



HAL
open science

Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law

Gurvan Branellec, Isabelle Cadet

► To cite this version:

Gurvan Branellec, Isabelle Cadet. Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law. 12ème Congrès du RIODD : "Quelles responsabilités pour les entreprises?", RIODD, Oct 2017, Paris, France. halshs-02000819

HAL Id: halshs-02000819

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02000819>

Submitted on 4 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

12^{ème} Congrès du RIODD : « Quelles responsabilités pour les entreprises ? » (Paris Université Dauphine, 19-20 octobre 2017)

Gurvan Branellec

Enseignant-chercheur – *Brest Business School*

Membre de l'UMR AMURE

Gurvan.branellec@brest-bs.com

Isabelle Cadet

Maître de Conférences - IAE Paris - *Sorbonne Business School*

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Isabelle.cadet@univ-paris1.fr

Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition *hard law* et *soft law*

Résumé

Le devoir de vigilance prend la forme d'une obligation imposée par la loi aux entreprises. Quand on étudie, de prime abord, le contenu des dispositions législatives, il apparaît que l'obligation de moyens créée, présente toutes les caractéristiques du droit souple dans la mesure où les entreprises auront la maîtrise du périmètre et le choix des dispositifs de vigilance. Certes, ce droit souple peut tomber sous la coupe du droit dur par le truchement du juge, qui peut apprécier souverainement ces dispositifs et retenir la responsabilité d'une entreprise pour manque de vigilance. Mais la démarche du législateur innove surtout, par sa méthodologie. Le devoir de vigilance dépasse effectivement l'opposition traditionnelle entre droit dur et droit souple par une succession de textes, reliés en boucle les uns aux autres, en vue de renforcer les obligations des entreprises multinationales, par une normativité graduelle. Un véritable rattrapage est à l'œuvre pour étendre la responsabilité du fait d'autrui. Le croisement des démarches, impulsion et contrôle multimodal de l'Etat, d'une part, et stratégies de vigilance laissées à la discrétion des entreprises, d'autre part, engendre, de surcroît, une hybridation des cultures juridiques entre la compliance et la conformité, voire un enrichissement mutuel lié à l'internormativité qui en résulte. Il est dès lors possible de développer l'idée d'un droit formant un nouveau système, composé d'éléments réunis par un réseau de relations plus ou moins complexes, entre droit souple et droit dur, qui donne corps à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).

Abstract:

The due diligence takes the form of an obligation imposed by law on companies. When the content of rules of law is first examined, it appears that the obligation of means created presents all the characteristics of soft law in so far as the undertakings have control of the perimeter and the choice of vigilance mechanisms. Of course, this soft law may fall under the purview of the hard law through the judge, who can sovereignly assess these devices and retain the responsibility of a company for lack of vigilance. But the approach of the legislator innovates above all, by its methodology. The due diligence goes beyond the traditional opposition between hard law and soft law through a succession of texts, linked in a loop to each other, with

a view to strengthening the obligations of global companies by a gradual normativity. A real catch-up is at work to extend vicarious liability. The cross-fertilization of the approaches, the impetus and the multimodal control of the State, on the one hand, and the vigilance strategies left to the discretion of the companies, on the other hand, also creates a hybridization of legal cultures between compliance and conformity, or even a mutual enrichment linked to the resulting internormativity. It is therefore possible to develop the idea of a right forming a new system, composed of elements gathered by a network of more or less complex relations, between soft law and hard right, which gives substance to the social responsibility of (CSR).

Mots clés :

Devoir de vigilance, chaîne de valeur, responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), droit souple, droit dur, normativité, compliance.

Key-words

Due diligence, Supply chain, Corporate Social Responsibility (CSR), soft law, hard law, normativity, compliance

Introduction

Le devoir de vigilance, traduction imparfaite du principe anglo-saxon de *due diligence*, plus connu dans le secteur des normes comptables et de la finance, fait son apparition dans le domaine social et environnemental. Cette extension est elle-même révélatrice de l'enjeu financier des risques ESG, qui prime sur les enjeux politiques et juridiques. Le devoir de vigilance aurait donc pu s'arrêter, comme beaucoup de textes relatifs à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) au seuil du droit, en se contentant de mesures très souples imposant des démarches volontaires aux entreprises, sans contrôle, ni sanction. Or, le législateur français, par une série de renvois astucieux d'un texte à l'autre, donne corps au devoir de vigilance qui prend progressivement la forme d'une obligation de moyens renforcée. Une présomption de responsabilité pèse désormais sur les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre en cas d'atteintes graves aux droits humains entendus au sens large (libertés fondamentales, santé, sécurité, environnement) par les groupes multinationaux, soit directement par le biais de leurs filiales ou des sociétés qu'ils contrôlent, soit par indirectement par les activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Se construit une véritable responsabilité du fait d'autrui des entreprises multinationales françaises, à la fois sur leur territoire et à l'étranger.

