

Mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance

Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises

Synthèse du rapport

remis au Bureau International du Travail par Pauline Barraud de Lagerie^{*}, Élodie Béthoux^{**}, Rémi Bourguignon^{***}, Arnaud Mias^{*}, Élise Penalva-Icher^{*} (novembre 2019)[◊]

Présentation de la recherche

La loi française sur le devoir de vigilance, adoptée le 27 mars 2017 au terme d'un long processus, a marqué un tournant majeur en redéfinissant le périmètre des responsabilités des sociétés. Désormais, les sociétés de plus de 5 000 salariés en France et plus de 10 000 salariés à l'étranger doivent mettre en place un plan de vigilance pour identifier et prévenir les risques et atteintes graves en matière de droits humains, de santé et sécurité des personnes, et d'environnement, et ce pour leurs activités comme pour celles des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie. Au-delà du texte même de loi, de sa portée symbolique et de ses effets juridiques, la question se pose des effets qu'a eus l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance sur les pratiques des entreprises. Plusieurs études d'ONG comme de cabinets de conseil ont déjà proposé des analyses des premiers plans. Le présent rapport propose une analyse inédite de la mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance, en ce qu'elle repose à la fois sur l'analyse d'un corpus de plans et sur des études de cas mêlant données documentaires et entretiens avec des cadres d'entreprises ayant adopté des plans. L'objectif est en effet de saisir les similarités et différences entre les plans, en reliant cette analyse documentaire à l'étude de la façon dont les entreprises ont procédé pour publier leurs premiers plans de vigilance.

À l'automne 2018, nous avons constitué un premier corpus de 86 plans de vigilance publiés en 2018 (première vague de plans). Le second corpus constitué à l'automne 2019 compte lui 111 plans publiés en 2019 (deuxième vague de plans). Parallèlement, nous avons rencontré 42 professionnels ayant au cours de leur activité travaillé à la mise en place des plans de vigilance. Ces professionnels, rencontrés lors de 26 entretiens (individuels et collectifs), travaillent dans 11 groupes français appartenant à différents secteurs d'activité, une ONG et un cabinet de consulting sur les risques sociaux. Ils et elles occupent des postes variés comme responsable RSE, responsable Éthique et Vigilance, directeur des relations sociales, juriste, médecin conseil etc. au sein de différentes directions : RSE, RH, Achats, Éthique et conformité, etc.

Dans le sillage de la théorie de l'endogénéisation du droit de la sociologue Lauren B. Edelman (cf. *Working Law: Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights, Chicago* : University of Chicago Press, 2016), notre rapport décrit la façon dont les professionnels se

* Université Paris Dauphine, IRISSO.

** École normale supérieure Paris-Saclay, IDHES.

*** Université Paris Est Créteil, IRG.

◊ Ce rapport a été rédigé avec le soutien financier du département de la Recherche de l'Organisation Internationale du Travail dans le cadre de l'accord de coopération entre le gouvernement français et le Bureau International du Travail (BIT). Il n'engage que ses auteurs, et sa publication ne signifie pas que le BIT souscrit aux opinions qui y sont exprimées.

sont appropriés la loi sur le devoir de vigilance, et examine dans quelle mesure et jusqu'à quel point sa mise en œuvre a donné lieu à un processus de « managérialisation » (i.e. un alignement sur les outils et intérêts des entreprises).

Propos préliminaire – Les « ambiguïtés » de la loi

Nous soulignons d'abord combien les professionnels mettent en avant le caractère flou de la loi sur le devoir de vigilance. En termes de contenu, la loi spécifie certes, dans ses grandes lignes, ce qu'est un plan de vigilance : au regard des risques concernés (droits humains et libertés fondamentales, santé et sécurité des personnes, environnement), du périmètre de prévention des dommages (la société, celles qu'elle contrôle et les sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie), et enfin des cinq mesures attendues (cartographie des risques, procédures d'évaluation régulière, actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention, mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, dispositif de suivi des mesures). Néanmoins, la traduction concrète de ces éléments reste à faire, aussi bien dans la rédaction des plans que dans les outils dont doivent se doter les entreprises lors de leurs mises en œuvre.

