LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Visites domiciliaires et saisies en matière fiscale, économique et financière : état des lieux

Naguin B. ZEKKOUTI, Nathalie JALABERT DOURY et Delphine RAVON

– Les récentes réformes en matière de prescription pénale et de mise en conformité *Emmanuel DAOUD, Margot FONTAINE, Flora PLENACOSTE et Solène SFOGGIA*

– La réparation du préjudice, fraction du passif collectif, ne peut être demandée que par le mandataire judiciaire *Adeline CERATI-GAUTHIER*

– Royaume-Uni et France : étude comparative des lois anti-corruption *Georges-Louis HARANG et Thomas WEBB*

– Les pactes d'associés : quelle effectivité à l'épreuve de la pratique ? *Robin ALLAIN et Audrey TOURET*

130 | MENSUEL
OCTOBRE 2017

Wolters Kluwer

RLDA 6312

Regards croisés sur la responsabilité des sociétés mères et les filiales dans la loi Vigilance, la loi Sapin II et le RGPD

Emmanuel DAOUD
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Flora PLENACOSTE
Avocate au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Rien en apparence ne rassemble d'emblée la loi *Vigilance*[1], la loi *Sapin II*[2] et le règlement européen sur la protection des données à caractère personnel[3], si ce n'est une certaine visée éthique et déontologique commune.

Pourtant, ces trois normes tendent bien à inscrire une même et nouvelle dynamique au sein des groupes de sociétés : celle de la *responsabilisation* des acteurs économiques. L'objet commun de ces nouvelles réglementations est en effet, d'inverser la logique de mise en conformité en passant d'une vérification *a posteriori* du respect des obligations, à un contrôle *a priori*.

Reste à déterminer qui, parmi la société mère et ses filiales, sera responsable en cas de non-respect des obligations diverses imposées par ces textes, ou encore en cas de dommage causé par l'une ou par l'autre.

Les obligations incomberont-elles seulement aux sociétés mères ou contraindront-elles également leurs filiales ? Les sociétés mères sont-elles responsables des manquements ou fautes commises par leurs filiales ? Quel rôle endosseront-elles dans le processus de mise en conformité à ces trois nouvelles normes ? Comment la société mère doit-elle appréhender ses obligations au regard de la présence de filiales à l'étranger ? Peut-elle se voir sanctionner en raison d'un manquement de ces dernières ?

Toute direction juridique s'engageant dans un process de mise en conformité devra garder à l'esprit un principe cardinal : celui du principe d'autonomie des personnes morales. En effet, il est toujours bon de rappeler que, bien que liées, les sociétés disposent chacune d'une personnalité morale, et demeurent à ce titre juridiquement indépendantes les unes des autres.

Cependant, force est de constater que le législateur a tiré les leçons de ses erreurs, et en particulier de l'affaire *Erika* : la filialisation à outrance visant à exclure ou diluer la responsabilité des sociétés mères n'est plus permise.

Une nouvelle méthode de régulation des activités mondialisées apparaît, et dans un contexte d'affaiblissement des États dépassés par des acteurs économiques qui se développent dans un espace dépourvu de frontières, cette démarche paraît salutaire.

Car de fait, les sociétés mères entretiennent souvent une relation de contrôle ou d'influence à l'égard de leurs filiales. Dorénavant donc, cette situation factuelle entraînera des conséquences juridiques.

Dans le cadre ainsi défini, cet article tend à délivrer quelques clés permettant de démêler les différentes responsabilités incombant aux sociétés mères et filiales en application de ces trois normes.

Si la loi *Vigilance* organise le régime de responsabilité le plus complexe des trois normes (I), elle est similaire à la loi *Sapin II* en ce qu'elle place la responsabilité sur la tête de la société mère (II). Le Règlement général sur la protection des données se distingue en ce qu'il ne tient aucunement compte du statut de la société dans la mise en œuvre de la responsabilité (III).

(1) L. n° 2017-399, 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

(2) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(3) Règl. PE et Cons. UE n° 2016/679, 27 avr. 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.

I. – Loi *Vigilance* : un régime de responsabilité subtil

Le texte a le mérite d'énoncer quelques conditions d'applications claires. Des seuils numéraires sont notamment fixés : les obligations s'imposeront aux sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou au moins 10 000 salariés en leur sein et dans des filiales françaises et étrangères[4].

La portée géographique du texte est cependant plus implicitement donnée. Il est évident que toute société ayant son siège social en France doit se conformer aux obligations prévues par la loi *Vigilance*. Les sociétés mères françaises ainsi que les filiales françaises de groupes étrangers sont donc naturellement visées.

