

Les contours du devoir de vigilance : état de la jurisprudence après la décision La Poste du 5 décembre 2023

La loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a imposé aux grandes entreprises françaises d'établir et mettre en œuvre de manière effective un plan prévoyant « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

Cette loi a ouvert la voie à une action en injonction et une action en réparation devant les tribunaux. À ce jour, on recense une dizaine d'affaires, le plus souvent à l'initiative d'associations ou d'ONG. Aucune, jusqu'à la décision très attendue La Poste du 5 décembre 2023, n'avait porté sur le fond, s'étant arrêtées à des aspects procéduraux.

La juridiction compétente

Depuis la loi du 24 décembre 2021, le Tribunal judiciaire de Paris a une compétence exclusive pour connaître des contentieux relatifs à la mise en œuvre de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance. À moins d'un plan de vigilance inexistant, l'action doit être engagée au fond et non en référé (affaire TotalEnergies, Ouganda¹).

La mise en demeure, préalable nécessaire

L'action doit être précédée d'une mise en demeure².

La mise en demeure :

- Doit être précise et indiquer sans ambiguïté les changements demandés aux entreprises ;
- Doit être en corrélation directe avec l'assignation en justice et le plan de vigilance qui la sous-tend. Dans la

mesure où le juge se base sur le dernier plan de vigilance publié, quand-bien même l'assignation reposerait sur un plan de vigilance antérieur et que les griefs contenus dans l'assignation doivent être conformes à ceux contenus dans la mise en demeure, la publication d'un nouveau plan de vigilance par l'entreprise contraint les parties prenantes à adresser une nouvelle mise en demeure avant toute assignation.

Elle participe même du dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise qui doit prévaloir dans l'élaboration du plan de vigilance, sa précision laisse à l'entreprise la faculté de se conformer à la loi.

La place fondamentale de la concertation

À noter que dans la décision Suez comme dans la décision du 5 décembre 2023 (La Poste), la mise en demeure est analysée par les juges comme participant du processus même de concertation prévu par la loi entre l'entreprise et les parties prenantes, pourtant supposé intervenir en amont de tout différends. La médiation peut s'avérer utile en cas de blocage dans le processus de concertation (affaire IDEMIA³), mais reste soumise à l'accord de toutes les parties.

Les exigences de fond liées à la cartographie des risques

Le Tribunal rappelle dans sa décision La Poste que la cartographie des risques doit répondre aux exigences suivantes :

- l'identification des risques doit être suffisamment précise et adaptée aux processus de l'entreprise ;
- leur hiérarchisation des risques doit être opérée selon une méthodologie suffisamment fine de manière à faire ressortir clairement les risques devant être traités prioritairement ;
- les « priorités d'actions raisonnables » doivent découler de cette liste hiérarchisée des risques. Une matrice de priorisation peut utilement être réalisée afin d'objectiver le séquençage du plan d'actions.



1- Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n°22/53942 et n°22/53943, affaire TotalEnergies

2 - Voir Cour de cassation, 15 décembre 2021, arrêt n°893 FS-B, affaire TotalEnergies, et Tribunal judiciaire de Paris, 1er juin 2023, n°22/07100, affaire Suez

3 - Communiqué de presse, Kenya human rights commission, 1er Août 2023 "NGOs and IDEMIA agree to vigilance plan improvements in settlement over Kenyan digital ID human rights challenge" Kenya Human Rights Commission - NGOs and IDEMIA agree to Vigilance Plan Improvements in Settlement over Kenyan Digital ID Human Rights Challenge (khrc.or.ke)

Le Tribunal a également pris soin dans sa décision de rappeler la fonction cardinale d'une cartographie des risques dans l'élaboration d'un plan de vigilance « dans la mesure où ses résultats conditionnent les étapes ultérieures et donc l'effectivité de l'ensemble du plan ». Le fait de ne pas avoir établi une cartographie des risques suffisamment précise est de nature à impacter l'ensemble des autres piliers du plan de vigilance, en particulier les mesures d'évaluation des tiers et, plus globalement, le plan de prévention des risques.

Ces points sont d'ailleurs valables dans toute cartographie des risques, quel que soit le domaine de compliance concerné (anti-corrupcion, antitrust). Il s'agit d'une méthodologie éprouvée.

L'étendue des informations devant être publiées dans le plan de vigilance

La décision La Poste a permis de clarifier deux points :

- L'identification précise des risques doit figurer dans le plan de vigilance publié.
- La liste complète des fournisseurs, prestataires et sous-traitants n'a pas à être publiée.

