».

Le texte voté apporte des précisions bienvenues s'agissant des mesures à mettre en place :

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

La loi fait donc référence aux outils désormais traditionnels en matière de RSE, qui viennent de plus en plus enrichir le droit²². Il nous semble dès lors essentiel, en premier lieu, de dédramatiser ces outils : le devoir de vigilance ne tend pas à demander l'impossible aux entreprises, mais simplement à mettre en œuvre un certain nombre de mesures concrètes pour assurer la collecte de données, l'échange, le contrôle et le bon sens dans leurs activités. En deuxième lieu, il convient de rassurer les entreprises : ces outils sont déjà mis en place par la majorité d'entre elles. Le plan de vigilance consistera surtout à reprendre l'existant en y apportant de la cohérence et de la solidité. En revanche, le texte doit dissuader toute velléité purement cosmétique : la mise en œuvre devra impérativement être effective²³.

Concrètement, l'avocat se doit de refuser de livrer un plan de vigilance « clef en main » car il n'existe pas de standard – l'adaptation du plan à l'entreprise est la condition *sine qua non* de son efficacité.

Dans tous les cas, deux phases distinctes et d'importance égale seront nécessaires : l'identification et la prévention continue des risques.

L'avocat se doit de refuser de livrer un plan de vigilance « clef en main » car il n'existe pas de standard – l'adaptation du plan à l'entreprise est la condition sine qua non de son efficacité.

²¹ P.-L. Périn, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises qui trop embrasse mal étreint », RTD com. 2015, 215.

²² M.-C. Callet, Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales, univ. Bordeaux, 2014.

²³ N. Cuzacq, préc.

Première étape : l'identification des risques

La phase d'identification des risques sera cruciale pour l'élaboration du plan de vigilance ; elle déterminera sa pertinence et son sérieux. Toutefois, la réalisation d'une bonne cartographie n'est pas toujours aisée, et les pièges sont nombreux. En effet, si certains risques sont clairement identifiés, d'autres sont parfois latents. L'étape de la collecte des données doit donc être sérieusement réfléchi en accord avec les pratiques et la culture de l'entreprise afin d'être efficace.

S'agissant de la méthodologie, l'erreur serait de vouloir prétendre à l'exhaustivité (et de s'y perdre) ou, au contraire, de ne pas prendre suffisamment la mesure de l'ampleur du périmètre du devoir de vigilance. La difficulté est d'autant plus présente que ce périmètre est large : sont concernées les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement.

On remarquera toutefois que la loi se cantonne aux « atteintes graves » laissant entendre que des atteintes plus mineures en sont exclues. Si la hiérarchisation en matière d'atteintes aux droits humains peut faire grincer des dents, il n'en reste pas moins que, en pratique, cela laissera un peu d'air à l'avocat et à l'entreprise. Par exemple, il faudra assurer le respect des huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), sans être obligé de faire respecter une stricte parité hommes-femmes dans les organes de direction²⁴.

Le périmètre est également étendu en raison des activités concernées : les activités de la société mère ou donneuse d'ordre, des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement et des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation établie, que l'entreprise devra être capable de déterminer.

En somme, il importe de prendre en compte les différentes dimensions des risques pour pouvoir les appréhender de la manière la plus juste et complète possible, en fonction de leur nature, de leur origine et de leur probabilité/intensité – ce qui permettra d'élaborer une cartographie lisible et efficace. Une analyse approfondie de certains risques pourra ensuite s'avérer utile et nécessaire, notamment en fonction des régions géographiques et des métiers concernés.

Concrètement, s'agissant de la collecte des données, l'avocat ne doit pas hésiter à combiner différents outils en fonction de leur pertinence : questionnaires, entretiens, déplacements sur place...

Il sera en tout état de cause nécessaire d'associer tant les opérationnels (salariés de la société mère, des fournisseurs et sous-traitants sur le terrain) que les différentes personnes ayant à connaître des risques au sein de l'entreprise, qu'ils soient réalisés ou non (direction juridique, assurance, ressources humaines, *compliance*...).

Enfin, l'avocat ne devra pas oublier la mise à jour de cette cartographie, qui est cruciale, et pour laquelle il sera possible d'entreprendre le développement d'outils permettant de soutenir les procédures de retours d'expériences entre les différents acteurs ainsi que les diverses formes d'échanges avec les parties prenantes internes et externes, ou encore les veilles.

Deuxième étape : la prévention et le suivi des risques

La prévention des risques concerne tant la mise en place de mesures, en amont, permettant de prévenir la réalisation du risque que la mise en place de contrôles afin de surveiller le respect et l'effectivité de ces mesures. Cette étape pourra donc être abordée sereinement par les entreprises ayant déjà mis en place un certain nombre d'outils dans ce sens.

De manière classique, une politique de prévention des risques efficace se construit autour de quatre axes qui doivent être combinés de manière cohérente en fonction de la culture de l'entreprise :

- la mise en place de règles et d'engagements clairs (établissement d'un corpus de règles clair et pertinent, informations et formations régulières, engagements contractuels) ;
- l'association des parties prenantes (identification des parties prenantes, consultations, mise en place de partenariats, création de

L'avocat ne devra pas oublier la mise à jour de cette cartographie, qui est cruciale, et pour laquelle il sera possible d'entreprendre le développement d'outils permettant de soutenir les procédures de retours d'expériences entre les différents acteurs.

