



PREMIER MINISTRE



Document de synthèse du GT3 de la Plateforme RSE

Compte-rendu des auditions des juristes intervenus sur la question du devoir de vigilance

Octobre – Novembre 2014

Pour rappel :

Extrait du Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d'Orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale :

« Le Gouvernement mandate la plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité sociale des entreprises pour mener la réflexion sur des mesures visant à une meilleure responsabilisation des entreprises multinationales et des donneurs d'ordre vis-à-vis de leur filiales, sous-traitants et fournisseurs situés dans les pays en développement. Le Gouvernement mandate la plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité sociétale des entreprises pour mener la réflexion sur des mesures visant à une meilleure responsabilisation des entreprises multinationales et des donneurs d'ordre vis-à-vis de leur filiales, sous-traitants et fournisseurs situés dans les pays en développement.

Celle-ci étudiera également la possibilité de renforcer le devoir de vigilance incombant aux entreprises dans le cadre de leurs activités, de celles de leurs filiales et de leurs sous-traitants afin de prévenir les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux qui peuvent en résulter. »

Table des matières

1. Audition du Professeur Laurent Leveneur, Professeur de droit civil, Université de Paris II, Panthéon Assas, Directeur du laboratoire de droit civil. (2 Octobre 2014)	3
2. Audition du Professeur Catherine Kessedjian, Professeur à l'Université Panthéon Assas – Paris II (2 Octobre 2014).....	6
3. Audition de William Bourdon, Avocat au Barreau de Paris, président-fondateur de Sherpa (2 Octobre 2014).....	10
4. Audition de Nicolas Cuzacq, Maître de conférences HDR en droit privé à l'UPEC, Agrégé d'économie et gestion, Normalien. (2 Octobre 2014).....	13
5. Audition de Madame Anne DANIS-FATOME, Maître de conférences-HDR à Paris-Ouest Nanterre défense, civiliste, recherche sur responsabilité civile. (30 Octobre 2014).....	16
6. Audition du Professeur Antoine Lyon-Caen, Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, directeur d'études à l'école des Hautes Etudes en Sciences sociale (3 Novembre 2014)	25
7. Audition du Professeur Charley Hannoun, Avocat au Barreau de Paris, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise (3 Novembre 2014)	27
8. Audition du Professeur Philippe Stoffel-Munck, Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, avocat au Barreau de Paris (3 Novembre 2014).	29

1. **Audition du Professeur Laurent Leveneur, Professeur de droit civil, Université de Paris II, Panthéon Assas, Directeur du laboratoire de droit civil. (2 Octobre 2014)**

Le Professeur Leveneur rappelle que le droit civil concerne les contrats qui régissent les relations entre les sociétés au sein de la chaîne de valeur. Son expérience lui a permis de suivre de près les questions de responsabilité et de dommages.

1) Définitions de termes figurant dans la proposition de loi, selon le Professeur Leveneur :

- **Présomption** : La proposition de loi instaure une présomption de responsabilité pour les dommages causés par les sous-traitants ou filiales. Il rappelle qu'on ne peut instaurer une telle présomption que pour une situation la plus fréquente (exemple : présomption de paternité). Elle ne devrait pas s'appliquer à la responsabilité d'une société-mère liée à un dommage d'une filiale car ce n'est pas ce qui arrive le plus souvent. L'entrepreneur ne maîtrise pas ce qui se produit chez le sous-traitant.
- **Sous-traitant** : Notion très précise en droit civil qui renvoie à un enchaînement de contrats d'entreprises. Il s'agit toujours d'un contrat d'entreprise, qui se base sur l'indépendance des parties. Le sous-traitant s'engage à faire un travail indépendant. Si ce n'est pas le cas, alors il est un salarié. Aussi, présumer une responsabilité du maître d'ouvrage dans les travaux de son sous-traitant est impossible, du moins le plus souvent.
- **Filiale** : Il s'agit d'une personne morale, avec des organes propres, en pleine capacité juridique, qui peut être contrôlée par la société mère mais qui est indépendante juridiquement avec une capacité d'organisation propre. Elle répond de ses actes. Parler de responsabilité de la société mère sur sa filiale est contradictoire au grand principe d'autonomie de la personne morale. Une fois encore la présomption ne se justifie pas.

Même si un intervenant fait remarquer qu'il n'y a souvent pas vraiment d'indépendance des filiales, créées pour développer une partie des activités d'une société transnationale dans un autre pays, le Professeur Leveneur maintient que la filiale reste toujours une société indépendante. Seul le droit des faillites permet de faire remonter la responsabilité vers la mère.

- Fournisseur : c'est un vendeur et non pas un sous-traitant, qui est indépendant de fait. Agissant dans le cadre d'un contrat instantané, le vendeur transfère la propriété d'un bien moyennant un prix.
- Logique des sociétés commerciales : les actionnaires ne risquent que le montant à la hauteur de leurs investissements.

2) Solution alternative à une loi

La responsabilité civile est une solution dépassée, et n'est pas efficace pour la réparation. Elle engendre des procès interminables. L'exemple d'AZF à Toulouse le montre : en 13 ans, le procès n'a

toujours pas nommé un responsable. Pourtant les victimes ont été indemnisées, ce qui prouve qu'il y a eu un sentiment de responsabilité de la catastrophe.

Depuis la catastrophe du 11 septembre 2001, qui a produit un sinistre sans commune mesure, tout contrat d'assurance nécessite un plafond pour permettre une réassurance qui est obligatoire.

Depuis la loi du 30 Juin 2003, il existe une « assurance directe » des biens, voire assurance de personnes. Il y a obligation pour tous de s'assurer des risques de catastrophes technologiques via une prime que tout le monde paye, qui est minime puisque la mutualisation est immense. De cette façon, les risques catastrophiques technologiques sont pris en compte, et cela permet d'indemniser de façon directe les victimes, sans avoir à chercher la responsabilité de quelqu'un. Ce mécanisme apparaît bien plus efficace que la responsabilité civile.

L'exemple des assurances obligatoires en France est intéressant, à l'instar de la responsabilité médicale pour les anesthésistes. Il y a une dizaine d'années, les primes étaient très importantes, personne ne voulait plus les assurer. Il y a alors eu une collaboration entre assureurs et personnes assujetties, qui ont mis en place des protocoles, ce qui a permis de faire diminuer les accidents, et donc de faire diminuer les primes d'assurance.

A l'heure où tout le monde est responsable, que l'on soit parent, instituteurs, on pourrait estimer qu'une entreprise devrait être responsable de ses filiales, parce qu'elles sont dépendantes d'une stratégie et gestion de groupe. Mais selon le Professeur Leveneur, il faut arrêter la progression de la responsabilité car il faut une faute pour être responsable de quelque chose.

Une intervenante remarque que la *réalité économique montre qu'il y a rarement indépendance entre les entreprises d'un seul et même groupe. Il s'agit souvent d'une mère qui dicte sa stratégie aux autres du groupe. Est-ce qu'il n'y a pas une autre solution que l'assurantialisation qui fait payer tout le monde, aussi bien les bons que les mauvais élèves ?*

Selon le Professeur Leveneur, l'assurantialisation est un moyen efficace car il est difficile d'imposer à tous une loi alors que certaines entreprises n'ont pas du tout les moyens financiers d'y répondre. Lors de la catastrophe AZF, le sinistre le plus important en France, Total a de suite dit qu'il allait faire un geste financier pour toutes les victimes. En dépendait son image de marque, bien sûr ; mais cela ne veut pas forcément dire que l'entreprise se sentait responsable ou pas. Par ailleurs, plutôt que prendre des risques à long terme, elle préfère payer immédiatement ce qui lui revient moins cher. Dans ce cas, la « responsabilité » est spontanée, non contrainte par un droit. Il ne faut pas sous-estimer l'image de marque que l'entreprise cherche à entretenir.

3) Débat sur l'assurantialisation

Pour certains membres du GT :

- *une entreprise n'a aucun intérêt à faire des actions de prévention si elle est dans une logique assurantielle*
- *les victimes payent elles-mêmes leur indemnisation*
- *le problème reste entier quand les victimes sont étrangères*

Pour d'autres,

- *c'est dissuasif et oblige les entreprises à faire des actions de prévention, qui sont sans cesse vérifiées par des assureurs qui veulent/ont des audits, etc.*

Pour le Professeur Leveneur, c'est au contraire un système rapide et efficace. Sur la question des victimes étrangères, il faudrait faire évoluer le droit local pour que ce genre de choses ne puisse plus arriver. Peut-être aussi mettre en place des Conventions, qui si elles ne sont pas respectées,

viennent casser le marché ? Ou encore interdire d'exporter des produits quand ces obligations ne sont pas respectées ?

2. Audition du Professeur Catherine Kessedjian, Professeur à l'Université Panthéon Assas – Paris II (2 Octobre 2014)

Le Pr Kessedjian a présidé un comité pour *International Law Association (ILA)* sur le contentieux international dans l'intérêt du public. Sont notamment publiés sur [le site d'ILA](#), le rapport intermédiaire de la Haye (2010), le rapport final de Sofia (2012) ainsi qu'une [résolution pour promouvoir les lignes directrices de Sofia sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour les violations des droits de l'homme, aspects de droit international privé](#).

1) Les réponses apportées par le droit international

Selon le Pr Kessedjian, la législation nationale n'est pas le bon niveau pour traiter des enjeux qui intéressent le GT, c'est-à-dire les cas où les victimes d'une violation de leurs droits sont à l'étranger et les présumés responsables sont des entreprises situées en Europe. Il faut travailler au niveau international et si ce niveau ne fonctionne pas, revenir vers le niveau européen. C'est seulement dans un troisième temps qu'une action nationale est nécessaire si l'on n'est pas parvenu à s'entendre sur des mesures aux niveaux international et/ou régional.

Le Pr Kessedjian souligne que les questions posées mélangent un aspect de droit international privé et un aspect de droit substantiel, or les méthodes d'analyse ne sont pas les mêmes pour l'un et pour l'autre.

Par ailleurs, le Pr. Kessedjian souligne que nous ne sommes **pas face à un vide juridique**. Au moins 11 textes internationaux sont applicables aujourd'hui sur cette question. Les principes directeurs des Nations Unies du rapporteur Ruggie, les principes directeurs de l'OCDE, l'ISO 26000, le Pacte Mondial des Nations Unies, les déclarations de l'OIT et la déclaration tripartite sont les textes les plus porteurs qui permettent de commencer à réglementer les activités internationales de l'entreprise. Il y a également un guide explicatif des principes Ruggie publié en 2012, qui précise (réponse 7 à propos du principe directeur 13) qu'il s'agit de principes non facultatifs pour les entreprises. Par ailleurs, un groupe de travail a été mis en place à l'ONU pour travailler sur la mise en œuvre des principes Ruggie et il a été décidé en juin dernier de lancer une consultation auprès de l'ensemble des parties prenantes sur l'amélioration de l'accès des voies de recours pour les victimes de violations des droits de l'homme liées aux entreprises (voir [résolution du Conseil des droits de l'homme](#)). De surcroît, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le 26 juin 2014, a décidé de travailler sur un éventuel instrument contraignant. Et même si la France a voté contre (ce que l'on peut regretter), le travail qui sera effectué sera extrêmement utile pour compléter, si besoin était, les Principes Ruggie.