Mais, la loi aura nécessairement un effet extraterritorial. En effet, au sein du groupe, la société contrôlante a l'obligation d'établir un plan de vigilance identifiant les risques « *d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle* »[5]. Or, les sociétés contrôlées en question semblent pouvoir, en pratique, se situer dans n'importe quel pays du monde[6]. En ce sens, le texte dépasse clairement le périmètre national. Les sociétés mères devront donc « surveiller » leurs filiales, quel que soit le lieu de leur établissement.

On relèvera par ailleurs que les filiales entrant dans le champ d'application de la loi, mais dont la société mère a mis en œuvre le plan de vigilance sont, de façon logique, exclues de cette obligation[7].

La question de la sanction infligée aux sociétés concernées en cas de non-respect de leurs obligations a indéniablement fait couler beaucoup d'encre. À l'origine, la plus force comminatoire et dissuasive du texte résidait incontestablement dans la possibilité d'infliger une amende pouvant s'élever à 10 millions d'euros en cas de non-conformité au devoir de vigilance. La censure par le Conseil constitutionnel de cette disposition, en raison de l'emploi de termes « *insuffisamment clairs et précis* » pour satisfaire au principe des délits et des peines prévu par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a en ce sens été une amputation significative et de nature à priver le texte de toute portée[8].

Ne demeure donc en l'état que le devoir de vigilance lui-même et ses sanctions que certains qualifient d'« accessoires », à savoir une injonction sous astreinte prononcée par le juge, la publicité de la décision ainsi que la responsabilité civile de droit commun[9].

La responsabilité civile est certainement l'un des sujets le plus controversé de la loi : certains la perçoivent comme une menace à l'indépendance juridique des sociétés au sein des groupes.

Textuellement, il est prévu que « *dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* »[10].

À première vue, il s'agit simplement d'appliquer le droit commun de la responsabilité prévu aux articles 1240 et 1241 du code civil, avec son exigence de lien de causalité entre la faute et le dommage bien connu de tous, tout en gardant à l'esprit que les sociétés ne sont soumis qu'à une obligation de moyen, et non de résultat. De plus, la société mère ne pourra voir sa responsabilité engagée que si elle a elle-même commis une faute. En pratique, l'on peut imaginer que la faute de la société mère pourra être caractérisée si elle a failli à la surveillance de ses filiales, autrement dit, si elle n'a pas mis en œuvre les mesures pertinentes pour éviter ou atténuer le dommage que ces dernières auront causé.

Cependant, la prudence est de rigueur dans l'exécution du devoir de vigilance, car la tendance semble être au gonflement de la notion de faute que certains rattachent à l'influence du principe de précaution[11]. Celle-ci se traduirait par une augmentation de l'exigence des juges et un assouplissement de la conception du lien de causalité[12]. De même, l'incertitude planant sur l'expression d'« atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales » dissipe davantage les contours de la responsabilité de la société contrôlante[13].

II. – Loi *Sapin II* : une responsabilité reposant sans ambiguïté sur les sociétés mères

La loi *Sapin II* retient un champ d'application plus large que la loi *Vigilance* malgré une triple condition d'application. Une entreprise est soumise aux obligations du texte si la société mère a son siège social en France, si l'effectif employé par le groupe

(4) C. com., art. L. 225-102-4.

(5) C. com., art. L. 225-102-4.

(6) J. Heinich, Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; une loi finalement adoptée, mais amputée, Dr. sociétés mai 2017, comm. 78.

(7) C. com., art. L. 225-102-4, I.

(8) Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

(9) J. Heinich, Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; une loi finalement adoptée, mais amputée, Dr. sociétés mai 2017, comm. 78.

(10) C. com., art. L. 225-102-5.

(11) M. Mekki, Responsabilité civile et droit de l'environnement. Vers un droit spécial de la responsabilité environnementale ?, Rev. resp. civ et assur. Mai 2017, n° 5.

(12) P. Abadie, La responsabilité sociale et environnementale des sociétés : Gaz. Pal. 2016, n° HS 2, p. 65.

(13) JO 28 mars 2017, n° 74, Lois, Conseil constitutionnel.

comprend au moins 500 salariés, et si le chiffre consolidé est supérieur à 100 millions d'euros[14].