²⁴ P. Maugeolle, préc.

dispositifs d'alerte, dispositifs de règlement interne des différends, procédures de retours d'expérience et de suivi) ;

- la répartition claire et cohérente des responsabilités, accompagnée des moyens adéquats (gouvernance adaptée, délégations de pouvoir cohérentes et sécurisées, réflexion sur les budgets et temps alloués de manière cohérente) ;
- la mise en place de procédures de *due diligence* et de contrôle (questionnaires, vérifications, analyse de *red flags*, audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, internes et/ou indépendants, convenus et/ou spontanés, procédures de contrôles internes et externes, procédures de *reporting* et d'auto-évaluation, politique de sanction disciplinaire adéquate....).

Bien entendu, la création de nouveaux outils eu égard à l'identification de risques spécifiques n'est pas à exclure, bien au contraire, et les avocats ne devront pas hésiter à faire preuve de créativité dans ce domaine. L'on peut à ce titre espérer que le décret laisse une vraie marge de flexibilité aux entreprises afin de conserver toute la cohérence de l'obligation de vigilance et permettre l'élaboration de plans adaptés à chacune.

Il est toutefois essentiel de garder à l'esprit la nécessité d'avoir un plan progressif et continu, pour pouvoir être assimilé par l'entreprise et ses parties prenantes, avec le soutien d'échanges, de formations, de retours d'expérience et d'ajustements réguliers.

COMMENT MAÎTRISER LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS D'UN PLAN DE VIGILANCE ?

Enfin, et cela nous semble être un passage obligé que d'aborder cette question en raison du contexte précédant son adoption : l'avocat ne saurait prédire l'impact économique du devoir de vigilance.

Pour autant, une chose est certaine : une mauvaise mise en conformité aurait des conséquences désastreuses pour l'entreprise, en termes de fonctionnement, de coût, et de responsabilité.

Il nous semble donc essentiel, dans le cadre de cet article, de donner quelques clés pour que la mise en conformité se traduise par des économies et de nouvelles opportunités. Ce

sera en effet, à notre sens, le rôle de l'avocat que d'accompagner et de sécuriser au mieux l'entreprise, afin que sa démarche de vigilance soit pleinement intégrée à son activité, au-delà de la contrainte.

Les travers à éviter

D'un point de vue pratique, il est d'ores et déjà possible d'anticiper un certain nombre de difficultés auxquelles seront confrontés les avocats.

En effet, le risque principal que l'on peut observer dans les entreprises est de vouloir multiplier et superposer les procédures et les règles, au détriment de la cohérence, de la lisibilité, et bien entendu de l'efficacité de l'ensemble.

Le véritable enjeu sera donc d'éviter un plan de vigilance bureaucratique, lourd, qui serait imposé par le siège à tous les fournisseurs, filiales et sous-traitants. Cela aurait pour effet de gêner considérablement le fonctionnement de l'entreprise, voire de paralyser les salariés, de lui coûter cher, et d'être purement et simplement inefficace.

Il s'agit plutôt de faire le point sur l'existant et de le renforcer en un ensemble cohérent et effectif, en association avec les parties prenantes concernées. L'entreprise doit donc être prête à s'interroger, y compris au plus haut niveau, sur ses risques, ses pratiques, son organisation et sa culture – et à en changer lorsque cela est nécessaire. Il est en outre indispensable que l'entreprise aligne cette vision stratégique à long terme avec sa dimension opérationnelle.

Dans ce cadre, la mise en place du devoir de vigilance sera l'opportunité de rendre un peu de cohérence à son organisation, d'améliorer le fonctionnement de l'entreprise, et de procéder à une meilleure allocation des ressources. À terme, il n'est donc pas imaginable d'envisager une baisse des coûts organisationnels et une augmentation de la productivité en cohérence avec l'identité même de l'entreprise.

Les bonnes pratiques à développer

Du côté des bonnes pratiques, deux enjeux fondamentaux se dessinent : la redéfinition des relations de l'entreprise d'une part, et sa communication d'autre part.

En effet, le devoir de vigilance procède d'une double transformation historique des frontières

de l'entreprise²⁵ : d'une part, cela en agrandit le périmètre en prenant en compte ses sous-traitants et fournisseurs, et d'autre part, cela oblige l'entreprise à se replacer dans le contexte économique et social dans lequel elle opère en entretenant un dialogue avec ses parties prenantes. Cela nécessite donc que l'entreprise soit capable de sortir de son entre-soi, de s'ouvrir et de se faire challenger²⁶. Or, l'entreprise qui maîtrise peu à peu son plan de vigilance pourra n'être plus seulement vigilante aux risques, mais aussi aux opportunités : la prise en compte des parties prenantes et la construction de relations durables peut se traduire par des retombées positives en termes d'innovation et de stratégie économique pour l'entreprise qui s'y prête intelligemment.