À la lecture du contenu de la loi du 27 mars 2017 instaurant un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, il apparaît, en effet, dans un premier temps, que la nature de l'obligation relève essentiellement du droit souple, dans la mesure où les entreprises ont la maîtrise du périmètre et le choix des dispositifs de vigilance, voire du droit flou, avec l'introduction de standards, relativement nouveaux pour certains, telles la « vigilance raisonnable », « les atteintes graves » ou encore « la relation commerciale établie ».

Or, dans le même temps, le droit souple ou flou peut rencontrer le « juge dur » (Deumier, 2016, p. 571) qui a compétence pour évaluer la rationalité ainsi que la proportionnalité de ces dispositifs et, par conséquent, retenir la responsabilité d'une entreprise en raison de son manque de vigilance. L'inversion de la charge de la preuve est une petite révolution qui n'est pas passée

totale­ment inaperçue. Pour préser­ver leur image, combien d'entre­prises « vigi­lantes » procé­dent déjà à l'exclu­sion de cer­tains four­nis­seurs et rédui­sent le nombre de leurs sous-traitants pour per­mettre des con­trôles moins coûteux car moins nom­breux, dans la droite ligne des préconisations du rapport du PCN¹ ?

Dans un second temps, par un renvoi au rapport annuel de gestion et un alignement méthodique sur d'autres textes nationaux et internationaux (ordonnance de transposition de la directive Barnier, loi Sapin II), les obligations créées, pour les entreprises de plus de cinq cents salariés, confèrent au devoir de vigilance un caractère progressivement plus contraignant. La souplesse laissée aux entreprises pour déterminer leur stratégie de vigilance et leur mise en œuvre devient toute relative face à la fonction régulatrice de l'Etat. Le devoir de vigilance dépasse alors l'opposition traditionnelle entre droit dur et droit souple et présente, ce qui est nouveau, une structure en boucle où l'Etat joue un rôle prépondérant à la fois d'impulsion et de contrôle. Des sanctions civiles ou pénales sont encourues (Queinnec et Pironon 2017, spéc. Tableau p. 29) qui ne permettent plus ni aux sociétés personnes morales, ni à leurs dirigeants de s'abriter des poursuites judiciaires, quoique le prononcé d'une amende civile ait été invalidée par le Conseil Constitutionnel².

Les risques juridiques liés aux enjeux sociaux, environnement et de gouvernance (ESG) ont été largement démontrés³. La prise de conscience dans les politiques des achats est en nette progression⁴. Pour autant, c'est pour éviter la faillite des dispositifs de RSE que les plans de vigilances ont été mis en place (Delalieux, 2016, p.80). Après des décennies d'autorégulation inefficace, il était temps de prendre la responsabilité (juridique) au sérieux (Supiot et Delmas-Marty, 2015), « le problème posé étant celui de la constitution économique de l'économie globale, et non celui d'une *soft law* appliquée par les seules forces de la police morale kantienne » (Robé, 2009, p.167). Le croisement des démarches volontaires des entreprises et imposées par les pouvoirs publics permet alors une hybridation des cultures juridiques. Il est, dès lors, possible de développer l'idée d'un droit formant un système juridique, composé d'éléments réunis par un réseau de relations plus ou moins complexes (Delmas-Marty, 2006, p. 26), donnant corps à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).

Au-delà de ces réponses concrètes, se posent des questions fondamentales sur le rôle de l'Etat, autrement dit du pouvoir politique et de l'ordre juridique et, plus particulièrement, pour le sujet qui nous préoccupe, de la définition précise de l'entreprise. La révolution constitutionnelle repose sur une théorie de l'entreprise. Le droit achoppe sur cette aporie. Les Etats sont-ils inexorablement soumis au « dilemme du prisonnier » ? (Maupin, 2012, pp.13)

Pour autant, il est possible de démontrer que le devoir de vigilance peut devenir un vecteur d'un droit de la RSE, au cœur d'une économie mondialisée par la création d'un système normatif gradué et en boucle.