2) Autres alternatives à une loi

- Le Conseil a approuvé le 29 Septembre 2014 la nouvelle directive sur le **reporting extra-financier**. La publication de données nécessite un autocontrôle de la part des entreprises, et permet un contrôle par la société civile, ce qui est positif. De plus, la publication de ces informations joue un rôle important pour l'image de l'entreprise. C'est donc une mesure efficace, bien que non basée sur une sanction juridique.

Un intervenant souligne les difficultés observées sur le terrain pour faire jouer le risque réputationnel :

- *quand un Etat est faible, la société civile aura des difficultés pour faire un travail de vigilance ;*
- *lorsque l'entreprise, volontairement, ne respecte pas les principes (OCDE, OIT, etc.) car elle est en concurrence avec des entreprises qui ne les respectent pas et que les mettre en pratique dans son sein lui causerait des coûts trop importants, qui la sortiraient alors de la situation de concurrence.*

Comment faire pression sur les capacités locales pour qu'elles exercent leur devoir de vigilance, qui viendrait alors renforcer le risque réputationnel dans ces pays où il n'est pas évident ?

Professeur Kessedjian n'est pas persuadée que ce tableau soit exact. Certes il y a des Etats hôtes qui ne sont pas optimaux, mais il y a toujours la société civile, qui peut peser dans l'Etat d'origine de la société. Les moyens existent aujourd'hui à l'heure des réseaux sociaux. Par ailleurs concernant le risque concurrentiel, son expérience en ex-URSS et dans d'autres pays montre que des entreprises qui disent publiquement refuser la corruption peuvent obtenir des marchés sans que leur soit demandé un pot-de-vin. L'essentiel est la cohérence entre le discours tenu par les entreprises et leurs actes.

- **Le Home Country Control**, est au cœur des Principes Ruggie, et concerne en particulier l'obligation de protéger qui s'applique aux Etats vis-à-vis des droits de l'homme. Il devrait y avoir une meilleure coopération entre l'Etat « d'accueil » (d'une activité économique) et l'Etat « d'origine » (de l'entreprise qui réalise cette activité) pour qu'il y ait une meilleure adéquation entre les lois de ces deux Etats, de sorte qu'une entreprise ne puisse pas agir à l'étranger par des actes qu'elle ne serait pas en droit d'accomplir dans son pays d'origine.
- L'insertion de **clauses contractuelles** concernant la RSE, à l'international, pour l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise est un autre outil efficace. Les grandes entreprises ont les moyens de contrôler le respect de ces obligations contractuelles, notamment via leur département *Compliance*. Face au manque de moyen des petites et moyennes entreprises, les syndicats professionnels devraient fournir des outils de travail opérationnels.

Un intervenant souligne que l'avancée du droit peut prendre beaucoup de temps, mais les « bonnes pratiques » permettent d'avancer un peu, notamment en termes de normalisation internationale. Est-ce que cette piste-là peut être une voie immédiatement profitable pour l'application de la RSE dans les relations d'affaires?

Professeur Kessedjian en est convaincue. De manière générale, il ne faut pas se focaliser sur une approche législative des abus. Il faut aussi favoriser les bons élèves, en mettant en avant les « best practices » de certaines entreprises.

3) Quels outils de droit international privé pour « l'accès à la justice pour les victimes à l'international » ?

Sur quelle base juridique des victimes étrangères peuvent-elles assigner une entreprise ? Deux règles sont essentielles :

- Le règlement Bruxelles 1 (règlement européen, qui règle la compétence internationale des tribunaux des 28 Etats membres de l'Union européenne, pour les situations intra européennes mais aussi pour certaines situations internationales) permet aux victimes étrangères de poursuivre en France (ou ailleurs en Europe) une société installée en France (ou ailleurs en Europe) qui pourrait être une maison mère avec des filiales à l'étranger. Les filiales étrangères peuvent être « agrégées » à l'action initiale dans un certain nombre de pays européens dont la France (l'article 6.1 de Bruxelles 1 devenu l'article 8.1 dans le règlement B1 refondu qui sera applicable à partir le 10 janvier 2015 ne s'applique pas *ipso jure* pour les codéfendeurs situés sur le territoire d'Etats tiers). Il est aussi possible, bien que plus difficile, d'assigner les sous-traitants à l'étranger, en montrant qu'il existe une connexité des actions entre la société française et son sous-traitants/fournisseur et en démontrant aussi qu'il n'y a pas de fraude dans la procédure, c'est-à-dire que le demandeur n'assigne pas la maison mère dans le litige uniquement pour attirer en France les sociétés étrangères.
- Le « for de nécessité » qui est une règle jurisprudentielle connue en France et dans d'autres pays européens, mais qui manque au niveau européen. Il est destiné à éviter le déni de justice. Il faut que le demandeur démontre soit que la justice est bloquée dans le pays dont les tribunaux seraient normalement compétents, soit qu'il lui serait impossible d'obtenir un jugement dans ce pays pour des raisons matérielles ou juridiques. Il faut cependant un lien avec le pays qui applique le for de nécessité. La France a appliqué cette exigence en acceptant un lien assez ténu avec la France (affaire NIOC, seule la présence de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce International à Paris a été jugé comme un lien suffisant).
- Pour toutes ces possibilités, il faut que les juges et les avocats soient inventifs et informés. La formation des juges est un aspect essentiel sur lequel il convient de travailler sans attendre.

Le Professeur Kessedjian insiste sur le fait qu'elle ne propose pas un *Alien Tort Statute* (américain) à l'européenne. Cependant, puisque la Cour suprême américaine a interprété de manière extrêmement restrictive ce texte, notamment dans l'affaire Kiobel, il conviendrait de réfléchir à une adaptation du droit européen si besoin est. Mais cela doit être fait en Europe, pas au niveau national.

Une intervenante note que puisque les principes Ruggie ne sont pas adaptés dans les droits nationaux, ils ne sont pas très contraignants. Un autre souligne qu'il est difficile de faire appliquer ce for de nécessité. Un troisième demande quel droit s'applique dans ce cas. Quelle est l'articulation avec Rome2 ?

Le Prof. Kessedjian insiste à nouveau sur la formation des juges. Il faut par exemple les former à la pertinence et au caractère contraignant des déclarations unilatérales des entreprises, notamment dans leurs codes de bonne conduite.

Dans le système européen, le droit applicable est celui du pays de survenance du dommage en matière de responsabilité délictuelle. Toutefois, deux règles fondamentales existent dans le Règlement Rome II qui sont d'application fort utiles dans les affaires auxquelles nous réfléchissons ici :

- Le juge doit appliquer son propre ordre public à l'encontre de dispositions de la loi normalement applicable qui seraient contraires aux principes fondamentaux de son droit et sa société.
- Les lois de police imposent le respect d'une disposition nationale à toute personne se trouvant sur le territoire, même à l'encontre d'une règle étrangère désignée comme applicable par la règle de conflit.
- On le voit, le juge est au centre du dispositif qui existe déjà. Il doit faire usage de l'ordre public international (voire transnational) et évincer les dispositions de la loi étrangère qui heurtent la conception française de l'ordre public international. C'est au juge de prendre cette décision, pas au législateur.

Une intervenante rappelle que l'objet de la PPL est aussi de décliner en lois internes les principes directeurs, notamment pour renforcer l'aspect prévention. Une autre souligne que les entreprises ne se sentent pas particulièrement concernées par ces principes, c'est pourquoi le GT3 leur recommande d'y adhérer.

Le Professeur Kessedjian répond en rappelant l'article 55 de la Constitution, qui présente les textes internationaux comme supérieurs aux textes nationaux. Les principes Ruggie prévoient ainsi que la responsabilité des entreprises, concernant le respect des droits de l'homme, n'est pas facultative. Selon elle, il faut arrêter de multiplier les normes, et il faudrait plutôt se poser, regarder ce que nous avons, voir ce qui fonctionne ou non. C'est le rôle du GT de l'ONU avec la consultation publique. Il faut attendre les conclusions de ce groupe de travail avant de revenir devant le législateur français.

3. **Audition de William Bourdon, Avocat au Barreau de Paris, président-fondateur de Sherpa (2 Octobre 2014)**

William Bourdon rappelle les objectifs qui ont présidé à la création de l'association Sherpa : organiser un droit dissuasif et efficace qui mette un terme à l'impunité des agents de marché. Selon lui, le renforcement du droit est nécessaire, c'est une forte attente de la société civile et de nombreux arguments qui sont opposés à la PPL ne sont pas valables, que ce soient des arguments juridiques (renversement de la charge de la preuve, mécanisme de responsabilité automatique, etc.) ou des arguments économiques (impact sur la compétitivité, etc.). Il insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une loi contre les entreprises, mais au contraire une loi qui à terme viendra au secours des entreprises les mieux disantes sur le plan social et environnemental. Cette vision « long-termiste » est contrariée par la financiarisation de l'économie et par le « court-termisme » de ces dernières années.

Selon lui, les entreprises se sont auto-déclarées co-responsables du sort de la planète et se présentent comme des acteurs à même de répondre aux enjeux du développement durable grâce notamment à des procédures de vigilance et des codes de bonnes conduites. Cependant, certaines entreprises voient ces engagements volontaires comme une façon de se mettre à l'abri de normes contraignantes et du juge. Toutefois, il y a une grande hétérogénéité parmi les agents de marché, et certaines entreprises ont des comportements réellement vertueux. Cette hétérogénéité n'invalide pas la nécessité d'une loi qui s'applique à tous et qui permet de s'assurer que les engagements annoncés par les entreprises ne sont pas que de la communication. Il ne faut pas attendre que tout le monde soit d'accord pour légiférer, sinon on ne légifèrera jamais. La loi est là pour donner le la, encourager une dynamique et récompenser les acteurs les mieux disants, qui préviendront mieux les risques.

Me Bourdon cite les débats préparatoires avant l'adoption de la loi Fauchon (qui a inscrit au cœur de la loi les infractions volontaires pour durcir l'arsenal juridique autour des accidents du travail). Les mêmes arguments étaient apparus dans les débats à l'époque (« c'est inapplicable », « cette loi créera une situation de concurrence déloyale face à nos concurrents », « elle aboutira à un renversement de la charge de la preuve », etc.). Mais, si depuis l'adoption de cette loi, pèse sur les entreprises une obligation de moyens renforcée, comme dans la loi Fauchon, c'est parce qu'ils ont l'obligation tout simplement de tout faire pour respecter le droit à la vie. Cette obligation aboutit effectivement à faire peser sur le prévenu, c'est-à-dire l'entreprise, l'obligation de démontrer qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir, conformément à son devoir et à l'état de la technique pour prévenir la réalisation d'un accident et le plus souvent un accident du travail. Ainsi selon lui, pour les infractions involontaires, la jurisprudence a édicté un renversement de charge de la preuve relatif, ce qui n'est pas en soi scandaleux et est aujourd'hui globalement admis. Par ailleurs, lorsque l'Europe a adopté, il y a 10 ans, le délit de blanchiment pour lutter contre la grande criminalité financière, de vives critiques étaient établies au nom du renversement de la charge de la preuve. Aujourd'hui, cette loi a permis aux Etats de lutter contre la grande corruption.