Au-delà des larges marges d'interprétation laissées par le texte de la loi, c'est aussi son inscription dans un édifice normatif aussi abondant qu'évolutif qui est mis en avant par les professionnels des entreprises (qui évoquent notamment la Déclaration de Performance Extra-Financière » et la loi Sapin 2). Cela explique leur décontentement initial, mais aussi la variété des réponses qui ont pu être apportées à cette nouvelle obligation légale.

Première partie – Le travail de rédaction des plans : quels acteurs dans et hors des entreprises ?

Nous focalisant sur les entreprises qui, en dépit des critiques adressées à la loi, se sont investies dans sa mise en œuvre, nous nous intéressons ensuite à la façon dont les acteurs internes et externes aux entreprises ont contribué à traduire l'obligation légale en plan publié. Notre attention se porte à la fois sur ceux qui, en amont, ont travaillé à interpréter la loi, sur ceux (les mêmes ou d'autres) qui se sont ensuite organisés et mobilisés pour engager la rédaction des plans, et enfin sur ceux qui (parties prenantes) y ont été associés sur le mode principal de la consultation.

L'interprétation des termes de la loi s'est faite dans un contexte intense d'échanges inter et intra-entreprises. Conférences juridiques, publications professionnelles et réunions internes se sont multipliées au cours des premiers mois après l'adoption de la loi, pour essayer d'établir une feuille de route pour la publication du tout premier plan.

À l'intérieur des entreprises, la mise en œuvre la loi a d'abord donné lieu à la constitution ou la désignation d'une instance dédiée, chargée de rédiger le plan en adoptant une démarche transversale. Les textes des plans insistent beaucoup sur cette dimension transversale. Pour autant, dans la plupart des entreprises enquêtées, le travail de rédaction du plan de vigilance s'est trouvé au final entre les mains d'un petit nombre d'acteurs. Ce sont donc le plus souvent des équipes resserrées d'une, deux, trois ou quatre personnes qui s'investissent véritablement dans ce travail de rédaction ou qui du moins l'initient.

Membres du noyau dur ou contributeurs périphériques, deux types d'acteurs méritent une attention particulière : les experts du droit et les experts du risque. Les premiers, issus des services juridiques, n'ont pas eu partout un rôle central dans la mise en œuvre de la loi (signe que, dans les entreprises concernées, les craintes d'action en justice sont assez limitées), mais

ils ont néanmoins parfois tenu la plume, au moins autant pour contrôler les formulations que pour aider à la « juridicisation » des engagements RSE préexistants. Les seconds, experts internes ou consultants externes, attestent de l'importance qu'a pu revêtir le recours à des méthodes anciennes (*enterprise risk management*, matrices de matérialité, etc.) pour produire la « cartographie des risques » exigée par la loi sur le devoir de vigilance.

Nous montrons ensuite que la sollicitation des représentants syndicaux dans le travail de rédaction des plans est intervenue le plus souvent en fin de processus, pour information voire consultation, mais encore assez peu, jusqu'à présent, en amont pour l'élaboration des plans. Les parties prenantes externes ont, au mieux, contribué comme auparavant à l'élaboration des matrices de matérialité, mais leur consultation ne semble pas avoir été accentuée à l'occasion de l'élaboration des plans (sauf dans le cas très particulier d'ONG dont le cœur d'activité consiste précisément à accompagner les démarches RSE des entreprises).

Nous mettons ainsi en évidence que la loi de mars 2017 a dans l'ensemble offert aux acteurs que nous avons interrogés la possibilité de renforcer leur légitimité et celle des actions qu'ils mènent dans l'entreprise : la rédaction des plans de vigilance a ainsi été l'occasion de donner « *un coup de projecteur* » sur les sujets qu'ils traitent. Pour ces responsables, l'enjeu est désormais de parvenir véritablement à « monter » le sujet « devoir de vigilance » au niveau de la gouvernance, jusqu'au Comex si possible.