¹ Rapport du PCN sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement (Point de contact national français, pour la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales), suite à la saisine effectuée par Madame Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur, 2 décembre 2013, p.24

² C.C. 23 mars 2017, n°2017-750 DC

³ Une étude de Vigéo de mai 2015, « Responsabilité Sociale d'Entreprise : le coût des sanctions », fait état, sur 2522 entreprises, de 1015 sanctions contre 484 entreprises, entre 2012 et 2013 dont 39,5% sanctions administratives, 38,8% sous forme de règlement amiable et 21,7% de condamnations judiciaires. La plus forte condamnation s'élève à un montant de 13 milliards de Dollars US contre une banque américaine.

⁴ <http://www.obsar.asso.fr/public/812/telechargement/barometre-obsar-2017-extraits.pdf>

1. La création d'un devoir de vigilance, vecteur d'un droit de la RSE

Le Parlement a adopté le 27 mars 2017 une loi (n°2017-399) instaurant un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Ce texte prévoit que les entreprises de plus de 5000 salariés auront l'obligation de mettre en place un plan de vigilance raisonnable visant à identifier et à prévenir les atteintes graves aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales, les risques d'atteinte à la santé ainsi qu'à la sécurité des personnes et les atteintes à l'environnement. Le texte n'identifie pas la nature des atteintes concernées ni le degré de gravité requis. La survenance d'un dommage dans une filiale ou un sous-traitant n'engagera pas nécessairement la responsabilité de la société mère ou du donneur d'ordre qui n'est tenue que d'une obligation de moyens (Blinfranchomme et Queinnec, 2016, n° 117). Le caractère « raisonnable » de l'obligation de vigilance laisse une marge de manœuvre à l'entreprise qui réalisera des arbitrages en déterminant son périmètre de vigilance, en identifiant les facteurs de risques et en déterminant la stratégie de prévention (Queinnec et Constantin, 2015, n°104). Le Conseil constitutionnel ayant invalidé le prononcé d'une amende civile, spécifique, minimale mais limitée, entre 10 à 30 millions d'euros, il en résulte un retour au droit commun de la responsabilité, autrement une possibilité, pour les juges qui auront à appliquer ces dispositions, de les interpréter de façon extensive en faisant peser une lourde responsabilité sur les sociétés mères ou donneuses d'ordre. L'obligation de moyens est donc renforcée.

Le plan devra comporter aussi une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation. Cette obligation est, en revanche, une « quasi obligation de résultats » (Queinnec, 2017, 26). Le plan devra également comporter un mécanisme d'alerte de risques établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de la société concernée. Ce qui est surtout novateur c'est que la responsabilité civile délictuelle de la société donneuse d'ordre pourra être engagée en cas de dommage intervenu dans l'une des entreprises visées par le plan. La faute pouvant résider dans le fait que le plan n'ait pas été adopté ou qu'il ait été insuffisant, mais également dans la défaillance à le mettre en œuvre, s'il est prouvé que la diligence de la société mère ou donneuse d'ordre aurait permis d'éviter ou de minimiser le préjudice causé. Cette responsabilité fondée sur le mécanisme de droit commun de la responsabilité délictuelle (articles 1240 et 1241 du Code civil) apparaît assez révolutionnaire s'agissant de ses conséquences puisqu'il « institue une intégration délictuelle entre les entreprises dont la dépendance juridique ou économique n'est pas caractérisée » (Eid, 2017).

Une entreprise va donc se trouver responsable alors même qu'elle n'a pas de pouvoir de direction s'agissant d'une autre entreprise qui n'aurait pas été vigilante. La vigilance étant entendue comme « la somme des efforts que l'entreprise doit mettre en œuvre pour prévenir un dommage » (Cossart et Guislain, 2015, n° 104). L'entreprise va donc être tenue de contrôler toute sa chaîne de valeur. Cette disposition contestée par le MEDEF qui parle d'« une responsabilité civile du fait d'autrui sur la base de référentiels flous » est au contraire jugée pertinente par des auteurs qui considèrent que « les sociétés mères ou donneuses d'ordre connaissent ou sont censées connaître les compétences, les moyens et pouvoirs de toutes les entités composant leur chaîne de valeur, et sont donc celles qui sont en mesure de démontrer qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter un dommage, et qu'elles n'ont pas commis de faute » (Cossart et Guislain, *ibid.*).