La charge de la preuve quant à la concertation

Le Tribunal a insisté sur la nécessité pour l'entreprise de tracer le processus de concertation, estimant qu'elle en supportait la charge de la preuve. Elle doit donc en documenter les étapes ainsi que le processus de co-construction, avec les parties prenantes, du plan de vigilance. Comme en tout autre domaine de compliance, il ne s'agit pas seulement d'être conforme mais de pouvoir le démontrer (notion d'*accountability*).

L'adéquation des mesures de prévention des risques

La décision La Poste a permis de souligner que les mesures d'atténuation ou de prévention des risques (dont font partie les procédures d'évaluation des sous-traitants) devaient être adaptées aux facteurs de risques concernés et à leur hiérarchisation tels qu'ils résultent de la cartographie des risques. En l'absence de cartographie des risques satisfaisante, l'adéquation des mesures d'atténuation des risques est impossible à établir. Cela vient rappeler la fonction cardinale de la cartographie des risques dans un processus de compliance.

En outre, en l'absence d'une hiérarchisation insuffisante des risques entre eux à l'issue de la cartographie, l'adéquation des mesures de vigilance mises en œuvre aux risques identifiés ne peut pas être établie.

Le contrôle du juge : les limites du pouvoir d'injonction

La décision La Poste a mis en lumière les points suivants : Une demande d'injonction ne peut prospérer sans que soit établie l'obligation sur laquelle elle se fonde. Cela n'est pas le cas en l'espèce, les mesures de vigilance en question n'étant pas spécifiquement visées dans le plan de vigilance.

En outre, le juge peut enjoindre l'entreprise d'élaborer les mesures de vigilance requises par la loi mais ne saurait se substituer à elle pour fixer spécifiquement lesdites mesures.



La solution de cartographie des risques et plans d'actions partenaire de votre croissance.



En l'absence de publication par l'entreprise d'un réel dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité, tel que requis par la loi, le juge peut enjoindre l'entreprise de publier un réel dispositif de suivi des mesures de vigilance.

La décision La Poste était très attendue et vient opportunément clarifier les exigences posées par le législateur français, précurseur en matière de devoir de vigilance. Elle met en lumière la fonction cardinale de la cartographie des risques, mais également de la concertation. Ce faisant, elle contribue à une meilleure appréhension de ce sujet et à la diffusion d'une culture éthique en matière de droits humains et de protection de l'environnement, à un moment où les entreprises doivent intégrer des règles de plus en plus nombreuses dans ce domaine⁴.

Notons que les enjeux, limités en l'espèce à des injonctions de faire, sont appelés à devenir plus

structurants pour les grandes entreprises, tant européennes qu'extra-européennes mais actives sur le territoire de l'UE, alors que l'Europe est sur le point d'adopter la directive sur le devoir de vigilance. En effet, cette dernière – en l'état actuel du projet – non seulement élargira le champ des entreprises assujetties, mais instaurera, en plus de ce qui existe actuellement en France, un contrôle de la mise en œuvre de ces obligations par une autorité administrative nationale dotée notamment d'un pouvoir de sanction (amende) avec à la clé des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées.

**William Feugère, avocat associé
(Feugère Moizan Avocats)**
**Cécile Amado-Fischgrund, counsel
(Feugère Moizan Avocats)**
**Andreïna Rodríguez-Briceno, juriste
(Feugère Moizan Avocats)**

La compliance devient un outil de pilotage, de stratégie et de décision

- 1 Analysez et optimisez vos processus internes
- 2 Établissez vos matrices de risques
- 3 Bénéficiez d'analyses multifactorielles pour identifier les priorités et optimiser les décisions
- 4 Définissez et pilotez vos plans d'actions
- 5 Réduisez votre exposition aux aléas
- + Base de données avec + 5 000 risques préidentifiés pour vous aider



Une solution polyvalente

- ✓ **Anticorruption**
Conforme aux Recommandations 2021 de l'AFA
- ✓ **Devoir de vigilance & RSE**
- ✓ **LAB-FT**
- ✓ **Concurrence**
Conforme au Document-cadre 2022 de l'ADLC
- ✓ **Risques IT**
- ✓ **Risques RH & DUERP**
- ✓ **Plan de continuité d'activité & plan de reprise d'activité**
- ✓ **Risques projets**
Lancement d'un produit, acquisition, implantation, fusion acquisition ...
- ✓ **Risques réputationnels**

Conçu et testé par des acteurs et experts de la compliance et de la prévention des risques

- ✓ Simple, facile d'emploi, intuitif et collaboratif
- ✓ Adaptable à votre organisation



ethicorp
7 rue Royale, 75008 Paris
www.ethimap.com

+ 33 1 88 88 30 88
contact@ethicorp.com