Comme la loi *Vigilance*, la loi *Sapin II* s'applique de manière extraterritoriale. Le législateur prend en effet soin de préciser que lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations portent à la fois sur la société elle-même, ainsi que sur l'ensemble de ses filiales[15]. Ainsi, les sociétés visées auront l'obligation de prendre des mesures en interne destinées à prévenir et à détecter les faits de corruption ou de trafic d'influence, en France ou à l'étranger[16]. Pour s'imposer, la loi *Sapin II* se focalise ainsi clairement sur la tête des sociétés siégeant en France, et en particulier sur la société mère du groupe.

L'Agence française anticorruption aura pour rôle de vérifier la mise en œuvre correcte des obligations. Elle dispose pour cela de différents outils répressifs : injonctions et sanctions pécuniaires notamment. Une peine complémentaire pourra également être prononcée à l'encontre des sociétés coupables de corruption ou trafic d'influence consistant à se soumettre pour une durée maximale de cinq ans, et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption à un programme de mise en conformité[17].

III. – Société mère ou filiale : un statut indifférent à la mise en œuvre de la responsabilité dans le règlement européen général sur la protection des données

Contrairement à la loi *Vigilance* et à la loi *Sapin II*, l'application du règlement général sur la protection des données n'est aucunement soumis à des conditions relatives au chiffre d'affaire, au statut, ou au nombre de salariés. Un constat important donc : le règlement est susceptible de s'appliquer indifféremment à une société mère ou à une filiale.

Pour identifier à qui revient - de la société mère ou de la filiale - la tâche de s'assurer de la conformité des pratiques du groupe en matière de traitement de données à caractère personnel, il conviendra en réalité de se référer à la définition du *responsable de traitement* de données à caractère personnel. Celui-ci est désigné, dans le règlement comme *« la personne morale ou le service qui détermine les finalités et les moyens du traitement »*[18]. En d'autres termes, il s'agira d'identifier, pour chaque traitement de données à caractère personnel effectué au sein du groupe, quelle société détermine à la fois la raison d'être du traitement – sa *finalité* – ainsi que ses moyens de mise en œuvre (les outils technologiques permettant ce traitement par exemple).

La complexité réside dans l'identification de ce responsable, étant précisé qu'une responsabilité conjointe entre deux sociétés d'un même groupe - société mère et filiale, ou entre filiales - peut être constatée.

D'un point de vue géographique, le champ d'application du règlement est très large. Les responsables de traitement établis dans l'Union européenne y seront évidemment soumis. Ses dispositions s'appliqueront également aux sociétés étrangères installées en dehors de l'Union européenne dès lors que celles-ci ont un établissement ou un centre serveur en Europe, qu'elle propose une offre de biens et services aux ressortissants européens, ou que l'on déduit le comportement d'un ressortissant européen[19].

Les sanctions administratives prononcées par la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) en cas de non-respect des obligations seront également dirigées contre les responsables de traitement. Il importe de rappeler à ce sujet que les amendes peuvent atteindre au maximum 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires total annuel mondial de l'exercice précédent. De même, toute violation du Règlement par le responsable de traitement causant un dommage moral ou matériel est susceptible d'engendrer une mise en œuvre de sa responsabilité civile[20].

Conclusion

En définitive, si la loi *Vigilance* et le règlement européen sur la protection des données n'instaurent pas de responsabilité ou de sanction automatique à l'égard de la société mère, la loi *Sapin II* repose davantage sur la tête de celle-ci pour assurer le respect de ses obligations.

Malgré ces divergences, on ne peut que saluer la nouvelle logique dans laquelle s'inscrivent ces trois normes, celle consistant non plus à imposer des obligations par le biais de conventions internationales, mais à s'assurer du respect des règles éthiques, des droits de l'homme et des libertés publiques par une approche plus pragmatique et circulaire. Les grandes entreprises se voient ainsi contraintes, bon gré mal gré, de se transformer en régulateurs de leur propre activité.

Ces nouvelles réglementations se rejoignent également sur dernier un point : elles nécessitent toutes la mise en œuvre rapide d'un programme de *compliance* au sein des groupes. Ces derniers auront tout intérêt à réunir cette initiative sous une même démarche ; car la mise en œuvre d'un programme de *compliance* implique finalement des compétences identiques, ainsi que des méthodes similaires ■

(14) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 17. I.

(15) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 17 I.2°.

(16) A. Lecourt, 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, dite loi « Sapin II », RTD com. 2017, p. 101.

(17) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 17.

(18) Règl. PE et Cons. UE, n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 4.

(19) Règl. PE et Cons. UE, n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 3.

(20) Règl. PE et Cons. UE, n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 82.