La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a pour objectif de consolider des démarches volontaires qu'ont engagé les entreprises à l'égard de leurs sous-traitants ou fournisseurs. Ces derniers étant des parties prenantes font partie de la sphère d'influence des entreprises et sont donc concernées et visées par leurs politiques RSE.

Cette loi va permettre de contrôler ces engagements et d'imposer aux entreprises d'internaliser les conséquences de leurs actions y compris si celles-ci se développent en dehors du territoire national. C'est un véritable défi posé par la globalisation. Les travaux sous l'égide d'Isabelle Daugareilh reposent régulièrement la question fondamentale de cette responsabilité sociale de l'entreprise au cœur du droit international, comme « vecteur d'un droit de la mondialisation » (Daugareilh, 2017). La RSE est véritablement saisie par le droit interne et le droit international (Martin-Chenut et Quenaudon, 2016).

Par cette loi sur le devoir de vigilance, le choix est fait de faire le lien entre pouvoir économique et responsabilité. Jusqu'à présent la théorie de la personnalité morale faisait obstacle à ce qu'une société mère ou un donneur d'ordre se voit imputer un manquement commis par une de ses filiales ou un sous-traitant.

Avec la mondialisation, les activités des entreprises sont devenues mobiles et franchissent les frontières, leur soumission à la *hard law* soulève des difficultés. Le droit qualifié de dur ou positif (*hard law*) est circonscrit au sein d'un territoire sur lequel il exerce son emprise, mais qui limite matériellement son champ d'intervention (Frydman, Haarscher, 2002). Le droit dur étant une prérogative de l'Etat qui est selon la formule d'Hauriou « une corporation sédentaire à base territoriale » (Hauriou, 1929, p. 381). Or, la transnationalisation des entreprises met à mal cette sédentarité. On assiste à l'essor d'activités économiques « désencastrée (s) » par rapport à la régulation étatique locale (Muir Watt, 2013, p. 64).

La pertinence et la validité du principe d'autonomie des personnes morales interpelle à l'heure où l'entreprise se fragmente à l'échelle mondiale, afin de profiter souvent de réglementations locales moins contraignantes, et ainsi organise son irresponsabilité. La filiale ou le sous-traitant qui est au bout de la chaîne de valeurs a certes une responsabilité personnelle. Toutefois n'est-il pas logique de rendre également responsable la société mère ou le donneur d'ordre qui de part une relation contractuelle économiquement déséquilibrée limite la capacité du sous-traitant ou de la filiale à prendre des décisions ? L'enjeu est ainsi de restaurer les responsabilités des différents acteurs à la hauteur de leurs pouvoirs, plus généralement de réconcilier la responsabilité avec le pouvoir, d'aller au-delà de l'écran que constituent les personnes morales et de définir une articulation des responsabilités en fonction des jeux de pouvoirs sophistiqués qui s'exercent.

Cette loi constitue donc une nouvelle preuve de la volonté des pouvoirs publics de développer juridiquement la RSE au moyen de politiques adéquates et aux fins d'en faire un instrument efficace⁵ pour définir les contours de l'entreprise, que le droit n'a jamais réussi véritablement à appréhender de manière satisfaisante (Robé, 2009). Face à la dissociation quasi-totale de l'exercice du pouvoir et de la responsabilité, les pouvoirs publics semblent démunis. Le réencastrement par le biais des dispositifs de vigilance, « à la croisée des principes de RSE et de principes juridiques » (Caillet, 2017, 521) est symptomatique.

L'objectif est donc de développer en la matière un système normatif gradué. En effet, la perméabilité du droit souple, d'origine privée ou publique, et du droit dur a récemment été réaffirmée par le Conseil d'Etat considérant que le droit souple est « imbriqué avec le droit dur

⁵ Rioux M. (dir.), Saint-Denis X., Ledoux R., Viau L., *Politiques nationales et internationales en matière de Responsabilité Sociale des Entreprises*, Rapport, mars 2014

bien plus qu'il ne lui est opposé » au sein d'une « échelle de normativité graduée »⁶ le rendant tout à fait appréhendable par le juge.

2. Création d'un système normatif gradué et en boucle

Le devoir de vigilance relève à la fois du droit souple, du droit dur voire du droit flou offrant ainsi une apparence de *continuum*. En réalité, le système normatif est gradué, intégré par un fonctionnement en boucle, poussant au durcissement de la *soft law* (Doucin, 2017, 484).