Une intervenante souligne le risque à travers la PPL d'une vision manichéenne qui ne reconnaît pas les efforts menés par de nombreuses entreprises pour prendre réellement leur responsabilité. Me Bourdon reconnaît que les ONG peuvent sous-estimer la mutation qui est en train de s'opérer au sein de certaines entreprises, ainsi que le rôle du droit « mou » qui accompagne ces changements. Aussi,

la jurisprudence évolue depuis plusieurs années. Par exemple, dans l'affaire Total, les juges ont tenu compte des engagements pour le développement durable de l'entreprise pour prendre leur décision. Mais cette évolution de la jurisprudence peut être dangereuse pour les entreprises car celle-ci est imprécise, voire imprévisible. Dès lors, ces entreprises peuvent se trouver dans une situation d'imprévisibilité juridique, les obligeant à ajuster leurs stratégies en fonction d'une jurisprudence incertaine. Cette observation en soi renforce la nécessité d'une loi.

A un intervenant qui mentionne le flou entourant les formulations de la proposition de loi, Me Bourdon répond que cette PPL a le mérite d'ouvrir le débat, même si elle n'est pas parfaite. Le régime de la preuve et de la responsabilité sont très différents dans le champ civil et dans le champ pénal, malgré un fond commun. Ces différences ne sont pas suffisamment approfondies, mais c'est au parlement de s'en emparer avec notre aide.

Cette loi devra encourager les mieux disants en terme environnemental et sociétal face à des rivaux moins bien disants et beaucoup plus cyniques car plus courttermistes. Oui cela peut créer des distorsions à court terme, mais les entreprises sont mal fondées à s'en plaindre dès lors qu'en affirmant être de plus en plus co-responsables et la cohérence et leur intérêt exigent d'inscrire leur stratégie dans le long terme. Par ailleurs, on doit se souvenir que malgré des règles anti-corruption plus contraignantes au Royaume-Uni qu'en France, ceci n'empêche pas les entreprises anglaises de gagner des parts de marché dans les pays à risque, bien sûr parce qu'elles bénéficient d'un soutien technique, qui n'est pas d'ailleurs toujours transparent et qui continue légitimement d'être critiqué, du fait notamment de la puissance de la City mais aussi d'un engineering juridique spécifique lié aux trusts et aux fiducies.

Me Bourdon souligne l'impasse dans laquelle se trouve une victime face à un illégalisme commis par une multinationale française. En effet si la victime peut facilement avoir le droit au Juge pénal en droit français, la porte lui est fermée puisqu'un principe fondamental, celui de l'autonomie de la personne morale, lui interdit devant le Juge pénal d'appréhender la responsabilité de la maison mère du fait de sa filiale de droit étranger, la responsabilité d'une groupe n'étant pas retenue par le Juge pénal. Cette contrainte peut être levée face au Juge civil qui appréhende plus facilement la notion de groupe mais, si ce n'est la possibilité limitée d'obtenir du Juge civil en vertu de l'article 145 du Code de procédure civile, qui impose la communication d'éléments de preuve au défendeur, la victime se doit, dans la majorité des cas, de rassembler ces preuves avant tout procès.

Si ce principe fondamental de l'autonomie de la personne morale est à conserver, il n'est pas incompatible avec la responsabilité qu'on cherche à donner à la maison mère du fait des actes de sa filiale. Il faut donc rendre effectif avec d'une façon ou d'une autre même indirectement la notion de groupe dans le droit pénal. C'est le sens de la PPL. Il paraît aussi nécessaire de faire évoluer les dispositions 113-5 et 113-6 du Code Pénal qui sont obsolètes. Ces articles permettent au Parquet de décider si un juge français est compétent pour un crime commis à l'étranger par un français contre des victimes français. Le Parquet peut rejeter cette décision sans motivation. Il faut collégialiser la décision et mettre en place un droit d'appel. Il peut y avoir des délits beaucoup plus graves que des crimes (par exemple, l'affaire Trafigura sur des déchets toxiques qui ont pollués la Baie d'Abidjan) et on ne peut se satisfaire d'une décision d'un juge fixant les limites extraterritoriales de l'action de la justice française sur sa seule subjectivité solitaire. Il faut qu'il y ait un débat public sur les conditions qu'ont les juges français pour exercer ce pouvoir extra-territorial. Par ailleurs, si les victimes ont très facilement accès au juge pénal, elles sont dépourvues face au juge civil car il n'y a pas de procédure

de *disclosing* comme il en existe aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. Il est donc compliqué pour une victime de faire un procès contre une entreprise française qui a manqué à ses obligations. Ainsi dans l'affaire Comilog où 600 cheminots demandant une indemnisation, la cour d'appel a donné raison aux victimes contre AREVA en mobilisant la théorie du co-employeur. L'affaire est maintenant portée devant la cour de cassation. Il y a donc des portes d'entrées qui permettent de gagner quelques points, mais cela ne remplacera jamais la nécessité d'une loi.

Un intervenant souligne le dilemme permanent entre court terme et long terme et cite l'exemple de la directive comptable européenne qui prévoit notamment la publication par les entreprises extractives des paiements effectués aux gouvernements des Etats où elles sont actives. Si une telle directive pourra avoir des bénéfices à long terme, elle met en difficulté à court terme les entreprises concernées, c'est-à-dire celles qui ont leur siège dans l'Union Européenne et qui vont devoir rendre publiques des informations commercialement sensibles. Me Bourdon convient des contradictions entre l'intérêt général et les stratégies de court terme des entreprises qui sont renforcées par la financiarisation de l'économie. C'est pourquoi il est particulièrement urgent selon lui que les entreprises, en particulier dans l'industrie minière, prennent véritablement leurs responsabilités et cela se fera d'autant plus lentement que les entreprises concernées resteront faiblement réactives au risque d'une atteinte à leur image ou à leur réputation éthique. Or, il existe toute une fraction des entreprises multinationales qui reste relativement imperméable à ce risque, évidemment les entreprises minières mais aussi les grandes entreprises financières, même si les choses évoluent aujourd'hui très lentement face à des consommateurs, si ce n'est parfois des actionnaires, de plus en plus éthiques, ceci renforce la nécessité d'une loi. Sa rédaction pose indiscutablement des problèmes techniques et juridiques délicats mais il faut s'opposer fermement à ceux qui instrumentalisent cette complexité et ces difficultés pour tenter d'invalider la nécessité et la portée de cette loi

En tout état de cause, l'essentiel est de souligner que paradoxalement la nécessité d'une loi est le résultat direct des engagements pris par les entreprises. Elles ne cessent de tenter de convaincre que leur niveau de vigilance par rapport aux risques environnementaux et sociétaux s'est intensifié. La loi d'une certaine façon les prend au mot en prévoyant dans la PPL la possibilité de mettre en œuvre leur responsabilité si elles n'apportent pas la preuve d'avoir mis en œuvre tous les moyens techniques et proportionnels à cette obligation de prévenir les risques, et ce y compris surtout leur sphère d'influence directe, c'est-à-dire leurs filiales voire leur sous-filiales sinon leurs fournisseurs.

Inscrire dans le marbre de la loi cette nouvelle responsabilité de prévention des risques est fondamentalement conforme à l'intérêt de l'entreprise et en cohérence avec ses nouveaux engagements.

4. **Audition de Nicolas Cuzacq, Maître de conférences HDR en droit privé à l'UPEC, Agrégé d'économie et gestion, Normalien. (2 Octobre 2014)**

Selon M. Cuzacq, le fil d'Ariane des différentes PPL est le dépassement d'une dichotomie bien connue dans le monde des multinationales : d'un côté, l'autonomie juridique des filiales ou des sous-traitants et, de l'autre côté, la dépendance économique des filiales envers la mère. Aussi, les PPL visent à rapprocher l'exercice du pouvoir de la mère de sa propre responsabilité sur les filiales qu'elle domine.

Il rappelle à ce titre que l'objectif des PPL de rapprocher pouvoir et responsabilité peut s'intégrer dans la théorie du risque-profit où les risques sont partagés entre les acteurs qui accumulent les profits.

Il énumère quelques rapports publiés avant ces PPL et qui sont autant de points de départ de réflexion :

- le rapport Catala de 2005, qui proposait la création d'une responsabilité du fait d'autrui. Il prend notamment en considération la domination sociétaire et la dépendance contractuelle.
- le rapport Lepage de 2008, qui propose un régime de responsabilité pour faute de la filiale pour des préjudices environnementaux et sanitaires.

Ces deux rapports avaient bien montré qu'aucun statu quo n'était possible sur ce point. Aussi, les différentes PPL font remonter à la surface les arguments classiques déjà évoqués à l'époque.

Selon lui, il y a une insatisfaction récurrente autour de la jurisprudence sur le sujet. La PPL donne des critères plus précis pour les juges, qui sans critères, ne savent pas comment arbitrer dans de telles situations, et ne savent donc pas quand le donneur d'ordres doit voir sa responsabilité engagée. De plus, le droit des groupes est très compliqué, l'ingénierie juridique est particulièrement sophistiquée sur ces thématiques avec des experts et avocats qui ont des moyens supérieurs aux juges. Aussi, les juges attendent du législateur qu'il lui fournisse un « sémaphore » qui les aidera. La PPL peut ainsi répondre à plusieurs sources d'insatisfaction :

- La soft law (ex. Principes directeurs de l'OCDE) n'est pas suffisamment précise pour constituer un critère opérationnel utilisable par les juges en la matière.
- Il est relativement facile d'engager la responsabilité de la mère avec le droit de la concurrence. Dans l'arrêt de la CJUE du 11 Juillet 2013, une entreprise a été désignée responsable de la non-solvabilité de sa fille. Les juges ont eu recours à la théorie de l'entreprise pour engager cette responsabilité. Dans le droit de la concurrence, la présomption est difficilement réfragable. Telle que proposée dans la PPL, la présomption supposée serait plus facilement contestable.
- Il y a des contradictions au sein même de la jurisprudence. Ainsi la théorie du « co-employeur » (qui doit conduire la mère à assumer des obligations d'employeur à l'égard des salariés de sa filiale), utilisée dans l'affaire AREVA, a été rejetée en appel et reste en décision de la Cour de Cassation. Dans son arrêt Molex du 2 juillet 2014, celle-ci vient cependant de rejeter également ce motif. Par contre, l'arrêt Sofarec du 8 juillet 2014 a adli la responsabilité de la mère dans la mesure où elle était à la source des difficultés de la fille et en était le principal actionnaire.

Tous ces éléments montrent selon M. Cuzacq qu'il faut clarifier cette jurisprudence qui laisse trop de subjectivité aux juges, et donc que **la PPL est légitime, à plusieurs titres** :

- La réforme crée une obligation de vigilance. Pour s'exonérer de sa responsabilité, le dominant devra montrer qu'il n'a pu, en dépit de sa vigilance, prévenir le dommage. On devra s'intéresser aux moyens dont le dominant disposait, sans pour autant que sa responsabilité ne soit au final fortement engagée. Les contrôles, les personnes qui les ont effectués, leur périodicité, etc. seront étudiés. Il s'agit d'indices graves et précis et concordants qui permettront aux juges de statuer. Cette obligation de vigilance existe dans des pays comme au Royaume-Uni en matière de lutte contre la corruption.
- Cette PPL n'impose pas les procédures de diligence, elle fixe un cap. C'est aux entreprises de déterminer les procédures de diligence.
- La réforme identifie un risque qui pourra être assuré par un assureur. Autant sur le plan pénal, un risque ne peut pas être assuré, mais en matière civile, il y a une possibilité d'assurance, et là l'assureur peut apporter une plus-value avec la mise en place de procédures de vigilance.