Deuxième partie – La cartographie : quatre formes pour se conformer à la Loi

Parmi les différents dispositifs attendus dans les plans de vigilance, la cartographie des risques est apparue comme, si ce n'est un exercice fondamentalement nouveau, une catégorisation inédite. Face à ces exigences nouvelles et à l'incertitude qu'elles portent, les directions des entreprises ont adopté des stratégies différentes, qui se reflètent pour partie dans la diversité des formes que prennent les sections consacrées à la cartographie des risques dans les plans de vigilance produits.

À partir d'une analyse du corpus de plans 2019, nous distinguons quatre façons de répondre à cette exigence de cartographie des risques. Un premier ensemble de plans de vigilance, représentant près de la moitié des cas, évite de présenter la cartographie, sa méthode et ses résultats. Un deuxième ensemble raconte la cartographie comme une démarche mobilisant des acteurs, des procédures et des outils sur lesquels le propos se focalise. Un troisième ensemble de plans reste à l'inverse silencieux sur la méthode cartographique, mais explicite les risques majeurs que celle-ci conduit à identifier. Enfin, un dernier ensemble cherche à « figurer » la cartographie des risques à travers des formes diverses sur lesquelles nous nous arrêtons. Ces quatre façons de présenter la cartographie des risques doivent être considérées comme s'inscrivant dans un continuum de pratiques rédactionnelles.

Ces observations font ressortir que l'exercice de présentation d'une cartographie des risques relevant du devoir de vigilance est loin d'être normalisé à l'heure actuelle. Il convient toutefois d'être prudent dans l'interprétation de ces différences, parce que chaque registre rédactionnel ne correspond pas nécessairement à une logique univoque de construction de la cartographie. Ainsi, le fait d'éviter de présenter la méthodologie et les résultats de celle-ci peut aussi bien correspondre à une stratégie de dissimulation d'une démarche qui n'a pas (encore) été réalisée, qu'à la nécessité d'arbitrer entre différentes priorités tout en tenant compte de contraintes d'espace, dans le document de référence, pour présenter l'ensemble des politiques de l'entreprise en matière de développement durable et de RSE.

Par-delà la diversité des registres rédactionnels, la présentation des cartographies des risques fait ressortir la tendance de certaines entreprises à apporter une réponse strictement formelle (« symbolique » suivant la terminologie d'Edelman) aux attentes de la loi, quand beaucoup d'autres s'appuient sur les outils et les procédures du management des risques, donnant alors à voir une autre manifestation de la « managérialisation » de la loi.

Troisième partie – L’outillage de la gestion des risques : le recours à l’existant

La troisième partie prolonge l'étude de la managérialisation de la loi en montrant combien l'outillage de la gestion des risques repose sur une reprise de l'existant. La plupart des démarches d'« évaluation » et d'« atténuation » des risques reprennent, en effet, des procédures déjà bien intégrées dans les politiques de l'entreprise.

En ce qui concerne les filiales, les procédures mises en place relèvent essentiellement de trois leviers d'action : le dialogue social (mais de façon assez marginale), les politiques managériales (adossées à l'audit interne), le recours à des standards (et à l'audit externe). L'objectif semble avoir surtout été de sensibiliser davantage les filiales aux enjeux de la mise en œuvre de la vigilance.

La prise en charge des risques dans la chaîne d'approvisionnement suit quant à elle une logique qui est totalement dans le prolongement des politiques d'achats responsables mises en place par les entreprises dans le cadre de leurs politiques RSE : 1) codes de conduite et clauses sociales intégrées dans les contrats d'approvisionnement, 2) audits sociaux documentaires ou *in situ*, 3) actions de remédiation ou règles de rupture de contrats. Parmi les points saillants, on note l'essor considérable de l'audit documentaire, et la tendance des entreprises à valoriser les actions mutualisées avec d'autres entreprises de leur secteur. On souligne en revanche les difficultés à apprécier les actions mises en œuvre du fait de l'hétérogénéité dans la façon de désigner le périmètre des fournisseurs à auditer mais aussi la part des fournisseurs audités, et du fait que les modalités d'évaluation constituent finalement une « boîte noire ».