Le devoir de vigilance créée est une réglementation imposée par l'Etat et s'imposant verticalement aux opérateurs. Quand on étudie le contenu des obligations créées il apparaît que ce devoir de vigilance présente les caractéristiques du droit souple dans la mesure où les opérateurs auront un rôle d'auto-organisation puisqu'elles ont la maîtrise du périmètre ainsi que du choix des dispositifs de vigilance. Ce droit serait souple au sens de la définition qu'en donne le Conseil d'Etat⁷ en ce qu'il modifierait ou orienterait les comportements sans créer par lui-même de droits ou d'obligations comme le droit traditionnel (Constitution, lois, décrets...) mais en présentant un degré de formalisation et de structuration. Ce droit présentant l'avantage d'une plus grande flexibilité normative en ce qu'il a des frontières plus poreuses et ouvertes sur les phénomènes sociaux et les pratiques des acteurs économiques.

On y retrouve la notion de *compliance* fréquemment mobilisée dans le secteur financier. Il s'agit de l'obligation fixée à l'entreprise de rapporter le fait qu'elle « s'organise pour que chaque personne qui dépend d'elle se comporte conformément aux règles en vigueur » (Frison-Roche, 2016, p. 1871). En effet, si les contraintes créées par une réglementation peuvent être interprétées comme des impératifs en termes de discipline et de justification, elles peuvent également servir de terreau à la règle de conformité ou, pour se référer à son origine anglo-américaine, au principe du *comply or explain*. Véritable opportunité pour les entreprises, la conformité, ou plutôt la non-conformité constitue un outil de structuration des choix, à partir de laquelle les dirigeants peuvent se déterminer, à condition de motiver ces choix. Le retour de la norme au sein de la gouvernance fait de la réglementation des comportements ni un modèle, ni une contrainte, mais un outil de diagnostic, d'optimisation et d'analyse construite et cohérente des pratiques, dont les barrières mobiles peuvent se déplacer en fonction de considérations d'opportunité. Cette approche « micro-juridique » de la réglementation (Salin et Laine, 2003, n° 45-46) est d'ailleurs privilégiée par l'OCDE et l'Union européenne car elle laisse une marge de manœuvre importante aux entreprises.

Pourtant ce droit souple, et notamment les démarches volontaires des entreprises de prendre en compte l'extension de leur responsabilité sociétale à la chaîne de valeur, doit être repris par les pouvoirs publics. En effet, l'usage des instruments de droit souple par les entreprises exige un contrôle accru des juridictions (Renaud, 2013, 1601) car il fait courir un risque de privatisation de la règle de droit ou d'instrumentalisation de celle-ci ou il risque de favoriser des discours auto-légitimant (Thibierge, 2003, p. 599 et s.).

Il nous faut donc constater le caractère complexe de la relation entre les entreprises et l'Etat s'agissant de devoir de vigilance du fait de l'enchevêtrement entre une impulsion venue du sommet, une souplesse laissée aux entreprises pour déterminer leurs périmètres et stratégies de

⁶ Rapport du Conseil d'Etat (4 juillet 2013), Le droit souple, Etude annuelle 2013, La documentation française, p.9

⁷ Conseil d'Etat, Le droit souple, Etude annuelle 2013, La documentation française

vigilance et une possibilité de contrôle du juge. En effet, une société mère ou donneuse d'ordre qui n'adopterait pas de plan de vigilance ou un plan inadapté aux risques voire qui ne communiquerait pas sur les résultats de ce plan pourrait voir sa responsabilité retenue par le juge. Il semble donc que le devoir de vigilance dépasse l'opposition traditionnelle : droit dur et droit souple.

Il est possible de parler à cet égard de « boucle double » (Robin-Ollivier, Beauchard et de La Garanderie, 2011, p. 395) : *bottom-up* pour les engagements volontaires des entreprises et *top down* pour l'action des pouvoirs publics. Le croisement de ces deux démarches permet une hybridation des cultures juridiques et un enrichissement mutuel. Il est dès lors possible de développer l'idée d'un droit formant un système, composé d'éléments réunis par un réseau de relations plus ou moins complexes (Delmas-Marty, 2006, p. 26). Ce système présente les caractéristiques des systèmes juridiques (Gassin, 1980, p. 353) en ce qu'il est ouvert (il entretient des relations étroites avec des intervenants économiques et politiques) et imparfait en ce qu'il contient des normes qui peuvent être contradictoires et de degré de juridicité variable. On peut donc constater un phénomène d'hybridation de la norme qui n'est ni construite à partir du haut, ni élaborée de façon spontanée par le bas, mais est plutôt construite par touches horizontales successives de normes de valeurs différentes, de provenances diverses, ayant un champ d'application dissemblable.