Toutefois, **cette PPL ne va pas suffisamment loin pour lui**, car :

- Elle concerne les dommages environnementaux et droits de l'homme, et elle est ambiguë lorsqu'elle utilise l'adverbe « notamment ».
- Son domaine d'application n'est pas satisfaisant. La définition de filiales utilisées renvoie à l'article 233-1 du Code de commerce (=société A doit détenir plus de 50% de la société B). Mais celle-ci peut être contournée très facilement. Aussi, il aurait été préférable selon lui d'utiliser l'article L233-16 du Code de Commerce qui a, de plus, une origine européenne. C'est d'ailleurs dommage que les relations de domination soient juste celles « du fait du sous-traitant ». Il y a beaucoup d'autres contrats de distribution qui peuvent engendrer des relations de domination (franchises, concession, etc.).
- L'article 233-16 fait référence à la notion de consolidation, et les entreprises ne peuvent pas être responsables de tout. Aussi, il faut des liens précis qui définissent clairement le périmètre de responsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre, ce qui n'est pas le cas dans cette PPL. On pourrait aussi imaginer que les procédures de vigilance soient mentionnées dans le rapport consolidé.
- L'aspect pénal du texte est relativement bancal : le texte fait référence à l'article 121-3 du Code pénal, or cet article ne prend en considération que les obligations particulières de vigilance et de prudence, or la loi crée une obligation générale de vigilance. Ce n'est pas cohérent et ne peut fonctionner. Il n'est pas certain qu'il faille prévoir un aspect pénal dans un premier temps dans la loi.

Il cite par ailleurs d'autres moyens pour améliorer la transparence des entreprises :

- Au Royaume-Uni, des associations privées ont mis en ligne le nom d'entreprises qui réalisaient des optimisations fiscales. Une telle transparence pourrait aussi être mise en œuvre par la société civile pour défendre l'environnement ou les droits fondamentaux.
- De même, la pression des marchés (émetteurs et investisseurs), qui ne veulent pas prendre de risque, amène les sociétés à être vigilantes et donc à réduire les risques.

- La charge financière du risque est aussi dissuadant. Une assurance dans le cadre de la vigilance représente une charge fixe, tandis qu'un sinistre est une charge exceptionnelle, qui peut obérer à la pérennité de l'entreprise.

Un intervenant s'interroge sur la possibilité d'une charge fixe avec l'assurance alors qu'on est dans l'incertitude absolue des moyens de vigilance, et donc de leurs coûts. M. Cuzacq note que lorsque le législateur met en place une législation stricte, les entreprises ont le sentiment de perdre leur liberté ; et lorsque le législateur met en place quelque chose de plus flou, les entreprises lui reprochent de ne pas être assez précis. Si les pouvoirs publics dictaient les procédures à suivre par décret d'application, cela serait trop fort. Il faut laisser de la place à l'infra-droit, qui sera ici la soft law, notamment concernant les codes de bonnes conduites. Il s'agit d'appliquer un droit intelligent, avec une complémentarité entre droit dur et soft law. Le [rapport Lambert Boulard](#) propose à juste titre selon lui de « *Garder le droit dur pour la formulation des objectifs, et la règle de droit souple pour les prescriptions techniques* ». C'est le principe qu'applique cette PPL en laissant le choix aux entreprises des procédures à suivre (codes de bonne conduite par exemple). Il faut compter aussi sur les assureurs, pour qui un marché mirifique s'ouvre. Ils peuvent d'eux-mêmes proposer des procédures. Cette expertise peut assurément apporter une plus-value.

Une clarification est demandée par un intervenant sur la façon dont les juges pourraient utiliser la soft law. Une autre intervenante demande si le concept de sphère d'influence peut être mobilisé. M. Cuzacq précise que les différents textes de soft law ont des domaines d'application différents, et sont donc plus ou moins utilisables :

- les principes de l'OCDE définissent la sphère d'influence de l'entreprise comme l'ensemble de ses relations d'affaires. Cette notion est floue et est donc non opérationnelle.
- certains codes de bonne conduite définissent quant à eux clairement les procédures de diligence. Là encore, les assureurs peuvent aider à une meilleure définition de ces procédures. D'autant plus que cela viendrait favoriser le dialogue social. A ce titre, il rappelle l'Accord Cadre International de Rhodia qui instaure une double vigilance : de l'entreprise elle-même, mais aussi des syndicats de l'entreprise pour vérifier la mise en œuvre de ces procédures de vigilance.

Un intervenant demande si les procédures ne pourraient-elles pas faire l'objet de normes type ISO, AFNOR ? M. Cuzacq confirme qu'il s'agit d'une piste préférable à un décret d'application qui fixerait les procédures de manière stricte. D'autant plus que cette solution a l'avantage d'impliquer toutes les parties prenantes. On peut aussi envisager l'existence d'accord cadre international avec transparence auprès de toutes les parties prenantes et invitation des syndicats à intervenir dans les procédures. On retrouve cette même idée de transparence dans la nouvelle directive européenne sur le reporting extra-financier adoptée le 29 Septembre 2014. Elle prévoit une obligation de transparence des procédures de diligence.

Une intervenante demande comment la réparation pourrait être mieux prise en compte. Selon M. Cuzacq, cette dimension est difficile à introduire dans ce véhicule. Cette PPL fait déjà l'objet de beaucoup de critiques, et rajouter la réparation la rapprocherait du rapport Catala qui avait été à l'époque jugé dangereux par la Cour de Cassation qui le considérait comme encourageant les délocalisations. Il pense qu'il faut pour l'instant défendre cette PPL, malgré ses limites, et par la suite l'élargir et réduire ses zones d'ombre. Le rapport Catala pourra être une base de travail, mais la dépendance contractuelle devra être éclaircie au regard de la jurisprudence abondante sur ce thème.

5. **Audition de Madame Anne DANIS-FATOME, Maître de conférences-HDR à Paris-Ouest Nanterre défense, civiliste, recherche sur responsabilité civile. (30 Octobre 2014)**

Mme Danis-Fâtome rappelle les récents projets de réforme qui visent à mettre en place une responsabilité des sociétés mères ou des donneurs d'ordre pour le fait de leurs filiales ou sous-traitants : rapports Catala, Terré et la proposition de loi du 6 Novembre 2013 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (ci-après dénommée « PPL devoir de vigilance »). Ces projets sont tous des propositions de modifications de textes de droit français, mais ils s'articulent avec des questions du droit international soulevées notamment dans des affaires récentes (Costa Concordia, Rana Plaza, etc.). Ces projets laissent, en effet, entière la question de savoir si la loi française pourra s'appliquer quand les dommages ont lieu à l'étranger. Même si les principes contenus dans le règlement Rome II (la loi applicable est celle du lieu de survenance du dommage, art. 4) s'opposent *a priori* à l'application de la loi française quand le dommage a eu lieu à l'étranger, il y a des exceptions qui permettraient de rendre applicable le droit français. Ainsi pour les dommages environnementaux, une option est laissée à la victime entre la loi du lieu de survenance du dommage et la loi du fait générateur (art. 7 de Rome II). Si l'on considère que le fait générateur peut être placé dans la sphère de l'entreprise sur qui pèse le devoir de vigilance, alors cela permet de lier le fait générateur à la personne de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordres, ce qui, si elle a son siège en France, pourrait déclencher l'application de la loi française. Si le dommage n'est pas environnemental, une autre exception permet de retenir la loi avec laquelle le fait dommageable présente « manifestement les liens les plus étroits ». Cette exception permettrait d'utiliser la loi du siège de la société mère/société donneuse d'ordre, dans le cas d'une loi qui lui imposerait une obligation de vigilance, puisqu'il s'agirait alors de la loi du pays où les décisions ont été prises. Quoi qu'il en soit, il y a en outre deux mécanismes, les lois de police et l'ordre public international (art. 16 et 26 de Rome II), qui permettent d'appliquer dans tous les cas la loi française sans avoir à rechercher le critère de rattachement.

Selon Mme Danis-Fâtome, la PPL du 6 novembre 2013 inquiète le monde des affaires car vouloir instaurer une responsabilité de la société mère, c'est remettre en cause certains avantages liés au choix fait par un opérateur économique, qui a décidé de créer une filiale et non une autre structure comme une succursale par exemple. De plus, dans le droit français, la notion de « groupe de sociétés » n'est pas définie juridiquement, ce qui complique la création d'un nouveau cas de responsabilité civile. La doctrine propose tout de même une définition du groupe : « ensemble constitué par deux ou plusieurs sociétés, ayant chacune une existence juridique propre mais étant unies entre elles par des liens qui caractérisent une influence déterminante d'une société dominante sur des sociétés dominées » (P. Le Cannu et B. Dondéro, Droit des sociétés, 5^e éd. Montchrestien, Lextenso Editions, 2013, n°1502 p. 935).

Mme Danis-Fâtome pense qu'un régime de responsabilité civile pourrait être basé sur la notion de « dépendance économique » pour répondre à une demande légitime des victimes de dommages causés par une filiale non solvable. Cette proposition soulève deux questions : Faut-il permettre dans certains cas de vaincre l'autonomie de la personne morale pour qu'une société-mère réponde d'un dommage causé à un tiers par l'une des sociétés du groupe? Si oui, comment et à quelle conditions ?

Faut-il permettre dans certains cas de vaincre l'autonomie de la personne morale ?

Il faut commencer par s'intéresser à la situation actuelle. Des arguments d'ordre économique ou juridique peuvent être invoqués par les opposants à la réforme.

Arguments économiques

- *Un tel régime de responsabilité pourrait faire fuir les investisseurs par exemple.* Mme Danis-Fâtome y oppose le fait que la fiscalité guide l'installation des sociétés mères/holdings, et non le régime de responsabilité, et elle ajoute que le régime de responsabilité n'aboutit pas à l'engagement automatique de la responsabilité s'il est encadré.
- *Si l'affaire est sérieuse avec des dommages sérieux, la mère couvrira sa filiale pour que cela ne nuise pas à son image, d'autant plus que l'affaire sera relayée par les médias.* La RSE peut être motrice sur ce point. Mais les sociétés ne souhaitent pas que ce « devoir moral » se transforme en une obligation juridique...

Arguments juridiques

- *Un tel régime remettrait en cause l'autonomie de la personne morale, pilier du droit des sociétés.* Selon Mme Danis-Fâtome, prendre acte d'un lien de pouvoir entre deux personnes ne conduit pas pour autant à nier l'autonomie des deux personnes. En responsabilité civile, les commettants sont engagés du fait de leurs préposés parce qu'il y a un lien de subordination. Pour autant, cela n'a jamais conduit à nier l'existence de deux personnes autonomes.

Un régime qui nierait l'autonomie de la personnalité morale serait un régime qui engagerait automatiquement et solidairement la société mère, quels que soient les actes, engagements et contrats de la filiale. Aucun des projets ne va dans ce sens.