Les procédures d'alerte ont pour leur part été entièrement intégrées dans les dispositifs déjà mis en œuvre dans le cadre de l'application de la loi Sapin 2 (loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique). Outre l'ouverture thématique du dispositif à d'autres risques que la corruption, les deux enjeux principaux de la reprise de l'existant sont ici la question de l'ouverture du périmètre des lanceurs d'alerte aux « parties prenantes » et la question des modalités de traitement des alertes. Sur ces deux points, les démarches des entreprises sont encore hétérogènes et en évolution.

Conclusion – Qu'est-ce qu'un bon plan ?

En conclusion, nous nous interrogeons sur la dynamique en cours. Au terme de deux années de mise en œuvre, un consensus a-t-il émergé, au sein des entreprises, sur ce qu'est un « bon plan de vigilance » ? Le cas échéant, cette définition du bon plan de vigilance rencontre-t-elle les attentes des militants qui ont été porteurs de la loi ?

Du côté des entreprises, beaucoup ne revendiquent pas d'avoir fait un plan « parfait » (ni la première, ni la deuxième année). De façon assez significative, elles affirment souvent avoir fait ce qu'elles pouvaient. Une telle réponse incorpore toute une série de contraintes pesant sur les entreprises : la loi n'est pas très claire, le document de référence n'est pas extensible à l'infini, les données locales ne sont pas faciles à collecter, etc. Les consultants

eux-mêmes, tout en identifiant des pratiques jugées meilleures que d'autres, mettent en avant ces contraintes et soulignent que la logique qui prévaut doit être celle de l'amélioration. Estimant avoir avancé autant qu'ils le pouvaient, les professionnels que nous avons rencontrés ne semblent donc pas inquiets des menaces judiciaires. Ils espèrent toutefois que les attentes ne se durciront pas, et appellent à rester « raisonnable ».

De l'autre côté, Sherpa (et un certain nombre d'ONG) formule une interprétation de la loi qui contraste avec celle revendiquée par les entreprises. Son « guide d'interprétation » (décembre 2018) met ainsi l'accent sur l'exhaustivité attendue du plan. Concrètement, cela implique une double attente : le plan devrait comporter une liste complète des sociétés contrôlées couvertes par le plan ; et identifier tous les risques de façon exhaustive. Il devrait par ailleurs être complet et précis sur les actions mises en œuvre, les moyens engagés, et les résultats obtenus. L'autre point sur lequel insistent Sherpa et les ONG a trait à la finalité du plan : prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. Que se passera-t-il en cas de survenue d'une atteinte grave ? À la différence des professionnels des entreprises qui affirment qu'avec le plan ils font déjà de leur mieux, Sherpa rappelle que la loi emprunte explicitement aux outils et objectifs de la responsabilité civile (via les articles 1240 et 1241 du Code civil), lesquels sont conçus pour empêcher les dommages et les faire cesser ou les réparer une fois commis. « *Cela distingue clairement la Loi de simples obligations de "reporting" ou de "compliance"* », précise Sherpa (op. cit., p. 42). C'est bien sur ce volet que la jurisprudence est la plus attendue : à quelles conditions le juge va-t-il retenir le défaut de vigilance de la maison-mère lors de la survenue d'une atteinte grave aux droits humains ou à l'environnement ?

Si l'on suit l'analyse d'Edelman, les juges ont les mêmes difficultés que les autres acteurs pour interpréter des textes juridiques dont le sens est ambigu, et tendent souvent à considérer le modèle de conformité qui s'est imposé dans les organisations comme une interprétation valide de la règle juridique. On comprend, dans cette perspective, pourquoi les organisations militantes s'attachent tant à résister à une interprétation de la loi sur le devoir de vigilance qui n'en ferait qu'une mise en forme des initiatives existantes. Si celle-ci devait s'imposer, la loi aurait certes contribué à extraire les démarches de RSE de leur logique purement volontaire – ce qui, déjà, n'est pas négligeable – mais elle ne permettrait pas d'atteindre l'autre objectif que s'étaient donné les partisans de la loi : organiser une responsabilisation des maisons-mères qui rompe assez largement avec l'instrumentation gestionnaire développée dans le cadre des politiques RSE depuis les années 1990.