Ainsi, dans la loi relative au devoir de vigilance, les sociétés mères ainsi que les sociétés donneuses d'ordre devront évaluer régulièrement la situation de leurs filiales, des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elles entretiennent « une relation commerciale établie ». La jurisprudence a défini cette relation comme « la relation dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir »⁸. Au regard de cette jurisprudence, il est à souligner qu'une entreprise qui conclurait des contrats, même très importants, avec un sous-traitant occasionnel ne serait pas concernée. C'est d'ailleurs l'esprit de l'article L.420-2 et L.442-6 du Code de commerce. Il pourrait en résulter des tentatives de contourner la réglementation en multipliant les sous-traitants. Mais l'entreprise a également l'obligation de rendre compte de son devoir de vigilance puisque l'ordonnance n° 2017-1180 du 29 juillet 2017 et le décret n°2017-1265 du 9 août 2017 relatifs à la publication d'informations non financières étendent le *reporting* à « la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale » exigeant « 1° Une description des principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les risques créés par *ses relations d'affaires*, ses produits ou ses services ». Or, la directive Barnier, ainsi transposée, s'applique non pas seulement aux entreprises d'au moins 5000 salariés mais de 500 salariés ; le seuil est plus bas. Et les termes employés de « relation d'affaires » sont moins précis que « la relation commerciale établie ». Le nombre d'entreprises soumises au devoir de vigilance est donc plus important et le périmètre des entreprises entrant dans le champ du devoir de vigilance plus vaste. Par ce système de cliquet, l'exigence du législateur est montée d'un cran.

C'est de la méthode que naît indirectement l'effet contraignant. Au lieu d'amender ou de modifier le texte de loi originel sur le devoir de vigilance, le législateur procède par tirs croisés avec des renvois successifs, dans des domaines connexes, telle la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁹, avec effet de levier de substitution intégré. Cet alignement progressif, *ratione actori*, *ratione personae*, *ratione*

⁸ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, 15 septembre 2009, n° 08-19.200.

⁹ Loi dite Sapin II n°2016-1691 du 9 décembre 2016, JO 10 décembre 2016

materiae voire *ratione loci* a été analysé comme un « impératif de cohérence des dispositifs de gouvernance ESG » (Queinnec, 2016). Les limites de de l'autorégulation ont été atteintes voire franchies avec l'affaire du Rana Plaza en 2013. La montée en puissance du devoir de vigilance marque un arrêt à la privatisation du droit, au *forum shopping* international et à l'instrumentalisation de la RSE. On assiste à un phénomène de « contre-capture », les pouvoirs publics reprenant leurs droits, par des stratégies d'encerclement visant à responsabiliser les entreprises multinationales, en s'adossant sur les initiatives privées ou en absorbant leurs bonnes pratiques (Dispersyn, 2010, 546). Les normes volontaires et les normes juridiques se combinent, dans un objectif commun. La norme juridique n'est donc plus seulement un ordre de contrainte mais devient également « un modèle pour agir et une référence pour juger de l'action » (Martin, 2009, p. 317).

Le croisement de ces deux démarches permet une hybridation des cultures juridiques et un enrichissement mutuel. Il est dès lors possible de développer l'idée d'un droit formant un système, composé d'éléments réunis par un réseau de relations plus ou moins complexes (Delmas-Marty, 2006, p. 26). Ce système présente les caractéristiques des systèmes juridiques (Gassin, 1980, p. 353) en ce qu'il est ouvert (il entretient des relations étroites avec des intervenants économiques et politiques) et imparfait en ce qu'il contient des normes contradictoires. Le devoir de vigilance réalise donc une « diagonalité » du système juridique international puisqu'on constate « une rencontre de norme (s) de niveau (x) différent (s), recouvrant alors certaines formes de prise en considération ou d'application incidente, dès lors qu'elles ouvrent une « fenêtre » dans un ordre juridique vers un autre, de niveau hiérarchique différent » (Muir Watt, 2013, p. 72). Le système ainsi construit ne l'est pas à partir du haut (par les Etats), ni élaboré de façon spontanée par le bas (les opérateurs), mais est plutôt construit par touches successives de normes de valeurs différentes, de provenances diverses.