La notion de contrôle serait impossible à cerner, avec des définitions différentes selon les Codes du Commerce ou du Travail. Pour Mme Danis-Fâtome, ceci n'est pas un obstacle car il existe des éléments dans le droit français et dans la jurisprudence qui permettent d'appréhender le contrôle. En outre, il y a d'autres exemples dans notre droit qui montrent que quand une notion est difficile à définir, on finit par y parvenir (ex : définition de l'abus de fonction dans la responsabilité des commettants pour le fait de leurs préposés).

- *La réforme est inutile car il y a déjà assez de mécanismes dont le juge français pourrait se servir.* Mme Danis-Fâtome relève que ces mécanismes apparaissent insuffisants et montrent les limites de la situation actuelle :
 - *Les mécanismes correcteurs ne sont pas appliqués de façon satisfaisante.* Les mécanismes diffèrent si la filiale est en procédure collective ou si elle est *in bonis*. En cas de procédure collective, le juge peut utiliser la fictivité, la confusion des patrimoines ou la faute de gestion pour étendre la procédure collective de la filiale à la société mère. Si la filiale est *in bonis*, la jurisprudence française utilise la notion de fictivité, d'immixtion, d'apparence et la faute (très rarement) de la société mère pour permettre d'engager sa responsabilité.
 - *Ces mécanismes sont lourds, difficiles à utiliser et entraînent une certaine insécurité juridique.* Ils rencontrent des obstacles techniques. Par exemple, la possibilité d'étendre la procédure collective sur le fondement de la fictivité ou de la confusion des patrimoines est limitée par la qualité à agir requise chez le demandeur. Les

textes disent que seuls les mandataires judiciaires, les liquidateurs ou le procureur de la République peuvent la demander.

*En outre et surtout, on constate qu'en pratique, les magistrats français sont réticents à appliquer ces mécanismes correcteurs et que ces mécanismes sont appliqués très restrictivement. En atteste, par exemple, l'affaire *Metaleurop* (arrêt rendu par la chambre commerciale le 19 avril 2005, D. 2005 p. 1225 où les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère à sa filiale n'ont pas été jugés suffisants pour caractériser des « relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines de la société-mère »).*

- *L'inefficacité de ces mécanismes correcteurs a conduit dans certains cas à la création de certains îlots où la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales est engagée, mais de façon très limitative.*
 - o *Droit de l'environnement* : la loi du 12 Juillet 2010, dite Grenelle 2, constitue une avancée importante. La responsabilité de la mère du fait de ses filiales peut être engagée à trois conditions : si une procédure collective est ouverte à l'encontre de la filiale, si une faute caractérisée de la société mère peut être prouvée, si cette faute a contribué à une insuffisance d'actifs de la filiale (art. L. 512-17 du Code de l'environnement).
 - o *Droit de la concurrence* : la jurisprudence qui consiste à faire répondre la société mère des pratiques anti-concurrentielles mises en œuvre par ses filiales. Ces décisions sont fondées sur la notion d'entreprise, en considérant que société mère et filiale forment une entité unique.
 - o *Droit du travail* : le concept du « co-emploi » permet d'accorder la qualité d'employeur du salarié demandeur à toute personne morale composant le groupe.

Selon Mme Danis-Fâtome, les avancées de ces droits ne sont pas suffisantes et rendent utile la PPL sur le devoir de vigilance.

Comment et à quelles conditions a-t-on besoin de légiférer ?

Mme Danis-Fâtome regrette que les juges français n'aient pas utilisé par analogie des textes majeurs de la responsabilité civile française : l'article 1382 du Code Civil, l'article 1384 al. 1^{er} sur la responsabilité du fait d'autrui, ou encore le texte qui fonde la responsabilité des commettants pour le fait de leur préposés (art. 1384 al. 5 du Code civil). Devant ce constat et celui, fait précédemment que les mécanismes correcteurs existants sont peu utilisés par les juges, il faut en passer par une loi et mettre en place un nouveau régime de responsabilité civile. Entre deux modèles : celui d'une responsabilité civile pour faute sans présomption de faute et celui d'une responsabilité pour faute avec présomption de faute. Il faut plaider pour le second.

- Responsabilité pour faute non assortie de présomption de faute

Mme Danis-Fâtome cite le projet Terré de 2011 qui a une conception assez large de la dépendance économique puisqu'il retient l'*influence notable*. Mais ce texte n'a pas retenu le mécanisme de la présomption de faute. Ses rédacteurs ont précisé qu'il y avait faute, lors d'une instruction donnée, d'une immixtion ou lors d'une abstention dans sa gestion. En outre, il est exigé que le comportement

fautif de la société mère ait un lien de causalité avec le dommage, ce qui est satisfaisant. En revanche, ce projet présente le défaut de lister des fautes qui pourraient déjà être aujourd'hui prises en compte via les mécanismes correcteurs évoqués plus haut et en ce sens, le texte n'innove pas suffisamment. En pratique, bien souvent la victime n'arrive pas à prouver le comportement défaillant de la société mère. Mme Danis-Fatôme soutient donc le choix d'un autre régime de responsabilité plus audacieux repris par la PPL de 2013.

- Responsabilité pour faute assortie de présomption de faute

Mme Danis-Fatôme souligne qu'une telle responsabilité est différente d'une responsabilité qui découlerait en tant que telle du contrôle que les sociétés-mères exercent sur leurs filiales. Il s'agit, en effet, d'une responsabilité personnelle, définie selon un cadre juridique précis. L'avant-projet Catala l'avait dessinée, mais il proposait une responsabilité sans faute, de plein droit, stricte, impliquant que seule la force majeure constituait un moyen de défense pour la mère. La PPL de 2013 a introduit un devoir de vigilance apparaît là beaucoup plus mesurée car elle pose une présomption de faute à l'encontre de la société mère tout en restant dans le giron de la responsabilité pour faute. La PPL propose de faire peser une responsabilité sur la personne morale qui « *ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage* ». Une preuve de l'absence de faute permet d'exonérer la société mère de sa faute. La référence à l'« obligation de moyen » s'inscrit elle aussi dans le giron de la responsabilité pour faute.

Selon Mme Danis-Fatôme, ce régime particulier proposé par la PPL est satisfaisant à deux égards :

- *Il s'inscrit dans un mouvement constant d'évolution de la responsabilité civile française depuis le 19^e siècle* : les obligations imposées aux professionnels sont de plus en plus nombreuses, notamment les obligations d'information et de sécurité, et concernent tout type de professions (médecins, banquiers, garagistes, etc.). Des nouvelles obligations de vigilance qui seraient imposées aux grands professionnels de l'industrie et des services qui ont recours à la sous-traitance, s'inscriraient donc dans cette continuité. Le Conseil Constitutionnel Français a retenu aussi une obligation de vigilance dans le domaine de l'environnement. Cette même obligation de vigilance a permis la condamnation de sociétés mères aux Etats-Unis.
- *Il ne contrevient à aucun principe de la responsabilité civile française. Un fait générateur* est bien exigé dans la PPL puisqu'il s'agit d'une violation d'obligation de vigilance basée sur le principe : « tout fait quelconque de l'homme engage responsabilité de celui qui l'a commis ». Quant aux dommages, la PPL vise les dommages sanitaires et environnementaux et l'atteinte aux droits fondamentaux, elle s'inscrit donc dans la logique du droit français de réparer tout dommage, sans aucune distinction. Le lien de causalité est conservé entre le fait générateur et le dommage, puisque la PPL exige un lien direct entre la société mère et le dommage. Le lien de causalité entre l'auteur direct du dommage (filiale ou sous-traitant) et le dommage est évident, mais ici on cherche un lien entre la société mère ou la société donneuse d'ordres et le dommage. Cette difficulté ne semble qu'apparente dès lors que l'on relie le comportement fautif de la société mère (ou donneuse d'ordres) avec le dommage causé par sa filiale ou son sous-traitant. La question test est alors : si la société mère avait été vigilante, est-ce que le dommage aurait eu lieu ?

En conclusion, Mme Danis-Fâtome se satisfait de la PPL qui a renversé la charge de la preuve en utilisant donc un mécanisme de présomption, courant dans le champ de la responsabilité civile. Selon elle, cette disposition permet d'apporter un remède à la situation actuelle dans laquelle les actions en justice n'aboutissent que très difficilement faute pour la victime d'apporter la preuve d'une faute commise par la société mère. Le mécanisme de la présomption permet de protéger les droits de la victime. Rester dans le cadre d'une responsabilité pour faute permet aussi de protéger les droits de l'auteur du dommage. La PPL ne se situe pas en rupture des principes de la responsabilité civile, mais d'inscrit bien dans le mouvement global qui, depuis le 19^e siècle, avance en faveur d'une meilleure indemnisation des victimes en cas de dommages.

Questions

- ***Distinction des relations entre sociétés mères et ses filiales, et sociétés donneuses d'ordres et sous-traitants***

Selon Mme Danis-Fâtome, le nouveau régime de responsabilité dans le PPL prend en compte un lien entre deux personnes morales, ce lien constituant une forme de contrôle et de pouvoir. Ce lien justifie qu'on puisse « remonter » jusqu'à la société donneuse d'ordres. Pourtant, les relations sociétés mères/filiales et donneuses d'ordres/sous-traitants sont très différentes, sur les plans économique et juridique notamment. Mais, limiter la PPL aux groupes de sociétés et leurs filiales signifie laisser de côté des situations problématiques, comme le cas du Rana Plaza ; ce qui reviendrait à justifier l'absence de réparation financière pour les victimes car en l'état du droit, c'est trop compliqué, voire impossible, de remonter jusqu'à la société donneuse d'ordre... Si on ne prend pas en compte les donneurs d'ordres dans la PPL, il faut assumer qu'on laisse sans réparation un grand nombre de dommages.

Un complément est apporté par un membre: la société mère aurait les moyens de montrer qu'elle n'a pas commis de faute, en fonction des mesures prises qui étaient en son pouvoir. Le juge regardera si la société avait les pouvoirs d'empêcher les dommages, comme un bon père de famille aurait pu le faire. Selon Mme Danis-Fâtome, une société n'a certes pas les mêmes pouvoirs sur une filiale et sur un sous-traitant, mais ça ne pose pas problème pour l'application de la PPL car en fonction des cas, la société mère ou donneuse d'ordre ne sera pas soumise au même objet de preuve. En outre, il faut reconnaître que dans le schéma société mère-filiales, il y a un lien contractuel aussi sur lequel les entreprises peuvent intervenir, qui peut être une base pour aller vers ses sous-traitants. Ainsi dans beaucoup de Chartes éthiques, des sociétés mères disent faire respecter à toute leur chaîne de production les droits fondamentaux.

Une remarque est faite sur la distinction importante à faire entre filiale et sous-traitant, qui est celle des moyens. Par exemple, quand l'entreprise veut faire des audits, il est relativement facile de le faire dans les filiales de l'entreprise en faisant intervenir le service d'Audit de la société mère. Quand il s'agit d'auditer un fournisseur, la situation est beaucoup plus compliquée, encore plus s'il s'agit d'une entreprise d'Etat. Un intervenant pointe également qu'un groupe ne crée pas forcément des filiales pour créer des « écrans ». Il est parfois obligatoire pour un groupe de créer des filiales, comme par exemple pour en faire un titre minier ou pour réaliser des joint ventures avec des entreprises d'Etats dans des pays étrangers. Mme Danis-Fâtome a simplement voulu soulever que l'argument invoquant l'autonomie de la personne morale des structures légitime *a priori* la non-recherche de responsabilité de la société mère ; et que du coup cet argument n'est utilisé que parce qu'on a cette

organisation. Et pas l'inverse. Elle ne veut pas pour autant dire que l'organisation en groupe de sociétés est choisie pour construire ces « murs ».