C'est d'ailleurs l'une des nouveautés de la loi dans la version qui a été votée, puisqu'elle précise que le plan de vigilance devra être élaboré en concertation avec les parties prenantes de l'entreprise. Cet ajout n'est pas inutile, notamment parce qu'il permettra aussi aux entreprises d'éviter tout reproche d'ingérence dans leurs filiales et chez leurs sous-traitants avec une approche purement « *top down* ».

Cela ne sera toutefois pas chose aisée en pratique, ne serait-ce que pour des questions de moyens, de différences linguistiques et culturelles. Il est donc essentiel de ne pas se lancer dans la communication à tort et à travers mais de prendre le temps de préparer et d'encadrer un tel dialogue, afin que celui-ci soit intelligent et fructueux, en tenant compte des contraintes techniques et des particularismes locaux.

En outre, le plan de vigilance devra s'étendre à l'ensemble des « relations commerciales établies » de l'entreprise. Ainsi, les cocontractants occasionnels ne seront pas concernés, mais une succession de contrats ponctuels devrait suffire à caractériser la relation commerciale établie²⁷. L'entreprise devra donc être capable d'identifier l'ensemble de ses partenaires, ce qui ne sera pas une tâche facile quand on sait qu'au-delà du quatrième degré de sous-traitance il est presque impossible d'exercer un contrôle efficace²⁸. À cet égard, l'on ne peut donc que conseiller aux entreprises d'établir des relations durables avec ses partenaires, et de ne pas fermer les yeux sur la sous-traitance sauvage (qui reste, pour rappel, hors champ de la loi). En effet, cela facilitera considérablement l'application et la mise en œuvre du plan de vigilance. Plus largement, à terme, les gains en termes de gestion des risques (baisse des sinistres et coûts d'assurance moindres²⁹) et de baisses des coûts transactionnels (rechercher un nouveau fournisseur, négocié, le former, mettre en place la relation, etc.) ne seront pas négligeables.

Enfin, la deuxième bonne pratique par laquelle l'entreprise devra se distinguer sera sa capacité à communiquer. À ce titre, l'on remarquera que le législateur intègre pleinement l'enjeu réputationnel puisqu'il prévoit que le plan de vigilance, tout comme les sanctions, devront être publics³⁰. On notera par ailleurs que le mécanisme d'injonction est ouvert aux personnes justifiant d'un intérêt à agir, et n'est pas réservé aux seules autorités de contrôle³¹. Une possibilité qui fera certainement l'objet de débats en pratique : les concurrents pourraient-ils, par exemple, faire usage d'une telle mise en demeure ?

Quelle que soit la réponse, l'entreprise devra avant tout faire preuve d'honnêteté dans sa communication, vis-à-vis du dialogue qui a eu lieu avec les parties prenantes, sans chercher à occulter les échecs et les marges de progrès. Cela a été dit, le devoir de vigilance n'est pas un instantané mais un processus continu, fait d'ajustements et d'allers-retours.

L'entreprise devra aussi et surtout faire preuve d'intelligence et de discernement dans sa communication, étant donné le caractère stratégique des informations contenues dans le plan de vigilance, que ce soit pour prouver un lien de causalité, pour identifier la stratégie industrielle et commerciale du groupe, ou pour la confidentialité et le secret des affaires entourant certaines informations. Une collaboration étroite sera requise entre les fonctions de communication et les fonctions juridiques de l'entreprise, ainsi qu'avec ses avocats habituels, afin de maîtriser l'exercice périlleux de la communication, déjà défriché par le rapport de gestion.

En somme, le devoir de vigilance n'est pas une menace pour l'entreprise qui le maîtrise. Oui, il suppose une réelle adaptation et un vrai engagement de la part des entreprises, qui devront proscrire une mise en conformité sans réflexion, qui se solderait à coup sûr par une lourdeur économique et organisationnelle handicapante pour l'entreprise.

Toutefois, l'on oublie trop vite que la notion d'entreprise est une notion par définition mou-

Une collaboration étroite sera requise entre les fonctions de communication et les fonctions juridiques de l'entreprise, ainsi qu'avec ses avocats habituels, afin de maîtriser l'exercice périlleux de la communication.

25 O. Favereau, préc.
26 D. de Saint-Affrique, préc.
27 *Ibid.*
28 *Ibid.*
29 O. Favereau, préc.
30 D. de Saint-Affrique, préc.
31 P. Mougeolle, préc.

vante, qui n'a cessé d'évoluer depuis des centaines d'années. Qui se rappelle, il y a à peine quelques dizaines d'années, que le salarié n'était pas même considéré comme faisant partie de l'entreprise³² ?

En réalité, si l'entreprise du xxi^e siècle n'a jamais été aussi puissante et complexe, elle ne

doit pas être désignée comme responsable de tous les maux – et nous comptons sur les avocats pour sensibiliser l'ensemble des parties prenantes ainsi que l'institution judiciaire sur ce point – mais elle peut et doit être vigilante vis-à-vis de l'impact de ses activités, sans angélisme ni utopisme, dans une démarche simplement maîtrisée.

³² O. Favereau, préc.