Conclusion

Les principaux enjeux du devoir de vigilance concernent le respect des droits de l'homme au travail pour les sociétés mères ou les donneurs d'ordre ayant des filiales à l'étranger. La question de la sécurité des ouvriers du secteur en Asie ou celle du travail des enfants en Afrique est par exemple centrale. La principale difficulté résulte de la confrontation de la règle à la réalité locale, puisque la loi française ne peut modifier les lois internes des pays hôtes. Cependant la loi n'oblige pas à l'impossible quand elle vise « des actions adaptées d'atténuation des risques » ou bien encore « des procédures d'évaluation régulière de la situation » (Gamet, 2017, p. 10). La *soft law* a encore de beaux jours devant elle.

Plus largement, le devoir de vigilance invite à repenser les frontières du droit, le rôle de l'Etat et la fonction de l'entreprise comme organisation et personne morale. La tension permanente dans un système juridique entre les références venant d'en haut, normes imposées, et le droit dit spontané, venant d'en bas, par les acteurs économiques touche au fondement même de la régulation sociale et politique des sociétés et de la dualité irréductible de la légalité (Commaille, 2015, 85).

Bibliographie

R. Beauchard, D. de La Garanderie et S. Robin-Olivier (2011), La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), *Revue de droit du travail*, p. 395.

Blinfranchomme, M-P. et Constantin, A. (2015), Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 104.

Blinfranchomme, M-P. et Queinnec, Y. (2016), Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 117.

Caillet M.-C. (2017), « Le devoir de vigilance et les relations d'affaires », in Daugareilh I. (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* Bruylant, Collection Paradigme, p.515-546

Commaille J. (2015), *A quoi sert le droit ?* Inédit Folio essais

Cossart, S. et Guislain, M-L. (2015), Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 104.

Daugareilh I. (dir.) (2017), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* Bruylant, Collection Paradigme, 2017

Delalieux G. (2016), Devoir de vigilance, Droit et mondialisation, *Revue Projet*, 2016/3, n°352, p.78-87

Daugareilh I. (2015), « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité » In Supiot A. et Delmas-Marty M. (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, p.183-199

Delmas-Marty, M. (2006), *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil.

Deumier, P. (2016), Quand le droit souple rencontre le juge dur, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 571.

Dispersyn M. (2010), « La régulation juridique de la RSE : un scénario possible ? » in Daugareilh I. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et globalisation de l'économie*, p. 515-549.

Doucin M. (2017), « A petits pas et à reculons, les mutations en cours de la soft law », in Daugareilh I. (dir.) *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* Bruylant, Collection Paradigme, 2017, p.473- 486

Eid, I. (2017), Devoir de vigilance des grandes sociétés françaises où en est-on?, *Actualités du droit, base Lamyline*.

Frison-Roche, M-A. (2016), Le droit de la compliance, *Recueil Dalloz*, p. 1871.

Gamet L. (2017), Surveiller et prévenir, *Semaine sociale Lamy*, 6 mars 2017, n° 1759.

Gassin, R. (1980), Système et droit, *Revue de la recherche juridique*, n° 11, p. 353

Martin-Chenut K. et Quenaudon R., *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 717p.

Maupin Fr. (2012), L'OIT à l'épreuve de la mondialisation. Peut-on réguler sans contrainte? *BIT Institut international d'études sociales*, p. 121

Queinnec Y. (2016), Emergence du devoir de vigilance raisonnable ou l'impératif de cohérence des dispositifs de gouvernance ESG, Dossier thématique Entreprise et développement durable, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, supplément au JCP (entreprises et affaires)*,

Queinnec Y. et Pironon V. (2017), Les aspects « transfrontière » de la responsabilité dans les groupes, *Actes pratiques & Ingénierie sociétaire*, mai, p.23-29

Renaud, A. (2013), Le Conseil d'Etat célèbre le droit souple, *Semaine Sociale Lamy*, p.1601.

Robé J.-Ph. (2009), Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise, *Entreprises et histoire*, 2009/4, n°57, p.165-183

Salin, P. et Laine, M. (2003), Le mythe de la transparence imposée, *Juris Classeur Périodique Edition Entreprise*, 6-13 novembre n° 45-46.

Thibierge, C. (2003), Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 599