Une autre intervenante est choquée du traitement égal des deux cas car le contrôle dans les relations n'est pas du tout comparable entre filiale et sous-traitant. D'un côté il existe des systèmes avec des contrôles organisés, qui pourrait justifier une mise en cause de la responsabilité avec une preuve de l'absence de faute à la charge de l'entreprise ; mais dans le cas d'une donneuse d'ordre, ce n'est pas du tout le même niveau de contrôle. Selon elle, si cette PPL devait être appliquée, pour un juge qui ferait face à trop peu d'éléments, il devrait se satisfaire de la première justification du type « clause-type dans le contrat ». Ce mécanisme pourrait être privé de son effectivité car le juge devrait demander des preuves pour montrer que le sous-traitant a mis en œuvre ce que le donneur d'ordre avait demandé. Il est possible alors que les juges ne prendront que des cas probants ce qui est assez peu satisfaisant car on ne fait pas changer les preuves au fond. Pour elle, il s'agit plus d'une « perte de chance ». Mme Danis-Fâtome estime que sera au juge de juger de la suffisance de ces démarches. Chaque domaine a ses normes de sécurité, ses process, etc. Elle pense que le juge peut se faire une idée du degré de vigilance sur tel protagoniste, les normes qu'elle a imposées, etc. Par contre Mme Danis-Fâtome ne voit pas comment cette notion de perte de chance pourrait intervenir. Dans les cas qu'elle a étudiés, les dommages étaient réels et « entiers », il ne s'agissait pas de perte de chance. Il est vrai que la notion de perte de chance est parfois utilisée, par exemple dans le droit médical, par la Cour de Cassation pour palier un lien de causalité faible, mais cela reste une utilisation mineure de la perte de chance. De toute façon, l'indemnisation ne pèsera sur la société mère que si on arrive à identifier un lien de causalité certain entre un défaut de la vigilance de la société mère et un dommage. Ce lien de causalité est un verrou extrêmement rassurant pour que les actions de responsabilité aboutissent ou n'aboutissent pas.

Une intervenante demande quelle serait l'articulation entre l'action contre la société mère ou contre la filiale. Pour Mme Danis-Fâtome, c'est un point déterminant qui avait été abordé par des projets de réforme antérieurs à la PPL. Il y a possibilité que cela soit subsidiaire, avec priorité à la filiale tout en gardant la possibilité d'aller chercher la mère que quand l'action contre la filiale n'a pas aboutie. Il est aussi possible de transposer les solutions qui existent déjà dans la responsabilité des commettants pour le fait de leur préposé, c'est-à-dire considérer qu'il y a une option de la victime, sauf en cas de la faute personnelle du préposé, d'aller vers l'auteur qui est le plus solvable. Les deux actions qui pourraient également être ouvertes en parallèle et obéissent à des conditions différentes : un régime très protecteur pour les victimes d'un côté, un régime moins protecteur consistant à appliquer la subsidiarité de l'autre.

- **Assurances**

Un intervenant demande comment ces mécanismes pèseraient sur le coût d'assurance du risque ? Mme Danis-Fâtome pense que tout dommage devrait pouvoir être assurable. Après la diffusion de l'avant-projet Catala de 2005, certaines compagnies d'assurance s'étaient exprimées en disant que c'était une charge très lourde et que ça méritait sûrement des aménagements, mais cela paraissait possible. Une extension de la responsabilité entraînera un réajustement des cotisations : plus il y aura des dommages prouvés qui donneront lieu à des indemnisations, plus les cotisations d'assurance seront révisées à la hausse. L'assurance lisse les coûts et évite l'évènement qui pourrait

aboutir à la disparition de l'entreprise tellement le montant de la réparation serait important et trop soudain. Cela peut impacter aussi les engagements hors bilan des entreprises.

- **Points d'améliorations de la PPL**

Mme Danis-Fâtome reconnaît que la PPL n'est pas parfaite mais elle pense que le texte pourra s'améliorer grâce aux amendements. Elle aurait des préconisations à faire mot à mot, notamment sur le lien de causalité, sur un défaut de rédaction à propos de la présomption de responsabilité. Selon elle, ses critiques ne portent pas sur les avancées que le texte présente, mais portent principalement sur la forme.

Un intervenant note que la PPL pourrait faire référence à la notion de dommage grave. Cela a été défini en droit de l'environnement mais pas pour les droits de l'homme qu'on a du mal à hiérarchiser, en termes de gravité. Pour Mme Danis-Fâtome, c'est une question problématique mais il lui apparaît que c'est une bonne chose que la PPL n'utilise pas cet adjectif et énumère 3 types de dommages : sanitaires, environnementaux et atteinte aux droits fondamentaux. Selon elle, viser ces trois types de dommages montre que les rédacteurs ont voulu se concentrer sur des dommages avec un certain degré de gravité, sans pour autant dire que la PPL ne concerne que des dommages graves. On ne résout pas pour autant la difficulté d'identifier dans les droits fondamentaux ceux qu'il faut prendre ou mettre de côté. Du point de vue des règles de la responsabilité civile française, ce n'est pas un obstacle technique car on est dans un système de réparation de tout dommage.

Selon une intervenante, si on limite aux droits fondamentaux, la question est : est-ce que la victime qui est face à moi peut se prévaloir de la violation d'un droit fondamental ? Est-ce que c'est un droit fondamental du point de vue du pays dans lequel elle est ? Du point de vue du pays où est l'entité qui va être condamnée ? qu'est-ce qu'un droit fondamental ? Est-ce qu'une atteinte corporelle grave est forcément une atteinte à un droit fondamental ? De grands débats sont possibles ! Pour elle, c'est un problème de prévisibilité. En matière de présomption de faute simple, du point de vue du droit, il apparaît très important que les gens qui vont être soumis à cette présomption soit en mesure d'anticiper : à partir de quelle catégorie de dommage décrit de manière précise, leur responsabilité peut-elle être mise en cause ? Or, la notion de droit fondamental est une notion extrêmement vague. On n'a pas de vrai référentiel. Mme Danis-Fâtome répond que c'est certainement un point sur lequel la PPL mérite d'être revue. N'est-ce pas plutôt une bonne chose que le dommage réparable soit une catégorie potentiellement très large ? Du point de vue des victimes, certainement ; du point de vue des entreprises, certainement moins. Elle pense que le droit français n'utilise pas le dommage comme un verrou. Le lien de causalité et le fait générateur sont des verrous, mais pas le dommage.

Une intervenante propose le cas d'une entreprise qui fait en sorte de ne pas sauver sa filiale conduisant celle-ci à licencier suite à sa faillite. Est-ce que le fait d'avoir privé le personnel à leur droit au travail peut être considéré comme une violation grave des droits de l'homme ? Il y a une autre norme internationale avec les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales et qui a introduit la notion de « relation d'affaires » comme constituant un lien de causalité dans une communauté d'affaires permettant d'introduire des recours. Comment le prouver ? Pour Mme Danis-Fâtome ce n'est pas l'objet de ce texte et il y a d'autres mécanismes en droit français qui permettent d'aller rechercher le dispensateur de crédits.

Un intervenant demande si au regard des règles droit international privé, dont Rome II, le juge serait amené à appliquer ce dispositif ? La qualification d'une loi de police est-elle fonction d'une interprétation du juge ? Quel est le potentiel d'application extraterritoriale de la PPL ? Mme Danis-Fâtome souligne qu'il s'agit d'une question de conflit de lois. Si on réussit à utiliser les mécanismes du droit international privé pour faire en sorte que la loi française soit compétente, il faudrait aussi plaider pour que d'autres mécanismes de droit international privé, qui portent sur les conflits de juridictions, permettent de rendre compétent un tribunal français. L'idée est qu'une victime à l'étranger puisse aller vers la juridiction française grâce à des associations et des avocats. C'est un rôle attendu des ONG. Les textes contiennent des principes mais aussi des exceptions. Mme Danis-Fâtome voit deux obstacles : réussir à invoquer une exception relative aux règles applicables aux conflits de juridictions qui rende compétent un juge français ; réussir en matière de conflits de lois à rendre compétente la loi française. Sinon, cela suppose qu'on réussisse à montrer que l'une des exceptions prévues dans Bruxelles I pour les conflits de juridiction ou Rome II pour les conflits de lois, soit applicable à notre hypothèse. A partir du moment où on recentre la question sur l'obligation de vigilance, on déplace l'affaire dans le giron d'une société mère avec potentiellement son siège en France, et on éloigne la question du lieu de survenance du dommage, du domicile du demandeur, défendeur, etc.

Un intervenant demande quel mécanisme entre loi de police et déni de justice devrait être appelé. Mme Danis-Fâtome souligne que dans Rome II, outre le critère de lieu de survenance du dommage, il y a aussi le critère de la loi avec laquelle l'affaire présente des liens étroits. Si on réussissait à montrer qu'à partir du moment où on va rechercher la société mère parce qu'elle n'a pas respecté son obligation de vigilance, on va s'intéresser à l'endroit où se prend les décisions de la société qui doit exécuter son obligation de vigilance, alors cela permet de ramener le litige sur le territoire français, avec l'application de la loi française. Mais cela fait beaucoup d'incertitudes.

Selon une intervenante, il est impensable que le juge français n'applique pas la loi du pays où survient le dommage, ce qui conduit à penser que la PPL est complètement ineffective. Mme Danis-Fâtome répond que le mécanisme des lois de police a l'avantage de permettre au juge de qualifier une législation comme étant loi de police, ce qui lui permet de s'appliquer sans qu'on s'intéresse à la question de la proximité des liens de rattachement. Ainsi une partie de la loi de 1975 relative à la sous-traitance (action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage) a été qualifiée par le juge français de loi de police. De même, il lui paraît probable que la PPL puisse être qualifiée de loi de police. *Une intervenante souligne que toute une partie de la jurisprudence montre un mouvement vers de plus en plus de reconnaissance du lien le plus étroit. L'idée n'est pas que le juge national de survenance du dommage applique le droit français, mais que des ONG/avocats acceptent de représenter ces victimes. Il est alors possible d'appliquer la loi bengalie par exemple au Royaume-Uni comme il a été possible au Pays-Bas d'appliquer la loi nigérienne pour Shell. Il ne s'agit pas d'exonérer complètement la filiale de sa responsabilité mais bien de reconnaître la responsabilité de celle qui récupère le bénéfice de tout le groupe et donc de faire se « répercuter » la responsabilité juridique jusqu'à la maison mère, lorsqu'il y a une faute de la société mère qui aurait manqué à son devoir de vigilance.* Le fait que le juge puisse répartir la responsabilité de chacun, la filiale ou le sous-traitant, c'est quelque chose qui est fait dans d'autres domaines, certes pas à l'étranger. Le juge a aussi l'habitude d'aller chercher les responsabilités pour des dommages complexes par exemple dans les accidents de la route. La PPL précise « compte tenu des pouvoirs et des moyens dont elle disposait » : c'est aux juges avec l'aide des experts de créer une jurisprudence, comme pour les

médecins, on examine ce que peut faire chacun dans son intervention du dommage. Le juge aura aussi une appréciation bien différente si elle est sur la filiale ou sous-traitant. Ce n'est pas un frein technique de « manquer d'expertise », il sait y remédier.

Une intervenante demande si ce n'est pas plutôt une présomption de faute irréfragable. A partir du moment où il y a un dommage, on va leur dire « vous n'avez pas été vigilants ». Mme Danis-Fâtome souligne que la règle relative à la charge de la preuve est pertinente car il est clairement dit qu'elle pèse sur la société mère. L'idée est d'apporter une mesure de faveur aux victimes. On considère en effet qu'il y a un déséquilibre entre droit des victimes et droit de l'auteur du dommage, mais il est clairement indiqué qu'à partir du moment où la société mère prouve qu'elle a été diligente la présomption sera renversée, il n'y a donc pas de basculement possible vers une présomption irréfragable.

Un intervenant demande où s'arrêterait la notion de moyens à mettre en œuvre. Un autre souligne que dès lors qu'il y a un dommage, il faut trouver un responsable. Généralement, celui qui a la charge de la preuve perd. Si la faute, c'est l'insuffisance du devoir de vigilance il sera facile de montrer qu'une multinationale aurait pu faire mieux. Mme Danis-Fâtome rappelle qu'il y a le verrou du lien de causalité, il y aura donc des cas où ce lien ne pourra pas être établi : c'est-à-dire que malgré la vigilance, le dommage a eu lieu et que la vigilance n'aurait pas pu empêcher le dommage. Dans ce cas, il n'y aura pas de responsabilité.

6. Audition du Professeur Antoine Lyon-Caen, Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, directeur d'études à l'école des Hautes Etudes en Sciences sociale (3 Novembre 2014)

M. Lyon-Caen entend évoquer, pour commencer, ces situations troublantes dans lesquelles de très graves dommages sont causés par les activités économiques, sans qu'il soit possible de les imputer à une entité juridique donnée. Ces situations révèlent l'irresponsabilité dont bénéficient les grandes constellations, groupes, réseaux, entreprises, qui animent la vie économique mondiale. A quoi peut-on attribuer cette irresponsabilité ? Trois facteurs majeurs : la personnalité juridique à laquelle on doit une possible segmentation infinie des chaînes de responsabilité, la responsabilité limitée des actionnaires, qui, d'institution destinée à encourager l'investissement est devenu une source d'immunité notamment des plus puissants, enfin la limitation de l'emprise des droits nationaux sur les activités économiques mondialisées.

Sur ce dernier point, il n'est sans doute pas inutile de rappeler la distinction proposée par un éminent internationaliste. Dans l'ordre international, les Etats ont trois compétences, une compétence d'édicter des règles (compétence normative), en principe sans borne, une compétence de coercition (sur les personnes et sur les biens), en principe limitée au territoire, et une compétence de commandement (enjoindre, ordonner...), en principe sans limite sauf nécessité pour un Etat de tenir compte de l'exercice concurrent par un autre Etat de ses compétences. Il y a dans ce tableau dont il n'est pas sûr qu'il soit bien connu, une première explication des difficultés que peuvent rencontrer les victimes des dommages et les organisations de la société civile pour faire valoir en justice leurs droits. Les dommages sont là, patents, mais devant quel juge agir, et surtout contre qui et selon quelle loi et quelles modalités.

Ce qui constitue donc une tâche urgente, c'est de reconstruire un autre schéma d'imputation qui saisisse les grandes organisations dites privées qui disposent de pouvoirs dont les Etats ne disposent pas nécessairement. Cette reconstruction se place dans la perspective que certains présentent comme étant « la constitutionnalisation » nécessaire de ces pouvoirs privés mondiaux. Ce terme est propice à rappeler que ce sont des pouvoirs publics qui, aux siècles derniers, ont été constitutionalisés et que, avec les modalités originales, sans l'aide d'une charte mondiale, les pouvoirs privés doivent connaître aussi ce mouvement de justification(s) et limitation(s).

Intéressante, à plus d'un titre, est à cet égard l'institution possible d'une obligation de vigilance, obligation de veiller à ce que certains dommages ne puissent se produire, obligation de réparer en cas de manquement à l'obligation de prévenir. Qui serait le débiteur de cette obligation ? Ce serait, ce devrait être, la société dominante, la société qui exerce, sur celle à l'activité de laquelle le dommage se rattache, une influence dominante. La notion de société dominante est familière.

Si responsabilité, il y a, ou plutôt obligation de réparer, elle serait fondée sur une faute, le manquement à l'obligation de vigilance. Les mérites de cette conception sont divers : possibilité d'établir une présomption de responsabilité susceptible d'être renversée par la démonstration que tout a été mis en œuvre pour prévenir les dommages, accent mis sur les dispositifs de prévention...

Faut-il que cette obligation de vigilance couvre l'ensemble des dommages susceptibles d'être produits par les activités des sociétés sous contrôle ? Sans doute la référence aux atteintes aux droits fondamentaux pourrait servir de guide et circonscrire, avec des illustrations, le champ de cette obligation de vigilance. Là encore pour les Européens, cette référence est familière. La conception de ce schème a un autre avantage pour qui se préoccupe des questions de droit international, si l'obligation de réparer repose sur une faute, sa localisation : là où elle a été commise, là où la production des dommages a commencé devient raisonnable.

Cette construction invitera tôt ou tard à s'intéresser aux dispositifs de vigilance, qui n'ont pas besoin d'être précisés dans une norme étatique et relèveraient d'une normativité interne aux groupes. Le droit étatique les rendraient utiles, nécessaires même.

Seraient-ils opposables aux entreprises qui les conçoivent ? Cette opposabilité est dans la logique d'une saine articulation du droit étatique et du droit autonome ainsi sollicité.

7. Audition du Professeur Charley Hannoun, Avocat au Barreau de Paris, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise (3 Novembre 2014)

Me Hannoun reprend la question de la construction de cette règle de responsabilité qui imposerait une vigilance aux entreprises faitières et axe son intervention sur le **principe d'autonomie de la personne morale** qui structure juridiquement et économiquement les activités. Cette autonomie résulte d'un système de pensée individualiste et admet un certain nombre d'exceptions légitimées par des règles d'ordre public visant à protéger des intérêts particuliers. Ce principe qui définit essentiellement **l'autonomie patrimoniale** du sujet de droit masque les situations sous-jacentes générées par l'entreprise, situations dans lesquelles d'autres exigences peuvent être formulées par d'autres catégories d'intérêts, ce qui justifie l'édiction de règles spéciales qui contredisent dans leur dispositif le principe d'autonomie des personnes morales. Le juge est ainsi conduit à trancher ce conflit de normes pour savoir quelle est la règle de droit dont les objectifs doivent être privilégiés dans une situation donnée. Une règle de responsabilité doit dès lors être pensée comme un arbitrage entre l'autonomie patrimoniale des sociétés qui composent l'entreprise et les différents intérêts à protéger soit au titre d'une règle spéciale, soit parfois au titre d'un droit de critique qui pourrait être adressé aux effets de la règle d'autonomie patrimoniale pour en provoquer l'éviction par dérogation au profit d'un intérêt particulier jugé particulièrement digne de protection. Dans cette perspective, c'est la question du préjudice que la loi souhaite réparer et le dommage qu'elle souhaite inclure dans le champ de la règle qui devient essentielle. La proposition de loi vise des dommages d'une certaine gravité. Cette règle de responsabilité reste donc limitée et ne viendrait pas contraindre de manière excessive la liberté d'organisation des groupes, ni même leur compétitivité puisque l'obligation de vigilance concernerait des risques d'une particulière gravité, de fait assez limités.

Dès lors, trois questions peuvent être posées avec des propositions de réponse : **quel sujet de l'imputation de la responsabilité ?** Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le contrôle ne devrait pas être nécessairement le critère de l'imputation. Il n'est à vrai dire qu'une situation à l'occasion de laquelle la responsabilité peut-être encourue. Le contrôle exercé par une société sur une autre n'est en effet qu'une forme d'implication de la société mère dans la situation dommageable. Il est en effet possible de concevoir d'autres situations d'implication et à l'extrême par exemple celle dans laquelle des sociétés indépendantes participent à une activité économique sans être nécessairement liées par une relation de contrôle et se trouvent impliquées par leurs relations d'affaires ou leur situation sur un même site dans une relation de proximité avec le dommage, toutes situations qui peuvent générer un devoir de vigilance en l'absence même de relation de contrôle. **Quel fondement juridique ?** La proposition de loi vise le fondement de la faute dans la vigilance. Afin d'éviter une situation dans laquelle une société se décharge de sa responsabilité sous prétexte qu'elle n'avait pas connaissance de la situation, une présomption de faute a été formulée. Mais est-ce un bon fondement sachant que la présomption aboutit à une fiction de causalité ? Ne faudrait-il pas alors rechercher plus directement ce fondement dans la théorie de la garantie qui paraît justifier, en l'espèce, mieux que la théorie des risques une règle objective dont l'objectif essentiel est la prévention des dommages d'une particulière gravité ? **Quel dispositif juridique peut être mis en place afin de garantir l'efficacité de la règle ?** Il existe un précédent dans le droit du travail, s'agissant du dispositif de lutte contre le travail dissimulé, qui pourrait servir de modèle. Ce dispositif fait porter la responsabilité sur la société mère ou donneuse d'ordres si elle ou ses filiales ne remplissent pas un devoir de vérification formellement défini des

déclarations faites auprès des organismes sociaux par leur contractant. Lorsque le dommage est identifié, et si la vigilance requise n'a pas été exercée, ce mécanisme déclenche la solidarité financière de la maison mère/donneuses d'ordres avec l'auteur du dommage. Un tel mécanisme pourrait être transposé en l'espèce à l'échelle des sociétés mères, qui seraient alors tenues d'un certain devoir de vigilance à l'égard de leurs filiales ; pour prévenir les dommages d'une particulière gravité, le manquement à l'obligation de vigilance étant l'élément déclencheur de la solidarité financière avec l'auteur du dommage. Dès lors, à l'image des codes de gouvernance, des codes de vigilance pourraient être créés, négociés dans les entreprises et être agréés même par une instance gouvernementale. Ils permettraient d'explicitier clairement les mécanismes de vigilance. Dans l'hypothèse où le code ne serait pas respecté par l'entreprise, la solidarité financière serait engagée entre la société mère et l'auteur du dommage. Cette règle spéciale de responsabilité fondée sur la théorie de la garantie aurait pour fonction à long terme d'inciter à la vigilance, et faire en sorte que les sinistres visés par cette règle ne se réalisent jamais, grâce au dispositif ainsi mis en place.

8. **Audition du Professeur Philippe Stoffel-Munck, Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, avocat au Barreau de Paris (3 Novembre 2014).**

M. Philippe Stoffel-Munck revient sur **l'autonomie de la personne morale et le concept de responsabilité limitée** des actionnaires et les présente comme deux outils essentiels de la croissance du modèle capitaliste depuis le XIX^{ème} siècle. Le cantonnement des risques de l'entreprise que permettent ces principes peut, comme il en va pour toute chose, aussi donner lieu à des abus. Le sentiment d'un emploi abusif de cette technique apparaît en particulier quand des dommages importants sont relevés et amplifiés par les médias, qu'ils portent atteinte à des intérêts jugés socialement essentiels alors que le coût de leur réparation excède les ressources de l'entité juridique qui en est directement la cause. Pour répondre à l'obstacle que pose l'écran de la personnalité morale, plusieurs champs du droit ont admis qu'à l'égard de catégories de dommages dont la sanction était jugée particulièrement essentielle, cet écran puisse être percé en matière répressive, notamment en droit fiscal, en droit de la protection sociale, en droit de la concurrence et en droit de l'environnement. L'écran n'a donc été percé par le législateur qu'au regard de la lésion d'intérêts précisément déterminés. Il s'est agi d'apporter des exceptions à un principe par ailleurs maintenu. Les deux propositions de réforme du droit de la responsabilité envisagent le problème de la responsabilité de la mère. Le projet Catala¹ a proposé de généraliser cette responsabilité pour tout type de dommage, ce qui lui avait valu d'être taclé par la Cour de cassation qui a notamment évoqué les conséquences économiques d'une méconnaissance généralisée du principe d'autonomie de la personne morale.

S'agissant de la proposition de loi, la présence de l'adverbe « **notamment** » fait que le texte ambitionne de rendre les sociétés mères responsables de tous les dommages. Les termes « **filiale** » et « **sous-traitants** » utilisés manquent de précision et soulignent le flou du champ d'application de cette loi. Il en va de même de la notion de « droit humain », qui est extrêmement générique et comprend par exemple le droit à la vie privée ou le droit de propriété, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme entend très largement. Par ailleurs, le texte prévoit d'instaurer une responsabilité pour faute avec présomption de faute : afin de renverser cette présomption, l'entreprise devra montrer qu'elle a fait son possible pour éviter la survenance du dommage. Toutefois, cette preuve sera la plus souvent impossible car on pourra toujours rétrospectivement estimer que l'entreprise aurait pu faire plus ou mieux. Par suite, il est probable que sauf cas de force majeure, l'entreprise sera en réalité toujours responsable en cas de dommage. Le texte ne répond donc pas à l'intention qu'il affiche : alors qu'il s'agit de fonder une responsabilité pour faute, il fonde en réalité une responsabilité de plein droit. Ainsi, la question récurrente est : « Pourquoi donc une société serait responsable des dommages liés à l'activité d'une autre société ? ». Tant que cette question reste sans réponse claire, l'application du texte ne pourra être totalement conforme à l'esprit visée par ses auteurs. Une première réponse est le devoir de vigilance ; il s'agit en fait d'obliger l'entreprise à s'immiscer dans l'organisation et le fonctionnement de ses partenaires (voire des partenaires de ses partenaires). L'efficacité et la légitimité de ces contrôles de nature administrative, comme leur coût en termes de ressources humaines et de charges administratives, méritent d'être étudiés pour éviter

¹ Ou « avant-projet Catala », septembre 2005, de réforme des dispositions du Code civil français portant sur les contrats, les quasi-contrats, la responsabilité civile et la prescription. Le projet a abouti à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, notamment à propos des PME car celles-ci sont également donneuses d'ordre voire mères de filiales. L'autorégulation est, en revanche, une manière d'ajuster le contrôle à la ressource tout en créant une culture de la prévention. Une seconde réponse est que l'absence de réparation est socialement inacceptable eu égard au caractère socialement ultrasensible des intérêts lésés. Mais cela laisse entière la question de savoir pourquoi la société mère doit être celle qui indemnise. Dans le prolongement de l'idée de risque-profit, une autre réponse serait de créer des fonds d'indemnisation, comme en matière médicale ou nucléaire. C'est une manière connue de répondre à un besoin social de protection contre un certain type de dommage par socialisation du risque. Une idée pourrait être de socialiser l'indemnisation (voire la prévention) à l'intérieur des membres du secteur économique dont on redoute l'action diffuse. Il s'agirait de créer un fonds réunissant les acteurs d'un secteur identifié comme sensible et, relativement à certains types de dommages bien spécifiés, de charger cet organisme de réparer tout ou partie de ce dont les auteurs directs du dommage ne peuvent pas répondre faute de surface financière suffisante.

Questions – Débat entre Antoine Lyon-Caen, Charley Hannoun et Philippe Stoffel-Munck (3 Novembre 2014).

M. Lyon-Caen suggère des questions à débattre : le problème de l'importance de la personnalité juridique ; les bonnes raisons ou non de l'écarter (avec quelles conséquences ? Avec la particularité qu'en France de nombreuses sociétés sont créées « à tout va » ; comment concevoir cette mise à l'écart ?).

- **S'agissant des filiales**

La notion de filiale repose sur une réalité technique à définir. M. Lyon-Caen rappelle qu'en France, souvent la loi ne définit pas les termes qu'elle emploie, ce qui est généralement du ressort de la jurisprudence. Définir la filiale relève plus d'un choix d'ordre politique.

- **S'agissant du champ des dommages considérés et des droits fondamentaux**

M. Lyon-Caen rappelle qu'il s'agit d'une question d'arbitrage entre différentes valeurs chères à nos sociétés. S'appuyer sur la charte des droits fondamentaux de l'UE qui résulte d'un effort pluriel intéressant, pour les lister. Me Hannoun souligne que la loi vise les dommages d'une certaine gravité, d'où l'utilité de conserver l'adverbe « notamment ». Mais il conseille aussi d'ajouter d'« exceptionnelle gravité » s'agissant du dommage causé.

- **Ecarter la personnalité juridique ? comment ?**

Selon un intervenant, les règles prévues dans la proposition de loi ne sont pas destinées principalement à la création de systèmes d'indemnisation, mais au contraire à une meilleure prise en charge par l'entreprise de ses risques. Selon M. Hannoun, c'est à « l'entreprise de veiller » à son organisation afin de prévenir le dommage. Elle doit réfléchir à son organisation pour cela. Il serait sans doute souhaitable d'écrire « Les entreprises sont tenues de veiller ».

- **Sur la signification du risque et sa proximité avec l'entreprise**

A la question de ce qui constitue un risque certain de dommage, M. Stoffel-Munck indique que ce terme n'a pas de signification arrêtée dans le langage juridique mais qu'on peut le comprendre comme désignant une potentialité de dommage dont la survenance a été attestée par expérience (on sait que telle situation peut engendrer un dommage : le risque est « certain »), alors que l'expression de « risque incertain » désigne une potentialité de dommage qui n'a encore jamais été avérée mais dont on suspecte qu'il pourrait se produire un jour (on n'est pas certain que telle situation fasse naître une potentialité de dommage : le risque est « incertain »).

Un intervenant mentionne les entreprises qui choisissent de ne pas respecter des mesures de vigilance, quand bien même elles sont sollicitées à ce titre. Me Hannoun souligne la persistance des textes de la responsabilité civile à côté de cette règle spéciale que l'on cherche à mettre en place. Ces textes de la responsabilité montrent qu'il est toujours très difficile de prouver le manquement de la société mère, et pousse ces mêmes sociétés à ne pas vouloir contrôler leurs filiales et donc à se décharger de leur vigilance, qui les impliquerait dans une relation de contrôle. Avec l'obligation de vigilance, un élément positif est créé avec une incitation à la vigilance.

Une intervenante remarque que dans une obligation de performance, les entreprises prennent des décisions depuis le siège jusqu'au dernier sous-traitant. Au regard de cette pratique, serait-il possible d'avoir une obligation de surveillance ? Pourquoi ne serait-il pas possible de détecter des minima de performance globale ? M. Lyon-Caen fait valoir que l'entreprise est un propre ordre juridique interne. En termes de performance économique, les règles sont nombreuses, les mécanismes de sanction le sont tout autant. Il s'agit d'un écosystème efficace. S'agissant de ces domaines de vigilance, il n'existe pas de règles de détection des niveaux de prévention de risques, et encore moins de mécanismes sanctionnateurs.

M. Hannoun fait valoir que la théorie des risques donne certes des justifications à l'imputation de la responsabilité, mais que d'autres justifications peuvent être données : la recherche d'une sanction morale à partir de la notion de faute, mais aussi la prévention du dommage. Il prend un autre exemple avec le principe de non-assistance à personne en danger : c'est la proximité avec le risque de dommage qui oblige à agir. Aussi, pourra être déclarée responsable, à certaines conditions, la personne située fortuitement à proximité d'une personne en danger et qui n'a pas agi.

- **Articulation avec le droit international privé**

M. Lyon-Caen souligne qu'il y a une sensibilité européenne au défaut de vigilance des groupes avec d'intéressantes articulations entre le droit interne de l'entreprise et le droit international : les anglais et les italiens (en matière environnementale) ont des jurisprudences sur ces sujets. Mais une réflexion commune aux Européens serait bienvenue pour déterminer l'emprise des règles étatiques. Il ne faut pas cependant surestimer les questions liées aux conflits de lois ou de juridictions : on trouve assez facilement un rattachement juridictionnel. Par contre il est plus difficile de dire si une loi qui instaure une obligation de vigilance constitue une loi de police et peut s'imposer par exemple à une société-mère dont le siège ne se situe pas en France. Il faut signaler qu'à priori, le manquement à la vigilance se situerait sur le territoire du siège social.

A la question d'un intervenant demandant comment il est possible de vérifier si les procédures de vigilance sont mises en place dans le pays étranger, M. Lyon-Caen rappelle qu'il n'y a pas d'obstacle en principe à ce qu'un juge demande communication de documents ou d'informations détenues à l'étranger. Il rappelle l'exemple du droit antitrust américain qui très tôt a montré l'exemple. Dans le cas présent ce serait aux sièges de contrôler les filiales et de se procurer les éléments que détenaient les filiales. La vérification de ce contrôle interne fonctionne aussi pour le blanchiment d'argent, corruption, etc.

Un intervenant s'inquiète que les entreprises vertueuses soient plus exposées que les autres. Pour M. Lyon-Caen, au contraire ce sont plutôt celles qui ne mettraient rien en œuvre qui seront les plus exposées à un engagement de leur responsabilité.

- **Rôle des codes de vigilance**

Une intervenante demande comment s'assurer que les informations sur les processus de vigilance que communiquées par l'entreprise soient intelligibles par le juge et comment s'assurer qu'il y ait assez de procédures en œuvre. M. Hannoun répond que le juge fera appel à l'expertise pour approfondir les liens de responsabilités. Les codes de vigilance pourront faciliter ce travail. Il est nécessaire d'avoir des codes de vigilance définis clairement en associant les parties prenantes, qui sur le terrain sont confrontées aux risques et pourront plus facilement dénoncer les manquements au devoir de vigilance. Ce système vertueux est favorable à la prévention des risques.

Un intervenant rappelle que dans moins de deux ans, la directive du reporting extra financier imposera des procédures de due diligence. Pour M. Hannoun, il s'agit de la bonne voie. Les entreprises seront incitées à les mettre en œuvre et à communiquer dessus tout en étant surveillées par les parties prenantes sur ce qu'elles disent, les ONG y ayant plus facilement accès. On peut même s'attendre à ce que cela conduise à des gains de compétitivité, notamment en termes d'image et de maîtrise des risques les plus graves sur toute la chaîne de création de valeur, si la vigilance est effective.